

2. DOCTRINA NACIONAL

2.8

O BEM JURÍDICO DO DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO

ROBERTO PODVAL

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Bem jurídico – 3. Do bem jurídico “ordem sócio-econômica” – 4. Do bem jurídico “circulação dos bens no mercado” – 5. Do bem jurídico “administração da justiça” – 6. Conclusão – Bibliografia.

1. Introdução

A escolha do tema norteou-se pela divergência, seja doutrinária, seja legislativa, quanto à determinação do bem jurídico do crime de lavagem de dinheiro. Procurou-se fazer neste trabalho uma análise crítica, embora sucinta, das diversas definições do bem jurídico tutelado pela Lei de Lavagem de Dinheiro.¹

⁽¹⁾ A denominação adotada pelo Brasil pautou-se pelas explicações expostas pela Mensagem 1.448/96, do Poder Executivo aos membros do Congresso Nacional:

“A primeira opção imposta ao legislador brasileiro no trato desta matéria diz respeito à denominação legal, *nomen iuris*, do tipo de ilícito em causa. Alguns países optaram por uma designação que leva em conta o resultado da ação.

Caracterizando-se a conduta pela transformação do dinheiro sujo em dinheiro limpo, pareceu-lhes adequado o uso de vocábulo que denotasse limpeza. A França e a Bélgica adotaram a designação *blanchissement d'argent* e na mesma linha seguem a Espanha (*blanqueo de dinero*) e Portugal (*branqueamento de dinheiro*).

Outro critério preferido é o da natureza da ação praticada, partindo-se do verbo referido no tipo. Os países de língua inglesa empregam a expressão *money laundering*; a Alemanha designa o fato típico de *Geldwache*; a Argentina se refere

É de fundamental importância a definição do bem jurídico, sem a qual impossível será entender a função da norma, seus objetivos, bem como sua própria legitimação.

Tendo em vista que o trabalho é, por definição, breve e, portanto o espaço para desenvolver o tema é limitado, necessário será partir de premissas já definidas, embora muitas delas admitam profundas divergências, perfeitamente factíveis.

De início, tomar-se-á como função do Direito Penal a proteção de bens

a *lavado de dinero*; a Suíça indica o fato típico de *blanchissage d'argent* e a Itália se vale do termo *riciclagio*, que também identifica o verbo constante do tipo e não propriamente o resultado do comportamento.

A expressão ‘lavagem de dinheiro’ já está consagrada no glossário das atividades financeiras e na linguagem popular, em consequência de seu emprego internacional (*money laundering*). Por outro lado, conforme o Ministro da Justiça teve oportunidade de sustentar em reunião com seus colegas de língua portuguesa em Maputo (Moçambique), a denominação ‘branqueamento’, além de não estar inserida no contexto da língua formal ou coloquial em nosso País, sugere a inferência racista do vocábulo, motivando estereis e inoportunas discussões.”

jurídicos. Bens estes que encontram seus limites na Constituição Federal. Tais afirmações possibilitariam um trabalho próprio; o tema é interessante, profundo, espinhoso e traz consigo importantes questões de cunho jurídico e até filosófico, questões essas que não serão abordadas, em face dos limites mencionados, bem como dos objetivos desta avaliação.

Uma vez definidas tais premissas, será feito um estudo crítico, ainda que sintético, dos bens jurídicos, da ordem sócio-econômica, da circulação de bens no mercado e da receptação.

Para o trabalho, o ponto histórico inicial, será a reunião das Nações Unidas em 1988, não obstante não se desconheça que mesmo antes dessa data o tema já era discutido internacionalmente. No entanto, esse marco será suficiente para se chegar a conclusão que se busca.

Ao final, procurar-se-á definir qual o bem jurídico tutelado pelo crime de lavagem de dinheiro.

2. Bem jurídico

Uma das questões mais difíceis do Direito Penal – e há quem diga insolúvel – é a definição de bem jurídico.

“A noção do bem jurídico não pôde até hoje ser determinada – e talvez jamais o venha a ser – com uma nitidez e segurança que permita convertê-la em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado”.²

Não obstante a dificuldade de se determinar a noção do bem jurídico, é certo que a missão do Direito Penal, admitida pela maioria dos doutrinadores modernos, é a de proteção de tais bens,³ delimitando seus limites.⁴

Partindo-se dessa premissa, torna-se indispensável um estudo preliminar do bem jurídico protegido, toda vez em que se depara com uma nova legislação. Com isso definir-se-á qual a real função da norma em questão, esclarecendo, já de início, o que efetivamente a norma visa a proteger.

Para tanto, faz-se necessário localizar a norma na sua dimensão histórica. Toma-se como ponto inicial, conforme já ressaltado, a Convenção de Viena,

(3) Sobre o tema, vide Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Direito Penal Parte Geral*, 4. ed., p. 7; Manoel da Costa Andrade, *Direito Penal Econômico – A Nova Lei dos Crimes Contra a Economia (Dec.-lei 26/84 de 20 de janeiro) à Luz do Conceito de Bem Jurídico*, p. 74, Coimbra 1985; Claus Roxin, *Derecho Penal – Parte Geral tomo I Fundamentos. La Estructura de La Teoria del Delito*, Civitas, 1. ed., 1997, p. 70.; Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 100, dentre outros.

(4) Tais limites são determinados pela Constituição Federal: “se, num Estado de Direito material toda a actividade material se submete à Constituição, então também a ordem dos bens jurídicos há-de constituir uma ordenação axiológica como aquela que preside à Constituição. Entre as duas ordens se verificará pois uma relação que não é por certo de identidade, ou sequer de recíproca cobertura, mas de analogia substancial fundada numa essencial correspondência de sentido; a permitir afirmar que a ordem de valores jurídico-constitucional constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária actividade punitiva do Estado” – Figueiredo Dias, citado por Costa Andrade in *Direito Penal Econômico*, p. 84.

(2) Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade – *Direito Penal – Questões Fundamentais a Doutrina Geral do Crime – Apontamentos e materiais de estudo da cadeira de Direito Penal*, 3.º ano, p. 52.

aos 20.12.1988, ocasião em que os países membros da Organização das Nações Unidas aprovaram a Resolução que os obrigava a penalizar a lavagem de capitais provenientes do tráfico de entorpecentes, resolução essa em vigor desde 11.11.1990.

O que se nota desse acordo é que a criminalização da lavagem de dinheiro surge como uma forma de coibir o tráfico ilícito de entorpecentes, já que, não obstante a intervenção do direito penal nessa matéria (através de leis cada vez mais severas e com penas menos brandas), tal criminalidade não só persiste, como aumenta. Assim, uma vez evidenciada a impossibilidade de o Direito Penal evitar o tráfico de drogas, houveram por bem os Estados punir suas consequências.

No dizer de Faria Costa, "só há necessidade de 'branquear' dinheiro se ele provier de actividades primitivamente ilícitas. O que nos levaria, se nos deixássemos embrenhar em decorrência inconsistentes ou defasadas da realidade, a julgar que este ou é um falso problema ou tem a solução das coisas evidentes. Isto é: se, efectivamente, o branqueamento é uma actividade ilícita derivada ou induzida por outras actividades, também elas ilícitas, ataquemos, então, as causas e não os efeitos. Porém, porque a estratégia de ataque às primeiras actividades ilícitas – designadamente no que se refere ao tráfico de droga – se tem mostrado inoperante, entende-se que se deve controlar ou entravar, ao menos, os fluxos financeiros provenientes daquela primitiva actuação ilícita."⁵

Não se trata de criticar ou defender o uso da criminalização da lavagem de capitais com finalidade de conter o

tráfico de entorpecentes, mas, sim, de se constatar, sem nenhuma probabilidade de erro, que o objetivo que se buscou alcançar, quando da criação da lei de lavagem de dinheiro, era simplesmente dificultar o tráfico ilícito de entorpecentes, tanto que os primeiros tratados internacionais sobre o tema versavam especificamente sobre a intenção de se conter tal criminalidade.⁶

Como se vê, a conduta típica da lavagem de dinheiro surge como uma alternativa para dificultar o lucro fácil, fruto do comércio ilícito dos entorpecentes, já que o Direito Penal via-se, até então, com poucas alternativas para conter o "grande mal" que assola nosso século – as drogas. Assim, tão logo o Direito Penal mostrou-se absolutamente ineficiente, como instrumento de combate do tráfico de entorpecentes, passou-se a punir a finalidade do tráfico: o lucro.

Enquanto o objetivo de criminalizar a lavagem de dinheiro era a contenção do tráfico ilícito de entorpecentes, o bem jurídico tutelado, era também o mesmo bem jurídico do tráfico, qual seja – a saúde pública.

(6) Convenção de 20.12.1988 das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes, ratificada pelo Brasil aos 26.06.1991, através do Decreto 154, que em seu art. 3.º dispõe "Cada uma das partes adotará as medidas necessárias para a caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente:

a)

b) I – a conversão ou transferência de bens ...

II – a ocultação ou o encobrimento ..."

Nos mesmos moldes em maio de 1992 ocorreu a XXII Assembléia-Geral da OEA, em Bahamas, onde se aprovou o Regulamento Modelo sobre delitos de lavagem relacionado com o tráfico ilícito de drogas e delitos conexos, elaborado pela Comissão Interamericana para o controle do abuso de drogas.

(5) Hacia un Derecho Penal Económico Europeo – Jornada en honor del Prof. Klaus Tiedemann, 1992, p. 663 – texto traduzido pelo próprio autor.

Em 1990, os países membros da Comunidade Européia assinaram a resolução que visava impedir a lavagem de capitais. Porém, naquela ocasião, ampliaram a punição, passando a criminalizar não apenas a lavagem fruto de produto de tráfico de entorpecentes, como também o fruto de outros ilícitos.⁷

Com a ampliação da tipificação da lavagem de capitais para outros delitos, modificou-se o bem jurídico tutelado, que deixou de ser exclusivamente a saúde pública, passando a ter limites bem mais amplos.

E, naquele momento, a questão que já estava quase que superada renasce, pois, com a ampliação; o bem jurídico protegido deixou definitivamente de ser a saúde pública, provocando inúmeras dificuldades para toda a doutrina, segundo Gómez Iniesta: *Por el momento no existe unanimidad en la doctrina (...) relativa al bien jurídico que se quiere proteger por este delito*.⁸ Sobre o tema surgiram as mais variadas posições. Muitos autores defendem a tese de que o bem jurídico protegido é a ordem sócio-econômica,⁹ outros têm definido o

bem jurídico protegido como sendo a circulação de bens no mercado para seu normal funcionamento e para a economia em geral.¹⁰ Há ainda quem defenda a idéia de a lavagem ser um delito pluriofensivo por lesionar simultaneamente diversos bens jurídicos, dentre eles a administração da justiça, a transparência do sistema financeiro, a legitimidade da atividade econômica, bem como a incolumidade da saúde pública.¹¹

Como se vê, há uma enorme discrepância tanto entre os doutrinadores, como também entre as legislações de diversos países.

De qualquer forma, ainda é necessário delimitar-se o objeto da proteção penal, pois a falta de definição do bem jurídico tutelado acarretará, indubitavelmente, a ilegitimidade da própria norma.

A importância de realçar a definição desses novos bens jurídicos é uma tentativa de se evitar que sua vagueza¹²

Lei de Lavagem de Capitais: Aspectos Processuais, Boletim IBCrim, n. 65, p/ 10/11;

(7) Convenção do Conselho da Europa sobre Lavagem de Capitais, em 08.11.1990, que diferentemente da resolução das Nações Unidas, ampliou o âmbito de punição da lavagem de capitais, para quaisquer delitos. Em 10.06.1991, aprovou-se a diretiva do Conselho da Comunidade Européia, n. 91/308, sobre prevenção da utilização do sistema financeiro para a lavagem de capitais, obrigando-se assim os países membros a penalizar referida conduta antes de dezembro de 1992.

(8) Diego J. Gómez Iniesta, *El Delito de Blanqueo de Capitales en Derecho Español*, p. 30/31;

(9) Desse modo foi tratada esta matéria no Código Penal Espanhol: Título XIII - Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, arts. 301 a 304. Entre nós tal posição tem sido defendida pelo sempre brilhante Luiz Flávio Gomes,

(10) Juana del Carpio Delgado, *El Delito de Blanqueo de Bienes El NuevoCodigo Penal*, p. 81.

(11) Vidalles Rodríguez, *Los Delitos de Receptación y Legitimación de Capitales*, p. 85 e ss.; Prado Saldarriaga, *El Delito de Lavado de Dinero*, cits. p. 63 e ss., cit. por Isidoro Blanco Cordeiro, obra ant. cit., p. 168.

(12) Vagueza como conceito de falta de informação sobre o objeto. Isso significa, no caso do direito penal, que, quanto mais vago o termo, mais fácil é a criação de tipos penais para protegê-lo. A definição vaga permite a tipificação de qualquer conduta. O problema é que tal definição (que permite inúmeras variáveis de crimes, ao sabor dos anseios políticos) contrasta com o sistema de garantia constitucional, em que a precisão da definição funciona como óbice ao poder ilimitado do Estado de interferir na esfera privada.

permita justificar uma intervenção penal máxima, sob a falsa idéia de harmonia com o direito penal mínimo.

Assim, aqui se inicia uma análise crítica, ainda que sintética, dentre algumas das mais importantes posições, a fim de se definir qual seja, efetivamente o bem jurídico tutelado por esta norma, o que ajudará sobremaneira a entendê-la.

3. Do bem jurídico “ordem sócio-econômica”

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, nasceu a idéia de que os bens jurídicos não tinham mais um caráter exclusivamente individual, como a vida, a integridade física, o patrimônio. Os valores da vida coletiva passaram também a ter proteção constitucional, como explicam Hassemer e Muñoz Conde: *La densidad y complejidad del tráfico viario y aéreo y de los centros de información y comunicación de las terminales electrónicas de datos; la creciente intervención del Estado en la economía a través de una política de subvenciones, o el aumento de la polución del medio ambiente, enfrentan al Derecho penal con la cuestión de si se pode limitar todavía su misión a la protección del 'derecho de outro', o hay que pasar a proteger instituciones, unidades o funciones sociales, lo que evidentemente significa una mayor vaguedad del concepto de bien jurídico.*¹³

Enfim, o Direito Penal passou a tutelar bens jurídicos classificados como

supraindividuais ou coletivos, diferenciando-se do chamado Direito Penal clássico, pois, “enquanto os crimes do direito penal de justiça se relacionam em último termo, directa ou indirectamente, com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos *direitos, liberdades e garantías das pessoas*, já os do direito penal secundário – e de que se encontram exemplos precípuos no direito penal económico (da empresa, do mercado de trabalho, da segurança social, etc), financeiro, fiscal, aduaneiro, etc. – se relacionam primariamente com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos *direitos sociais e à organização económica*. Diferença que radica, por sua vez, na existência de duas zonas relativamente autónomas na actividade tutelar do Estado: uma que visa proteger a esfera de actuação especificamente pessoal (embora não necessariamente ‘individual’) do homem – do homem ‘como este homem’; a outra que visa proteger a sua esfera de actuação social – do homem ‘como membro da comunidade’.”¹⁴

A solução adotada pela legislação espanhola, e defendida no Brasil por Luiz Flavio Gomes,¹⁵ foi no sentido de definir o bem jurídico do crime de lavagem, como sendo a ordem sócio-econômica. O Código Espanhol insere a matéria junto com os crimes patrimoniais.

Tal definição não parece acertada; o bem jurídico não pode, nem deve ser admitido de forma tão genérica, sob pena de, indirectamente, extinguir-se a garantia que o bem jurídico oferece.

É bem verdade que o Direito Penal tem sofrido inúmeras transformações, passando cada vez mais a ser um Direito preventivo, com normas penais em

Sobre a vagueza: Genaro Carrió *Notas Sobre Derecho y Language*, ed. Abeledo Perrot, 1986, Buenos Aires, p. 31.

(13) Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde – *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, ed. Tirant lo Blanch, p. 107.

(14) Figueiredo Dias e Costa Andrade, obra ant. cit., n. 1, p. 58/9, negrito no original;

(15) Vide nota n. 9.

branco e comumente definidoras de crime de perigo abstrato,¹⁶ porém, ainda que fossem aceitas tais normas como constitucionais, há que se ter um limite. Isto é, se for possível qualquer enunciação como sendo um bem jurídico, por mais ampla e indefinida que seja, alargase de tal maneira a teoria do bem jurídico, que seria permitido, sob tal "proteção", admitir um tipo baseado exclusivamente no simples desvalor da ação.¹⁷

O bem jurídico, ainda que de difícil delimitação, tem balizas e seu limite está demarcado na própria Constituição Federal. "Se, num Estado de Direito material, toda a actividade material se submete à Constituição, então também a ordem dos bens jurídicos há-de constituir uma ordenação axiológica como aquela que preside à Constituição. Entre as duas ordens se verificará pois uma relação que não é por certo de identidade, ou sequer de recíproca cobertura, mas de analogia substancial fundada numa essencial correspondência de sentido; a permitir afirmar que a ordem de valores juridico-constitucional constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária actividade punitiva do Estado".¹⁸

Assim, o parâmetro do bem jurídico deve surgir e estar amparado na Constituição Federal. Partindo-se dessa premissa, jamais seria aceitável a possibilidade da tutela do bem jurídico "ordem sócio-econômica", pois esta é uma

daquelas definições abertas, que tudo são, mas nada dizem.

A ordem sócio-econômica não é um bem jurídico em si mesmo, é uma esfera da vida coletiva, regida por valores e princípios constitucionalmente previstos. Estes valores de determinada ordem sócio-econômica podem, eventualmente, merecer tutela penal.

Dizer que um crime afeta o bem jurídico "ordem sócio-econômica" seria o mesmo que dizer que o delito de homicídio afeta o bem jurídico "sociedade". É evidente que quando um cidadão mata outro a sociedade é afetada. Mas é afetada no seu bem jurídico "vida".

A ordem sócio-econômica é um subsistema social. Toda criminalidade relativa a atividades econômicas necessariamente repercute na sociedade, em seu aspecto relações econômicas.

De acordo com Hermazábal Malarée, a ordem sócio-econômica não é um bem jurídico, mas sim um *concepto complejo que simplemente cumple una función sistemática y que está integrado por numerosos factores que es necesario individualizar para establecer en cada caso cuál es el bien jurídico macrosocial protegido*.¹⁹

Portanto, aceitando-se que a ordem sócio-econômica pudesse ser um bem jurídico, estar-se-ia pré-legitimando, acriticamente, toda e qualquer criminalização relacionada a atividades econômicas.

O conceito de bem jurídico perderia sua função de filtro – legitimador e deslegitimador – da intervenção penal.

(16) Sobre o tema, vide a detalhada obra do Prof. José Francisco de Faria Costa, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra, 1992.

(17) A teoria do desvalor da ação, que tem como seu maior defensor Jakobs, tão intensamente criticado, inclusive por estes autores.

(18) Manoel da Costa Andrade, *Direito Penal Econômico*, p. 84, citando Figueiredo Dias.

(19) Los Delitos socioeconómicos, El Bien Jurídico, El Autor, Su Hecho y La Necesaria Reforma del Sistema Penal Español – *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo* – Jornadas en Honor del Prof. Klaus Tiedemann, p. 196.

De acordo com o art. 107 da Constituição Brasileira,²⁰ seria possível proteger os princípios que compõem e norteiam a ordem econômica-social, tais como: a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, dentre outros. Se assim não fosse, estaríamos criando um conceito tão infinitamente amplo e de tamanha vagueza, que correríamos o risco de admitir, falaciosamente, normas penais, sob a áurea de proteção do “Estado Democrático de Direito”, que estariam a causar sua própria violação.

Portanto, conclui-se que a ordem sócio-econômica não é, e jamais poderia ser, entendida como um bem jurídico em si mesma, em face de sua tamanha amplitude.

(20) Constituição Brasileira, título VII – Da Ordem Econômica e Financeira – Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica – art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I – soberania nacional;
- II – propriedade privada;
- III – função social da sociedade;
- IV – livre concorrência;
- V – defesa do consumidor;
- VI – defesa do meio ambiente;
- VII – redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII – busca de pleno emprego;
- IX – tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração na País.

X – parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

E não é somente a amplitude desse bem jurídico que o impossibilita de lastrear o tipo; há que se ter em mente que nem sempre a lavagem de dinheiro é necessariamente um mal para a economia de um país. Em muitos casos, a entrada de dinheiro da economia informal (negra) na economia formal pode trazer inúmeros benefícios, seja para a ordem social, seja para a ordem econômica. Não fosse por questões de cunho absolutamente moral, não se haveria como negar que a entrada de capital que estava fora da economia permite, de imediato, ao Estado obter, sobre este capital, os impostos, o que socialmente é benéfico.

Pode-se, ainda, afirmar que a inclusão do dinheiro lavado na economia, poderia alavancá-la, principalmente, em países pobres como o Brasil (onde muitas pessoas morrem de fome no nordeste em função da seca e outras vivem na pobreza absoluta). Que dizer em relação a alguns países do continente africano? Como defender que a lavagem de dinheiro e sua entrada naquelas economias afetam negativamente a ordem sócio-econômica? Isso sem falar na possibilidade, ainda que hipotética, do emprego desse dinheiro em obras de caridade. Há pouco tempo, houve um clamor público contra a atitude do exemplar Betinho,²¹ pois, teria ele aceito dinheiro vindo dos bicheiros no Rio de Janeiro. Não há como negar que aquele dinheiro seria usado em benefício da ordem social, fato, aliás, comum no Rio de Janeiro, onde inúmeras vezes são os chamados contraventores que colaboram para a melhoria das condições sociais das favelas cariocas.

Sob esse prisma, a questão nada tem a ver com as normas do mercado, que

(21) Conhecido sociólogo brasileiro que encabeçou uma campanha social em prol das crianças carentes.

há muito funciona com regras próprias, inacessíveis ao discernimento da maioria das pessoas, e nem por isso a ordem sócio-econômica viu-se a ponto de "implodir".

Não se está aqui a afirmar que a conduta de lavar dinheiro não deva ser punida; não se trata de juízo valorativo, a preocupação é apenas definir qual, efetivamente, foi o objetivo da norma punitiva em questão. A partir desse ponto, procurou-se demonstrar que, em tese, é possível que a entrada de dinheiro ilícito na economia possa não só não prejudicá-la, como, muitas vezes, até produzir um resultado positivo. Descarta-se, portanto, a tutela da ordem sócio-econômica como o bem jurídico protegido pela norma.

4. Do bem jurídico "circulação dos bens no mercado"

Juana del Carpio Delgado, em sua tese de doutorado,²² defende a idéia de que o bem jurídico tutelado não é outro, senão a circulação dos bens no mercado, e esse é o elemento indispensável para seu normal funcionamento e o da economia em geral.²³ Sem sombra de dúvida, tal bem jurídico está mais bem delimitado do que o anterior, não obstante, também não deva ser aceito.

Admitir tal proposta, contudo, é estar a fazer uma análise futurística, pois, para tanto, seria necessário que se fizesse um juízo de "adivinhação": necessariamente, partir-se-ia da premissa (nem sempre verdadeira) de que o dinheiro fruto da lavagem irá efetivamente alterar a circulação dos bens no mercado. Usa a autora, para sustentar sua posição,

argumentos que podem parecer um tanto quanto abstratos e por muitas vezes duvidosos: "... es precisamente dentro de los principios inspiradores del Derecho Penal como son la *ultima ratio*, la necesidad de la pena y el carácter fragmentario del Derecho penal, que la intervención punitiva del Estado está justificada en cuanto uno de los elementos fundamentales para que el orden socioeconómico pueda funcionar, es la *licitud de los bienes que circulan en el mercado*".²⁴

A impressão que se tem é que a autora partiu da impossibilidade de declarar a ordem sócio-econômica como bem jurídico, por causa de sua amplitude, conforme acima concluído, e se deteve em um dos elementos componentes da ordem sócio-econômica, utilizando-se, assim, de um critério mais restrito, porém, ainda incorreto.

A não ser que se partisse de um critério moral, não seria possível determinar que a circulação dos bens no mercado esteja, necessariamente, abalada, por causa da entrada de produto fruto do ilícito. A explicação não é outra do que a já exposta no item anterior, (pois muitas vezes, esses bens poderiam estar sendo utilizados, por exemplo para uma campanha de caridade, o que, em hipótese alguma, abalaria a circulação dos bens de mercado).

Não se pode esquecer de que a legislação espanhola (como muitas outras legislações) criminaliza a conduta de lavagem de capitais apenas quando fruto de delitos graves.²⁵ Então, poder-

(22) Posteriormente transformada na obra *El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

(23) Obra ant. cit. p. 81.

(24) Obra ant. cit., p. 85/6, grifo no original.

(25) Art. 301: "El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un *delito grave*, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será

se-ia paradoxalmente admitir a entrada de capital, ilícito, vultoso, gerado em decorrência do crime de estelionato (delito leve, que o exclui do rol dos que possibilitam a tipificação de lavagem de dinheiro). Uma soma assim obtida poderia vir a circular no mercado econômico sem causar qualquer problema. Como se vê, fosse a entrada em circulação de bens na economia o que se procurou defender, todo e qualquer tipo de produto ilícito seria punível, desde que tais valores afetassem efetivamente a ordem econômica, através da circulação no mercado.

Dai se conclui que, seja por não haver como antecipar um juízo seguro de que o produto proveniente do ilícito vá efetivamente afetar a circulação de bens na economia, seja porque não há como tratar desigualmente condutas iguais (afinal não seria justo admitir-se a inclusão do produto do crime leve, ainda que se trate de uma soma vultosa, e ao mesmo tempo punir criminalmente a introdução de pequena monta de capitais, fruto dos delitos graves), o bem jurídico protegido na lavagem do dinheiro não pode ser a circulação dos bens no mercado.

O que é mais grave do que uma definição equivocada do bem jurídico tutelado é a conclusão a que chegou a autora de que a punição dos crimes de lavagem de dinheiro está amparada na *ultima ratio* do Direito Penal. Ora, a proibição pelo Direito Penal da lavagem de dinheiro tem mais um efeito de cunho simbólico, do que um caráter de *ultima ratio*.

Aliás, a função simbólica do direito penal tem sido usada com muita frequência no âmbito econômico, no meio

ambiente, terrorismo, drogas. Garcia Vitor, citando Bustos Ramíres, ressalta: *El Estado quiere dar a la ciudadanía el mensaje que tiene interés en proteger sus necesidades fundamentales, y que para ello pone todos los medios a su alcance, utilizando el Derecho Penal como prima ratio, pues en realidad se carece de los recursos necesarios (controles administrativos eficaces, por ejemplo), para lograr la efectiva protección de los bienes jurídicos en juego. Para Bustos en un Derecho Penal de garantías el bien jurídico debe cumplir necesariamente un rol de enlace y equilibrio entre las aludidas funciones instrumentales y simbólicas.*

Al observador advertido no escapa que lo que efectivamente hace la clase política es descargar su responsabilidad trasladándola al sistema penal, otorgando una respuesta conyuntural al la opinión pública, – conocedora de la incapacidad del mismo en este.²⁶

Essas conclusões são reforçadas à medida em que se consolida a globalização da economia: o crime de lavagem de dinheiro, somente desaparecerá, se desaparecerem os “paraísos fiscais”, permitidos, tolerados e, há quem diga, necessários, para a economia mundial.

5. Do bem jurídico “administração da justiça”

Ao analisar os bens jurídicos anteriormente citados, chega-se à conclusão de que somente mediatamente pode-se afetar a ordem sócio-econômica, com a inclusão do produto do ilícito no mercado. Assim como na receptação, faz-se necessária a existência de um crime prévio, e é esse que se pretende, em última análise, evitar.

castigado com la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes.

...” (grifamos).

(26) Bustos Ramíres, citado por Henrique Garcia Vitor in *Revista Brasileira de Ciências Criminais* – ano 4, n. 16, p. 64).

O crime de lavagem, que se resume em dar aparência de lícito a produtos de crimes, diferencia-se do crime de receptação não apenas pelo caráter patrimonial deste último (já que o interesse patrimonial, também poderia estar presente no primeiro), mas pela especialidade do crime de lavagem. Ou seja, ao definir quais os crimes prévios aptos a provocar a punição por lavagem, está o legislador, no fundo, tentando evitá-los. Incriminar a lavagem é a forma de dificultar a proliferação de tais crimes, em razão dos malefícios reais que esses crimes trazem para a ordem social.

Para o Prof. Faria Costa, há que se diferenciar o crime de lavagem da receptação por questões quantitativas: "Julgamos que, apesar de tudo, o peso e as densidades normativas, quer do desvalor de intenção, quer do desvalor do resultado que acompanham as duas práticas, apresentam-se de jeito tão diferenciado que tudo aponta para que também se verifique uma diferenciação ao nível do tipo legal. Porque, convenhamos, em termos político-criminais, não é a mesma coisa ser receptor de rádios de automóveis ou ser branqueador de dinheiro proveniente do tráfico de droga ou da venda ilícita de armas. Este tratamento diferenciado impõe, por conseguinte, em uma lógica de densificação, que o branqueamento de capitais seja tratado em lei autónoma no âmbito do direito penal secundário. ..."²⁷

É perigosa a distinção de tipos penais, para condutas idênticas, baseando-se apenas do desvalor da ação ou do resultado. Tal critério, por ser absolutamente subjetivo, poderá acarretar inúmeras injustiças,²⁸ até porque o desvalor

da ação que se deve levar em conta é o desvalor do delito prévio. A distinção, porém, não se dá tanto quantitativamente, mas, sim, por uma distinção do próprio tipo subjetivo.

O tipo subjetivo da lavagem não se perfaz com a simples ocultação do produto do ilícito. Necessária também a intenção do agente em dar uma aparência idônea. Isto é, a simples ocultação do produto de crime não tipifica a lavagem, ainda que seja produto de um dos crimes descritos na lei (terrorismo, tráfico de entorpecentes, etc); é preciso ainda que o agente tenha a intenção de recolocar no mercado o produto do crime, dando-lhe aparência lícita. O resultado – se a inserção no mercado afeta mediatamente a ordem econômica ou não – é de menor importância, já que o bem jurídico que se busca proteger não é, primordialmente, o mercado ou mesmo o patrimônio, mas, sim, evitar a prática dos crimes antecedentes.

No que diz respeito à íntima relação existente entre a receptação e o crime de lavagem, assim se manifestou Joachim Lampe: *La receptación era lo más próximo, con todo, el § 259 StGB exige como hecho previo un delito de desplazamiento patrimonial, y éste falta en la mayoría de los casos en los que los capitales blanqueados fuesen adquiridos a través de un hecho punible, pero no, exactamente, a través de un hecho que se 'dirija contra el patrimonio ajeno'*. E continua o autor alemão *Un delito de desplazamiento patrimonial falta, por ejemplo, en la mayoría de los casos en los que los capitales blanqueados procedan del tráfico de drogas.*

(27) Obra ant. cit., p. 73.

(28) A título de exemplo, se A recebe quantia irrisória de um traficante para que esconda em sua conta corrente, ganhando com isso uma comissão, será tipificado no crime de

lavagem; enquanto que B, poderá receber um aparelho de TV, produto de um latrocínio, sendo este punido por receptação. No caso a punição do receptor (menor que o da lavagem), carrega consigo um desvalor da ação muito maior.

(...) *el traficante de droga, ciertamente, lesiona al comprador en sus intereses relativos a la salud, pero no en sus intereses patrimoniales.*²⁹

Conforme antes ressaltado, não há como se concluir que o bem jurídico tutelado seja o patrimônio, até porque o Direito Penal patrimonial tem como objetivo primeiro proteger valores ou bens individuais,³⁰ enquanto que a lei de lavagem tem um enfoque supra individual.

Se a ocultação ocorrer e houver dissimulação tendo tido o agente a intenção de dar forma de lícito ao produto do crime, tipifica-se o crime de lavagem, e não de receptação, ainda que haja interesse patrimonial.

Assim, a lavagem de capitais não necessariamente acarreta um aumento do patrimônio do autor do fato, ou mesmo uma diminuição patrimonial a quem quer que seja, ao passo que, no crime de receptação, o interesse do receptador ou de outrem é simplesmente patrimonial.

O crime de lavagem é uma espécie de favorecimento real por ser criado para proteger a administração da justiça, que se encontra incapaz de punir os responsáveis pelos crimes antecedentes, em razão do auxílio prestado aos criminosos.³¹

Gomez Pavón, ao criticar a posição adotada pelo Código Espanhol, esclarece *este tipo penal era más próximo al favorecimiento real que a la receptación, puesto que al ocultarse o inutilizarse se*

*impide el cumplimiento de la función de descubrir y perseguir los delitos. Entre el delito que se encubre y éste no existe identidad de bien jurídico, la actividad, la actividad del encubridor en nada puede contribuir a mantener el ataque al bien jurídico ya lesionado o posto en peligro. Com esta conducta se blanquea el producto ya obtenido previamente, oculta su origen ilícita y, portanto, evita el descubrimiento del delito. No estamos ante una forma de receptación ni propia ni impropia, sino ante una modalidad sui generis de favorecimiento real en el que el bien jurídico protegido sería la administración de justicia, reprimiendo las conductas entorpecedoras de dicha función al ayudarse a encubrir un delito precedente.*³²

Ao punir a lavagem de dinheiro, tenta-se impedir que o produto do ilícito possa ser transformado e “dissolvido” no meio social, evitando, assim, seu confisco, bem como a identificação da autoria e materialidade do crime anterior. Tal tese é majoritária no Direito Suíço, sendo que a matéria está incluída no título XVII, relativo aos delitos contra a administração da justiça.³³ Nesse mes-

(32) Gomes Pavón – *El Bien Jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento*, 1994, p. 459 e ss.

(33) En la evolución de la normativa penal relativa al blanqueo de capitales en Suiza tiene importantes repercusiones el informe que redactó Bernasconi antes de su aprobación, en el que señala la administración de Justicia como bien jurídico lesionado por el autor de un delito de blanqueo de capitales. El autor del blanqueo actúa con la intención de poner a salvo de las medidas que establece la ley, las ganancias obtenidas de un hecho delictivo para asegurarlas a poner las a cubierto de la administración de Justicia. El autor oculta el origen ilícito, de manera que evita que las autoridades encargadas de la persecución penal descubran sus intenciones, impidiendo así el blanqueo

(29) Ernst – Joachim Lampe in *El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero* – versión castellana de la conferencia publicada en *Juristen-Zeitung*, 1994, tradução de Miguel Abel Souto.

(30) Sobre o tema José Faria Costa, *Lições do 5.º ano curso* 97/98, Universidade de Coimbra, p. 40.

(31) Ernst – Joaquim Lampe – obra ant. cit.

mo sentido, grande parte da doutrina alemã³⁴ e a doutrina italiana predominante.³⁵

Mesmo na Espanha, não obstante o Código Penal tenha adotado a tese de que a ordem sócio-econômica é o bem jurídico tutelado, a doutrina não é pacífica nessa posição. Para Isidoro Blanco Cordeiro ... *Quien encubre la propiedad de grandes cantidades de dinero, pone en peligro o lesiona el orden socio-económico. Sin embargo, quien oculta una pequeña cantidad de dinero obtenida de un delito grave, difícilmente se puede decir que altera el orden económico. La sanción penal de ambas conductas se aborda atajando el primer escalón de la actividad del blanqueo: el encubrimiento. Este es claramente un delito contra la administración de Justicia.*³⁶

No Brasil a Lei de Lavagem entrou em vigor em março de 1988.³⁷ A legisla-

de los bienes. En su opinión, parece claro que el blanqueo de capitales menoscaba la administración de Justicia. (cf. Bernusconi - Blanchissage d'argent, cit, p. 9. Posteriormente el informe explicativo del proyecto de reforma que introdujo el art. 305 bis confirmó el punto de vista de Bernusconi, al considerar como bien jurídico protegido tanto la administración de Justicia Nacional como Estrangera, cf. Isidoro Blanco Cordero, obra ant cit., p. 161).

(34) En primer lugar, bien jurídico del § 261 es, lo mismo que para el § 257 StGB, la administración de Justicia Estatal. (Ernst - Joachim Lampe, obra ant. cit.).

(35) Cf. Isidoro Blanco Cordeiro, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 163/165.

(36) Obra ant. cit., p. 171/2, no mesmo sentido, Díez Ripollés, Gomez Pavón, *El Bien jurídico prolegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero*, p. 211 e ss.

(37) Lei 9.613/98 - Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do

ção brasileira não trouxe subsídios para que o intérprete pudesse inferir, da leitura da norma, o bem jurídico que o legislador procurou defender.

Dessa forma, a questão tornou-se controversa e a doutrina pouco se manifestou a respeito, mesmo porque a lei ainda é recente. O único autor a tratar do tema, mas ainda sem esgotá-lo, foi Luiz Flávio Gomes,³⁸ que segue a orientação da legislação espanhola (que, como se viu, adota a ordem sócio-econômica como bem jurídico protegido). Essa posição, salvo melhor juízo, está equivocada, como já se demonstrou.

Para a legislação brasileira, o alcance da definição administração da justiça "significa aqui tudo o que se refere à atuação da justiça na consecução de seus fins".³⁹

Pois bem, a conduta do agente que dá aparência de lícito a produto ilícito tem como resultado principal a impossibilidade de a justiça punir o autor de crime antecedente, que se vê protegido pela lavagem. Com a referida conduta, tanto o prestígio, como a eficácia da justiça encontra-se em cheque, sendo, seu bem jurídico - administração da justiça - violado.

Explica-se: tudo o que atine à instituição da justiça, mas também à sua função, atingindo-a no prestígio e eficácia que lhe são absolutamente indispensáveis,⁴⁰ incorpora-se no conceito de administração da justiça.

sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.

(38) Obra ant. cit.

(39) Fragoso, Heleno Claudio, *Lições de Direito Penal* - Parte Especial, 6. ed. vol. II, p. 515, Forense, RJ, 1988.

(40) Noronha. E Magalhães, *Direito Penal*, V. 4, São Paulo, Br., Saraiva, 1997, atual. por Dirceu de Mello, 18. ed., p. 348.

Assim, o bem jurídico “administração da justiça”, através do tipo penal – favorecimento real,⁴¹ é que se vê atingido com a prática do crime de lavagem de capitais, pois a administração da justiça “impõe às pessoas o dever de, se não colaborar com a justiça, abster-se de estorvá-la”⁴² ou de obstaculizá-la em seus desígnios.

Ao defender que o bem jurídico tutelado é a “Administração da Justiça”, conclui-se que melhor seria punir a lavagem, fruto de crime antecedente, qualquer que seja ele, (devendo a pena variar, de acordo com o elemento subjetivo do tipo, considerando-se, assim, o desvalor da ação). Dessa forma, evita-se a chamada “cultura da corrupção”, assim denominada pelo festejado professor Faria Costa, que, com o brilho habitual, ressalta: “Defendemos que a incriminação das condutas penalmente relevantes se fundamenta em uma ordem de razões que se não deve confundir com as razões ‘fracas’ que eventualmente advenham de motivos laterais de mera eficácia de um sistema. Criar-se um tipo legal de crime para, desse jeito, melhor ou mais facilmente desenvolver, legalmente, uma qualquer actividade persecutória é atitude político-legislativa pouco clara que, para além disso, pode ter efeitos perversos. (...) Desta maneira, devem as autoridades, através de meios administrativos, controlar o mercado de capitais e mesmo os agentes que aí operam. O direito penal é instrumento de controle que não pode nem deve ser subestimado na luta contra o branqueamento, mas a sua eficácia tem sempre um carácter limitado que se tem de jogar, no sentido da sua optimização,

através de um justo e adequado equilíbrio com todas as outras formas de intervenção estadual”.⁴³

6. Conclusão

A partir da exposição das diversas teorias acerca do bem jurídico protegido por meio da criminalização da conduta de lavagem de dinheiro, podem ser extraídas as seguintes conclusões:

a) A ordem sócio-econômica não é um bem jurídico, e, sim, uma esfera da vida coletiva amparada constitucionalmente e apta a merecer tutela penal, através dos da proteção dos valores que a compõem;

b) A premissa de que o crime de lavagem de capitais fere a ordem sócio-econômica não pode ser tida como absoluta, já que o crime se configura ainda que o resultado para a ordem sócio-econômica seja positivo.

c) Também a circulação dos bens do mercado, não obstante ser uma definição mais delimitada, não poderá ser tida como o bem jurídico tutelado, pois somente por meio de uma análise futurista poderia concluir que a economia sofrerá qualquer tipo de abalo com a lavagem de dinheiro;

d) No que diz respeito à receptação, esse delito diferencia-se da lavagem de capitais em razão da necessária existência de interesse patrimonial, que nem sempre é encontrado no crime de lavagem;

e) Outro ponto que distingue a receptação da lavagem é o próprio elemento subjetivo do tipo, sendo a lavagem um *plus* em relação à receptação;

f) A administração da justiça é o bem jurídico tutelado pelo crime em questão, na medida em que os autores

(41) Favorecimento real, Código Penal Brasileiro – art. 349: “Prestar a criminoso, fora dos casos de co-autoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime”

(42) Obra cit. Em nota n. 38, p. 387.

(43) O Branqueamento de Capitais, p. 77.

de crime de lavagem, com a finalidade de proteger os responsáveis pelos crimes antecedentes, acabam obstruindo a própria justiça, impossibilitando a punição dos culpados.

Bibliografia

- BLANCO CORDEIRO, Isidoro. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, ed. Aranzadi, 1997;
- CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Language* – Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986;
- CARPIO DELGADO, Juana Del. *El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal* – ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997;
- COSTA ANDRADE, Manoel. *Direito Penal Econômico – A Nova Lei dos Crimes Contra a Economia à Luz do Conceito de 'Bem Jurídico* – Centro de Estudos Judiciários – Ciclo de Estudos – Coimbra, 1995;
- FARIA COSTA, José Francisco. *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo* – Jornadas en Honor del Professor Klaus Tiedemann – El Blanqueo de Capitales (Algunas reflexiones a la luz del Derecho Penal y de la Política Criminal);
- . *O Perigo em Direito Penal*, ed. Coimbra, 1992;
- . *Lições de 5.º ano do curso 97/98*, Universidade de Coimbra;
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge & COSTA ANDRADE, Manuel. *Questões Fundamentais a Doutrina Geral dos Crimes*, Aparentamentos e materiais de estudo da cadeira de Direito Penal, 3.º ano;
- FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal – Parte Especial*, 6. ed., vol. II, Forense, Rio de Janeiro, 1988;
- GARCÍA VITOR, Henrique. *Aspectos Políticos Criminales en materia de drogas* – Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 16;
- GÓMES INIESTA, Diego Jr.. *El Delito de Blanqueo de Capitales en Derecho Español*, ed. Cedecs, 1. ed., 1996;
- GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais: Aspectos Processuais*, Boletim do IBCCrim, n. 65;
- HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- JAKOBS, Gunther. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, ed. Civitas, 1996, trad. Manuel Cancio Meliá;
- JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – Parte Geral*, 4. ed., trad. Samaniego, José Luis Manzanares, ed. Comares, Granada;
- LAME, Ernst Joachim. *El Nuevo Tipo Penal del Blanqueo de Dinero*, Versión Castellana de la Conferencia Publicada en Juristen – Zeitung, 1994, traduzido por Miguel Abel Souto;
- MALARÉE, Hermazábal. *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*, Jornadas en Honor del Professor Klaus Tiedemann, “Los Delitos Socioeconómicos, El bien jurídico, El Autor, Su Hecho y la Necesaria Reforma del Sistema Penal Español;
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, v. 4, Saraiva, 18. ed., 1997, atual. Por Dirceu de Mello.
- PAVÓN GOMES. *El Bien Jurídico Protegido en La Recepción, Blanqueo de Dinero y Encubrimientos*, 1994;
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte Geral* – Tomo I, “Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito”, 1. ed., Parte Geral, Tomo I, trad. Diego – Manuel Luzón Peña e outros – Civitas, 1997.