

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL EM DIREITO CONSTITUCIONAL

MADERSON AMORIM DANTAS DA SILVA

**A MESCLA DE VALORES DE ORIGEM LÍCITA E ILÍCITA NO CRIME DE
LAVAGEM DE DINHEIRO: ESPAÇOS EM BRANCO NOS DISCURSOS DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

TERESINA

2020

MADERSON AMORIM DANTAS DA SILVA

**A MESCLA DE VALORES DE ORIGEM LÍCITA E ILÍCITA NO CRIME DE
LAVAGEM DE DINHEIRO: ESPAÇOS EM BRANCO NOS DISCURSOS DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação desenvolvida sob a orientação do Prof.
Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos, apresentada
como requisito parcial para obtenção do Título de
Mestre em Direito Constitucional.

TERESINA

2020

MADERSON AMORIM DANTAS DA SILVA

**A MESCLA DE VALORES DE ORIGEM LÍCITA E ILÍCITA NO CRIME DE
LAVAGEM DE DINHEIRO: ESPAÇOS EM BRANCO NOS DISCURSOS DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do IDP, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional

Data da Defesa

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador
Filiação

Prof. Avaliador 1
Filiação

Prof. Avaliador 2
Filiação

Prof. Avaliador 3 (Se houver)
Filiação

AGRADECIMENTOS

Aos bons ventos do universo, que, para além da minha compreensão, me trouxeram até aqui e sopraram a meu favor.

Com enorme carinho e gratidão à instituição iCEV, na pessoa do gentil professor e diretor, Bruno Agrélio, pela oportunidade a mim confiada e pelo apoio de sempre, meu muito obrigado.

Ao meu brilhante orientador, Professor Vinicius Gomes de Vasconcellos, por quem guardo profunda admiração pela notável carreira, bem como profunda gratidão pela disponibilidade e gentileza de sempre durante esse processo de orientação.

Aos meus amigos e amigas de CSV, na pessoa do estimado mestre e verdadeiro amigo, Professor Lucas Villa, exemplo de pessoa, advogado, professor e pesquisador, meu mais sincero agradecimento por ter sempre acreditado em mim e me oportunizado aprender.

Aos estimados amigos de tutoria no iCEV, pelos quais tenho profundo carinho e o prazer de dividir as noites de trabalho, obrigado pela força de sempre.

Ao amigo e exemplo de professor, Gabriel Furtado, pelo apoio e, sobretudo, pelo auxílio material no empréstimo dos livros, os quais me foram muito úteis.

Ao IDP, na pessoa do irretocável Fernando, pelo apoio irrestrito a todos nós, mestrandos.

Aos colegas de mestrado, pelos quais tenho profundo carinho e com os quais dividi alegrias e angústias, sobretudo os amigos da irmandade sem bandeira.

A todos os meus amigos, de maneira irrestrita.

À minha família, em especial minha mãe, meu maior exemplo de amor à docência, e minha vó, pelo apoio incondicional de sempre.

Com amor, à querida Alícia, pelo apoio incondicional e incentivo fundamentais.

Cada um no seu verso
Construindo a sua estrofe
Regredindo
Progredindo

Mas todos em busca da rima
Da sintonia
Da coreografia da vida
Da geografia da alma

Maderson Dantas, 2018

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO.....	9
1 NOÇÕES GERAIS SOBRE O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO	13
1.1 Conceito, gênese e síntese evolutiva do crime de lavagem de dinheiro	13
1.2 Aspectos criminológicos do crime de lavagem de dinheiro e suas fases	19
1.2.1 Colocação (placement)	20
1.2.2. Ocultação/Dissimulação (layering)	22
1.2.3. Integração (integration)	24
1.3. Controvérsias de ordem dogmática no crime de lavagem de dinheiro	25
1.3.1. Pontos relevantes sobre a classificação do crime de lavagem.....	27
1.3.2. Controvérsias sobre o bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro.....	30
2 A MESCLA (COMMINGLING) DE VALORES DE ORIGEM LÍCITA E ILÍCITA NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO	33
2.1. Contextualização do problema	33
2.2. Teoria da contaminação total	36
2.2.1. Fundamentos da teoria.....	39
2.2.2. Críticas à teoria	41
2.3. Teoria da contaminação parcial	45
2.3.1. Fundamentos da teoria	46
2.3.2. Críticas à teoria.....	48
2.4. Proposta de cotas de maculação e a ideia de insignificância no crime de lavagem de dinheiro.....	50
3. A MESCLA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	54
3.1. O estado da arte na jurisprudência do Supremo e a metodologia.....	55
3.2. Análise de casos.....	60
3.3. Teorias sobre a mescla à luz da Constituição Federal de 1998: por uma interpretação do crime de lavagem de dinheiro conforme a Constituição.....	73
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	81
REFERÊNCIAS	89

RESUMO:

O presente estudo, situado no campo do direito penal, processo penal e direito constitucional, teve como objeto central o crime de lavagem de dinheiro e as teorias sobre a mescla de valores ilícitos e lícitos. Teve como objetivo a análise de acórdãos do STF, sobre lavagem de dinheiro, para responder ao seguinte problema: como tem decidido o Supremo Tribunal Federal, nos casos de lavagem de dinheiro, de janeiro de 2015 a outubro de 2020, valendo-se da metodologia de análise de discurso, sob a égide das teorias sobre a mescla de valores lícitos e ilícitos? O trato com as decisões foi feito com amparo na metodologia de análise de discurso em Foucault, adequada ao alcance dos objetivos específicos, que foram, basicamente, desvendar, nos espaços em branco dos acórdãos, alguma intersecção, ainda que implícita, dos acórdãos com qualquer das teorias sobre a mescla, bem como se, expressamente, o supremo trata da matéria. Para tanto, iniciou-se com controvérsias gerais sobre o delito de lavagem, para melhor compreensão da questão posta, sendo sucedida por uma análise detida das teorias sobre a mescla, que serviram de suporte para o último capítulo, consistente na análise das decisões. Demonstrou-se o contato dos acórdãos analisados com a contaminação total e parcial, bem como, com base em análise sob a égide da Constituição, seus postulados e princípios, concluiu-se, em síntese, pela inadequação constitucional da contaminação total e possibilidade de mescla entre a contaminação parcial e o aspecto da insignificância trazido pelas cotas de maculação.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro; Mescla; Proporcionalidade; Vedação ao excesso.

ABSTRACT:

The present study, located in the field of criminal law, criminal procedure and constitutional law, had as its central object the crime of money laundering and theories about the mixture of illicit and lawful values. The objective was to analyze STF judgments on money laundering, in order to answer the following problem: as the Supreme Federal Court has decided, in cases of money laundering, from January 2015 to October 2020, using the methodology discourse analysis, under the aegis of theories about the mixture of legal and illegal values? The treatment of decisions was made based on the methodology of discourse analysis in Foucault, adequate to the achievement of specific objectives, which were, basically, to reveal in the blanks of the judgments some intersection, even if implicit, of the judgments with any of the theories about the mixture, as well as if, expressly, the supreme deals with the matter. To this end, it started with general controversies about the crime of laundering, for a better understanding of the question posed, being succeeded by a careful analysis of the theories about the mixture, which served as support for the last chapter, consistent in the analysis of decisions. The contact of the analyzed judgments with total and partial contamination was demonstrated, and, based on analysis under the aegis of the constitution, its postulates and principles, it was concluded, in summary, by the constitutional inadequacy of total contamination and the possibility of mixing between partial contamination and the aspect of insignificance brought about by the tarnish quotas.

Keywords: Money laundering; commingling; Proportionality; Sealing to excess.

INTRODUÇÃO

Imagine-se uma conta bancária na qual um funcionário público recebe seus proventos, percebidos de maneira lícita, fruto do trabalho por ele desenvolvido ao longo de mais de 15 anos de serviço público, somando R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Imagine-se, agora, que o funcionário público receba valores oriundos de corrupção passiva na mesma conta onde recebe seus proventos há mais de 15 anos, no importe de 30.000,00, (trinta mil reais) continuando, o funcionário, a movimentar sua conta bancária normalmente, tendo, inclusive, comprado um semovente no valor de 20.000,00 (vinte mil reais) poucos dias após o recebimento do valor de origem criminosa. Imagine-se, noutra hipótese, que ele tenha recebido 600.000,00 (seiscentos mil reais) do crime de corrupção passiva, e tenha, alguns meses depois, resolvido trocar de apartamento, adquirindo um imóvel novo, no valor de 500.000,00 (quinhentos mil reais). Há, na hipótese, crime de lavagem? Qual tratamento adequado, do ponto de vista constitucional, a ser dispensado pelo poder judiciário diante da mistura de valores? Os valores resultantes da mistura são inteiramente aptos ao crime de lavagem? Apenas uma parte? Há uma insignificância no contato entre os valores? Essas e outras hipóteses restarão esclarecidas naturalmente, por ocasião do desenvolvimento do trabalho, sendo retomadas na fase das conclusões da pesquisa.

O direito penal econômico tem sido objeto de cada vez maior reflexão no cenário jurídico-penal brasileiro. O crime de lavagem de dinheiro ocupa posição central nos debates a esse respeito e tem merecido a atenção da comunidade acadêmica. Curiosamente, no entanto, o tema da mescla de valores lícitos e ilícitos no crime de lavagem de dinheiro tem sido absolutamente negligenciado em nosso país tanto por acadêmicos como pelas instituições que operam junto ao sistema penal. O presente estudo, então, busca analisar justamente a mistura de valores lícitos e ilícitos no crime de lavagem de dinheiro, mais especificamente como vem sendo tratada essa questão no âmbito de nossa corte constitucional. Busca-se, então, resposta ao seguinte problema de pesquisa: como tem decidido o Supremo Tribunal Federal, nos casos de lavagem de dinheiro, de janeiro de 2015 a outubro de 2020¹, se analisadas as decisões, valendo-se da metodologia de análise de discurso, sob a égide das teorias sobre a mescla de valores lícitos e ilícitos?

Fala-se em três correntes teóricas principais, que buscam explicar o tema da mescla (*commingling*): a teoria da contaminação total, a teoria da contaminação parcial e a teoria das

¹ As decisões compreenderão acórdãos proferidos em sede de ações penais originárias do Supremo Tribunal Federal, escolhidas duas de cada turma, dentre as julgadas no recorte temporal 2015-2020, contemplando os acórdãos com maior possibilidade material de análise.

cotas de maculação. Embora sem fazer expressa referência, a hipótese aqui sustentada é que, aparentemente, os juízes e tribunais brasileiros têm adotado, de modo inconsciente, a teoria da contaminação total. Essa postura, no entanto, não parece ser a ideal, vez que em desacordo com os limites constitucionais.

A teoria da contaminação total causa incômodo por possibilitar, por exemplo, que o patrimônio lícito de um agente possa vir a ser completamente maculado caso a ele se misture qualquer valor ilícito, ainda que absolutamente insignificante quando comparado ao montante global. Inquietações como essas motivam a presente pesquisa, pois tem-se aí, além da criação de uma inapropriada cadeia de causalidade *ad infinitum*, clara violação aos princípios da proporcionalidade e da proibição do excesso. Essas questões serão exploradas com atenção nessa dissertação, expondo as principais teorias sobre o tema, bem como analisando as decisões da suprema corte brasileira acerca do crime de lavagem de dinheiro.

As outras correntes trazem posicionamento aparentemente mais razoável, ao tempo que a contaminação total insinua uma maculação integral de um patrimônio, a contaminação parcial insinua uma maculação exatamente na medida do que comprovadamente tenha sido produto de atividade ilícita, separando-se o patrimônio lícito do patrimônio ilícito. Por fim, as cotas de maculação trazem uma ideia que se aproxima dos fundamentos de um direito penal mínimo, vez que estabelece percentuais de patrimônio de origem ilícita que possam configurar lavagem, sendo os percentuais de diversos patamares, conforme estabelece a doutrina estrangeira que será apresentada. Desse modo, a teoria das cotas de maculação, ao estabelecer percentuais, insinua também a ideia de incidência do princípio da insignificância no crime de lavagem de capitais, ideia que será oportunamente aprofundada nessa dissertação.

Assim, no primeiro capítulo, abordar-se-ão questões pragmáticas sobre o tipo penal da lavagem de dinheiro e seu conceito. Far-se-á, igualmente breve, porém, necessária, retrospectiva histórica, desde o surgimento do delito até suas três grandes fases: 1) as políticas de combate ao tráfico de entorpecentes, na década de 70, em países estrangeiros; 2) a introdução do tipo penal no Brasil, com rol ampliado, porém taxativo, de crimes antecedentes; e 3) a atual configuração do tipo penal no Brasil, com o fim do rol taxativo promovido pela Lei nº 12.683/2012. Ainda nesse capítulo, serão abordados os aspectos criminológicos e dogmáticos do crime de lavagem de dinheiro, mormente suas três fases: 1) colocação (*placement*); 2) ocultação (*layering*); 3) integração (*integration*). O objetivo é compreender como **essas** fases se verificam no caso concreto, o que resultará importante para a futura análise dos posicionamentos do STF. Para este primeiro exercício de síntese do estado da arte do tema, no Brasil, serão úteis, por exemplo, autores nacionais como Pierpaolo Bottini, Gustavo Badaró,

Marcelo Medroni e André Callegari, bem como com as lições de Carla Veríssimo de Carli sobre a ideologia da criminalização e análise do discurso no crime de lavagem de dinheiro.

No segundo capítulo, entrar-se-á, efetivamente, no tema central da pesquisa: as teorias sobre mescla de valores de origem lícita e ilícita no crime de lavagem de dinheiro. Neste trabalho, ao tratar da mescla, pode-se estar fazendo referência a mescla como tipologia de lavagem, ou seja, quando o agente se vale da mistura propositalmente para praticar o delito, ou simplesmente se fazendo referência a um patrimônio mesclado, ou seja, no qual se tem bens e/ou valores de origem lícita e ilícita, o trabalho indicará cada caso. Com origem no direito alemão e notoriedade na Espanha, os estudos sobre o tema destacam as já mencionadas três teorias: contaminação total (*Totalkontamination*), contaminação parcial (*Teilkontamination*) e cotas de maculação (*Makelquote*)². Para a corrente da contaminação total, por exemplo, a entrada de valores ilícitos, por exemplo, em conta bancária ou aplicação financeira originariamente composta por valores lícitos, teria o condão de maculá-los, contaminando-os integralmente. Trata-se de mistura homogênea. Abordar-se-á a questão principiológica, notadamente os princípios da proporcionalidade e vedação ao excesso, que depõem contra essa corrente.³

Apesar disso, no Brasil, ela ainda parece prosperar, talvez em razão do apelo das grandes operações inspiradas na Lava Jato, talvez em razão da escassez de estudos sobre o tema. São comuns denúncias que não quantificam o capital ilícito e o capital lícito, bem como, consequentemente, de decisões que acabam por se enquadrar no contexto da contaminação total. O objetivo é analisar essas correntes com profundidade suficiente, permitindo averiguar a compatibilidade delas com o ordenamento jurídico brasileiro. O tema, então, é introduzido com as lições sobre a mescla de valores trazidas por Isidoro Blanco Cordero, referência nos estudos sobre lavagem de dinheiro, Luis Henrique Machado, Marcelo Mendroni, Pierpaolo Cruz Bottini, Gustavo Badaró, dentre outros.

No terceiro e derradeiro capítulo, far-se-á o estudo sobre o crime de lavagem de dinheiro na jurisprudência do STF. Usando da metodologia da análise de discurso, serão selecionadas as decisões, estabelecidos os critérios de análise e, basicamente, se verificará qual teoria melhor refletiria o posicionamento do STF nos casos analisados. O objetivo é, a partir da identificação do atual estado da arte do tema na Suprema Corte, analisar os casos e buscar identificar vestígios das mencionadas teorias, descobrindo, por exemplo, se o Supremo trata do tema de maneira

² CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. 4ª ed, Madrid: Aranzadi, 2015. P. 447.

³ BADARÓ, Gustavo Herique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**, 4ª ed, São Paulo: Revista dos tribunais, 2019. P. 109.

explícita em suas decisões, bem como se, de maneira implícita, alguma dessas teorias encontra morada em sua jurisprudência. Por fim, após o estudo dos casos, será proposta uma interpretação do crime de lavagem de dinheiro conforme a Constituição Federal de 1988.

Para tanto, o trabalho valer-se-á de revisão bibliográfica, incluindo livros, artigos, dissertações e teses, bem como de pesquisa empírica, que selecionará e analisará decisões do Supremo Tribunal Federal sobre lavagem de dinheiro, sob a égide das já mencionadas teorias sobre a mescla de valores. O trato com as decisões será realizado com amparo da metodologia da análise de discurso, capaz de fazer as teorias sobre a mescla de valores dialogarem com as decisões selecionadas para, então, desvelar suas presenças nos espaços em branco dos discursos do STF. A análise de discurso permite ir além do conteúdo explícito do texto, compreendendo como ele produz e expõe significados, inclusive em suas entrelinhas. O marco teórico principal escolhido, no tocante à metodologia de análise de discurso, para o desenvolvimento do trabalho, é o da escola francesa, com start na obra de Michel Foucault “A ordem do discurso”, bem como teses, dissertações e artigos sobre o tema. Dessa forma, a partir da utilização da metodologia em análise de discurso, dada a hipótese de ausência de enfrentamento expresso do tema pelo STF, o que justifica o uso da metodologia em comento, será possível extrair os sentidos que guiam as interpretações do tipo penal no âmbito da Suprema Corte.

Desse modo, a pesquisa se debruça sobre os julgados do Supremo Tribunal Federal, proferidos entre os anos de 2015 e 2020, em sede de ações penais julgadas pelo órgão referido. Dentre os inúmeros acórdãos proferidos pela Corte, delimita-se o período 2015-2020, para que a pesquisa analise o discurso mais recente do Supremo em relação à matéria objeto da pesquisa, e, ainda, delimita-se o tipo de acórdão, sendo os proferidos em sede de ações penais originárias, para conferir maior idoneidade material à pesquisa, tendo em vista que, em sede de ação penal, a discussão é ampla. A ideia, como dito, é de buscar, no discurso dos acórdãos, a incidência, ou não, de qualquer das teorias sobre a mescla, (contaminação total, parcial ou cotas de maculação), não de modo explícito, e, por isso, a escolha da metodologia em análise do discurso, para auxiliar na compreensão da construção do julgado, analisando-os e aferindo como o Supremo Tribunal federal aborda a questão da mescla, entendendo se, por exemplo, alguma das teorias é contemplada, ainda que de maneira implícita.

CAPÍTULO 1

NOÇÕES GERAIS SOBRE O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Em tempos de grandiosas operações de combate à corrupção e à criminalidade de colarinho branco, bem como à criminalidade organizada de modo geral, falar sobre lavagem de dinheiro tem sido cada vez mais necessário no meio jurídico como um todo, mas principalmente na academia, dada as controvérsias que o tema traz e, junto com elas, a urgência de que o assunto seja estudado com profundidade pelos profissionais do direito. Pouco mais de 20 anos após a introdução do tipo penal de lavagem no Brasil, ainda existem lacunas e, principalmente, espaços em branco nos discursos extraídos da jurisprudência nacional sobre o tema. É dizer: por aqui, embora existente há mais de duas décadas, os tribunais ainda não se aprofundaram sobre as principais questões que envolvem o tipo penal de lavagem, deixando as rédeas soltas demais e, por consequência, deixando de proceder com o aperfeiçoamento contínuo da aplicação da lei penal no que tange ao delito de lavagem.

Questões como o bem jurídico tutelado pelo delito de lavagem, a consumação do delito, bem como a adequação da aplicação do tipo penal de lavagem à Constituição e a problemática da mescla de valores de origem lícita e ilícita, são temas que têm sido negligenciados pela suprema corte brasileira, por exemplo. As questões que envolvem a adequação do tipo de lavagem conforme a Constituição fazem parte do núcleo dessa dissertação e serão abordadas oportunamente no decorrer do trabalho, com a devida profundidade. No entanto, é necessária, inicialmente, uma breve abordagem conceitual, bem como da gênese e evolução do crime de lavagem de dinheiro no contexto jurídico nacional.

1.1. Conceito, gênese e síntese evolutiva do crime de lavagem de dinheiro

De início, antes da exposição explicativa de conceitos, é preciso que se tenha, de modo bastante claro, que o crime de lavagem de dinheiro é um crime parasitário, ou seja, que precisa da ocorrência de um crime antecedente que gere os valores ilícitos que serão objeto da lavagem. É parasitário, pois, o crime que não tem existência autônoma, que tem caráter acessório. Assim é a lavagem, que, para sua ocorrência, necessita da existência de um delito antecedente, que gere os bens e/ou valores que futuramente serão objeto do processo lavatório. Para ocorrer, a lavagem precisa processar um produto, e tal produto não é gerado pela própria lavagem, o produto (bens e/ou valores) é fornecido pela atividade ilícita (crime antecedente), anterior ao crime de lavagem.

Assim, o crime de “lavar dinheiro” pode ser definido como o processo pelo qual o agente promove o disfarce de bens e/ou valores de origem ilícita com a intenção de dar-lhes aparência de licitude. Há muito, Isidoro Blanco Cordero já conceituava o crime de lavagem de dinheiro como “o processo em virtude do qual os bens de origem delitiva se integram no sistema econômico legal com aparência de terem sido obtidos de forma lícita”⁴, na mesma linha, doutrinadores brasileiros como Pierpaolo Cruz e Gustavo Badaró, conceituam o delito de lavagem como “o movimento de afastamento dos bens de seu passado sujo, que se inicia com a ocultação simples e termina com sua introdução no circuito comercial ou financeiro, com aspecto legítimo”⁵

No mundo da criminalidade econômica, o crime se parece com um negócio, e às vezes, de fato o é. Tratando do crime de lavagem de dinheiro, é comum que o dono do negócio ilícito, por exemplo, suporte obrigações lícitas, que são iguais às obrigações suportadas por donos de negócios lícitos. Um exemplo pode ser o pagamento de impostos referentes a operações que, no caso do “negócio de lavagem de dinheiro”, na prática, não ocorreram. Por isso se diz que o crime de lavagem, muitas vezes, é como um negócio, visa lucro, porém um lucro ilícito. Essa questão fica bastante clara a partir das considerações de Carla Veríssimo de Carli, em estudo sobre o tema, quando propõe um conceito criminológico para o crime de lavagem, como sendo “o processo de legitimação de capital espúrio, realizado com o objetivo de torná-lo apto para isso, e que implica, normalmente, em perdas necessárias”⁶.

É no termo “perdas necessárias” que se encaixa o exemplo anteriormente citado, do dono do “negócio de lavagem de dinheiro” que suporta obrigações lícitas, como o pagamento de impostos sobre operações que não são reais, tudo com o intuito de atribuir aparência de licitude a um capital. São comumente associados aos casos de empreendimentos visivelmente precários, com baixíssima ou quase nenhuma procura, mas que continuam operando. São os negócios e operações que:

“Não fazem sentido desde uma ótica comercial (por exemplo, não faz sentido ter prejuízo e manter o negócio). No entanto, fazem sentido como lavagem de dinheiro, como operações destinadas a trazer uma aparência de licitude. As *perdas* são o *custo* do negócio de legitimar dinheiro”.⁷

⁴ CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015. P. 107.

⁵ BADARÓ, Gustavo Herique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**, 4ª ed, São Paulo: Revista dos tribunais, 2019. P. 25.

⁶ DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. P. 116.

⁷ Idem. p. 117.

Assim, pode se entender que o processo de lavagem de dinheiro e, portanto, o seu núcleo conceitual, está no disfarce dos bens e/ou valores de origem ilícita, dando-lhes aparência de licitude, dissociando-os da sua origem, ou seja, do crime antecedente, de maneira que possibilite a sua reinserção no mercado sem que sua origem seja questionada, sem que se possa verificar, a partir da reinserção, os vestígios de uma atividade ilícita que gerou aqueles bens e/ou valores.

Embora sua abordagem gere implicações controversas que afetam diretamente na aplicação do tipo penal, principalmente no que se refere ao núcleo da proibição – o que será oportunamente abordado –, a lei também se encarregou de conceituar o delito de lavagem de dinheiro, assim descrito na lei nº 12.683/2012:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.⁸

Tendo tratado das questões centrais sobre o conceito de lavagem de dinheiro, tanto para a doutrina que estuda o tema como para a própria lei, tem-se que todos os conceitos convergem quanto ao núcleo conceitual do delito de lavagem, que, como dito, pode ser compreendido de forma simples como sendo o processo de disfarce de bens e/ou valores de origem ilícita para dar-lhes aparência lícita, característica conceitual também contemplada pela lei que tipifica o crime de lavagem, quando fala em ocultar ou dissimular a natureza, a origem dos bens e/ou valores que sejam frutos de atividades criminosas.

Há quem, como Marcelo Mendroni, remonte práticas semelhantes ao que hoje se tem como lavagem de dinheiro à época dos famosos piratas, há cerca de 300 anos, no século XVII. É possível perceber, a partir dos conceitos apresentados sobre lavagem de dinheiro, que a prática pirata guardava, de fato, algumas semelhanças com o “negócio de lavagem de dinheiro” existente nos dias atuais, no sentido de que suportavam custos para conseguir inserir suas mercadorias oriundas de saques e roubos no comércio legal, através da troca dessas mercadorias de origem ilícita, com mercadores americanos tidos como legais e de boa reputação, por outras tantas mercadorias de menor valor, conseguindo inserir mercadoria ilícita e recebendo em troca outras mercadorias disfarçadas de licitude.⁹

A depender do critério utilizado para se buscar na história práticas semelhantes ao que hoje se entende por lavagem, pode-se voltar ainda a períodos anteriores ao século XVII. Tomando-se por base, por exemplo, o ato de esconder ou disfarçar a origem criminosa de

⁸BRASIL. **Lei de Lavagem de Dinheiro nº 12.683/2012**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm> Acesso em 25 de maio de 2020.

⁹ MEDRONI, Marcelo Batlouni. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas S.A, 2006. P. 4.

alguma vantagem que se tenha obtido, tanto para negar o ilícito quanto para poder usufruir do seu fruto, pode-se remontar aos primórdios da humanidade.¹⁰ No entanto, falando no aspecto eminentemente jurídico, a repressão ao que hoje se tem como lavagem de dinheiro começou a se desenhar somente no século XX, pioneiramente na Itália e, em seguida, nos Estados Unidos da América. A partir daí, com a internacionalização do direito penal, e a adesão dos países aos tratados internacionais que trazem normativos sobre o tema, essa legislação pioneira foi servindo de base para a implementação de leis com vistas a combater lavagem de dinheiro em diversos países.

Na citada Itália, conforme Fabián Caparrós¹¹ e Cervini¹², foi somente em 1978, nos chamados anos de chumbo, que surgiu a primeira tipificação do crime de lavagem, impulsionada por uma onda de sequestros com finalidade econômica praticados pelo grupo conhecido por “brigadas vermelhas”, que protagonizou o sequestro de Aldo Moro, importante político da época. A grande comoção social, gerada pelo fato, resultou na edição do Decreto-lei nº 59, que instituía o código penal italiano e previa o crime de lavagem, consistindo este, na época, na substituição de valores provenientes de roubo, extorsão e extorsão mediante sequestro por outros valores ou dinheiro.

Após o start italiano, surgiu a legislação que mais influenciou e influencia, até hoje, outras legislações de outros países, sobre lavagem de dinheiro. Trata-se da legislação dos Estados Unidos, surgida em 1986. Vale lembrar que, antes mesmo de 1986, os EUA davam sinais do que viria se concretizar no referido ano, com o surgimento da primeira legislação, nos EUA, sobre lavagem de dinheiro. Refere-se ao início da década de 70, quando foi editado o “Bank Secrecy Act”, que obrigava os bancos a comunicar às autoridades as transações, em espécie, superiores a R\$ 10.000, visando prevenir o que viria a ser lavagem e outros tipos de crimes financeiros, exigindo dos bancos e instituições financeiras o “rastros do dinheiro”.¹³

Assim, diferente do que ocorreu na Itália, as razões por trás da criminalização norte-americana residem no crescimento acentuado do crime organizado, numa perspectiva mais próxima do que se tem atualmente como crime organizado. Essa ascensão das organizações

¹⁰ DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. P. 75.

¹¹ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. **El delito de blanqueo de capitales**, p. 52 **Apud** DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. P. 78-79.

¹² CERVINI, Raul; TERRA DE OLIVEIRA, William; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Lavagem de Capitais**, p. 186. **Apud** DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. P. 78-79.

¹³ DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. P. 84.

criminosas se teria dado em virtude do então chamado “período da proibição”, quando vigorava a lei seca, que proibia a fabricação e comercialização de bebidas alcoólicas. Nesse cenário se tornou conhecida a figura do paradigmático Al Capone, ainda nos anos 20, que acumulou uma fortuna com a criminalidade organizada, nessa época. A proibição redundou no surgimento de um mercado ilegal, que movimentava milhões de dólares e gerava mais e mais organizações criminosas.¹⁴

Com o fim do período da proibição, o crime organizado se expandiu e buscou novas formas de se manter operando, direcionando-se aos jogos, tráfico de drogas e operações financeiras envolvendo *offshore banks*, de tal modo que a situação foi agravada e o congresso norte-americano editou o chamado *Anti-Drug Abuse act of 1986 (H.R. 5484)*¹⁵, um conjunto de atos que, entre outras coisas, criminalizou a lavagem de dinheiro nos EUA. A partir daí, a legislação evoluiu e serviu de base para a instituição de legislações de combate à lavagem de dinheiro também em outros países, existindo, atualmente, um compartilhamento de políticas de combate à lavagem também por meio das UIF – Unidades de Inteligência Financeira, que, no Brasil, é desempenhado pelo COAF.

No Brasil, o crime de lavagem de dinheiro entra em cena a partir de determinações *Convenção de Viena*, da qual o Brasil é signatário, tendo promulgado a convenção por meio do decreto 154/1991, pelo qual o Brasil assumiu o compromisso de combater o narcotráfico, inclusive, tipificando penalmente condutas que fossem praticadas com bens ou valores oriundos dessa prática. Nasce, então, a lei 9.613/1998, que foi além e previu também, para além do tráfico de entorpecentes, outros delitos que poderiam figurar como antecedentes do crime de lavagem de dinheiro. A lei vigorou com a redação original até 2012, quando sofreu alterações pela lei 12.683/2012 que, dentre outras mudanças, a mais substancial foi colocar fim ao rol taxativo de crimes antecedentes, possibilitando que qualquer infração penal figure como antecedente ao crime de lavagem.

Após as pioneiras legislações da Itália e Estados Unidos e a internacionalização do direito penal, vieram os tratados internacionais, como a *Convenção de Viena*, que tratou de criminalizar a conduta de lavagem dos bens e valores que fossem oriundos do tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, inaugurando o que a doutrina sobre o tema mais tarde denominaria como as três grandes gerações das legislações de combate ao crime de lavagem de

¹⁴ DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. P. 80.

¹⁵ EUA. **Anti-Drug Abuse act of 1986 (H.R. 5484)**. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/99th-congress/house-bill/5484>> acesso em 29.05.2020.

dinheiro. A primeira geração seria a desencadeada pelo normativo da Convenção de Viena, a geração das legislações que traziam apenas o tráfico de entorpecentes como delito antecedente à lavagem de dinheiro. Seguidas das legislações de segunda geração, que, para além do crime de tráfico como antecedente, trazia um rol mais amplo, porém taxativo, de crimes aptos a anteceder o delito de lavagem. Após, chega-se a geração atual, que é a terceira, onde a característica principal é o fim do rol taxativo de crimes antecedentes, passando as legislações desta geração a admitir qualquer infração penal como antecedente à lavagem.¹⁶

Ao criminalizar pela primeira vez a lavagem de dinheiro, através da lei 9.613/1998, o Brasil estacionou entre as legislações de segunda geração, que previam um rol taxativo de crimes antecedentes. No entanto, autores como Kai Ambos, apontam para uma hibridéz desta legislação pioneira, pois para além do rol taxativo – que não era exatamente taxativo, como aponta o autor – a lei também previa uma possibilidade aberta para configuração de outros crimes que pudessem figurar como antecedentes aos de lavagem, desde que cometidos por organizações criminosas, de acordo com o inciso VII do artigo 1º da referida lei, de modo que “o legislador possibilitou que qualquer tipo de conduta criminosa que produza dinheiro, que tenha sido efetivada e realizada por organização criminosa, conduza também ao crime de lavagem”.¹⁷

No entanto, tal norma penal em branco padeceu sem aplicabilidade prática, já que a lei de lavagem trazia essa possibilidade, mas não definia o que seria organização criminosa, o que impedia a existência, na época, de imputações com base nesse dispositivo. Em razão disso, já que a Lei nº 9.613/98 não trazia o conceito jurídico de organização criminosa, doutrinadores e juristas buscaram esse conceito em outras legislações, surgindo as hipóteses de empréstimo da definição de crime de quadrilha ou bando, então presente no art. 288 do Código Penal, ou da definição de “grupo criminoso organizado” trazido na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), ratificada pelo Brasil por meio do decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Ocorre que, segundo o STJ e o STF, este empréstimo conceitual seria impossível, vez que, além de ser necessária tipificação específica para o crime de organização criminosa, o crime de quadrilha e bando já existia à época do início da vigência da Lei nº 9.613/98. Ou seja, caso fosse a vontade do legislador inserir aquele crime como antecedente ao de lavagem de dinheiro, ele o teria feito expressamente, inserindo-o no rol

¹⁶ HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais**. Vol. 12. Salvador: Podivm, 2009, P. 138.

¹⁷ AMBOS, Kai. **Lavagem de Dinheiro e direito penal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007. P. 51

taxativo daquela lei, e não colocando expressão equivalente.^{18 19} O tema ainda foi objeto de ADI (4.414/AL), proposta pelo conselho federal da OAB, restando decidido pela impossibilidade desse empréstimo conceitual e impossibilidade de imputação com base na norma em branco da lei 9.613/1998.

Apesar de todo esforço, essa questão viria a se tornar irrelevante com a evolução da legislação brasileira para o grupo das legislações de terceira geração, através da lei 12.683/2012, que pôs fim ao rol taxativo e ao alargamento desse rol por meio de crimes praticados por organizações criminosas, passando a considerar, expressamente, qualquer infração penal como possível antecedente ao crime de lavagem. É nesse ponto que, hoje, se encontra a lei de lavagem de dinheiro do Brasil, acompanhando uma tendência mundial que tem posto fim às legislações de primeira e segunda geração.

No entanto, apesar de estar, teoricamente, alinhado com outros países cujas legislações influenciaram a do Brasil, por aqui ainda se sofre com outras questões relativas ao crime de lavagem, como as já citadas divergências tanto doutrinárias como jurisprudenciais referentes ao bem jurídico tutelado pelo direito, o que reflete diretamente em questões práticas como a própria consumação do crime de lavagem, por exemplo. Outra questão, central no desenvolvimento do presente trabalho, está no âmbito das tipologias do crime de lavagem de dinheiro, mais precisamente sobre a mescla de valores de origem lícita e ilícita e o tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal aos casos de lavagem que lá chegam, sob esse aspecto específico. Parece necessário verificar de que forma, na prática, a jurisprudência do STF se aproxima ou se distancia das três correntes teóricas que buscam explicar o tema da mescla (*commingling*): teoria da contaminação total, a teoria da contaminação parcial e a teoria das cotas de maculação.²⁰

1.2. Aspectos criminológicos do crime de lavagem de dinheiro e suas fases

O enfoque criminológico do crime de lavagem se torna pertinente pelo fato de que, com seus métodos próprios e que não se confundem com os critérios axiológicos jurídico-penais, a criminologia nos possibilita compreender o crime de lavagem de dinheiro como um fenômeno mais amplo, para além da limitada definição trazida pela lei.

¹⁸ MELLO, Marco Aurélio. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 92.682/RJ. Data de Julgamento: 24/10/2007

¹⁹ MELLO, Marco Aurélio. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 96.007/SP. Data de Julgamento: 12/06/2012

²⁰ CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015. P. 447.

A criminologia toma por base o conceito penal de delito como um uma referência lógica obrigatória, um ponto de partida. Mas a coincidência de objeto é somente parcial, porque ela não examina somente o delito e nem o faz desde a ótica dos valores. Uma conduta só se torna delitiva quando recebe o estigma penal, quando a ela se comina uma pena. A criminologia parte desse conceito, porém a ele não se prende: estuda o desvio, seja ele criminoso ou não.²¹

Tal enfoque nos permite analisar questões outras que não são perceptíveis na simples análise do tipo penal, de maneira puramente dogmática. Possibilita analisar como se opera, como acontece a lavagem de dinheiro. Assim, já tendo conceituado o delito em estudo no tópico anterior, algumas questões principais, do ponto de vista criminológico, serão analisadas neste tópico, principalmente sobre as fases que caracterizam o processo de lavagem de dinheiro.

De modo geral, a doutrina mais especializada sobre lavagem de dinheiro, no Brasil e no exterior, aponta três fases, essencialmente, para se configurar a lavagem de capitais, aderindo ao modelo explicativo do processo de lavagem elaborado pelo GAFI²². Essas fases são assim divididas: a) a colocação (placement); b) a ocultação (layering); c) a integração (integration), pode se dizer que esses são os principais aspectos criminológicos a serem analisados neste ponto do estudo, destaca-se a importância dessa abordagem, pois, é no curso dessas fases que ocorre, na prática, o fenômeno central dessa dissertação, outro aspecto criminológico, que é a problemática sobre a mescla de valores de origem lícita com valores de origem ilícita.

Carla Veríssimo de Carli explica que essa divisão em fases, de ordem criminológica, cumpre seu papel na missão de fazer o crime de lavagem de dinheiro ser melhor compreendido, de modo que “tem valor esquemático, apenas. Seu objetivo é auxiliar na compreensão do processo, porque elas não ocorrem, necessariamente, em momentos distintos e temporalmente separados, - e podem aparecer superpostas”.²³ No mesmo sentido, Pierpaolo Cruz Bottini e Gustavo Badaró esclarecem que nem sempre as fases podem ser reconhecidas de maneira precisa, bem como que, na prática, é comum que se sobreponham, sendo difícil identificar quando uma termina e a outra começa, mas que é importante fixar a ideia de lavagem como:

Um processo dinâmico que tem por objetivo final a integração do capital à economia lícita. Não se trata de um simples ato de ocultação, de um mero esconder bens de origem delitiva, mas de uma atividade voltada à simulação, a confecção de uma roupagem legítima a recursos escusos – ainda que tal objetivo não seja necessariamente alcançado.²⁴

²¹ DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. P. 115.

²² Financial Action Task Force/Groupe D'action Financière, referido no texto como GAFI.

²³ DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. P. 118.

²⁴ BADARÓ, Gustavo Herique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**, 3ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016. P. 28.

Passemos, pois, à análise de cada uma das fases do crime de lavagem, para melhor compreensão do fenômeno.

1.2.1. Colocação (placement)

É o start no processo de lavagem, após cometimento do crime antecedente que, como visto no tópico 1.1, dada a atualização da legislação brasileira para o grupo das legislações de terceira geração sobre lavagem de dinheiro, pode ser qualquer delito. É, nessa fase, que o agente inicia o processo, por meio da dissociação do produto do crime antecedente, que é objeto da lavagem de dinheiro, da sua origem delitativa (crime antecedente), nessa fase ocorre a colocação dos proveitos do crime no sistema financeiro, o que pode ocorrer de diversas maneiras, por isso o termo “colocação” se torna adequado. “A colocação é a fase inicial da lavagem de dinheiro, na qual ocorre a *separação* dos ativos ilícitos da sua fonte ilegal. Normalmente, o lavador introduz os proveitos do crime no sistema financeiro”.²⁵ Também aborda o tema, Pierpaolo Cruz e Gustavo Badaró:

Trata-se do movimento inicial para distanciar o valor de sua origem criminosa, com a alteração qualitativa dos bens, seu afastamento do local da prática da infração antecedente ou outras condutas similares. É a fase de maior proximidade entre o produto da lavagem e a infração penal que a gerou.²⁶

Sobre o tema, também pontua Isidoro Blanco Cordero:

Consiste en deshacerse materialmente de impostentes sumas de dinero em metálico, sin ocultar todavía, la identidad de los titulares. Como és sabido, algunas actividades delictivas geran enormes cantidades de efectivo de las que es necesarkio alejarse lo antes possible.²⁷

Essa colocação pode se operar, na prática, de diversas formas, como o fracionamento do dinheiro em somas menores, que não chamem atenção, principalmente dos agentes de compliance, e possam ser introduzidas em contas bancárias sem gerar suspeitas, a troca do dinheiro por cheques ou ordens de pagamento, que são então coletadas e depositadas em contas bancárias, compra de apólices de seguro, joias, antiguidades²⁸, atos que iniciam o disfarce da origem ilícita do objeto da lavagem, de maneira que possibilite o começo de sua circulação na economia, como se lícitos fossem. André Callegari diz, ainda, que a principal característica dessa fase é a intenção dos criminosos de se desfazerem das quantias ou bens provenientes de

²⁵ DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. P. 118.

²⁶ BADARÓ, Gustavo Herique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**, 4ª ed, São Paulo: Revista dos tribunais, 2019. P. 28

²⁷ CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015. P. 77.

²⁸ DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. P. 118.

ilícitos, sem, no entanto, ocultar a identidade dos titulares, o que justificaria a adoção de uma ou de várias das formas de colocação citadas.²⁹

Em suma, essa primeira fase é aquela que se parece com a citada prática pirata de séculos atrás, assim como os piratas do século XVII, de fato, colocavam os produtos dos seus crimes em circulação no comércio, se utilizando, na época, da estratégia de negociá-los com comerciantes bem quistos de reputação intacta, recebendo em troca de seus produtos criminosos outros diversos produtos de menor valor, é facilmente perceptível que, confrontando o exemplo com o que se tem hoje, que os piratas fracionavam suas fortunas criminosas ao colocarem o produto de seus crimes na rota comercial legal. Tal como acontece atualmente, de forma mais larga e com mais possibilidades de colocação, como já citado.

Conforme se verá com o estudo das próximas fases, os piratas, no entanto, se beneficiavam da inexistência dos mecanismos de cooperação para combate do crime de lavagem de dinheiro e cumpriam as fases da ocultação e da integração sem muita dificuldade, facilidade que, embora o crime de lavagem de dinheiro continue sendo praticado, não existe mais, dada a criação e alargamento dos mecanismos de combate à prática de lavagem, dos mecanismos de cooperação interna e externa, bem como o progresso das legislações antilavagem. Usa-se o exemplo dos piratas apenas para melhor ilustrar como é usual e simples a colocação de bens e/ou valores de origem ilícita em circulação na rota comercial/econômica legal. Por certo, esta facilidade é o que mais dificulta a perseguição dessa prática por parte das autoridades, tendo em vista que, se bem colocado os bens e/ou valores, ou seja, se os agentes conseguem colocar de tal modo que não gerem suspeitas de um crime antecedente que gerou aquele montante, a suspeita será zero, tendo em vista que, as práticas de colocação são, se excluído o seu passado criminoso que gerou os valores, operações normais e rotineiras, cotidianas da vida empresarial, comercial, bancária e etc.

“A colocação consiste na separação física entre o agente e o produto auferido pelo crime, dificultando a identificação da procedência delituosa do dinheiro”³⁰, assim, com base nos posicionamentos doutrinários aqui expostos, penso que tem-se clara a ideia de colocação com dois objetivos principais e claros: a) a introdução do produto do crime/objeto da lavagem na economia lícita, por qualquer das práticas citadas ou por outras que cumpram o papel de

²⁹ CALLEGARI, André Luís: **Direito Penal Econômico e lavagem de dinheiro**. Aspectos criminológicos; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. P. 47.

³⁰ HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais**. Vol. 12. Salvador: Podivm, 2009. P. 137.

inserir o objeto da lavagem na economia; b) Fazer de tal forma que dificulte a ligação do objeto da lavagem com o seu passado criminoso, caso contrário, o lavador sai de cena no primeiro ato.

1.2.2. Ocultação/Dissimulação (layering)

Foi dito que as fases do processo de lavagem nem sempre são fáceis de se verificar separadamente, bem como que podem, inclusive, se sobrepor, sendo difícil a verificação de quando termina uma fase e se inicia a outra, dada a possibilidade, também, de simultaneidade na ocorrência das fases. Em muito, isso se deve pela aproximação prática que as fases possuem, principalmente da colocação para a ocultação/dissimulação. Se quer dizer, com isso, que os atos de caracterização das fases são semelhantes, daí a dificuldade de verificação exata de ocorrência de uma ou de outra. Nesta segunda fase tem-se, basicamente, um aperfeiçoamento da primeira fase, que é a colocação. Aqui, na ocultação/dissimulação, o objetivo é tornar ainda mais difícil a identificação de um passado criminoso dos bens e/ou valores objeto da lavagem, dificultar o rastreamento, a associação dos valores com uma prática ilícita antecedente. Sobre tal ponto, Andre Callegari diz que *“Si tiene éxito la fase de colocación, los blaqueadores tratarán de hacer más difícil y complicada la detección de los bienes mediante la realización de múltiples transacciones que, al igual de capas, se irán amontonando unas tras otras dificultando el descubrimiento del origen de aquéllos”*³¹

A utilização do termo ocultar, nesta fase, está relacionada às condutas praticadas pelo lavador para ocultar ainda mais a origem ilícita dos bens e/ou valores objeto da lavagem, para ter sucesso nessa fase, o lavador precisa agir de tal modo que afaste dos meios utilizados para a colocação, a origem dos valores colocados.

Nessa fase é preciso fazer desaparecer o vínculo existente entre o delinquente e o bem procedente de sua atuação, razão pela qual é usual o recurso da superposição e combinação de complicadas operações financeiras que tratam de tratar de dificultar o seguimento do que é conhecido como “pegada ou rastro do dinheiro”.³²

Para que não saia de cena no segundo ato, o lavador precisa ser capaz de “desligar os fundos de sua origem, gerando para isso um complexo sistema de amontoamento de transações financeiras destinado a apagar a pegada contábil de tais fundos ilícitos”.³³ Na prática, é dizer que, se o lavador, na primeira fase, escolheu uma locadora de veículos para colocar os valores

³¹ CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015. P. 84.

³² VIDALEZ RODRIGUEZ, Katy, **Los delitos de receptacion y legitimacion de capitales en el código penal de 1955, p. 73**. Apud CALLEGARI, André Luís: **Direito Penal Econômico e lavagem de dinheiro**. Aspectos criminológicos; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. P. 56. Apud

³³ CALLEGARI, André Luís: **Direito Penal Econômico e lavagem de dinheiro**. Aspectos criminológicos; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. P. 56

ilícitos objeto da lavagem, ele deve ser capaz de fazer com que a locadora opere sem gerar suspeitas sobre seus ativos, e para tanto, além de criar um sistema de amontoamento, ele pode dispor de outros métodos, o amontoamento de transações é somente uma das formas de se ocultar a origem ilícita e dificultar o rastreamento da origem dos valores.

Após conseguir sucesso na fase de colocação, o lavador precisa empreender uma série de formas para ocultar a origem ilícita dos valores, e pode fazê-lo, também, por uma série de transferências de valores, para várias contas e em bancos diferentes, até mesmo em outros países, principalmente os paraísos fiscais, assim conhecidos por não possuir um bom aparato de combate a esse tipo de prática. *“Lá funcion de la fase de ensombrecimiento consiste em ocultar el origen de los produtos ilícitos mediante la realización de numerosas transacciones financieras.”*³⁴ Pode, ainda, se valer de compra e venda de valores, metais preciosos, ou, ainda, várias dessas operações combinadas. O sucesso da segunda fase é maximizado, segundo relata Carla Veríssimo de Carli, quando envolvem países e jurisdições que não cooperam para o combate à lavagem de dinheiro.³⁵

1.2.3. Integração (integration)

Se o lavador não saiu de cena no primeiro ou no segundo ato, pode-se dizer que aqui ele está prestes a receber o bônus, que é, basicamente, poder usufruir com plenitude do objeto da lavagem, agora, já disfarçado de licitude. É nessa fase que, agora com aparência de lícitos, o lavador pode movimentar os valores disfarçados por meio de investimentos, aquisições, ou mesmo a criação de outros negócios lícitos. Se diz bônus, pois, quando se chega nessa fase, após o sucesso na colocação e na ocultação, é muito difícil rastrear a origem dos bens e/ou valores. O produto da lavagem, nessa fase, já passou por inúmeras operações de ocultação/dissimulação, e pode ser facilmente inserido na economia global e no patrimônio do lavador, como se lícito fosse, desde o início.

Os ativos de origem criminosa – já misturados a valores obtidos em atividades legítimas e lavados nas complexas operações de dissimulação – são reciclados em simulações de negócios lícitos, como transações de importação/exportação simuladas, com preços excedentes ou subfaturados, compra e venda de imóveis com preços diferentes daqueles de mercado, ou em empréstimos de regresso, o pagamento de protestos de dívidas simuladas via cartório, dentre outras práticas.³⁶

³⁴ CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015. P. 84.

³⁵ DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. P. 118.

³⁶ BADARÓ, Gustavo Herique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**, 4ª ed, São Paulo: Revista dos tribunais, 2019. P. 28

Cabe lembrar, por oportuno, que aquilo que é bônus para o lavador, o sucesso na integração, para a legislação brasileira sobre lavagem de dinheiro, é mero exaurimento, bastando apenas a colocação, no plano objetivo, para caracterizar a lavagem. Reforça tal entendimento Pierpaolo Cruz Bottini e Gustavo Badaró, quando dizem que “basta a consumação da primeira etapa, para a materialidade delitiva, incidindo sobre ela a mesma pena aplicável à dissimulação ou integração”³⁷. Logo, o importante a se compreender sobre essa fase do processo de lavagem, é que seu objetivo é possibilitar ao lavador usufruir dos frutos da lavagem de maneira plena, tendo em vista que, agora, os valores já contam com aparência de licitude, de modo que o lavador somente precisará direcionar os recursos para introduzi-los na economia global por meio de investimentos e atividades lícitas. “Nessa etapa, o capital ilicitamente obtido conta já com a aparência de legalidade que se pretendia que tivesse. Logo, o dinheiro pode ser utilizado no sistema econômico e financeiro como se se tratasse de dinheiro licitamente obtido.”³⁸, afirma Callegari:

Os procedimentos de integração situam os fundos obtidos com a lavagem na economia de tal forma que, integrando-se no sistema bancário, aparecem como produto normal de uma atividade comercial. Quando se chega nesse estágio é muito difícil a descoberta da origem ilícita dos fundos.³⁹

Por se tratar da última fase de lavagem, quando está o lavador quase concluindo o processo, o sucesso nessa fase é o sinal de que o agente também concluiu com êxito a fase da colocação e da dissimulação, não precisando, como dito, que as fases tenham ocorrido necessariamente uma após a outra, ante a possibilidade de que ocorram e se consumem simultaneamente, a depender do *modus operandi* do lavador. Assim, diz a doutrina espanhola de Isidoro Blanco que “*Consiste en la introducción de los bienes criminalmente obtenidos em la economia legal sin levantar sospechas y outorgando uma aparência de legitimidade em cuanto su origen.*”⁴⁰ O certo é que, conseguindo cumprir com a integração, o lavador, agora, pode dispor do patrimônio de origem ilícita como se ele tivesse se originando ali, naquele momento de integração do capital, através de uma atividade lícita. Por tal processo, complexo e cheio de operações, o lavador conseguiu, então, alcançar aquele que é o objetivo único e que encontra fundamento no próprio conceito da lavagem: disfarçar o capital de origem ilícita, de maneira que a nova roupagem lhe confira aparência de total licitude, oriundo de uma atividade lícita que gerou bens e/ou valores lícitos.

³⁷ Idem.

³⁸ CALLEGARI, André Luís: **Direito Penal Econômico e lavagem de dinheiro**. Aspectos criminológicos; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. P. 59

³⁹ Idem. P. 60.

⁴⁰ CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015. P. 86.

1.3. Controvérsias de ordem dogmática no crime de lavagem de dinheiro

Previsto na legislação penal de diversos países, no Brasil, o crime de lavagem de dinheiro pode ser considerado jovem, principalmente se visto a partir das alterações na legislação ocorridas em 2012. Talvez por isso, pela jovialidade, não tenhamos uma profundidade nos estudos de questões mais específicas sobre o delito, questões outras que ultrapassam a superficialidade empregada pelos tribunais que negligenciam, por exemplo, a necessidade de se pensar o crime de lavagem e seu processamento a partir de uma lente constitucional. Não obstante as alterações ocorridas em 2012, como dito, o crime de lavagem de dinheiro foi tipificado no Brasil em 1998, através da lei 9.613/1998. A expressão não é uma em todos os países que tipificaram o delito, em alguns, como no Brasil, usa-se a expressão “lavagem”, já em outros, como na Espanha, fala-se em “branqueamento”, sendo todas as expressões referentes ao mesmo delito, com as peculiaridades de cada país.

O que se pretende aqui é expor, de forma pontual, as principais questões dogmáticas sobre o crime de lavagem de dinheiro, principalmente as que dialoguem com a problemática central deste estudo, que são as teorias sobre a mescla. Objetivamente, ou seja, puramente do ponto de vista da tipificação penal empregada ao fato “lavar dinheiro”, nenhuma grande revolução aconteceu com o delito de 1998 até aqui, os verbos nucleares, como se perceberá a seguir, foram mantidos mesmo após as mudanças legislativas, “ocultar ou dissimular”. Leia-se o teor da tipificação quando da introdução do crime no ordenamento jurídico brasileiro, com o advento, à época, da lei 9.613/1998:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:⁴¹

A lavagem é um crime parasitário, ou seja, um crime que precisa de um outro, que seja seu antecedente, para tornar possível a sua existência, e em tal ponto reside a principal alteração entre a legislação de 1998 e as alterações de 2012, naquela o rol de crimes aptos a figurarem como crime antecedente era taxativo e expressamente previsto na legislação, nesta de 2012 o rol já não é mais taxativo e o crime de lavagem passou a ser possível de ser configurado através de qualquer infração penal.

Pois bem, pela redação dada em 1998, os crimes antecedentes eram: I) tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas e afins; II) terrorismo e seu financiamento; III) contrabando ou tráfico

⁴¹ BRASIL, Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm. Acesso em: 31/05/2020.

de armas, munições ou material destinado à sua produção; IV) extorsão mediante sequestro; V) crimes contra a Administração Pública; VI) crimes contra o sistema financeiro; VII) crimes cometidos por “organização criminosa” e VIII) crime praticado por particular contra administração pública estrangeira.⁴²

A alteração mais notável se encontra neste ponto, com as alterações trazidas pela lei 13.683/2012 a lei deixou de expor um rol taxativo de crimes antecedentes e passou a considerar qualquer infração penal como apta a ser crime meio para o crime de lavagem de dinheiro. Leia-se o teor da tipificação com base na legislação atual:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.⁴³

Nesse ponto, o Brasil seguiu uma tendência mundial, aderindo às legislações de terceira geração, que não taxam um rol de crimes antecedentes, talvez pela evolução dos esforços para se combater a criminalidade organizada e pelo desejo de conferir maior abrangência à lei de lavagem, tendo em vista que, conseqüentemente, com o alargamento da possibilidade de crimes antecedentes, a atuação das autoridades ganha mais fôlego na identificação dos casos de lavagem. São várias as questões envolvendo o crime de lavagem, tendo destacado essa rápida evolução legislativa em relação ao tratamento que o Brasil conferiu à lavagem de dinheiro, outras questões pontuais serão abordadas nesse pedaço do estudo, importantes para a compreensão do todo. Passa-se, então, às questões de ordem dogmática escolhidas para esta parte da dissertação, por terem maior relevância dada à algumas controvérsias, em relação ao crime de lavagem, mormente as questões envolvendo o tempo da sua consumação e a insistente controvérsia sobre o bem jurídico tutelado pelo delito em estudo, questões que, por óbvio, possuem pontos de intersecção.

1.3.1. Pontos relevantes sobre a classificação do crime de lavagem.

A classificação doutrinária atribuída a um tipo penal interfere diretamente no modo como os tribunais julgam, ou seja, na aplicabilidade prática do tipo penal e seu processamento. Por isso, ainda que de modo breve, por não ser o centro da pesquisa, é importante destacar as principais classificações que são atribuídas ao delito de lavagem, sobretudo as que geram certa controvérsia. A importância dessa abordagem se deve, ainda, ao fato de que, neste trabalho, o clímax da pesquisa repousa no modo como o Supremo Tribunal Federal tem julgado os casos

⁴² Idem.

⁴³ BRASIL. **Lei de Lavagem de Dinheiro nº 12.683/2012**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>. Acesso em 31/05/2020.

de lavagem de dinheiro, daí a importância de se abordar a classificação do delito em estudo. Diferente da maioria esmagadora dos delitos, o de lavagem é um tipo especial que agrega uma série de peculiaridades, que geram profundas discussões. A exemplo, a principal característica do crime de lavagem, que é o fato de ser parasitário, ou seja, necessitar de um delito antecedente para que possa existir, traz, em sua órbita, sérias implicações de ordem prática.

Sobre tal característica, mesmo após a abolição do rol taxativo dos antecedentes, quando se fala sobre a possibilidade de, como expressa a legislação, qualquer infração penal poder figurar como antecedente ao crime de lavagem, o aspecto parasitário do crime de lavagem traz certa controvérsia quando analisado sob a ótica do próprio texto do tipo penal, ante o fato de que nem toda infração penal gera valores de origem ilícita, e, em tese, tal constatação teria o poder de afastar a aptidão de certos delitos de figurar como antecedente ao crime de lavagem, como é o caso da discussão que circunda o delito de sonegação fiscal, em que o agente não incorpora valores de origem ilícita ao seu patrimônio, mas somente deixa de suprimir do seu patrimônio, obtido por meio de atividade lícita, valores que deveriam ser recolhidos em favor do estado. Em apertada síntese, é que os valores não recolhidos ao fisco não são gerados pela sonegação fiscal em si, mas sim pela atividade lícita desenvolvida pelo agente, o que impossibilitaria o delito de sonegação de anteceder o de lavagem. Tal posicionamento não é unânime na doutrina, e há quem faça aparte disso para sustentar, por exemplo, que o fato de não ter origem ilícita não impede a maculação dos valores posteriormente a sua origem, se tornando, a partir dali, suscetível à lavagem, surgindo, então outros problemas, como o de comprovar a relação causal entre o recurso dissimulado e o produto que foi transformado em ilícito após a sonegação, por exemplo.⁴⁴ Particularmente, aqui se sustenta pela impossibilidade de lavagem por meio da sonegação fiscal, pelas razões expostas e por incompatibilidade conceitual até, visto que o crime de lavagem é o crime pelo qual o agente visa introduzir na economia bens/valores obtidos de maneira ilícita, o que não é o caso da sonegação fiscal. A discussão sobre a relação da sonegação fiscal com a lavagem de dinheiro é extensa e este trabalho não tem a pretensão de esgotar tal temática, apenas de ilustrar a importância da abordagem classificatória do delito de lavagem.

Assim, as principais classificações do crime de lavagem o definem como um crime doloso, material, comum, de ação múltipla, plurissubsistente e unisubjetivo, classificações, em regra, sem muita controvérsia, nem na própria adequação da classificação em si, nem em algum reflexo prático que cause maiores problemas, como ocorre com os reflexos práticos do fato de

⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**, 4ª ed, São Paulo: Revista dos tribunais, 2019. P. 113-114.

ser o crime de lavagem um crime parasitário, como explicado, onde não se questiona a classificação em si, pois é uníssono que trata-se, sim, de crime parasitário, no entanto, surgem algumas controvérsias de ordem prática, como a citada sobre a adequação ou não do crime de sonegação fiscal como antecedente ao de lavagem.

Algumas classificações não geram qualquer controvérsia, mas outras são um pouco mais delicadas e possuem reflexos práticos maiores que outras. É o caso da classificação quanto ao momento da consumação do delito de lavagem. Quando se trata do tema, são três classificações possíveis: crime instantâneo, permanente ou instantâneo de efeitos permanentes, e a interpretação desse ponto traz implicações importantíssimas de ordem prática, como a contagem do prazo prescricional e a aplicação de eventuais alterações legislativas sobre o tipo penal em estudo.⁴⁵ O crime instantâneo é o que se consuma em um momento determinado, sem alongamento temporal. Desse modo, não se verifica, no crime instantâneo, qualquer extensão, nada além do momento em que o resultado do crime foi atingido. Já no crime permanente se tem o contrário, pois a sua execução se estende no tempo, de maneira que, a lesão ao bem jurídico acompanha esse alongamento temporal, e isso também possui implicação prática, como a possibilidade de prisão em flagrante. No tocante ao crime instantâneo de efeitos permanentes, trata-se de um tipo misto das duas classificações já comentadas. No caso, a consumação é certa e determinada no tempo, mas seus efeitos se alongam no tempo.⁴⁶

Embora exista certa divergência sobre em qual possibilidade se encaixa o delito de lavagem, é certo que a sua alocação num ou noutro conceito depende de uma análise detida sobre o bem jurídico tutelado pelo delito de lavagem, sobre o que não se tem um consenso. Desse modo, a depender do bem jurídico que se entenda tutelado pela lavagem de dinheiro, se pode ter um crime instantâneo, permanente ou instantâneo de efeitos permanentes. A cargo da doutrina, o que tem encontrado certo respaldo é a terceira corrente, sob o prisma da administração da justiça como bem jurídico tutelado, tratando o crime de lavagem como instantâneo de efeitos permanentes, conforme entendem Gustavo Badaró e Pierpaolo Cruz:

Pelo prisma objetivo, parece-nos que os crimes de lavagem de dinheiro, na forma do caput, têm caráter instantâneo. O ato de ocultar ou dissimular torna consumado o delito no instante de sua prática. A manutenção do bem mascarado é mera decorrência ou desdobramento do ato inicial. Trata-se de crime instantâneo de efeitos permanentes, no qual a consumação ocorre no momento do ato, mas seus efeitos perduram no tempo.⁴⁷

⁴⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**, 4ª ed, São Paulo: Revista dos tribunais, 2019. P. 113-114.

⁴⁶ Idem. Ibidem P.162.

⁴⁷ Idem. Ibidem. P. 163

Sobre o elemento subjetivo, apesar de ser pacífico que é um crime doloso, alguns desdobramentos merecem rápido destaque, como a aceitabilidade ou não do dolo eventual, bem como a aplicabilidade da teoria da cegueira deliberada. O impasse no uso da teoria reside, dentre outros, em aspecto de sua aplicabilidade, pois em alguns países, como na Espanha, a teoria é usada como substitutiva não só do dolo, mas também da culpa, o que em território brasileiro impediria seu uso em relação a lavagem de dinheiro, ante a ausência de previsão de punição na modalidade culposa.⁴⁸ Para Isidoro Blanco Cordero, em síntese, na cegueira deliberada “*El sujeto intenta cegar las fuentes por las que puede llegar al conocimiento del delito*”⁴⁹, na prática, a teoria se assemelha ao instituto do dolo eventual, gerando até mesmo desnecessidade de se importar a teoria, mas sendo prudente fazer um aparte apenas para alertar sobre a incompatibilidade do uso como substitutivo de culpa, como dito, pela ausência de previsão legal para punição na modalidade culposa.

1.3.2. Controvérsias sobre o bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro

A importância da proteção ao bem jurídico no direito penal ganha ainda mais relevo, dado ao seu caráter de *ultima ratio*, o direito penal se encarrega da proteção aos bens jurídicos mais importantes. Ainda não se tem um consenso na doutrina sobre o bem jurídico tutelado pelo crime de lavagem de dinheiro, são vários os candidatos à proteção que o delito visa conferir. Uma tipificação penal existe para a proteção de um determinado bem jurídico e, no direito penal, em tese, era para ser uma delimitação simples, a de saber qual o bem jurídico tutelado por determinado tipo penal. No entanto, tratando de um tipo especial como o de lavagem, certa complexidade reside neste ponto, tanto que não se tem consenso, que parte da doutrina alega a falência do instituto do bem jurídico, dada a falta de precisão do instituto. Indo direto ao ponto, tratando especificamente das agruras de se delimitar o bem jurídico tutelado pelas normas de lavagem, dos vários candidatos, alguns se destacam na doutrina, são eles o bem jurídico tutelado pelo delito antecedente, a administração da justiça e a ordem econômica, cada um com suas respectivas implicações práticas. Destaque-se que esses três não exaurem as possibilidades indicadas pela doutrina, sendo apenas um destaque para ilustração da controvérsia existente.

Uma dificuldade prática na delimitação do bem jurídico tutelado pelo delito de lavagem, aponta Callegari, é a própria forma de introdução do delito no ordenamento jurídico brasileiro,

⁴⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**, 4ª ed, São Paulo: Revista dos tribunais, 2019. P. 137

⁴⁹ CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015. P. 840.

que se deu por meio de lei especial e, por consequência, não contou com a didática e praticidade de estar inserida em um capítulo do código penal que, expressamente, faz referência aos bens tutelados pelos delitos daquele capítulo.⁵⁰

O crime de lavagem, por sua vez, é suscetível de diversas interpretações sobre o bem jurídico que tutela ou deve tutelar. Tratando inicialmente da interpretação que leva ao bem jurídico tutelado pelo delito antecedente, tem-se que traz uma ideia de bem jurídico protegido variável, dada a amplitude de crimes aptos a anteceder o de lavagem. Essa corrente sustenta, inclusive, que necessitaria que o legislador se comprometesse com a indicação precisa dos crimes antecedentes que possam gerar produtos laváveis. São diversas as críticas à corrente que sustenta a proteção do bem jurídico tutelado pelo delito antecedente ao de lavagem, dentre elas, a mais contundente é a que se sustenta na existência de *bis in idem* e na ideia consolidada de um direito penal da culpabilidade.

Se o bem jurídico tutelado pela norma da lavagem de dinheiro é o mesmo lesionado pelo delito antecedente, existirá *bis in idem*. Poder-se-ia argumentar que a punição da lavagem de dinheiro não “olha para trás”, para o delito pretérito, mas para a afetação futura de bens jurídicos similares. A incidência da norma penal teria natureza de prevenção geral negativa. A aplicação da pena evitaria o uso do dinheiro para novos crimes contra aquele mesmo bem jurídico, e inibiria a repetição de condutas similares. Ocorre que a ideia não se sustenta frente a um direito penal da culpabilidade, cuja legitimidade da punição se assenta na relação direta do ato autor com o ato praticado.⁵¹

Apesar das conhecidas críticas ao discurso populista penal de prevenção geral negativa, a ideia de punição por expectativa de crime não encontra qualquer guarda jurídica. “*Essa punição em perspectiva, por possíveis atos futuros, não é apta a fundamentar o exercício do ius puniendi, pois movimentava um aparato repressivo diante de uma mera potencialidade*”.⁵² Desse modo, a corrente encontra barreiras reais de aceitação doutrinária e prática, pelas razões expostas.

A corrente foi uma das primeiras a ser ventilada na doutrina, com o passar dos estudos, outras surgiram, como a citada proteção da administração da justiça. Sobre essa, a lavagem, por tratar-se de complexas operações com vistas a distanciar o produto da sua origem, acaba por dificultar os diversos aparelhos estatais de cumprirem suas funções, de modo que seria a lavagem, então, óbice à boa administração da justiça, por assim dizer. Essa parte da doutrina é um pouco mais firme do que a anterior, mas não é isenta de críticas. Ressalvas são feitas a esta

⁵⁰ CALLEGARI, André Luís: **Direito Penal Econômico e lavagem de dinheiro**. Aspectos criminológicos; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. P.90.

⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**, 4ª ed, São Paulo: Revista dos tribunais, 2019. P.78.

⁵² Idem. Ibidem. P.79.

corrente com base no elemento subjetivo, sustentando que, os crimes contra a administração da justiça exigem o dolo de interferir e prejudicar o funcionamento do aparelho de justiça, elemento que, via de regra, não é constatado, primordialmente, no crime de lavagem. Os defensores da administração da justiça como bem jurídico tutelado ainda rechaçam a crítica, sob a fundamentação de que, nos crimes em que o bem jurídico tutelado não for expressamente indicado pelo tipo penal, não se exige que o dolo do agente o tenha como objeto, mas tão somente a prática dos elementos do tipo penal.⁵³

Há, também, parcela considerável da doutrina que incumbe, como âmbito de proteção do crime de lavagem, a ordem econômica. Basicamente, a corrente sustenta que a economia pode sofrer desestabilização pela inserção de capital de origem criminosa, causando prejuízo ao sistema de livre iniciativa, à concorrência, relações de consumo, de modo que tornaria desigual a atividade exercida pelos operadores da ordem econômica.⁵⁴ Tem-se, também, manifestação de Isidoro Blanco Cordero, quando diz que *“El potencial peligroso de los capitales ilícitos para la economía se observa en la lesión de los principios sobre los que aquélla se asienta: la libre competencia”*.⁵⁵

Resta, ainda, a ideia de pluriofensividade, que embora parte da doutrina reconheça que, por exemplo, as normas de lavagem tutelam tanto a ordem econômica quanto a administração da justiça, a pluriofensividade também não é unânime, nem mesmo no caso citado, como defendem Badaró e Bottini:

A proposta de pluriofensividade carece de rendimento dogmático. Apontar como diversos os bens jurídicos tutelados é o mesmo que indicar nenhum. Perde-se o elemento norteador da interpretação teleológica, fundamental para superar problemas de concurso de normas e para a análise de proporcionalidade. Por isso, mesmo que em parcela significativa dos casos exista uma pluralidade de bens jurídicos lesionados, a norma concretizada no tipo penal de lavagem de dinheiro tem por escopo a proteção de um único bem jurídico, a administração da justiça⁵⁶.

Assim, diante da falta de consenso doutrinário, é evidente que o crime de lavagem pode conferir guarda a diversos bens jurídicos, devendo, no entanto, ocorrer o sopesamento do que é mais adequado aos fins que se presta a legislação de lavagem. A mim, parece que assiste razão à corrente que, embora não descarte a possibilidade de ofensa à ordem econômica, não a entende como primordial na cadeia de proteção das normas de lavagem, sendo primordial a

⁵³ BADARÓ, Gustavo Herique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**, 4ª ed, São Paulo: Revista dos tribunais, 2019. P.82.

⁵⁴ PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 83.

⁵⁵ CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015.P. 326.

⁵⁶ BADARÓ, Gustavo Herique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**, 4ª ed, São Paulo: Revista dos tribunais, 2019. P.89.

administração da justiça, que, em todo caso, é turbada, ainda que, conjuntamente, outros bens jurídicos, como a ordem econômica, também possam ser lesionados, no entanto, sem ser a prioridade na cadeia de proteção. *“De qualquer modo, para este setor da doutrina, a administração da justiça é sempre vulnerada em qualquer fase da lavagem, o que não ocorre com os outros bens jurídicos indiretamente protegidos, como o sistema econômico”*⁵⁷

⁵⁷ TIGRE MAIA, Rodolfo, **Lavagem de dinheiro**, P. 58. **Apud**, CALLEGARI, André Luís: **Direito Penal Econômico e lavagem de dinheiro. Aspectos criminológicos**; Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2003, P. 93.

CAPÍTULO 2

A MESCLA (*COMMINGLING*) DE VALORES DE ORIGEM LÍCITA E ILÍCITA NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

2.1. Contextualização do problema

O nome dado pela doutrina a esta tipologia de lavagem, mescla, é bem sugestivo. Quando se tem já esclarecido o que é lavagem de dinheiro e algumas das formas como ela ocorre na prática, não é difícil visualizar o que vem a ser a mescla de valores lícitos e ilícitos no crime de lavagem, como sugerido pelo próprio nome, nada mais é do que uma verdadeira mistura de ativos lícitos e ilícitos. “*A través desse procedimiento, o agente de lavagem mistura seus recursos ilícitos com os recursos legítimos*”⁵⁸. É importante se ter bem claro que quando se fala em mescla, pode estar sendo uma referência à tipologia usada pelo lavador, ou seja, seu *modus operandi*, quando ele usa a mistura de capitais dolosamente para cometer o crime, ou, noutra perspectiva, pode ser uma referência a um patrimônio mesclado, embora o lavador não tenha se utilizado da mescla como método próprio de lavagem. Em ambos os casos, as ponderações trazidas pela teoria são pertinentes. Nessa toada, a mescla também ganha definição e ilustração pelas palavras de Isidoro Blanco Cordero:

*Muchas de las estrategias de blanqueo de capitales consisten en la mezcla de bienes procedentes de actividades delictivas con otros de carácter legítimo. Com ello, los delincuentes pretenden el encubrimiento de los primeros de manera que sean confundidos con los segundos. El supuesto más común es el ingreso de cantidades de dinero de procedência ilegal em cuentas bancarias en las que están depositadas otras cantidades de origen legítimo.*⁵⁹

De modo geral, o direito penal e o processo penal sofrem com constantes investidas contra os princípios constitucionais que o sustentam – ou pelo menos tentam sustentar –, num patamar ainda democrático e constitucional. Questiona-se, pois, se os princípios constitucionais, que na grande maioria das vezes se apresentam como direitos fundamentais, ainda cumprem com sua função essencial, que é funcionar como verdadeiro limite aos comportamentos excessivos do poder punitivo estatal, do ponto de vista dos princípios constitucionais. Exemplo da crise que aqui se chama atenção, tem-se a flexibilização da presunção de inocência e a possibilidade – ainda que impossível por imposição expressa

⁵⁸ MEDRONI, Marcelo Batlouni. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas S.A, 2006. P. 62.

⁵⁹ CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015.P. 447.

disposição do texto constitucional – da execução provisória da pena, que se materializa como um comportamento impuro do poder punitivo estatal.

O exemplo geral introduz à problemática que é peculiar ao crime de lavagem de dinheiro, dada a própria especialidade do crime. A questão gira em torno do contato entre os valores ou bens de origem ilícita e eventuais bens ou valores de origem lícita. Tomando-se por configurada a questão, estaria todo o capital maculado e apto a caracterizar o crime de lavagem? Sabe-se da necessidade de, para imputação do delito de lavagem, da comprovação de que a sua matéria prima teve origem delitativa. Tratando-se de hipótese de patrimônio mesclado, surge, pois, a necessidade de que a imputação pelo delito de lavagem indique, com clareza, que a lavagem ocorreu tendo como matéria prima, por óbvio, parcela do patrimônio que foi constituída com valores de origem ilícita, caso contrário, sequer existiria crime de lavagem na conduta, o que não obstaría o processamento pelo crime antecedente e eventual perda de bens, mas não a imputação por lavagem.⁶⁰ O que se discute aqui, exatamente, é: uma vez comprovado que o patrimônio do agente é mesclado, qual o tratamento deve ser dado a esse patrimônio, tendo em vista que ele compreende ativos lícitos e ilícitos? É nesse contexto que surgem as teorias sobre a mescla.

El problema surge cuando se realizan actuaciones constitutivas de blanqueo sobre estos bienes mezclados. Caben tres posibilidades para su calificación jurídica: considerarlos idóneos para el blanqueo por estar originados parcialmente em actividades delictivas; considerarlos bienes legítimos por ser parcialmente de origen legal; o, como tercera vía, entender que son bienes de origen ilegal sólo en la parte que tenga esa procedencia.⁶¹

A suposição trata-se de uma hipótese de mescla e seus reflexos nas ações penais que tratam do delito em questão. A discussão ainda é bem tímida em solo brasileiro, a mescla, resumidamente, representa mistura de capitais de origem ilícita, aptos a serem objeto de lavagem de dinheiro, com os capitais de origem lícita, quando não se pode, em tese, falar em crime de lavagem, dado que não é possível crime de lavagem de valores lícitos. Essa hipótese de mistura fez surgir, na doutrina, as teorias sobre a mescla de valores e/ou bens, bem como as reflexões doutrinárias sobre o tratamento a ser dado ao agente e seu patrimônio, quando se estiver diante de um patrimônio mesclado. Em era de flexibilização de garantias constitucionais, a discussão acerca das questões que orbitam o crime de lavagem de dinheiro, como a que se pretende aqui, sobre mescla, se faz necessária em solo brasileiro. Assim, adentrando ao clímax

⁶⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**, 4ª ed, São Paulo: Revista dos tribunais, 2019. P. 109/110.

⁶¹ CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015.P. 447.

deste estudo, ao tratar da mescla no crime de lavagem de dinheiro, aborda-se três correntes principais: contaminação total, contaminação parcial e cotas de maculação.⁶²

A problemática que orbita o tema desse estudo se concentra, principalmente, sobre a teoria da contaminação total, tendo em vista a hipótese de que tal corrente/entendimento não se adequa ao cenário constitucional brasileiro, encontrando seus limites teóricos e práticos em princípios constitucionais. Com origem no direito alemão e notoriedade também na Espanha, através dos estudos do doutrinador Isidoro Blanco Cordero, os estudos sobre mescla no crime de lavagem de dinheiro e, dentro desta, a corrente da contaminação total entende, em apertada síntese introdutória, que a entrada de valores ilícitos, por exemplo, em conta corrente onde já se encontrava valores de origem lícita, macularia todo o capital pela ilicitude das verbas de origem ilícita, estando todo o capital sujeito ao crime de lavagem de dinheiro. Ou seja, a entrada de valores ou bens de origem ilícita em contato com bens ou valores de origem lícita macularia todo o capital e esse estaria apto a ser objeto do crime de lavagem de dinheiro.⁶³ Ocorre que a chamada contaminação total, nome doutrinário atribuído a mistura homogênea de capitais, tornando-o inteiramente maculado, faz surgir a hipótese de que tal teoria vai de encontro a princípios constitucionais que norteiam o processo penal, como a proporcionalidade e vedação ao excesso.

Tratando-se de mistura homogênea, a hipótese de incidência dessa corrente faz levantar uma série de questões que seriam óbice a sua viabilidade tanto teórica quanto prática. Por isso, abordar-se-á a questão com base nos princípios constitucionais, principalmente proporcionalidade, culpabilidade e vedação ao excesso, como barreiras a incidência dessa corrente que, a contrassenso, tende a ganhar corpo devido às grandes operações e ao próprio alargamento das possibilidades de configuração do crime de lavagem de dinheiro, o que faz com que aumente a incidência tanto de denúncias que não separam o capital ilícito do capital lícito, quanto, conseqüentemente, de decisões que endossam essas acusações e acabam por se enquadrar no contexto da contaminação total, ainda que não expressamente.

Para além da teoria da contaminação total, que da análise prévia se mostra um tanto extremista, outras surgem em sua contraposição, como a aparentemente moderada teoria da contaminação parcial e, por fim, a teoria das cotas de maculação. Maior preocupação existe em torno da hipótese de incidência da contaminação total, pelos breves motivos expostos até aqui, que não apontam nem mesmo minimamente a uma ideia de proporcionalidade, por exemplo.

⁶² Idem. Ibidem.

⁶³ BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**, 4ª ed, São Paulo: Revista dos tribunais, 2019. P.107.

Com a teoria da contaminação parcial, os parâmetros são outros, a teoria traz uma ideia de maculação baseada na separação do capital sujo e do capital limpo, de maneira que se possa dimensionar o que poderia ou não ser matéria prima de lavagem de dinheiro.⁶⁴ Tratando da teoria das cotas de maculação, essa traz uma ideia que se aproxima dos fundamentos de um direito penal mínimo, vez que estabelece percentuais de patrimônio de origem ilícita que possam configurar lavagem, sendo os percentuais de diversos patamares conforme estabelece a doutrina estrangeira que será apresentada. Desse modo, a teoria das cotas de maculação, ao estabelecer percentuais, insinua também a ideia de incidência do princípio da insignificância no crime de lavagem de capitais, ideia que será oportunamente aprofundada nesta dissertação.⁶⁵

Tendo em vista que o estudo aprofundado sobre as teorias de mescla de valores e seus reflexos práticos ainda é incipiente aqui no Brasil, esse estudo se mostra importante e devidamente justificada a sua pertinência. É preciso e preferível que, antes de uma eventual adoção prática de qualquer das teorias por parte da jurisprudência dos tribunais brasileiros, sobretudo da suprema corte, que tenhamos certa maturidade sobre o tema, de modo que os tribunais possam beber das produções acadêmicas sobre a questão. Assim, é indispensável que se debruce, esse estudo, sobre essas teorias e seus possíveis reflexos no campo prático de processamento dos delitos de lavagem.

O objetivo deste capítulo, então, passada a exposição prévia, é analisar essas correntes, trazendo as noções de cada teoria, seus principais fundamentos, críticas e eventuais barreiras teóricas, o que irá permitir averiguar a compatibilidade delas com o ordenamento jurídico brasileiro, a partir da análise de cada teoria sobre a mescla de capitais lícitos e ilícitos à luz da constituição e, no capítulo seguinte, fazer o estudo sobre o crime de lavagem na jurisprudência do STF, onde se buscará a verificação sobre qual teoria o STF adota, ainda que não expressamente, a partir da análise do discurso que se desvendará no texto das decisões.

2.2. Teoria da contaminação total

De nomenclatura bastante sugestiva, a teoria da contaminação total pode ganhar certa credibilidade dentre os discursos penais populistas, que costumam ignorar o arcabouço principiológico que deve ser observado, principalmente no tocante aos princípios norteadores da dosimetria da pena, como o da proporcionalidade da resposta do estado ao agente infrator, baliza de ordem constitucional, em nome de uma resposta que seja popularmente aceita e passe a sensação, ao povo, de um estado eficiente no combate à criminalidade. Essa situação tende a

⁶⁴ Idem. Ibidem. P.109.

⁶⁵ CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015.P. 450.

ganhar ainda mais relevo quando se trata da criminalidade econômica, como é o caso do delito de lavagem, majoritariamente ligado à chamada criminalidade de colarinho branco, terreno tido como fértil para proliferação do discurso populista punitivista. Dentre as várias tipologias de lavagem existe a mescla, já introduzida e, dentro desta, existe a teoria da contaminação total. Pela teoria da contaminação total se entende que a mistura (mescla), entre valores e/ou bens de origem lícita e ilícita, macula todo o patrimônio, uma vez que a corrente trata a mescla dos valores de origem lícita e ilícita como uma mistura homogênea, daí a ideia de maculação por completo, de contaminação total. *“De acuerdo con la teoría de la contaminación total, el bien que há sido obtenido con una parte de origen delictivo deriva totalmente del delito. Por lo tanto, cada parte del bien contaminado procede del delito producido y todo subrogado que le sustituye.”*⁶⁶

A proposta da teoria é simples, ao menos quanto a sua visualização hipotética. A pergunta que a teoria responde é: a mistura entre capitais de origem lícita e ilícita contamina todo o produto formado? A resposta, para a teoria da contaminação total, é positiva, de modo que, no caso de uma conta com R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) de origem totalmente lícita, ao receber quantia, ainda que muitas vezes menor que o valor já existente em conta, por exemplo, 1.500,00 (mil e quinhentos reais), estaria todo o produto contaminado e apto a configurar a lavagem, tão logo, qualquer aquisição ou movimentação seja feita com o produto já mesclado.

*Desde esta postura, por tanto, el ingreso de una sola peseta en la cuenta bancaria contagiaría a la totalidad del dinero ingresado, por 10 que una sola unidad podría contaminar millones. Esta postura tiene como ventaja que se conomiza a la hora de la prueba pues es suficiente con demostrar que una parte de los bienes son de rigen elictivo para considerar la totalidad como procedentes de un delito, y por tanto aptos para el blanqueo; es suficiente con probar que un bien mesclado tiene su origen en un delito, con independencia de la cuantía ilícita.*⁶⁷

Pela teoria da contaminação total não só valores, mas bens móveis, imóveis, proventos, todo e qualquer ativo financeiro pode ser alcançado pela ideia de mistura homogênea da teoria, com conseqüente contaminação total do produto. A ideia de homogeneidade trazida pela teoria da contaminação total ignora a composição mista do patrimônio mesclado, Isidoro Blanco Cordero ilustra o seguinte:

T regenta um club noturno. Una parte de sus ingresos los obtiene mediante el negocio de la droga y el juego ilegal. Todos los ingresos son depositados em la misma cuenta bancaria. Com una parte de esos bienes depositados en el banco compra T bienes inmuebles, que en corto período de tempo se valorizan en el mercado.

⁶⁶ CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015. P. 447.

⁶⁷ Idem. Ibidem. P. 448.

Si sabemos que solo la mitad del inmueble há sido pagada com dinero ilicitamente obtenido, em principiomse debería considerar apto para el blanqueo el 50% del aumento patrimonial. Si T ha pagado por el inmueble 600.000, y el valor de mercado es de un millon, serian objeto del blanqueo: la miad del precio de compra de 600.000, esto és, 300.000, asi como la mitad del aumento del valor de 400.000, esto és, 200.000, luego em total 500.000. Ahora bien, plantea este autor que sin el dinero de origen delictivo em nigung caso se hubiera comprado el inmueble. La totalidad de los 400.000 és una ventaja ilegal porque se obtiene de valores patrimoniales de origen delictivo. Por tanto, serían objeto del blanqueo de capitales em este ejemplo 700.000 (em lugar de 500).⁶⁸

O exemplo deixa claro o espírito da teoria, pela qual o produto da mescla é totalmente apto ao crime de lavagem de dinheiro, não importando, pois, se do produto consta parcela obtida licitamente em sua origem. A partir dessa tipologia de lavagem, um agente que, por exemplo, na sua empresa, receba valores advindos do tráfico de entorpecentes e, após, a mistura com o dinheiro da sua empresa, apresentando o produto da mistura (mescla) como faturamento, estaria maculando todo o faturamento da empresa, qualquer que seja a atividade exercida e qualquer que seja o percentual ilícito que tenha integrado o produto. A partir do momento em que o valor é apresentado, juntamente com os lucros lícitos da empresa, como se faturamento lícito fosse, todo o faturamento estaria maculado e, conseqüentemente, apto ao delito de lavagem de dinheiro. De igual modo ocorreria em relação a qualquer ativo. Para a teoria, a mescla macula todo o produto.

Ainda tomando como base o exemplo do imóvel adquirido com valores mesclados, ou seja, com a mistura de dinheiro lícito e ilícito, qualquer provento advindo de tal imóvel estaria igualmente maculado, ou seja, caso o dito imóvel fosse alugado, os valores recebidos a título de aluguel seriam maculados, provenientes de um delito antecedente e, portanto, aptos ao crime de lavagem de dinheiro. Sobre o ponto, assevera Isidoro Blanco:

Cuando el bien inmueble, adquirido en parte com bienes de origen delictivo, es arrendado y se obtiene beneficios através de la renta. Considera em este supuesto que, puesto que dichos ingresos no se habrían obtenido de no haber existido el dinero sucio, la cantidad íntegra obtenida como consecuencia del arrendamiento es también objeto idóneo para el blanqueo de capitales.⁶⁹

Assim, pela teoria da contaminação total, entende-se que o produto da mescla é inteiramente apto ao delito de lavagem de dinheiro, tratando a mescla como uma mistura homogênea, situação em que não se separa, para fins de imputação do delito, o capital sujo do capital limpo, de modo que todo ele (o capital mesclado) seria objeto da lavagem. A teoria, porém, não navega em mar tranquilo. De fundamentação um tanto simples, basicamente sobre as colunas da relação de causalidade pura e simples, nos moldes da teoria da equivalência dos

⁶⁸ Idem. Ibidem. P. 447.

⁶⁹ CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015. P. 448.

anteriores, a teoria sofre duras críticas nos países onde a discussão já existe há décadas e com profundidade. As críticas são alicerçadas quase que, totalmente, num arcabouço principiológico constitucional que obsta, na prática, a incidência da teoria. Em destaque os princípios como o da proporcionalidade e vedação ao excesso.

2.2.1. Fundamentos da teoria

De acordo com o status das teorias sobre a mescla de valores lícitos e ilícitos em solo brasileiro, ou seja, sem uma grande produção a respeito e com a hipótese de que os tribunais pátrios, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, não se debruçam expressamente sobre a problemática, atribuir uma ou outra possível fundamentação para qualquer das teorias sobre a mescla é uma tarefa que exige um certo esforço de hipotetização, partindo do status das teorias nos países mais avançados sobre o tema, como a Espanha, trazendo para o contexto jurídico nacional, fazendo, portanto, um exercício de compatibilização e adequação com outras teorias gerais norteadoras do direito penal brasileiro. Assim, destaca-se aqui duas frentes como fundamentos da teoria, uma a partir da ideia de relação de causalidade e outra a partir do bem jurídico tutelado, sem, no entanto, pretensão de esgotamento do tema, dada a amplitude que por si seria suficiente ao desenvolvimento de outro trabalho, tendo esse tema específico como foco principal, o que não é o caso, aqui.

Dito isso, a ideia de fundamentação para incidência da teoria da contaminação total pode encontrar certo aparato no campo hipotético e com base na teoria da equivalência dos antecedentes, ou seja, a partir de uma análise básica de relação de causalidade se pode entender pela aplicação/pertinência da teoria, como caberia de qualquer outra, por esse critério, caso se verificasse relação de causalidade. Cabe, então, lembrar de maneira bem simples sobre a teoria da equivalência dos antecedentes, ou *conditio sine qua non*, que quer dizer “condição sem a qual”, nesse sentido:

A causalidade é um processo cego que se projeta desde até o infinito. Dessa amplitude provêm as inúmeras tentativas de limitação ensaiadas para estabelecer o nexo de causalidade entre a ação e o resultado típicos. A noção de causa e efeito – ou o problema da causalidade – constitui uma forma, dentre outras, de explicação e compreensão científicas: descrever a causa de um evento é um modo de dizer por quê ele aconteceu. [...] Assim, a pesquisa de causas equivale à pesquisa das condições suficientes para a produção de um resultado.⁷⁰

A teoria da contaminação total não é expressamente adotada no contexto jurídico nacional e, nos países onde a discussão é mais acentuada há alguns anos, a teoria sofre certas

⁷⁰ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, **Direito Penal Brasileiro, II, I, Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. Revan, 2010. P. 164.

restrições, inclusive com base num dos seus possíveis fundamentos, que é a relação de causalidade. Assim, um primeiro e possível fundamento para a teoria se fixa na teoria da equivalência dos antecedentes, sendo básica a premissa para tanto. Diz-se, com base nessa teoria e em relação a um contexto de mescla de bens e/ou valores de origem lícita e ilícita, que excluída a mescla, por exemplo, não se visualiza o produto. É dizer, ainda usando o exemplo do imóvel anteriormente ilustrado, que se excluída a mescla entre os valores lícitos e ilícitos, a compra do imóvel não seria possível, de modo que, sendo os valores ilícitos determinantes para a possibilidade de compra e para a concretização desta, o produto seria totalmente maculado pela mescla e apto ao delito de lavagem de dinheiro.

Noutro prisma, é possível encontrar alicerce para a teoria sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo delito de lavagem. Como abordado anteriormente, em tópico dedicado à análise do bem jurídico tutelado, sabe-se que as discussões sobre o tema são antigas e ainda sem consenso doutrinário, ou seja, ainda não tem-se unanimidade acerca do bem jurídico protegido pelo delito de lavagem. No entanto, não obstante as controvérsias envolvendo o bem jurídico tutelado, sabendo que uma das finalidades do direito penal reside na guarda de bens jurídicos, é possível uma análise da fundamentação da teoria a partir disso, tomando como base ilustrativa um dos vários bens jurídicos tuteláveis pelo delito de lavagem. Assim, cumpre destacar que “O bem jurídico é o valor para o qual se outorga a proteção jurídico penal no caso concreto. É o escopo do direito penal, ao menos para criar normas incriminadoras.”⁷¹

“Como decorrência do princípio da lesividade, não existe tipicidade sem ofensa a um bem jurídico, podendo tal ofensa consistir numa lesão (dano) ou num perigo”⁷², assim, não obstante a existência dos crimes de perigo (concreto e abstrato), os tipos penais conferem guarda a bens jurídicos. A partir disso, trazendo para o caso do delito de lavagem e visualizando a problemática da mescla, é possível que se visualize fundamentação à esta teoria se analisada a questão sob a égide de proteção do bem jurídico. Para uma melhor ilustração, a despeito das controvérsias envolvendo o bem jurídico tutelado pelo delito de lavagem, suponhamos um consenso pela ordem econômica como o bem jurídico tutelado, dentro desta, a livre concorrência. Poder-se-ia entender pela contaminação total com o fito de proteger, por exemplo, a livre concorrência? Toma-se, agora, o exemplo de um comerciante que consegue praticar preços muito mais baixos por mesclar seu faturamento com valores oriundos do roubo

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo: Forense, 2016, P. 22.

⁷² ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, **Direito Penal Brasileiro, II, I, Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2010. P. 223.

de cargas e valores oriundos da venda lícita de mercadorias adquiridas regularmente com fornecedores, na situação, a ordem econômica é claramente alterada, notadamente no quesito concorrência. A preocupação com a ordem econômica também foi objeto da preocupação de Isidoro Blanco Cordero, “*El potencial peligroso de los capitales ilícitos para la economía se observa en la lesión de los principios sobre los que aquélla se asienta: la libre competencia*”.⁷³

Por essa ótica, a ideia de lesão ao bem jurídico tutelado, supondo um consenso pela ordem econômica para melhor ilustração, pode ser um pilar de fundamentação para a incidência da teoria. Essas hipóteses de fundamentação, no entanto, não são livres de críticas, pelo contrário, a teoria da contaminação total é alvo de duras críticas, sobretudo em relação a esses dois pontos de fundamentação hipotética que foram ilustrados aqui.

2.2.2. Críticas à teoria

A teoria da contaminação total não reina soberanamente. Como exposto nos tópicos anteriores, a ideia da teoria é de simples visualização e tem como característica principal a maculação de todo o produto mesclado. A teoria, portanto, causa incômodo por possibilitar, por exemplo, que o patrimônio lícito de um agente possa vir a ser completamente maculado caso a ele se misture qualquer valor ilícito, ainda que absolutamente insignificante quando comparado ao montante global. A doutrina encarrega-se de tecer críticas à teoria, indicando, inclusive, inviabilidade prática de incidência da mesma. As críticas vão da relação de causalidade – outrora apontada como fundamento – passando pela questão do crime antecedente e, principalmente, quando analisada a questão sob a égide dos princípios constitucionais norteadores do direito penal e do processo penal.

Sob o aspecto da relação de causalidade, a crítica é contundente no sentido de que a teoria não é razoável, leia-se:

Um primeiro critério para identificar o produto do ilícito – matéria prima da lavagem de dinheiro – é a constatação da relação de causalidade entre infração penal e os resultados em análise, de forma que a supressão mental da primeira afete a existência dos últimos. No entanto, a mera aplicação da conditio sine qua non pode estender em demasia a abrangência da norma penal, especialmente nos casos nos quais há mescla de valores lícitos e ilícitos.⁷⁴

Em outros termos, a crítica que se faz sob a égide da relação de causalidade é expansão desarrazoada da norma penal, o que acaba conduzindo a um choque com os princípios constitucionais, sobretudo o da proporcionalidade. Também, a ideia da contaminação total

⁷³ CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015.P. 326.

⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Herique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**, 4ª ed, São Paulo: Revista dos tribunais, 2019. P.108-109.

baseada unicamente na relação de causalidade impede uma análise acerca de uma eventual insignificância, tendo em vista que, para a teoria, a mescla macula o produto, sem distinção de percentual de valores e/ou bens lícitos e ilícitos existentes na mistura, o que será abordado também quando da análise das cotas de maculação. O tema foi objeto das considerações de Isidoro Blanco Cordero, que pontuou:

No parece correto admitir una derivación ilimitada de los bienes originários de forma que todos los que tegan algún tipo de conexión con ellos en su origen deban ser considerados provenientes del delito prévio. Si las transformaciones no tienen, en principio, por qué causar una interrupción de la unión entre el bien originario y el hecho prévio, esa unión no debe ser tan extensamente perpetuada que abarque todas las posteriores transformaciones de dichos bienes.⁷⁵

Uma abordagem puramente com base na equivalência dos antecedentes tende a não observar qualquer limite quanto à imputação pelo delito de lavagem. Nessa senda, seriam limitadores da teoria alguns princípios constitucionais. Estabelecer limites à expansão da norma proposta pela teoria da contaminação total já é, em si, rumar para outra teoria, que será objeto de abordagem posterior, a da contaminação parcial. Os limites à teoria da contaminação total são a porta de entrada para a incidência dos princípios constitucionais limitadores do poder punitivo estatal, ideia que já é ensaiada também na Espanha, onde a discussão encontra-se bem mais madura. Sobre a temática, leia-se:

Se trata de dar entrada al principio de <<ponderación de bienes>> (Guterabwagung) en el objeto de blanqueo de capitales, según el cual, por um lado, quedarían abarcados de forma amplia los bienes, sin que, por otro, se perpetue uma derivación ilimitada entre el delito prévio y los bienes transformados.⁷⁶

Além da expansão desarrazoada da norma penal proporcionada por uma leitura a partir da *conditio sine qua non*, a teoria da contaminação total também merece crítica, analisando a legislação de lavagem do Brasil, quando se analisa a abertura proporcionada pela reforma de 2012 quanto às possibilidades de delitos antecedentes. Com o fim do rol taxativo, qualquer infração penal se tornou apta, ao menos em tese e com base unicamente no texto legal, a figurar como antecedente ao delito de lavagem de dinheiro. Rememorando a controvérsia exposta quanto à possibilidade, na prática, da sonegação fiscal poder figurar como antecedente ao crime de lavagem, ter-se-ia, em hipótese de incidência da teoria da contaminação total juntamente com a possibilidade de antecedência do crime de sonegação, em pouco tempo, maculado todo o patrimônio de uma empresa. Basta que se lembre da ideia de mescla (mistura), e, no momento em que os valores sonegados são mantidos em contato com o faturamento da empresa, seria,

⁷⁵ CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015. P. 438.

⁷⁶ Idem. Ibidem.

para alguns doutrinadores que entendem pela possibilidade da sonegação fiscal como antecedente, uma mescla. Portanto, seria cancelar, em caso de incidência pacífica da contaminação total, que uma empresa nascida lícita, com capital majoritariamente lícito e desempenhando atividade lícita, tivesse seus faturamentos maculados pela mistura destes com valores que deixaram de sair dos cofres da empresa em favor do estado. Essa abertura indiscriminada com relação aos crimes aptos a anteceder o delito de lavagem, inclusive, pode se encaixar na crítica de Gilmar Mendes sobre o excesso de poder legislativo, quando não observados os princípios constitucionais, “a doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso”.⁷⁷

Não obstante as críticas à teoria com base na relação de causalidade que proporciona um expansionismo desarrazoado da norma penal, bem como a crítica a partir da abertura indiscriminada dos crimes antecedentes, a crítica mais contundente que se faz à teoria da contaminação total é com base nos princípios constitucionais norteadores do direito penal e processo penal, sobretudo o da proporcionalidade, postulado constitucional que incide na aplicação da pena e limita a aplicação indiscriminada desta, sendo uma indispensável baliza no exercício do poder punitivo estatal. Destaca-se, aqui, o princípio da proporcionalidade, embora as teorias sobre a mescla e o crime de lavagem estejam reservados a uma análise conforme à Constituição no próximo capítulo, cabe aqui, no espaço reservado às críticas, ilustrar a inadequação da teoria da contaminação total quando analisada sob a égide de princípios constitucionais como o da proporcionalidade.

Antes de qualquer conceituação técnica, com base na doutrina, acerca do princípio da proporcionalidade, é válido um exercício básico, baseado na ideia geral que se tem de proporcionalidade. Imagine-se uma conta bancária de um funcionário público, na qual estejam depositados R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) de origem totalmente lícita, fruto da sua atividade profissional. No entanto, adentra a essa mesma conta a quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), oriundos de uma conduta ilícita, corrupção passiva. O funcionário público, que visava um bem que custava exatamente a quantia mesclada e, de posse da quantia mesclada em conta, R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais), adquire o bem, um veículo. Com base nas proposições da teoria da contaminação total, o veículo estaria totalmente maculado. Suponha-se, por outro lado, que o funcionário público faça uma renda extra trabalhando como Uber, estaria igualmente maculado seu faturamento como motorista de aplicativo. Nessa toada,

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, P. 47.

pergunta-se, sob um juízo geral de proporcionalidade entre conduta e repressão estatal a essa conduta, seria proporcional? Temo que não.

O olhar técnico da doutrina confirma a premissa geral que se tem proporcionalidade abalada quando da incidência da contaminação total. A doutrina, notadamente a de Humberto Ávila, traz a proporcionalidade como um postulado normativo, e diz:

O postulado da proporcionalidade cresce em importância no direito brasileiro. Cada vez mais ele serve como instrumento de controle dos atos do poder público. Sua aplicação, evidentemente, tem suscitado vários problemas. O primeiro deles diz respeito à sua aplicabilidade. Sua origem reside no emprego da própria palavra “proporção”. A ideia de proporção é recorrente na Ciência do Direito. Na Teoria Geral do Direito fala-se em proporção como elemento da própria concepção imemorial de Direito, que tem a função de atribuir a cada um a sua proporção. No direito penal faz-se referência à necessidade de proporção entre culpa e pena na fixação dos limites da pena.⁷⁸

É de simples visualização a incompatibilidade da teoria da contaminação total com o postulado da proporcionalidade. Rememorando os exemplos, tem-se que macular todo um faturamento, todo um patrimônio, todo um produto a partir do contato com valores ilícitos, sem qualquer parâmetro que indique o mínimo de proporção. A ideia de contaminação total, ao que parece, não encontra respaldo sob esse aspecto principiológico. A ideia de proporcionalidade também contida na doutrina geral de direito penal também indica incompatibilidade da teoria com o ordenamento pátrio.

Com base no princípio da proporcionalidade é que se pode afirmar que um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências – crimes, vinganças e punições arbitrárias – que ele pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar. É indispensável que os direitos fundamentais dos cidadãos sejam considerados indisponíveis (e intocáveis), afastados da livre disposição do estado, que, além de respeitá-los, deve garanti-los.⁷⁹

A questão principiológica que envolve o tema merece mais profundidade, e esta será dada em tópico posterior, dedicado à uma análise do delito de lavagem e das teorias sobre a mescla conforme à Constituição, após análise das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. No entanto, essa breve abordagem, neste ponto do trabalho, fez-se pertinente e satisfaz seu objetivo de tecer críticas à teoria da contaminação total, que, como visto, não reina soberanamente, muito pelo contrário, encontra diversas críticas, não esgotadas aqui, e, também sofre limitações práticas impostas por postulados como o da proporcionalidade. Mesmo que não se tenha profundidade, no Brasil, nos estudos sobre a mescla, nem adoção explícita de uma ou outra teoria, da exposição percebe-se que, por aqui, a teoria sofreria das mesmas limitações

⁷⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª edição, Malheiros Editores LTDA, São Paulo: 2010. P. 163.

⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, parte geral 1**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P.67.

que sofre na Espanha e Alemanha, onde a discussão é mais acentuada, tendo em vista que, no ordenamento pátrio, também há de se observar os postulados da proporcionalidade e vedação ao excesso, por exemplo. Tanto que a nossa doutrina, como a citada de Humberto Ávila, se debruça, há muito, sobre a aplicabilidade de tais postulados.

2.3. Teoria da contaminação parcial

O próprio nome já suaviza um pouco a ideia que se tinha a partir da contaminação total. Aqui, diferente do que ocorre na teoria da contaminação total, a mistura não é homogênea, de modo que, basicamente, pela teoria da contaminação parcial, como o nome sugere, se tem uma maculação somente na parte suja do produto, ou seja, a mescla é heterogênea e não suja/macula todo o produto, sendo apto a configurar à lavagem somente o percentual sujo que for verificado. A diferença é bem perceptível quanto às ideias propostas pela teoria anterior.

Os bens oriundos da mistura de capital lícito com ilícito somente são contaminados na proporção do valor de dinheiro sujo nela envolvido. Assim, no exemplo do imóvel, o lucro advindo de sua venda será contaminado na medida da composição do capital inicial, ou seja, metade será legítimo e a outra metade será produto de lavagem de dinheiro. Da mesma forma, se esse imóvel for alugado, metade dos rendimentos estará limpa enquanto a outra segue contaminada pelo vício infracional de origem.⁸⁰

Para uma melhor ilustração e já comparando com a teoria da contaminação total, reprimos o mesmo exemplo usado outrora na crítica feita à contaminação total. Imagine-se uma conta bancária de um funcionário público, na qual estejam depositados R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) de origem totalmente lícita, fruto da sua atividade profissional. No entanto, adentra a essa mesma conta a quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), oriundos de uma conduta ilícita, corrupção passiva. O funcionário público, que visava um bem que custava exatamente a quantia mesclada e, de posse da quantia mesclada em conta, R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais), adquire o bem, um veículo. Com base nas proposições da teoria da contaminação total, o veículo estaria totalmente maculado. Suponha-se, por outro lado, que o funcionário público faça uma renda extra trabalhando como uber, estaria igualmente maculado seu faturamento como motorista de aplicativo.

Aqui, diferente das proposições da contaminação total reprisadas, a abordagem prática é outra. Sabendo que, para a teoria da contaminação parcial a mistura não é homogênea e, portanto, o produto não é maculado por completo, ter-se-ia, com base no mesmo exemplo, apenas uma parte do veículo apta a configurar o crime de lavagem de dinheiro, tendo em vista

⁸⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**, 4ª ed, São Paulo: Revista dos tribunais, 2019. P.108-109.

que apenas R\$ 2.000,00 (dois mil reais), de um total de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) provém de um ilícito. Do mesmo modo, apenas a proporção equivalente aos R\$ 2.000,00 (dois mil reais) estará maculada nos lucros caso o funcionário público faça uma renda extra como motorista de aplicativo. Percebe-se, desde logo, que a teoria da contaminação parcial já fala em proporcionalidade e na separação do capital ilícito do constituído licitamente, “Para evitar a expansão desarrazoada da incidência da norma penal, parece necessária uma avaliação da relação dos bens antecedentes sob a perspectiva da proporcionalidade, pautada pela ideia de contaminação parcial.”⁸¹

La teoría de la contaminación parcial indica que el bien mesclado solo procede de un delito previo en la parte en que haya sido financiado por bienes procedentes del delito o sus substitutivos. Em efecto, solamente podría ser bien apto para el blanqueo de capitales la parte de origen ilegal y no el resto.⁸²

A teoria da contaminação parcial, portanto, não ignora a mescla de ativos lícitos e ilícitos, apenas propõe uma abordagem pautada basicamente na ideia de proporcionalidade e de separação dos ativos a partir de sua origem (lícita ou ilícita), visto que aqui não se toma por homogênea a mistura dos ativos, sendo possível a imputação pelo delito de lavagem somente na proporção da parcela ilícita que compõe o ativo, seja do produto em si ou de seus rendimentos, comprovada a identidade do produto do crime com o subsequente, o que cabe à acusação provar.

2.3.1. Fundamentos da teoria

Os fundamentos para incidência da teoria da contaminação parcial são aparentes, de logo nota-se, ao menos a intenção, de se pautar numa ideia geral de proporcionalidade. No entanto, a teoria também se pauta numa ideia, tal como a da contaminação total, de relação de causalidade, a diferença, pois, é que aqui essa causalidade sofre limitações pela incidência do postulado da proporcionalidade. Nota-se, assim, que o que na teoria da contaminação total foi usado como crítica àquela teoria, aqui aparece como fundamento da contaminação parcial, que é a ideia de proporcionalidade, que consigo traz a ideia de separação do capital sujo do capital limpo. A teoria, ao menos no campo das ideias, parece se adequar mais ao contexto principiológico e dos regramentos internacionais, dos quais, inclusive, o Brasil é signatário. Assim, de início, aponta-se como fundamento para a ideia proposta pela teoria da contaminação

⁸¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**, 4ª ed, São Paulo: Revista dos tribunais, 2019. P. 109.

⁸² CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015.P. 451.

parcial, o regramento internacional da Convenção de Viena, promulgado pelo Brasil através do decreto nº 154 de 26 de junho de 1991, descrito:

ARTIGO 5
Confisco

- 1 - Cada parte adotará as medidas necessárias para autorizar o confisco: [...]
6 - a) Quando o produto houver sido transformado ou convertido em outros bens, estes poderão ser objeto das medidas, mencionadas no presente Artigo, aplicáveis ao produto.
b). Quando o produto houver sido misturado com bens adquiridos de fontes lícitas, sem prejuízo de qualquer outra medida de apreensão ou confisco preventivo aplicável, esses bens poderão ser confiscados até o valor estimativo do produto misturado.⁸³

No mesmo sentido, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, promulgada pelo decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006:

Artigo 31
Embargo preventivo, apreensão e confisco. [...]

5. Quando esse produto de delito se houver mesclado com bens adquiridos de fontes lícitas, esses bens serão objeto de confisco até o valor estimado do produto mesclado, sem menosprezo de qualquer outra faculdade de embargo preventivo ou apreensão.⁸⁴

A doutrina, tanto nacional, ainda que pouca, quanto a internacional, mais madura em relação ao tema, mormente a da Espanha, consagram a mesma ideia com apoio nas convenções internacionais. Convenções essas que reforçam o que foi aqui apontado como maior fundamento para a incidência da teoria da contaminação parcial, que é o postulado da proporcionalidade, mesmo postulado citado como óbice à incidência da contaminação total. As citações anteriormente feitas, dos decretos promulgadores da convenção de Viena e de das Nações Unidas Contra a Corrupção, nada mais fazem, resumidamente, do que reforçar a necessidade de se observar a proporcionalidade. Nesse sentido:

Por isso, a imputação por lavagem de dinheiro exige a identificação dos valores ocultos ou dissimulados como aqueles provenientes dos crimes antecedentes, uma vez que a existência de parte maculada do patrimônio não contamina sua integralidade. Em outras palavras, constatado que o patrimônio do suposto agente de lavagem de dinheiro é composto por uma parcela lícita, é possível que os recursos mascarados provenham desta parte, sendo ônus da acusação provar o contrário.⁸⁵

⁸³ DECRETO Nº 154 DE 26 DE JUNHO DE 1991. **Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.** Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm >> Acesso em 06.11.2020.

⁸⁴ DECRETO Nº 5.687, DE 31 DE JANEIRO DE 2006. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003.** Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm >> Acesso em 06.11.2020.

⁸⁵ BADARÓ, Gustavo Herique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro, 4ª ed, São Paulo: Revista dos tribunais, 2019. P. 110.

O posicionamento exposto traz, ainda, reforço ao princípio da presunção de inocência e pontua o óbvio, necessário em tempos de caça às garantias do processo penal, que é a chancela de que é ônus da acusação provar a utilização da parte suja do ativo, de modo que, na impossibilidade, milita a dúvida em favor do réu, presumidamente operador da parte lícita de seu patrimônio. Nessa toada, as lições de Isidoro Blanco, ainda que faça ressalvas quanto a sua adesão por completo à teoria da contaminação parcial, pelo menos no tocante a este ponto, de adequação da teoria com o postulado da proporcionalidade constante nas convenções citadas, também endossa o entendimento de se observar a teoria da contaminação parcial, da mistura não homogênea e da separação do capital que rumam no sentido da proporcionalidade.

Cremos conveniente partir de lo dispuesto en la normativa internacional sobre el tema. De la mayoría de los instrumentos internacionales se deriva que, a efectos del comiso, se há de partir de çã teoria de la contaminación parcial, em el sentido, el convención de Viena em el art. 5.6.b), a proposito de los supuestos de mezcla, indica que sólo se podrían decomisar los bienes hasta el valor estimado del produto de origen delictivo mesclado.⁸⁶

Assim, tem-se que, diferente do que ocorre com a contaminação total, nas proposições da contaminação parcial há um certo zelo com a questão da proporcionalidade, fundamento principal da sua incidência, de modo que, a teoria, ainda que também receba algumas críticas, estas são mais suaves, menores, fazendo com que a teoria venha a ter maior aceitação nos ordenamentos jurídicos, inclusive no ordenamento brasileiro, conforme será analisado a partir da análise do delito de lavagem e das teorias sobre a mescla conforme à Constituição, em tópico exclusivo para tal fim.

2.3.2. Críticas a teoria

Ainda que bem mais razoável do que a teoria da contaminação total, a contaminação parcial não é isenta de críticas. No entanto, as críticas aqui são situadas noutro campo, pode-se dizer que por ausência de solução com base na teoria em estudo. Se quer dizer que, ainda que teoricamente aplicável, a teoria não parece resolver todas as nuances que envolvem a problemática da mescla e, basicamente, essa é a crítica mais acentuada que se faz à contaminação parcial, juntamente com uma hipótese de revolvimento à contaminação total com base numa análise do elemento subjetivo empregado pelo autor da mescla, o que não nos parece razoável, explica-se. Quanto ao primeiro ponto de crítica, de insuficiência da teoria, apesar da aparente adequação ao contexto jurídico, inclusive brasileiro – opinião do autor –, diz Isidoro Blanco, “*Esta teoria sin embargo, no soluciona de manera satisfatória el problema de en qué*

⁸⁶ CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015.P. 454.

medida la parte de un bien que está parcialmente contaminado procede de un delito y en qué medida lo está también el substitutivo que se obtiene de él.”⁸⁷ O autor usa o seguinte exemplo para ilustrar a sua crítica, “*Por ejemplo: La transferencia de € 1.000 de una cuenta contaminada por mitad en la que hay 10.000 €. Están contaminados la mitad de los 1.000, esto es, 500? Qué parte está contaminada del anillo comprado con los 1.000 €?*”⁸⁸

A crítica não parece ter tanto alicerce, pelo menos se analisadas as próprias proposições da teoria da contaminação parcial, que diria que a parcela a ser considerada contaminada e apta ao delito de lavagem vai ser proporcional ao capital sujo misturado com o limpo. A outra preocupação que poderia surgir encontra resposta na já citada passagem de Badaró e Bottini, tendo em vista que a conta estava maculada pela metade e, tendo sido usado percentual menor, cabe à acusação provar que o valor usado foi retirado da parcela ilícita, sendo a impossibilidade de provar uma circunstância que milita em favor do agente. “Constatado que o patrimônio do suposto agente de lavagem de dinheiro é composto por uma parcela lícita, é possível que os recursos mascarados provenham desta parte, sendo ônus da acusação provar o contrário.”⁸⁹

A outra vertente crítica que se visualiza em relação a teoria da contaminação parcial, em verdade, pouco tem a ver com ela em si, mas sim com a possibilidade – que este autor não visualiza –, de, em certos casos, se afastar a contaminação parcial e dar espaço à incidência da teoria da contaminação total. Essa “possibilidade” é exposta por Isidoro Blanco, em espaço de sua obra dedicado à sua opinião pessoal, quando, pela postura, se mostra parcialmente a favor da teoria em estudo, dada a sua ressalva de revolvimento à contaminação total, como exposto pelo autor:

Ahora bien, como hemos indicado ya, uno de los mecanismos que emplean los blanqueadores para borrar el rastro del dinero de origen ilícito es mezclarlo con bienes de carácter lícito. Por lo tanto, si se acredita que la mezcla tiene como objetivo utilizar el dinero limpio para lavar el sucio, entonces resultará contaminada la totalidad de la mezcla. En efecto, el dinero limpio constituirá entonces el instrumento del delito de blanqueo, resultando por lo tanto también contaminado.⁹⁰

O autor traz a ideia de incidência da contaminação total nos casos em que se tenha com clareza que o agente se vale da mescla para lavar a parcela suja do capital. Não parece uma postura razoável, ao menos não pensando conforme o ordenamento jurídico brasileiro. O postulado da proporcionalidade não se afasta pelo dolo do agente em deliberadamente se usar da mescla para lavar parcela suja, o postulado é justamente para assegurar um processo e pena

⁸⁷ Idem. Ibidem. P 451.

⁸⁸ CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015.P. 451.

⁸⁹ BADARÓ, Gustavo Herique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**, 4ª ed, São Paulo: Revista dos tribunais, 2019. P. 110.

⁹⁰ CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015.P. 454.

que sejam condizentes com o contexto constitucional aplicável, de modo que revolver a matéria aos cuidados da contaminação total, com base no dolo do agente, não parece razoável. Seria, também, admitir o direito penal do autor, e não do fato. O fato é que se trata de mescla e, com base na teoria da contaminação parcial, não obstante o dolo do autor em lavar a parcela suja, o percentual apto à lavagem, pela lógica da contaminação parcial, é somente na proporção do capital sujo, e não a totalidade do produto mesclado, sob pena, inclusive, de enriquecimento ilícito por parte do estado, num eventual perdimento de bens em razão da condenação pela lavagem. Sob outra ótica, o posicionamento do doutrinador espanhol recebeu crítica também de Badaró e Bottini, que asseveram:

Não parece posição mais adequada, pois, nestes casos, a parcela limpa, ainda que usada como instrumento de lavagem de dinheiro, continua a não ter origem ilícita, a não ser produto de crime. O fato de o agente misturar valores ilícitos em patrimônio lícito não transforma a natureza do último, não o torna produto de crime.⁹¹

Assim, tanto do ponto de vista da origem dos valores lícitos mesclados, como exposto pela citação supra, quanto do ponto de vista do postulado da proporcionalidade não ser afastado por um eventual dolo de lavagem, a crítica de Isidoro Blanco que faz referência à possibilidade de revolvimento da matéria ao conteúdo da contaminação total, com fundamento no dolo do agente, não parece merecer guarda.

2.4. Proposta de cotas de maculação e a ideia de insignificância do crime de lavagem de dinheiro.

A ideia das cotas de maculação surge em meio a certas flexibilizações tanto no bojo das proposições da contaminação total quanto da contaminação parcial. Sugere-se, com isso, percentuais de capital sujo que estariam aptos a macular um capital limpo, vindo da doutrina as diversas propostas de cota. Nessa perspectiva, surgem proposições de 5%, 25%, de mais de 50%, até proposições que flertam com uma incidência do princípio da insignificância quando a parte suja da mescla for de fato insignificante – por certo se precisaria de um parâmetro mais objetivo para tanto –. Assim, a partir de cada proposição de cota, caso a parcela suja não a ultrapasse, não se fala em produto de crime e, conseqüentemente, nem em lavagem de dinheiro. A premissa básica das cotas de maculação é essa, estabelecer um grau a partir do qual os valores ilícitos terão relevância num contexto de mescla com valores lícitos.

Concluye que allí donde la correlación entre elementos manchados y no manchados de un bien lleve al resultado de que los primeiros no son significativos para el bien, la

⁹¹ BADARÓ, Gustavo Herique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**, 4ª ed, São Paulo: Revista dos tribunais, 2019. P. 110-111.

mezcla no debe considerarse procedente de um delito previo. El problema reside en determinar cuándo la correlación entre unas partes y otras ha de dar lugar a este resultado.⁹²

Na ilustração das diferentes propostas de cotas de maculação, Isidoro Blanco relaciona alguns destaques doutrinários com posições diferentes sobre o tema, nos termos a seguir, citando Barton, Leip e Salditt:

a) Algunos autores proponen algunos porcentajes, como por ejemplo BARTON y LEIP en la doctrina alemana.

BARTON señala que cuando la parte de un bien originada en um delito previo sea de entre un 1 por mil y un 5%, el bien no se considera de precedencia delictiva. Si supera el porcentaje del 5% sí constituye in objeto idóneo para el blanqueo. Recurre para su ilustración al ejemplo anteriormente citado:

En el ejemplo del comprador de un vehículo con dinero que procede en parte del tráfico de drogas: si la adquisición del vehículo se realiza total o en su mayor parte con dinero de la droga, se considera que procede del tráfico de drogas. Más problemas se plantean cuando el precio de compra se satisface en una parte mínima com dinero manchado; por ejemplo, si se adquiriese un vehículo familiar por 30.000, y sólo 500 proceden del tráfico de drogas, 10 que supone una proporción de 1,66%. En este caso, dice, el vehículo no puede ser considerado, en su conjunto, objeto procedente de un hecho delictivo previo.⁹³

LEIP recurre a la normativa relativa a los impuestos y concluye que un bien parcialmente infectado tiene carácter contaminado en su totalidad cuando la parte manchada constituya más de un cuarto de la totalidad del valor, esto es, más de un 25%.⁹⁴

b) SALDITT sin proponer porcentajes, exige que exista un amplio mayor peso de la parte de procedencia ilícita que de lá lícita. En este caso la mezcla procederá totalmente de un delito.⁹⁵

Como dito, a proposição das cotas é simples, a partir dos limites estabelecidos, os valores que figurarem a menor do estabelecido pela cota, não macula o produto e não está apto ao delito de lavagem. No entanto, ultrapassando, estaria todo o produto maculado, nos termos da contaminação total. Barton e Leip fixaram percentuais, enquanto Salditt, embora não tenha fixado, trouxe a ideia de que o valor sujo deve ser amplamente maior que a parcela lícita. Essa análise, a partir das cotas de maculação, parece sofrer restrições no princípio da taxatividade, de modo que a doutrina não poderia estabelecer limites rígidos/fixos de cotas, o que só poderia se dar através de lei.⁹⁶ Pelo princípio da taxatividade tem-se que não seria possível a punição

⁹² CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015.P. 449-450.

⁹³ BARTON, «Tatobjekt der Geldwäscher», cit., pgs. 163 Apud. CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015.P. 450.

⁹⁴ LEIP, Geldwäscher, cit., pgs. 109/110; Apud. CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**, 4. Ed. Aranzadi, Madrid, 2015. P. 450.

⁹⁵ Cfr. SALDITT; «Geldwäscher», cit., pg. 124. Apud. CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015.P. 450.

⁹⁶ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. 4ª. Edição, São Paulo: Atlas, 2017, p. 103.

em quaisquer termos diferentes do que está na lei, ou seja, não se poderia, em sede de jurisprudência, simplesmente adotar uma cota de maculação e então, a partir dali, considerar ou não, a depender da cota, se os valores terão ou não alguma significação no contexto de mescla, ou seja, se serão ou não objeto de lavagem de dinheiro.

Diante da aparente impossibilidade, a não ser pela via legislativa, de se adotar uma cota de maculação, a saída, mais uma vez, parece estar no postulado da proporcionalidade, no qual se baseia outra ideia de cota de maculação, essa, sem um limite fixado, tratando-se de uma possibilidade mais aberta, como dito, pautada na ideia de proporcionalidade, que diz:

Otros autores recurren al principio de proporcionalidad, sin ofrecer porcentajes concretos. En virtud de este principio, allí donde parte de los bienes manchados es muy pequeña en relación con los bienes limpios, no han de ser considerados en su totalidad bienes aptos para el blanqueo.⁹⁷

É da ideia de proporcionalidade, então, que surge a perspectiva de incidência do princípio da insignificância no crime de lavagem de dinheiro. Por óbvio, esse não é fundamento suficiente – se precisaria, no mínimo, de um consenso quanto ao bem jurídico tutelado – mas, ao contrário das outras teorias, tratando-se das cotas de maculação a possibilidade de insignificância ganha corpo pela própria ideia que se expôs anteriormente, de que as cotas baseiam-se numa ideia de correlação com nível de significância da parcela ilícita frente à parcela lícita. Assim, inicialmente, se supomos por um consenso quanto ao bem jurídico tutelado das ideias de cotas de maculação, dá para se extrair uma ideia mais concreta da possível incidência do princípio da insignificância.

Como o nome sugere e trazendo para o tema em estudo, não significa dizer que não houve ou que não há mescla em determinados casos, mas sim que esta, a partir da pequenez do percentual sujo, não é significativa, ou seja, não está apta ao delito de lavagem. Quando se diz que do postulado da proporcionalidade se extrai a possibilidade de incidência do princípio da insignificância, é que a ideia de tal princípio é que “é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal”⁹⁸. Partindo dessa concepção de insignificância pautada na ideia de proporcionalidade, como deve ser, e tomando-se em consenso a ordem econômica como bem jurídico tutelado pelo delito de lavagem, imagine-se a seguinte ilustração: a constituição de uma empresa de transportes, com capital social de 350 mil reais, dos quais 15 mil reais é oriundo do tráfico. A pergunta que se faz, considerando as proposições e o princípio da insignificância, é se essa constituição da

⁹⁷ AKERMANN, **Geldwäscherei-Money Laundering**, cit, P. 248. **Apud**, CORDERO, Isidoro Blanco. El delito de blanqueo de capitales. Madrid: Aranzadi, 2015.P. 451.

⁹⁸ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal, parte geral 1**. 17ª edição, Saraiva, São Paulo, 2012. P.58.

empresa tem o poder de abalar o regular funcionamento da economia? Se a concorrência foi à sangria com a constituição dessa empresa? A resposta me parece negativa para as duas proposições, no entanto, um último exercício, com base no que foi dito sobre o princípio da insignificância: haveria proporcionalidade entre a conduta do agente e a reprimenda estatal de considerar todo o valor maculado, sustar o funcionamento da empresa que vinha gerando empregos e declarar perdimento de bens? O que mais afetaria, de fato, a economia? Parece-me possível, então, a incidência do princípio da insignificância no crime de lavagem de dinheiro, não obstante os pontos importantes ainda não solucionados, como qual seria o bem jurídico tutelado pelo de lavagem. Noutro lume, parece inviável a ideia de cotas de maculação como construção puramente doutrinária e/ou jurisprudencial, ante a incidência do princípio da taxatividade.

CAPÍTULO 3

A MESCLA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste capítulo, realiza-se estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em sede de ações panais julgadas pelo órgão entre 2015 e 2020, sobre lavagem de dinheiro, de modo a desvelar o discurso da suprema corte sobre a mescla de valores lícitos e ilícitos no crime de lavagem de dinheiro. Para tanto, as decisões serão analisadas sob a égide das teorias sobre a mescla, expostas no capítulo anterior. Ocorrerá o uso da metodologia de análise de discurso, que permitirá a análise do conteúdo dos julgados e do discurso ecoado por eles, ainda que não esteja expressamente escrito no acórdão. Com a análise, busca-se a identificação, nas decisões, da incidência de qualquer dos entendimentos acerca das teorias sobre a mescla, buscando a verificação da discussão sobre o tema na suprema corte, objetivando desvendar se a suprema corte trata do tema de maneira explícita em suas decisões, bem como se, de maneira implícita, alguma dessas teorias tem sido contemplada na jurisprudência do STF, dentre outras variáveis que o estudo permitirá. Tudo isso com um objetivo final, que é avaliar a qualidade constitucional das decisões a partir do confronto destas com as teorias sobre a mescla, que também terão seus fundamentos analisados conforme à constituição de 1988.

O trato com as decisões será realizado com amparo da metodologia da análise de discurso, capaz de fazer com que as teorias sobre a mescla de valores dialoguem com as decisões selecionadas – ainda que estas não as abordem de maneira expressa –, para, então, desvelar suas presenças nos espaços em branco dos discursos do STF. A análise de discurso permite ao analista ir além do conteúdo explícito no texto, compreendendo como ele produz e expõe significados, inclusive em suas entrelinhas. O marco teórico principal escolhido, no tocante à metodologia de análise de discurso, para o desenvolvimento do trabalho, é o da escola francesa, com start na obra de Michel Foucault “A ordem do discurso”⁹⁹, bem como teses, dissertações e artigos sobre o tema, a exemplo do trabalho de Maurício Ferreira e Clarice Traversini, “A Análise Foucaultiana do Discurso como Ferramenta Metodológica de Pesquisa”. Dessa forma, a partir da utilização da metodologia em análise de discurso, – dada a hipótese de ausência de enfrentamento expresso do tema pelo STF, o que justifica o uso da metodologia em comento –, será possível extrair os sentidos que guiam as interpretações do tipo penal de

⁹⁹ FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso: aula inaugural no College de France**, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio. 5ª ed. São Paulo: Loyola, 1999.

lavagem no âmbito da Suprema Corte, notadamente sobre os aspectos da dosimetria da pena e dos efeitos da condenação, como o perdimento de bens.

3.1. O estado da arte na jurisprudência do Supremo e a metodologia

O crime de lavagem de dinheiro vive, atualmente, seu auge no direito brasileiro. Após a inserção do tipo penal no ordenamento pátrio, em 1998, e alterações de 2012, dentre as quais se destaca o fim do rol taxativo de delitos antecedentes, o delito tem sido destaque por figurar como central em diversas operações de grande repercussão, vivendo seu auge com a famosa operação Lava Jato, ainda em desdobramento. O sentimento espalhado em todo território nacional, inclusive por ocasião da citada operação, foi de combate ferrenho à criminalidade econômica, de colarinho branco, como é comumente alcunhada. Como exposto nos capítulos anteriores, o delito de lavagem traz consigo diversas questões que geram profundos debates, o debate que se busca balizar nesta pesquisa, repousa no aspecto constitucional atinente à imputação e, principalmente, condenação pelo delito de lavagem de capitais, aspecto constitucional este que se desenha em torno das expostas teorias sobre a mescla de valores de origem lícita e ilícita.

As teorias revelam um dever do julgador, por imposição constitucional, de observar determinados aspectos nas imputações e, eventualmente, nas condenações que se for proferir pelo delito de lavagem. Destaca-se, entre os aspectos, o da separação do capital sujo e do capital limpo, dada a incontestável impossibilidade de lavagem de dinheiro de valores e/ou bens de origem lícita. Nesse ponto é que incidem as expostas teorias sobre a mescla (contaminação total, parcial e cotas de maculação), pelas quais se tem uma ideia – numa hipótese de patrimônio mesclado por valores e/ou bens limpos e sujos –, de qual teoria deve nortear o julgamento do caso. Em verdade, as teorias sobre mescla de valores e/ou bens, a depender de qual se adota, revela o apreço ou desprezo por postulados constitucionais como proporcionalidade e vedação ao excesso, de modo que o fato de não terem origem no direito brasileiro não é óbice à sua utilização como baliza constitucional para o julgamento dos casos de lavagem.

Dessa questão, resumida das exposições do capítulo 1 e 2, se chega para o ponto de analisar qual tratamento a suprema corte tem conferido ao delito de lavagem no julgamento dos casos, quando analisadas as decisões sob a égide das teorias sobre a mescla. Percebeu-se, em consulta realizada no site do supremo, que a questão, com exceção das ações penais originárias, não chega com a profundidade necessária que o debate exige, pois chega, em grande parte, em sede de HC, que possui cognição sumária. Explica-se: no recorte temporal delimitado para realização da pesquisa, 2015-2020, o Supremo Tribunal Federal, a partir do termo de pesquisa

jurisprudencial “lavagem de dinheiro”, dá conta de 211 acórdãos proferidos que envolvem, direta ou indiretamente o crime de lavagem de dinheiro.¹⁰⁰ Assim, a partir do problema de pesquisa exposto, a ideia inicial da pesquisa era fazer a seguinte análise: seriam analisados determinados acórdãos entre 2015 e 2020 – preferência feita para que a pesquisa se debruçasse sobre os entendimentos mais recentes –, bem como, conjuntamente, os que fossem mais detalhados sobre a questão, de modo que seriam as decisões analisadas: a) os acórdãos do tribunal pleno, nesse período; b) 10 acórdãos de cada turma da suprema corte, sendo, dentre os 10 de cada turma, 2 de relatoria de cada ministro da respectiva turma e, c) os acórdãos em sede de Recurso Extraordinário, nesse período. Essa era a base de seleção dos julgados, no entanto, não obstante os 211 acórdãos proferidos no período, a maioria deles foram em sede de *habeas corpus* (104 acórdãos), recurso ordinário em *habeas corpus* (18 acórdãos) e em sede de inquéritos (32 acórdãos), totalizando, só nesses 3 filtros, 154 acórdãos, o que fez com que se mudasse a estratégia de seleção dos acórdãos.

A presente pesquisa, fidelidade material (conteúdo suficiente para permitir a análise), necessita que os acórdãos objeto do estudo tragam essa profundidade, razão pela qual se exclui, dessa pesquisa, os acórdãos em sede de *habeas corpus*, dada a cognição limitada, – embora se saiba que questões paradigmáticas já foram debatidas em sede de *habeas corpus* –, mas, para os fins que se propõe essa pesquisa, não seria exatamente o tipo de acórdão adequado. Excluiu-se, também, os acórdãos em sede de inquéritos, pelo motivo hipotético de ausência de profundidade por ser fase preparatória, ou seja, por sequer existir uma decisão de mérito sobre o tipo penal investigado a ser analisada, mesmo não se olvidando que, eventualmente, uma decisão de arquivamento, por exemplo, poderia possibilitar uma análise. Assim, a ideia inicial exposta acabou por se tornar inviável. Outra questão que a pesquisa constatou foi a estreitíssima porta de entrada do STF, como se nota a partir da análise da ideia inicial de seleção dos acórdãos, pretender-se-ia analisar os acórdãos em sede de recurso extraordinário, por possuírem cognição mais ampla e um maior conteúdo a ser analisado, no entanto, no período 2015-2020, com a busca feita, apenas 1 recurso extraordinário chegou ao STF, com a lavagem de dinheiro como tema correlato. A porta de entrada estreita do STF e a questionável efetividade do direito ao recurso no Brasil não é problema para este trabalho, as a ilustração, ainda que breve, dessa constatação, justifica os rumos que esta pesquisa tomou, no que tange à seleção dos acórdãos.

¹⁰⁰ Pesquisa jurisprudencial realizada no site do STF, disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&julgamento_data=01012015-30102020&page=1&pageSize=10&queryString=lavagem%20de%20dinheiro&sort=score&sortBy=desc > acesso em 12.11.2020.

Diante das circunstâncias expostas, a estratégia de análise do discurso do STF, a partir dos acórdãos proferidos pela corte, teve de mudar do que havia sido desenhado inicialmente. Sem prejuízo à pesquisa, entendeu-se pela análise dos acórdãos proferidos em sede de ações penais julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, que, mantendo-se o recorte temporal inicialmente estabelecido, 2015-2020, proferiu 10 acórdãos em sede de ações penais, dos quais 4, dois de cada turma, escolhidos pela abordagem que tiveram dos casos de lavagem, serão o objeto da análise deste capítulo.

A análise do discurso que pode ser verificado nos espaços em branco dos acórdãos, dada a hipótese de não enfrentamento expresso da questão da mescla, passa pelo estabelecimento de quesitos iniciais – mas não rígidos – dada a posição nada sistêmica do referencial escolhido (Foucault), a serem buscados nos acórdãos, para, então, se analisar e responder a, basicamente, resumindo o problema de pesquisa, de qual teoria se aproxima o discurso do supremo tribunal federal, a partir do que se pode extrair da linguagem exposta nos acórdãos. Para tanto, são essenciais análises como a dosimetria da pena e os efeitos da condenação, bem como a maneira como os acórdãos detalham, ao menos minimamente, o processo de lavagem.

Análise importante repousa, também, num eventual efeito da condenação, consistente na decretação do perdimento de bens em favor da união, tendo em vista que a aproximação dos acórdãos em relação a uma ou outra teoria muda completamente esse aspecto. Explica-se, a título ilustrativo, a importância do quesito: diante de uma hipótese de mescla, o perdimento de bens numa decisão que se aproxima da ideia de contaminação total acaba por declarar o perdimento, em favor do estado, também de bens de origem lícita, que não são aptos ao delito de lavagem, por considerar a mescla uma mistura homogênea.

Na pesquisa, se usa da análise de discurso pela forte hipótese de não enfrentamento expresso da questão nos acórdãos, de modo que, conforme a metodologia citada, na perspectiva de Foucault, será preciso ler o que não foi escrito, perceber os espaços em branco e entendê-los a partir, inclusive, do silêncio, da omissão do acórdão em relação a determinados pontos. Foucault, que não foi um pensador sistemático, de impor métodos rígidos, entendia que o texto pode dizer mais do que aquilo que está escrito, de modo que o não dizer, é dizer alguma coisa. E é isso que se busca com a análise dos acórdãos, uma vez confirmada a hipótese de não enfrentamento expresso, busca-se entender as entrelinhas do que foi dito, para extrair mais significados a partir das entrelinhas dos acórdãos. A abordagem do método a partir da perspectiva de Foucault é adequada e necessária, tendo em vista que o discurso não é somente o que está dito, bem como que aquilo que é dito não é, em si, autônomo e independente, mas sofre limitações. “Inicialmente os procedimentos de interdição consistem no controle do que

pode ser dito, em que circunstância e a quem é permitido falar”.¹⁰¹ Na mesma linha, questiona o pensador Francês, “*Mas, o que há, enfim, de tão perigoso no fato de as pessoas falarem e de seus discursos proliferarem indefinidamente? Onde, afinal, está o perigo?*”¹⁰²

A ideia de desvendar o discurso, compreendendo-o como algo não limitado ao que está expressamente escrito, tendo em vista que a produção do discurso não é livre, “*mas não nos encontramos no verdadeiro senão obedecendo às regras de uma ‘polícia’ discursiva que devemos reativar em cada de nossos discursos*”¹⁰³, sofrendo limitações, como pela ideia de interdição – há pouco referenciada – imposta ao discurso, também é detalhada por Foucault:

Suponho que em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade. Em uma sociedade como a nossa, conhecemos, é certo, procedimentos de exclusão. O mais evidente, o mais familiar também, é a interdição. Sabe-se bem que não se tem o direito de dizer tudo, que não se pode falar de tudo em qualquer circunstância, que qualquer um, enfim, não pode falar de qualquer coisa. Tabu do objeto, ritual da circunstância, direito privilegiado ou exclusivo do sujeito que fala.¹⁰⁴

Diz, ainda, Foucault, sobre não ser o discurso tão somente aquilo que se manifesta expressamente:

Por mais que o discurso seja aparentemente bem pouca coisa, as interdições que o atingem revelam logo, rapidamente, sua ligação com o desejo e com o poder. Nisto não há nada de espantoso, visto que o discurso – como a psicanálise nos mostrou – não é simplesmente aquilo que manifesta (ou oculta) o desejo; é, também, aquilo que é objeto do desejo. E visto que – isto a história não cessa de nos ensinar – o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo porque, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar.¹⁰⁵

Assim, tendo clara a ideia da análise de discurso a partir de Foucault – que se resume a entender que o discurso não se limita ao que está expresso, que o texto diz mais do que as palavras nele contidas, ou que o “não dizer nada” é, em verdade, “dizer alguma coisa” –, e o motivo pelo qual ela (a análise de discurso), se amolda e essa pesquisa – que é, como já dito, a forte hipótese de não enfrentamento expresso, pelos acórdãos, da questão da mescla, de modo que será necessário analisa-los para além das palavras escritas, mormente sobre o que não foi dito –, desenvolveu-se um quadro que servirá de base para a análise de todos os acórdãos selecionados para a pesquisa, estabelecendo pontos de destaque para observação nos acórdãos,

¹⁰¹ FERREIRA, Mauricio dos Santos; TRAVERSINI, Clarice Saete, **A Análise Foucaultiana do Discurso como Ferramenta Metodológica de Pesquisa**. Educação & Realidade, Porto Alegre, v. 38, n. 1, p. 207-226, jan./mar. 2013. Disponível em: < http://www.ufrgs.br/edu_realidade >. Acesso em: 20.11.2020.

¹⁰² FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso: aula inaugural no College de France**, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio. 5ª ed. São Paulo: Loyola, 1999. P. 6.

¹⁰³ Idem. Ibidem. P. 18.

¹⁰⁴ Idem. Ibidem. P.7.

¹⁰⁵ Idem. Ibidem.

o que, com suporte das teorias sobre a mescla, será possível decifrar com qual delas os acórdãos do Supremo Tribunal Federal dialoga, nos casos de lavagem de dinheiro, ainda que não expressamente. Desse modo, o quadro pensado para a pesquisa traz informações básicas de identificação do julgado, bem como questões sensíveis à pesquisa, como as elencadas no parágrafo anterior. Após o detalhamento dos julgados a partir do quadro desenvolvido para tanto, restará a abordagem geral acerca de todos os julgados, conjuntamente. Eis o quadro, com a explicação de ponto de análise:

Ação Penal xxxxxxxxxxxxxxxx	
Relatoria/turma:	Ministro(a) xxxxxxxxxxxxxxxx
Réu:	xxxxxxxxxxxxxxxx
Data De Julgamento:	Xx/xx/xxxx
Imputação pelo delito de lavagem:	Síntese da imputação pelo delito de lavagem, constante no relatório do acórdão, de modo que contemple o montante apontado como objeto do crime (se o acórdão apontar), bem como a forma de lavagem utilizada, verificada por ocasião da imputação.
Há hipótese de mescla?	<p>Sim ou não, a partir da análise do quesito anterior, bem como a partir de algum trecho do acórdão que indique a hipótese.</p> <p>Justificativa: imputação de lavagem no importe de R\$ 50.000,00 por meio do recebimento, em conta, de valores produto de crime, com posterior envio para contas no exterior. Diante da notícia de desenvolvimento de atividade lícita que justifique uma hipótese de patrimônio mesclado, é necessário que a imputação e a eventual condenação façam referência e prova de que os valores imputados são os valores oriundos de crime e não os obtidos licitamente – em contato com a parcela suja por ocasião da mescla –, de modo que a resposta a esse quesito guiará a qual teoria sobre a mescla se aproxima o julgado, a partir do tratamento dado ao patrimônio sob hipótese de mescla.</p> <p>Quando se fala, aqui, em hipótese de mescla, fala-se no sentido de patrimônio mesclado, e não de mescla como tipologia utilizada pelo lavador. No exemplo utilizado, é preciso saber se na conta da qual saíram os valores produto de crime já existiam valores lícitos, o que confirmaria um patrimônio mesclado e, a partir disso, saber</p>
Houve referência expressa às teorias sobre a mescla?	Sim ou não.
Houve condenação?	Sim ou não e, em caso positivo, em que termos, sinteticamente.

Dosimetria da pena:	Principalmente em relação a eventual exasperação da pena, quanto as consequências do crime, em razão do montante apontado como objeto da lavagem.
Perdimento de bens:	Efeito da condenação que indicará o tratamento dado ao patrimônio do agente de lavagem, diante da hipótese de patrimônio mesclado.
Conclusão sobre o acórdão a partir dos pontos de destaque:	Análise livre e explicativa sobre o discurso extraído do acórdão.

* Os trechos entre aspas, nas tabelas, são transcrições dos acórdão.

Passa-se, pois, a análise dos casos.

3.2. Análise de casos

Foram selecionados 4 acórdãos proferidos em sede de ações penais originárias, julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, no período de 2015-2020, sendo 2 da primeira turma e 2 da segunda turma, limitando-se em 4 acórdãos para que se tenha tempo hábil para as análises, bem como por não ser, ao menos nesse grau do estudo, relevante a quantidade de acórdãos, como será explicado no próximo parágrafo, mas sim a densidade de conteúdo dos que forem analisados. Ausente análise de acórdão julgado pelo pleno, ante a ausência de julgado, pelo referido órgão, no recorte temporal estabelecido. Os acórdãos foram escolhidos a partir de uma primeira análise geral, na qual selecionou-se os acórdãos com mais aptidão de conteúdo – aqueles nos quais se verificou uma imputação detalhada do delito de lavagem e profundidade na discussão –, para que se pudesse fazer a análise detida sob a égide das teorias sobre a mescla, com amparo na análise de discurso Foucaultiana.

Não é pretensão dessa pesquisa analisar toda a jurisprudência do supremo sobre lavagem de dinheiro, a ideia central é buscar, nos espaços em branco dos acórdãos escolhidos, indícios de intersecção com uma ou outra teoria sobre a mescla, ou com mais de uma, de modo que uma análise por amostragem, como a que começa a se desenhar aqui, é suficiente ao fim que se presta esta pesquisa. Os acórdãos estão disponíveis na plataforma do Supremo e, aqui, foram catalogados e analisados conforme a tabela anteriormente ilustrada e explicada.

Ação Penal 863 – São Paulo	
Relatoria/turma:	Ministro Edson Fachin – 1ª Turma.
Réu:	Paulo Salim Maluf
Data De Julgamento:	23/05/2017

<p>Imputação pelo delito de lavagem:</p>	<p>“O Procurador-Geral da República requereu a condenação do acusado como incurso nos crimes previstos no art. 1º, V (redação original), art. 1º, §§ 1º, II e 4º, da Lei 9.613/98, c/c art. 71 do CP (em grau máximo), em concurso material com o crime disposto no art. 1º, § 1º, I, da Lei 9.613/98, por duas vezes, na forma do art. 69, caput, do CP. Lavagem de dinheiro tendo como crime antecedente o crime de corrupção passiva. Segundo a imputação, a investigação apontou que os valores repassados pelo Município de São Paulo ao referido consórcio foram utilizados para pagamento de empresas subcontratadas que não realizaram os serviços contratados ou não entregaram os materiais supostamente adquiridos”. (Página 5 do acórdão)</p> <p>“Segundo narrado na inicial, o esquema delitivo antecedente era operado por intermédio da emissão de notas fiscais “frias” por parte das subempreiteiras, lastreadas em contratos fictícios, as quais, após receberem o pagamento da Construtora Mendes Júnior S.A., devolviam 90% do valor à referida construtora por meio da emissão de cheques ao portador, cujo montante era posteriormente convertido em dólares norte-americanos. Do total do valor desviado da referida obra, aponta-se que cerca de 30% teve como destinatários PAULO SALIM MALUF e Reinaldo de Barros, seu então Secretário de Obras.” (Página 6 do acórdão).</p> <p>O acórdão dá conta de que os valores eram depositados em contas em empresas <i>offshore</i>.</p> <p>“O esquema criminoso era operado, em breve resumo, da seguinte forma: (i) as Construtoras Mendes Júnior e OAS contratava subempreiteiras para a realização de serviços ou compras de materiais; (ii) na sequência, a EMURB realizava o que se denominou de medições de vento, isso é, atestava falsamente a prestação de serviços ou entregas de materiais que, na verdade, não foram realizados; (iii) após receberem os pagamentos efetuados pela EMURB, as empresas Mendes Júnior e OAS repassavam os valores às subcontratadas que, por sua vez, emitiam notas fiscais e comprovantes “frios” com base em contratos fraudulentos, devolvendo 90% (noventa por cento) do valor da nota à Construtora Mendes Júnior por meio de emissão de cheques ao portador; (iv) os 10% (dez por cento) restantes ficavam com a subempreiteira a título de comissão pela colaboração na prática delitiva; (v) os cheques emitidos eram, então, depositados nas contas bancárias de beneficiários “laranjas” ou então sacados em espécie.” (Página 45 do acórdão).</p>
<p>Há hipótese de mescla?</p>	<p>Sim.</p> <p>“Importante salientar, igualmente, que os valores em relação aos quais é possível apontar, acima de dúvida razoável, que são oriundos da propina paga por ocasião das obras da Av. Água Espreada, se somam a valores preexistente e aportam em contas e fundos de investimento igualmente já existentes. Em relação aos valores que já</p>

	existiam, há suspeitas de que a origem é igualmente ilícita, mas não há descrição na denúncia que os correlacionem a um determinado crime antecedente. ” (página 64 do acórdão).
Houve referência expressa às teorias sobre a mescla?	Não.
Houve condenação?	Sim. “Ante o exposto, entendo devidamente constatada a materialidade, bem como a autoria do réu Paulo Salim Maluf que, entre 1998 e 2006, de forma permanente, ocultou e dissimulou vultosos valores oriundos da perpetração do delito de corrupção passiva, utilizando-se, para isso, de diversas contas bancárias e fundos de investimentos situados na Ilha de Jersey, abertos em nome de empresas <i>offshores</i> , notadamente nos Bancos Deutsche Bank e Citibank, com o evidente objetivo de encobrir a verdadeira origem, natureza e propriedade dos referidos aportes financeiros, configurando, assim, a prática do crime de lavagem de dinheiro. Por essa razão voto por condenar o acusado como incurso nas penas do delito descrito no art. 1º, V, e art. 1º, § 1º, II, da Lei 9.613/1998. ” (Página 94 do acórdão). Confirmado pela turma, a unanimidade
Dosimetria da pena:	“Quanto às consequências, estas devem sofrer, nessa fase de aplicação da pena, maior juízo de reprovação quando vão além das consequências usuais dessa modalidade criminosa. Nesse tópico, considero que o crime praticado pelo réu viola o bem jurídico tutelado pelo tipo de forma muito mais intensa do que o usual, tendo em vista a vultuosidade dos valores envolvidos. ” (Página 96 do acórdão) Pena base: “Bem pesadas essas vetoriais, fixo a pena base um pouco abaixo do termo médio (6 anos e 6 meses) em 6 (seis) anos de reclusão. ” (Página 96 do acórdão) Segunda fase: “Dessa feita, concluo a segunda fase do cálculo da pena, com a fixação provisória em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão. ” (Página 97 do acórdão) Terceira fase e definitiva: “Por essa razão, majoro a pena na fração mínima, ou seja, em um terço e, à míngua de outras circunstâncias majorantes ou atenuantes, fixo-a definitivamente em 7 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão. ” (Página 97 do acórdão)
Perdimento de bens:	“Com base no art. 7º, I, da Lei 9.613/98, decreto a perda, em favor da União, dos bens, direitos e valores objeto da lavagem em relação a qual foi o réu condenado, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé. ” (Página 97 do acórdão)
Conclusão sobre o acórdão a partir dos pontos de destaque:	Há hipótese de patrimônio mesclado. O próprio acórdão, na página 42 do voto do Min. Edson Fachin, dá conta de valores preexistentes nas contas, valores aos quais não se pode, até por falta de imputação

da denúncia, como diz o próprio acórdão, atribuir à lavagem de dinheiro. Ademias, como explicitado na explicação, a hipótese de patrimônio mesclado faz nascer uma série de outras análises que o acórdão não traz, principalmente, a) o montante que está sendo considerado como objeto da lavagem; b) o montante do perdimento de bens.

Sobre o montante objeto da lavagem, não obstante o acórdão fazer referência a determinados valores, como o valor da contratação pública e o valor de algumas das transações, não especifica o valor considerado como objeto da lavagem e, conseqüentemente, qual tratamento teria dado, sob a ótica das teorias sobre a mescla – implicitamente –, a partir do valor decretado para perdimento de bens em favor da união.

Quando o acórdão diz “Importante salientar, igualmente, que os valores em relação aos quais é possível apontar, acima de dúvida razoável, que são oriundos da propina paga por ocasião das obras da Av. Água Espriada, se somam a valores preexistente e aportam em contas e fundos de investimento igualmente já existentes.” (Página 64 do voto do relator), ele atrai para si a confirmação de um patrimônio atingido pela mistura de capitais, de modo que, igualmente, atrai a obrigação de tornar explícito o tratamento dispensado a essa situação, ou seja, exatificar o valor que está sendo considerado como objeto da lavagem e o valor determinado para perda de bens em favor da união.

No entanto, a despeito da ausência de enfrentamento exposto, algumas situações constantes no acórdão podem guiar a uma elucidação a partir das teorias sobre a mescla, é o caso da operação descrita no 5º fato delituoso descrito, na página 7 do relatório. A passagem relata que o réu teria, na qualidade de beneficiário de fundos de investimento na ilha de Jersey, teria convertido ativos ilícitos em lícitos por meio da aquisição de US\$ 92.258.077,29 (noventa e dois milhões, duzentos e cinquenta e oito mil, setenta e sete dólares norte-americanos e vinte e nove centavos) em debêntures conversíveis em ações da pessoa jurídica EUCATEX S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO, com o fim de dissimular a sua utilização. Numa análise a partir das teorias sobre a mescla, seria preciso saber, inicialmente, a composição do capital dos fundos que adquiriram debêntures da EUCATEX, se eram compostos unicamente de capital sujo ou se os fundos, antes da entrada dos valores obtidos pela corrupção passiva, já comportavam valores lícitos. Existe um flerte, no caso, com a teoria da contaminação total, visto que a transação foi tida como lavagem de dinheiro, de modo que o acórdão considerou o fundo investidor contaminado e, ao menos inconscientemente, considerou uma suposta mistura como homogênea.

A separação e especificação do capital sujo é importante, inclusive, para uma dosimetria da pena mais transparente e proporcional, tendo em vista que, na primeira fase, a pena foi exasperada com base no

	montante vultuoso dos valores, que não foi especificado, mas deixando claro que se os valores fossem menores, a exasperação seria, igualmente, em menor patamar, o que assevera a necessidade de clareza quanto aos valores tidos como objeto do delito de lavagem.
Ação Penal 644 – Mato Grosso	
Relatoria/Turma:	Ministro Gilmar Mendes – 2ª Turma
Réu:	Nilton Balbino
Data De Julgamento:	27/02/2018
Imputação pelo delito de lavagem:	“NILTON BALBINO foi denunciado pelo Ministério Público Federal perante a 2ª Vara Federal de Cuiabá – MT, ante a prática dos crimes descritos no art. 288 (formação de quadrilha) e no art. 317, § 1º, ambos do CP (corrupção passiva majorada); e no art. 1º da Lei 9.613/98 (lavagem de dinheiro) –Inquérito 2007.36.00.00.010412-0. O denunciado teria apresentado emendas individuais em valor total superior a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), destinando recursos a vários municípios de Rondônia, mediante convênio. Teria, ainda, contribuído, de forma relevante, para apresentação de emendas de bancada que financiaram outros 63 convênios com a mesma finalidade. Essas emendas teriam resultado em contratações com as empresas ligadas ao Grupo Planan – Santa Maria Comércio e Representações Ltda., Klass Comércio e Representações, Enir Rodrigues de Jesus EPP e Nacional Comércio de Materiais Hospitalares Ltda. Em contrapartida, o réu receberia vantagem ilícita da monta de 10% do valor da emenda parlamentar. Por fim, o réu teria ocultado a propriedade e a localização da vantagem ilícita, mediante depósitos dos recursos em contas de terceiros, entre eles assessores parlamentares. ” (Página 3 do acórdão)
Há hipótese de mescla?	Sim. Mistura de dinheiro em conta. “Por fim, o réu teria ocultado a propriedade e a localização da vantagem ilícita, mediante depósitos dos recursos em contas de terceiros, entre eles assessores parlamentares. ” (Página 4 do acórdão)
Houve referência expressa às teorias sobre a mescla?	Não.
Houve condenação?	Absolvido da imputação de lavagem. “Mas, ainda que os fatos estejam comprovados, não correspondem ao crime de lavagem de dinheiro. Em embargos de divergência no caso Mensalão, o STF firmou jurisprudência no sentido de que o recebimento dos valores é parte do crime de corrupção passiva, crime antecedente à lavagem de dinheiro. Logo, o recebimento dos recursos por via dissimulada, como o depósito em contas de terceiros, não configuraria a lavagem de dinheiro. Seria necessário

	ato subsequente, destinado à ocultação, dissimulação ou reintegração dos recursos – Rel. Min. Luiz Fux, redator do acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 21.8.2014. ” (Página 21 acórdão).
Dosimetria da pena:	Absolvido da imputação de lavagem.
Perdimento de bens:	Absolvido da imputação de lavagem.
Conclusão sobre o acórdão:	<p>Há hipótese de patrimônio mesclado. O acórdão noticia imputação pelo delito de lavagem apontando ocultação da origem e propriedade de valores oriundos da prática de corrupção passiva, por meio do recebimento em contas de terceiros, assessores parlamentares.</p> <p>A despeito da absolvição, a qual entende-se acertada, o acórdão permite uma análise que o aproxima da teoria da contaminação parcial. Explica-se: ao dar conta de mistura de valores em conta de assessores parlamentares, onde já se encontravam valores lícitos, inclusive originados pela atividade de assessoria parlamentar, ou seja, os proventos do recebedor, o acórdão, ainda que não tenha expressamente dito, não considerou a mistura como homogênea, característica da contaminação total, caso contrário qualquer movimentação feita pelo titular da conta – e certamente o titular movimentou sua conta –, teria ocasionado o cometimento do delito de lavagem, o que não ocorreu.</p>
Ação Penal 965 – São Paulo	
Relatoria/Turma:	Ministro Alexandre de Moraes – 1ª Turma
Réu:	Paulo Pereira da Silva
Data De Julgamento:	08/06/2020
Imputação pelo delito de lavagem:	<p>Imputação do delito de lavagem tendo como antecedente crime contra o sistema financeiro nacional. Desvio de valores de financiamentos concedidos pelo BNDES.</p> <p>“LAVAGEM DE DINHEIRO. Após o desvio dos valores dos financiamentos, foram realizados depósitos na conta de pessoa jurídica para posterior saque e entrega ao acusado, caracterizando-se o delito de lavagem de dinheiro. ” (Página 2 do acórdão).</p> <p>158. Obtido o produto do delito previsto no art. 20 da Lei nº 7.492/1986, o acusado atuou de forma a afastá-lo de sua origem criminosa. E o fez, em primeiro lugar, por meio do recebimento dos valores em conta de pessoa jurídica a que contava ter acesso – o INSTITUTO BRASILEIRO – e, em seguida, pelo saque em espécie de tais valores da conta de tal pessoa jurídica e a aquisição de uma casa no Loteamento Riviera de São Lourenço, em Bertioga/SP, registrado em nome de sua filha, Danielle Costa da Silva, à época com 20 anos de idade, no valor declarado à Receita Federal de R\$ 220.000,00 (cf. matrícula do imóvel às fls. 10.290- 10.291, vol. 44). (Página 137 do acórdão).</p>

Há hipótese de mescla?	<p>Sim, mistura de dinheiro em conta e aquisição de imóvel com hipótese de dinheiro limpo e sujo.</p> <p>“Após o desvio dos valores dos financiamentos, foram realizados depósitos na conta de pessoa jurídica para posterior saque e entrega ao acusado, caracterizando-se o delito de lavagem de dinheiro.” (Página 2 do acórdão).</p>
Houve referência expressa às teorias sobre a mescla?	Não.
Houve condenação?	<p>Sim.</p> <p>“4 anos e 8 meses pela prática, em continuidade delitiva, do delito do art. 1º da Lei nº 9.613/1998;” (Página 2 do acórdão).</p>
Dosimetria da pena:	<p>“(II) quanto ao delito de lavagem de dinheiro a culpabilidade foi valorada negativamente, por se tratar de Deputado Federal, do mesmo modo as circunstâncias judiciais foram sopesadas de modo negativo, dado o uso de complexa rede criminosa para a ocultação dos recursos, inclusive com o uso de instituto ligado a sindicato de trabalhadores, sendo elevada a pena em 6 meses por cada circunstância judicial negativa, totalizando 4 (quatro) anos de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, ausentes as circunstâncias atenuantes ou agravantes, assim como causas de diminuição ou de aumento, a pena definitiva foi fixada em 4 (quatro) anos de reclusão, e 60 (sessenta) dias-multa, no valor de 1 salário-mínimo cada, havido concorrência do acusado na prática de dois delitos em condições semelhantes de tempo, lugar e modo de execução, a pena foi aumentada em um sexto, totalizando 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 85 (oitenta e cinco) dias-multa;” (Página 205 do acórdão).</p>
Perdimento de bens:	<p>O acórdão não traz, exatamente, o perdimento de bens como efeito da condenação, mas reflete o valor apontado como lavado, pelo acusado, no valor de ressarcimento a título de dano material.</p> <p>“b), réu deve ressarcir o dano material causado ao BNDES, no montante comprovado de R\$ 182.560,43, em valores da época (abril de 2008), a serem devidamente corrigidos até a quitação do débito, por constituir produto do crime.” (Página 205 do acórdão).</p>
Conclusão sobre o acórdão:	<p>No caso, há hipótese de mescla. O acórdão detalha, dentre outras, uma operação na qual fica clara a hipótese, no entanto, como tem ocorrido nos demais acórdãos analisados, não existe uma referência expressa sobre qualquer teoria sobre a mescla, razão pela qual se exige esse exercício de análise de pontos específicos, que podem dialogar com uma ou outra teoria, ou com mais de uma, como parece ser o caso deste acórdão, em pontos diferentes.</p> <p>O acórdão relata depósitos tendo como beneficiário inicial o Instituto Brasileiro, o que, ao menos em tese, denota uma mistura com os valores recebidos legalmente pelo instituto. No ponto, ter-se-ia,</p>

	<p>numa análise detida sob a perspectiva das teorias sobre a mescla, a obrigação de indicar de qual parcela (suja ou limpa) saíram os valores sacados e destinados ao acusado. A partir daí, da resposta a essa questão, se saberia, efetivamente, com qual teoria estaria o acórdão dialogando. No caso, como a operação foi tida como lavagem de dinheiro, indica um flerte com a teoria da contaminação total, visto que a mistura fora tida, implicitamente, como homogênea.</p> <p>Há indicativo de mescla, também, por ocasião da aquisição do imóvel, no importe de R\$ 220.000,00, sobre o qual cabe, desde já, breve análise. Em divergência numerária com o valor declarado para ressarcimento a título de dano material, R\$ 182.560,43, o imóvel foi adquirido por valor superior, os referidos R\$ 220.000,00. Essa diferença, ao menos em tese, flerta com a ideia de contaminação parcial, visto que o valor indicado ao dano material é menor que o valor do imóvel adquirido, supostamente, com dinheiro sujo na composição do capital de compra. Isso, ao menos implicitamente, indica a ideia mínima de proporcionalidade ao indicar como valor ao ressarcimento por dano material o valor indicado como objeto de lavagem, e não o valor total do bem adquirido, tendo, como poder de compra, um capital mesclado.</p>
Ação Penal 996 – Distrito Federal	
Relatoria/turma:	Ministro Edson Fachin – 2ª Turma
Réus:	Nelson Meurer; Nelson Meurer Junior; Cristiano Augusto Meurer.
Data De Julgamento:	29/05/2018
Imputação pelo delito de lavagem:	<p>“Trata-se de ação penal pública ajuizada pela Procuradoria-Geral da República em desfavor do Deputado Federal Nelson Meurer, Nelson Meurer Júnior e Cristiano Augusto Meurer, na qual lhes atribui a prática de delitos de corrupção passiva majorada (art. 317, § 1º, c/c art. 327, § 2º, ambos do Código Penal), bem como de crimes de lavagem de dinheiro (art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/1998), na forma dos arts. 29 e 69 do Estatuto Repressor (fls. 867-970). De acordo com a proposta acusatória, o Deputado Federal Nelson Meurer, na qualidade de integrante da cúpula do Partido Progressista (PP), entre os anos de 2006 e 2014, teria concorrido de forma dolosa e decisiva para que Paulo Roberto Costa, então Diretor de Abastecimento da Petrobras S/A e em razão do exercício desta função, solicitasse, aceitasse promessa nesse sentido e recebesse, pelo menos 161 (cento e sessenta e uma) vezes, para si e para o Partido Progressista, vantagens indevidas no valor total de R\$ 357.945.680,52 (trezentos e cinquenta e sete milhões, novecentos e quarenta e cinco mil, seiscentos e oitenta reais e cinquenta e dois centavos).” (Página 10 do acórdão).</p> <p>“Como forma de ocultar e dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação e a propriedade, tais recursos foram (i)</p>

	<p>recebidos em espécie, mediante entregas pessoais por agentes ligados a Alberto Youssef em ao menos 8 (oito) oportunidades; (ii) recebidos em espécie, mediante recursos repassados pelo Posto da Torre, localizado na cidade de Brasília, em ao menos 4 (quatro) datas distintas; e (iii) depositados em contas bancárias pessoais, de forma pulverizada e em 130 (cento e trinta) dias distintos, totalizando R\$ 1.461.226,00 (um milhão, quatrocentos e sessenta e um mil, duzentos e vinte e seis reais), como forma de fracionar as operações e mesclar recursos de origem lícita e ilícita. Para a mesma finalidade, o denunciado teria registrado, em declarações anuais de ajuste de imposto de renda, a manutenção de considerável quantia em espécie, a qual, na verdade, seria produto das vantagens indevidas percebidas. Em parte dessas condutas concorreram os denunciados Nelson Meurer Júnior e Cristiano Augusto Meurer. ” (Página 10 do acórdão)</p> <p>“Segundo a denúncia, os valores recebidos pelo acusado Nelson Meurer, correspondentes aos pagamentos ordinários de vantagens indevidas para a manutenção de Paulo Roberto Costa no cargo de Diretor de Abastecimento da Petrobras S/A e, conseqüentemente, do esquema de corrupção ali deflagrado, teriam sido objeto de lavagem mediante: (i) recebimentos de dinheiro em espécie; (ii) recebimentos de valores por intermédio do Posto da Torre, localizado nesta Capital Federal; (iii) depósitos em dinheiro de forma pulverizada em contas-correntes de sua titularidade e; (iv) registros, em declarações de ajuste anual de imposto de renda, da manutenção de considerável quantia de dinheiro em espécie. ” (Página 205 do acórdão).</p>
<p>Há hipótese de mescla?</p>	<p>Sim, mistura de dinheiro em conta e dinheiro em espécie em poder do acusado. No caso, há hipótese tanto de patrimônio mesclado quando da utilização de mescla como tipologia de lavagem.</p> <p>“ (iii) depositados em contas bancárias pessoais, de forma pulverizada e em 130 (cento e trinta) dias distintos, totalizando R\$ 1.461.226,00 (um milhão, quatrocentos e sessenta e um mil, duzentos e vinte e seis reais), como forma de fracionar as operações e mesclar recursos de origem lícita e ilícita. Para a mesma finalidade, o denunciado teria registrado, em declarações anuais de ajuste de imposto de renda, a manutenção de considerável quantia em espécie, a qual, na verdade, seria produto das vantagens indevidas percebidas. Em parte dessas condutas concorreram os denunciados Nelson Meurer Júnior e Cristiano Augusto Meurer. ” (Página 11 do acórdão)</p> <p>“Esses valores, conforme a proposta acusatória, também foram objeto do crime de lavagem de capitais, porquanto entraram na esfera de disponibilidade do denunciado Nelson Meurer de forma subreptícia, mediante a entrega pessoal de dinheiro em espécie por parte de emissários de Alberto Youssef, bem como por quantias obtidas juntamente ao Posto da Torre, localizado nesta Capital Federal e de propriedade Carlos Habib Chater, com quem Alberto Youssef mantinha uma espécie de conta corrente. Aponta a exordial, além</p>

	<p>disso, que parte da vantagem indevida foi depositada de forma pulverizada em contas de titularidade do Deputado Federal Nelson Meurer, de modo a impedir a fiscalização dos respectivos órgãos de controle, e, ainda, declarada à Secretaria da Receita Federal como quantias em espécie mantidas em seu poder. ” (Página 83 do acórdão).</p> <p>“Na espécie, está demonstrado, pelo laudo pericial acostado às fls. 745-750, que, logo após receber os recursos provenientes do Posto da Torre, momento consumativo do crime de corrupção passiva, o denunciado Nelson Meurer pratica, de modo autônomo e com finalidade distinta, novos atos aptos a violar o bem jurídico tutelado pelo art. 1º da Lei n. 9.613/1998, consistentes na realização, somente no dia 5.1.2009, de 24 (vinte e quatro) depósitos na conta n. 2787210, da agência 4884 do Banco do Brasil, de sua titularidade, perfazendo a exata quantia de R\$ 42.000,00 (quarenta e dois mil reais), a mesma que consta ter sido disponibilizada pelo referido estabelecimento comercial no dia imediatamente anterior, 4.1.2009.” (Página 207 do acórdão). – mescla de dinheiro em conta –.</p> <p>“Impende consignar, por relevante, que os fatos aqui tratados diferenciam-se, nitidamente, daqueles referentes ao recebimento de valores em espécie por meio de interposta pessoa. Como visto, o réu Nelson Meurer valeu-se, aqui, da estrutura administrativa de um posto de gasolina que, além de suas atividades típicas, recebia valores de Alberto Youssef provenientes de crimes contra a administração pública (corrupção passiva e ativa), misturando-os em suas contas bancárias com quantias lícitas recebidas de venda de combustíveis e, posteriormente, repassando-os para serem pagos aos beneficiários indicados por Alberto Youssef, entre os quais o mencionado parlamentar, ora réu. Desse modo, Nelson Meurer, além de receber esses valores em espécie de um posto de gasolina, praticou atos subsequentes e autônomos consubstanciados em inúmeros depósitos fracionados em sua conta-corrente, visando ocultar a origem criminosa do montante auferido e subtraindo-se à necessidade de comunicação e fiscalização de tais operações. Diante do exposto, no que se refere aos ilícitos penais de lavagem de valores recebidos por meio do Posto da Torre, reputo comprovado, além de qualquer dúvida razoável, o cometimento desse crime em 05/01/2009, no valor de R\$ 42.000,00 (quarenta e dois mil reais) e em 29/01/2009, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por meio da técnica conhecida, doutrinariamente, como fracionamento, “smurfing“ ou estruturação. ” (Página 317 do acórdão).</p>
<p>Houve referência expressa às teorias sobre a mescla?</p>	<p>Não.</p>
<p>Houve condenação?</p>	<p>Sim.</p> <p>“iv) condenar Nelson Meurer como incurso nas sanções do art. 1º, caput, da Lei nº 9.613 por sete vezes, vencidos os Ministros Relator</p>

	<p>e Revisor, no ponto, pois o condenavam também pela lavagem de capitais em decorrência de doação eleitoral; ” (Página 485 do acórdão);</p> <p>OBS: o réu foi absolvido, vencidos o relator e o revisor, da imputação de lavagem de dinheiro por meio de doação eleitoral supostamente usada como meio de pagamento de vantagens indevidas, visto que a doadora, Queiroz Galvão, estava no centro do esquema operado por Youssef e Paulo Roberto Costa.</p>
<p>Dosimetria da pena:</p>	<p>“Não se pode olvidar, ainda, das consequências concretas originárias das diversas práticas de lavagem de dinheiro pelo acusado Nelson Meurer, porque se revelaram aptas a viabilizar o branqueamento de considerável quantia oriunda da corrupção praticada no âmbito da Petrobras S/A.” (Página 230 do acórdão).</p>
<p>Perdimento de bens:</p>	<p>“Com base no art. 7º, I, da Lei 9.613/1998, decreto a perda, em favor da União, dos bens, direitos e valores objeto da lavagem em relação a qual foi o réu condenado, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé. ” (Página 238 do acórdão).</p>
<p>Conclusão sobre o acórdão a partir dos pontos de destaque:</p>	<p>Analisando os pontos em destaque à luz das teorias sobre a mescla, pode-se concluir com intersecções com a teoria da contaminação total e da contaminação parcial.</p> <p>No tocante à teoria da contaminação total, ao menos em tese, se pode dizer que dialoga com o acórdão. Ao passo que, a despeito do próprio acórdão noticiar a mescla no âmbito das operações do posto de gasolina “posto da torre”, pois para além dos valores lícitos com a venda de combustível, existia em seu poder, também, valores repassados pelo esquema gerenciado por Youssef e Paulo Roberto Costa, a mistura é ignorada, ou, numa análise a luz das teorias da mescla, é tida como homogênea, visto que os valores repassados ao acusado foram tidos como de origem criminosa – a despeito de, em poder do posto, existirem valores lícitos e ilícitos, inclusive com superioridade numérica de valores lícitos –, caracterizando lavagem de dinheiro.</p> <p>Tratamento diferente – e mais adequado ao contexto constitucional, considera este autor –, foi dispensado à imputação de lavagem por ocasião da doação de campanha feita pela Queiroz Galvão ao acusado Nelson Meurer. Diante da comprovação do envolvimento da empresa citada com o esquema de propinas advindo da Petrobrás por operações de Youssef e Paulo Roberto Costa, com o recebimento, pela empresa, de vultuosa quantia, que se misturou com seu patrimônio lícito, acertadamente o acórdão não considerou o recebimento da doação como lavagem de dinheiro, dialogando, ainda que implicitamente, com a teoria da contaminação parcial.</p>

Passa-se, agora, a uma análise geral dos acórdãos detalhados anteriormente. De início, cumpre ressaltar que os acórdãos forneceram conteúdo minimamente apto a uma análise sob a perspectiva das teorias sobre a mescla de valores de origem lícita e ilícita, de maneira que foi possível verificar, nos acórdãos, pontos de intersecção com uma ou outra teoria, ou com mais de uma. Cabe, aqui, um quadro resumo, sintetizando, brevemente, as conclusões da análise dos acórdãos somente quanto a eventual ponto de intersecção com qualquer das teorias sobre a mescla, que não é, diga-se, uma análise exauriente:

	Hipótese de patrimônio mesclado:	Mescla como tipologia de lavagem:	Dialoga com a contaminação total:	Dialoga com a contaminação parcial:	Dialoga com cotas de maculação:
AP - 863	X		X		
AP - 644	X			X	
AP - 965	X		X	X	
AP - 996	X	X	X	X	

De início, permite concluir que, ainda que implicitamente, em seus acórdãos, o Supremo Tribunal Federal dialoga com as referidas teorias, o que reforça a necessidade da suprema corte se debruçar, explícita e profundamente sobre o tema, de modo a evitar diálogos indesejados como parece ser o diálogo com a teoria da contaminação total. Nos acórdãos analisados, como ilustrado no quadro anterior, em dois deles, AP 965 e AP 966, foi possível diagnosticar pontos de intersecção com mais de uma teoria sobre a mescla, sendo a AP 863 diagnosticada com intersecção com a contaminação total e a AP 644 com a contaminação parcial.

Nota-se, também, que em todos os casos analisados existe, de forma bastante evidente, a hipótese de patrimônio mesclado, que aqui se difere da ideia de mescla como tipologia de lavagem de dinheiro. Difícil visualizar um patrimônio constituído inteiramente por capital e/ou bens ilícitos, o que torna imprescindível a separação do capital sujo e do capital limpo, por ocasião das imputações e decisões no âmbito do delito em estudo, bem como que os tribunais, sobretudo a suprema corte, se manifeste sobre o tratamento jurídico adequado – principalmente do ponto de vista constitucional – a ser dispensado ao patrimônio mesclado dos agentes de lavagem de dinheiro, e, isso, ao menos nesse estudo, se torna possível com o enfrentamento e posicionamento da Suprema Corte sobre as teorias sobre a mescla de valores de origem lícita e ilícita, o fazendo, por dever de guarda, com observância estrita da constituição.

Merece destaque e preocupação o fato de que, nos casos analisados, há acórdãos com pontos de intersecção com a teoria da contaminação total, *“De acuerdo con la teoria de la*

*contaminación total, el bien que há sido obtenido con una parte de origen delictivo deriva totalmente del delito. Por lo tanto, cada parte del bien contaminado procede del delito producido y todo subrogado que le sustituye.*¹⁰⁶, sobretudo no tocante à mistura de dinheiro em conta, quando, ainda que em certas passagens os acórdãos dessem conta da mistura em conta, não se preocupavam em promover, por meio de qualquer método, a separação do capital sujo do capital limpo, ressalva feita, neste ponto, principalmente à ação penal 644, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, onde, ainda que implicitamente e a despeito da comprovada mistura de valores limpos e sujos em conta, absolveu o acusado da imputação de lavagem e, mesmo que expressamente por motivo diverso de qualquer das teorias sobre a mescla, implicitamente se aproximou da teoria da contaminação parcial, quando já é presente a ideia de separação dos ativos, visto que não se considera uma mistura homogênea. Leia-se trecho do voto do relator, no acórdão da referida ação penal:

Mas, ainda que os fatos estejam comprovados, não correspondem ao crime de lavagem de dinheiro. Em embargos de divergência no caso Mensalão, o STF firmou jurisprudência no sentido de que o recebimento dos valores é parte do crime de corrupção passiva, crime antecedente à lavagem de dinheiro. Logo, o recebimento dos recursos por via dissimulada, como o depósito em contas de terceiros, não configuraria a lavagem de dinheiro. Seria necessário ato subsequente, destinado à ocultação, dissimulação ou reintegração dos recursos – Rel. Min. Luiz Fux, redator do acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 21.8.2014.¹⁰⁷

Nesse sentido, cabe relembrar o entendimento doutrinário que reforça a necessidade de identidade entre o produto do crime, em caso de mescla, e os supostos atos de lavagem:

Por isso, a imputação por lavagem de dinheiro exige a identificação dos valores ocultos ou dissimulados como aqueles provenientes dos crimes antecedentes, uma vez que a existência de parte maculada do patrimônio não contamina sua integralidade. Em outras palavras, constatado que o patrimônio do suposto agente de lavagem de dinheiro é composto por uma parcela lícita, é possível que os recursos mascarados provenham desta parte, sendo ônus da acusação provar o contrário.¹⁰⁸

A análise dos casos também evidenciou, em 3 dos 4 acórdãos analisados, a exasperação da pena base com fundamento nas consequências negativas, assim consideradas por ocasião do vultoso valor, disseram os acórdãos, sem, nesse ponto, se referir ao valor que estaria considerando como objeto da lavagem de dinheiro praticada pelo acusado, essa foi uma constatação que merece destaque. A questão remete para a necessidade, até por imposição constitucional de individualização das condutas e, conseqüentemente, das penas, de que as

¹⁰⁶ CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015.P. 447.

¹⁰⁷ MENDES, Gilmar. Supremo Tribunal Federal. Ação penal 644 – Mato Grosso. Data de Julgamento: 27/02/2018

¹⁰⁸ BADARÓ, Gustavo Herique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**, 4ª ed, São Paulo: Revista dos tribunais, 2019. P. 110.

imputações e acórdãos/sentenças exatifiquem o valor que está sendo considerado como objeto de lavagem de dinheiro, em cada caso e em relação a cada acusado.

Muitas vezes presente em ações penais com diversos acusados e com profunda engenharia de pessoas e repartições, é necessário que as imputações, para além de fazer referência a diversos valores (de contratações públicas, de contratos de financiamento, etc.) devem trazer expressamente o valor de lavagem que se está imputando, pois, como visto, o valor é usado como critério para valorar as consequências do crime e pode, a partir do que for exposto, aumentar ou não a pena base. Nesse ponto, justa ressalva seja feita à ação penal 965 de relatoria do Min. Alexandre de Moraes, tendo como réu Paulinho da Força, na qual, por ocasião da dosimetria e da condenação em dano material, exatificou o valor imputado como lavagem ao acusado.

Notou-se, na mesma linha de necessidade de clareza quanto aos valores considerados como objeto de lavagem, e isso seria mais uma baliza para aproximar os acórdãos de uma ou de outra teoria, que os acórdãos, ao decretar o perdimento de bens como efeito da condenação, o fazem sem, no entanto, especificar o valor do perdimento, se limitando a dizer “dos bens e valores objeto de lavagem”, mesmo não os tendo detalhado, exatificado, anteriormente, a despeito da pulverização de diversos valores, sobretudo no relatório, mas sem expressar quais e quanto foram considerados objeto da lavagem.

Por fim, neste ponto, resta frisar que, ainda que se notasse diálogos implícitos com a contaminação total, em três deles houve, conjuntamente, diálogo com a contaminação parcial, o que diminui, ou equilibra, o quadro de preocupação sobre os rumos da interpretação conferida pelo supremo ao crime de lavagem de dinheiro. Para evitar redundâncias, tendo em vista que nos quadros de análise consta análise acórdão por acórdão e, que aqui foram destacados os principais pontos percebidos, conclui-se a etapa da análise.

3.3. Teorias sobre a mescla à luz da Constituição Federal de 1988: por uma interpretação do crime de lavagem de dinheiro conforme à Constituição

Guardou-se uma análise das teorias sobre a mescla para esse momento, conjuntamente com uma leitura do delito de lavagem, ambos sob o olhar da constituição. Inicialmente, se deve ao receio de redundância ao apartar a análise em capítulos diferentes, depois, percebeu-se que, de fato, seria mais adequado tratar agora, após análise dos acórdãos escolhidos e melhor ilustração da problemática que orbita o crime de lavagem de dinheiro nos casos de mescla.

As teorias sobre a mescla se mostram como balizas importantes na construção de um caminho mais próximo da constituição e de seus princípios, para o crime de lavagem de

dinheiro. Em era de verdadeira caça às garantias do processo penal, alimentada sobretudo pelo desejo majoritário de punição a todo custo, bem como impulsionada pela espetacularização vivida pelo processo penal, ao que parece, a partir de um verdadeiro chamamento, por parte de algumas instituições, da opinião pública, majoritária e punitivista, para o centro técnico e imparcial do poder judiciário, que deve seguir seu trilha constitucional, tendo tão somente a Constituição, em primeiro lugar, como baliza da estrada que deve seguir. É nesse sentido, de melhoramento das decisões conforme a constituição, e, aqui, estritamente em relação aos casos de lavagem de dinheiro, que o poder judiciário, sobretudo a Suprema Corte, deve se abraçar com os meios técnicos disponíveis que possam alavancar ainda mais a qualidade constitucional de seus acórdãos. No ponto, as teorias sobre a mescla fornecem um aparato de melhoramento constitucional para as decisões no âmbito dos processos que tratam do crime de lavagem, é claro, a partir da corrente adotada pelo tribunal.

Já citadas e referenciadas, são três as correntes sobre a mescla de valores lícitos e ilícitos no crime de lavagem de dinheiro, contaminação total, contaminação parcial e cotas de maculação¹⁰⁹. Cabe lembrar, sinteticamente, a ideia de cada uma, apenas para efeito de prequestionamento ao que se pretende neste ponto, que é uma análise de adequação das teorias sobre a mescla à luz da Constituição Federal de 1988. Nesta toada, pela teoria da contaminação total se entende que a mistura (mescla), entre valores e/ou bens de origem lícita e ilícita, macula todo o patrimônio, uma vez que a corrente trata a mescla dos valores de origem lícita e ilícita como uma mistura homogênea, dá a ideia de maculação por completo, de contaminação total. *“De acuerdo con la teoría de la contaminación total, el bien que há sido obtenido con una parte de origen delictivo deriva totalmente del delito. Por lo tanto, cada parte del bien contaminado procede del delito producido y todo subrogado que le sustituye.”*¹¹⁰

Em breve resumo, pela teoria da contaminação total entende-se que o produto da mescla é inteiramente apto ao delito de lavagem de dinheiro, tratando a mescla como uma mistura homogênea, situação em que não se separa, para fins de imputação do delito, dosimetria da pena e/ou perdimento de bens, o capital sujo do capital limpo, de modo que todo ele (o capital mesclado), seria objeto da lavagem. As barreiras impostas à incidência desta teoria noutros países são barreiras principiológicas, sustentadas principalmente pelos postulados da proporcionalidade e da vedação ao excesso, não obstante as críticas à teoria com base na relação de causalidade que proporciona um expansionismo desarrazoado da norma penal, bem como a crítica a partir da abertura indiscriminada dos crimes antecedentes.

¹⁰⁹ CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015.P. 447.

¹¹⁰ Idem. Ibidem.

Juridicamente falando, todo o ordenamento deve estar debaixo da guarda da constituição, ou seja, em conformidade. Apesar das recepções da constituição de 88, presume-se que uma lei ou a aplicação desta, uma vez vigente, é constitucional. No entanto, isso não afasta a possibilidade das discussões à luz da Constituição, ou seja, é possível uma leitura do crime de lavagem de dinheiro e das teorias sobre a mescla conforme à Constituição.¹¹¹ Questões complexas como a lavagem de dinheiro, em que a lei não resolve todos os problemas que orbitam a aplicação do referido tipo penal, a observância dos princípios constitucionais é, mais do que nunca, indispensável nos casos de lavagem, pois é dos princípios a função de modular essa insuficiência legislativa no caso concreto, funcionando, pois, os princípios, como verdadeiros aliados do julgador e baliza constitucional na solução dos casos.¹¹² É nesse arcabouço principiológico que se detém a força capaz de demonstrar, desde já expresso neste trabalho, total inadequação da teoria da contaminação total ao contexto jurídico brasileiro, conforme se notará. Essa afirmação se faz com base em princípios caros ao direito constitucional brasileiro, norteadores da atuação estatal, mormente no que tange ao poder punitivo, do qual funciona como limitador natural, pelo princípio da proporcionalidade se tem:

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (gesetzsvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (volbehalt des verhältnismässigen gesetzes), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização. Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito).¹¹³

Ainda tratando da proporcionalidade, Humberto Ávila traz considerações acerca da proporcionalidade em sentido estrito, numa análise entre o fim pretendido pela norma e o grau de intensidade das restrições que serão impostas aos direitos fundamentais, diz:

O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que se deve formular é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causadas aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais

¹¹¹ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, P. 278.

¹¹² BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo, Saraiva, 2009, P. 318-319.

¹¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Repertório IOB Jurisprudência, 1ª quinzena de dezembro de 1994, n. 23/94, P. 475.

às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?¹¹⁴

Esse exercício de proporcionalidade em sentido estrito já nos traz certa margem para interpretar as situações de lavagem de dinheiro em caso de mescla de valores ilícitos e lícitos, basta que imaginemos se é ou não proporcional ao fim pretendido pela norma, que as consequências de sua aplicação resultem em tal medida que inviabilize toda uma empresa, todo um capital, muitas vezes majoritariamente lícito, ou mesmo que imaginemos se é ou não proporcional que todo um sistema econômico possa ser ameaçado pela mácula da lavagem de dinheiro caso se tenha por constitucional a ideia de contaminação total, consagrando uma mistura homogênea entre capital limpo e capital sujo que, mais dia menos dia, irá contaminar tudo que tocar. Não nos parece a medida adequada ao contexto jurídico constitucional brasileiro, nem nas hipóteses de patrimônio mesclado pela entrada de valores ilícitos, nem nos casos de uso da mescla como tipologia de lavagem.

No ponto, se discorda do doutrinador Isidoro Blanco Cordero, que entende que nos casos de uso proposital da mescla como meio para o branqueamento, estaria o capital totalmente maculado.¹¹⁵ O juízo de proporcionalidade não deixa margem para uma interpretação dessa maneira, o preço do fim não justifica a adoção de tão perigosa teoria. Nesse sentido, rechaça Badaró e Bottini:

Não parece a posição mais adequada, pois, nestes casos, a parcela limpa, ainda que usada como instrumento de lavagem de dinheiro, continua a não ter origem delitiva, a não ser produto de crime. O fato de o agente misturar valores ilícitos em patrimônio lícito não transforma a natureza do último, não o torna produto de crime.¹¹⁶

O postulado da proporcionalidade não se afasta pelo dolo do agente em, deliberadamente, se valer da mescla para lavar parcela suja, o postulado é justamente para assegurar um processo e pena que sejam condizentes com o contexto constitucional aplicável, de modo que revolver a matéria aos cuidados da contaminação total com base no dolo do agente não parece razoável. Seria, também, admitir o direito penal do autor, e não do fato.

Tratando mais especificamente sobre doutrina penal, o princípio da proporcionalidade é claro, pelo que vale a pena reprimir:

Com base no princípio da proporcionalidade é que se pode afirmar que que um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências – crimes, vinganças e punições arbitrárias – que ele pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar. É indispensável que os direitos fundamentais dos cidadãos

¹¹⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª edição, São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010. P. 175.

¹¹⁵ CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015. P. 447.

¹¹⁶ BADARÓ, Gustavo Herique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**, 4ª ed, São Paulo: Revista dos tribunais, 2019. P. 111.

sejam considerados indisponíveis (e intocáveis), afastados da livre disposição do estado, que, além de respeitá-los, deve garanti-los.¹¹⁷

É de fácil percepção a inadequação da teoria da contaminação total com o ordenamento jurídico brasileiro, nos termos das críticas expostas no capítulo anterior, bem como, principalmente, pela barreira imposta pelos postulados e princípios relatados aqui. Resta, ainda, no tocante à inadequação da teoria da contaminação total, reforçar a ideia aqui exposta com base no postulado da proibição de excesso, também limitador do poder punitivo estatal, em matéria penal, e funcionando, também, como clara barreira à incidência da contaminação total:

A promoção das finalidades constitucionalmente postas possui, porém, um limite. Esse limite é fornecido pelo postulado da proibição de excesso. Muitas vezes denominado pelo Supremo Tribunal Federal como uma das facetas do princípio da proporcionalidade, o postulado da proibição de excesso proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental. [...] O postulado da proibição ao excesso depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido.¹¹⁸

Diz, ainda sobre o mesmo postulado, Humberto Ávila:

A realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire o mínimo de eficácia. Por exemplo, o poder de tributar não pode conduzir ao aniquilamento da livre iniciativa.¹¹⁹

A própria ideia geral de proporcionalidade já nos alerta para a inadequação da teoria da contaminação total. Ainda tratando da barreira principiológica imposta à incidência da referida teoria, é preciso que se tenha em mente que são princípios de ordem constitucional, sobre os quais o julgador não possui discricionariedade quanto a observância, dada a força normativa da constituição. Em clássica obra, Konrad Hesse diz:

Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda. Como anotado por Wakter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da constituição “deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do estado mormente ao estado democrático.”¹²⁰

Da análise do trecho citado, tem-se que, voltando ao juízo de proporcionalidade estrita proposto por Humberto Ávila, a guarda da constituição deve ser a prioridade, de modo que,

¹¹⁷ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal, parte geral 1**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. P.67.

¹¹⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª edição, São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010. P. 147-148.

¹¹⁹ Idem. *Ibidem*.

¹²⁰ HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 1991. P. 21-22.

hipoteticamente considerando, já que não há adoção expressa a nenhuma das teorias no Brasil, a da contaminação total jamais poderia vir a ser adotada, visto que totalmente incompatível com a constituição, de igual modo, deve o Supremo Tribunal Federal ficar alerta aos diálogos implícitos com a teoria incompatível com a Constituição. Destacou-se mais, nesse ponto do trabalho, a teoria da contaminação total, por ser atingida diretamente pelo contexto de inadequação constitucional até aqui exposto. Tendo em vista que, assim como a contaminação total, as teorias da contaminação parcial e das cotas de maculação foram detalhadas em capítulo dedicado para tanto, cabe, aqui, tão somente lembrar centralmente ambas, para, então, prosseguir com uma proposta de análise do delito de lavagem conforme a constituição.

Assim, tratando da contaminação parcial e das cotas de maculação, ainda que não isentas de críticas, como demonstrado no capítulo anterior, páginas 34 a 54, ambas as teorias suavizam o discurso. Ambas trazem, ao menos minimamente, uma ideia de proporcionalidade e significância de capital sujo perante o capital limpo, respectivamente. A primeira dialoga com a proporcionalidade à medida que não considera a mescla uma mistura homogênea, mas sim heterogênea, e, a segunda, trabalha a ideia de significância do capital sujo perante o limpo, e, conseqüentemente, permite a ideia de incidência do princípio da insignificância, à medida que estabelece cotas a partir das quais a mescla estará configurada, tendo problema, a cota de maculação, por revolvimento da matéria, caso atingida a cota, ao bojo da contaminação total, o que volta a não ser razoável e proporcional.

Nas proposições da contaminação parcial há um certo zelo com a questão da proporcionalidade, fundamento principal da sua incidência, de modo que a teoria, ainda que também receba algumas críticas, estas são mais suaves, menores, fazendo com que a teoria, na prática, possa ter maior aceitação nos ordenamentos jurídicos, inclusive no ordenamento brasileiro. A referida teoria traz a ideia de separação do capital sujo e do capital limpo, trazendo a ideia exposta aqui quanto a proporcionalidade e vedação ao excesso. “Para evitar a expansão desarrazoada da incidência da norma penal, parece necessária uma avaliação da relação dos bens antecedentes sob a perspectiva da proporcionalidade, pautada pela ideia de contaminação parcial.”¹²¹

Já tratando da ideia das cotas de maculação, essa proposta surge em meio a certas flexibilizações tanto no bojo das proposições da contaminação total quanto da contaminação parcial. Sugere, assim, percentuais de capital sujo que estariam aptos a macular um capital limpo, vindo da doutrina as diversas propostas de cota. Nessa perspectiva, surgem proposições

¹²¹ BADARÓ, Gustavo Herique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**, 4ª ed, São Paulo: Revista dos tribunais, 2019. P. 109.

de 5%, 25%, de mais de 50%, até proposições que flertam com uma incidência do princípio da insignificância quando a parte suja da mescla for de fato insignificante – por certo se precisaria de um parâmetro mais objetivo para tanto –. Assim, a partir de cada proposição de cota, caso a parcela suja não a ultrapasse, não se fala em produto de crime e, conseqüentemente, nem em lavagem de dinheiro, a premissa básica das cotas de maculação é essa, estabelecer um grau a partir do qual os valores ilícitos terão relevância num contexto de mescla com valores lícitos.

Concluye que allí donde la correlación entre elementos manchados y no manchados de un bien lleve al resultado de que los primeros no son significativos para el bien, la mezcla no debe considerarse procedente de um delito previo. El problema reside en determinar cuándo la correlación entre unas partes y otras ha de dar lugar a este resultado.¹²²

Dito isso, tem-se que uma leitura básica do delito de lavagem de dinheiro a partir da constituição, de seus postulados e princípios, afasta-se, de plano, qualquer flerte com a teoria da contaminação total, pelos motivos, sobretudo principiológicos, expostos neste capítulo, sem embargo das outras limitações específicas expostas nas críticas à teoria feitas no capítulo 2. A inadequação da teoria é evidente e perigosa, capaz, inclusive, de causar dano à economia maior do que o que se pretende prevenir e reprimir por ocasião do combate ao referido delito. É dizer, que as conseqüências do combate ao delito poderiam ser maiores, coletivamente, do que os danos causados pelo próprio delito em status de consumação, tanto coletivamente, em relação à economia, quanto individualmente, em relação ao acusado/condenado com base nas proposições da contaminação total, o que encontra barreira, de logo, no exercício de proporcionalidade em sentido estrito estabelecido por Humberto Ávila, já exposto.

Parece-me razoável, pelo contexto exposto, a partir da leitura do delito conforme a constituição, que o tratamento que deve ser dispensado pelo poder judiciário aos casos de mescla, reside nas proposições da teoria da contaminação parcial, pautada, inicialmente, na heterogeneidade e separação do capital de origem lícita do capital de origem ilícita, possibilitando imputação e eventual condenação que possa observar a proporcionalidade, a proibição de excesso e que possibilite uma eventual dosimetria que observe a culpabilidade dentro do seus limites, tendo em vista que, em caso de contaminação total, como visto, as conseqüências do crime seriam em maior monta exasperadas, mesmo o valor integral não tendo origem ilícita, mas estando maculado pela ideia de contaminação total.

Inclui-se na possibilidade, ainda, a ideia de insignificância que se pode cogitar por ocasião das cotas de maculação, pelo qual relembro que vale a pena reprimir ideia exposta

¹²² CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015.P. 449-450.

anteriormente, no sentido de que quando se diz que do postulado da proporcionalidade se extrai a possibilidade de incidência do princípio da insignificância, é que a ideia de tal princípio é que “é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal”¹²³. Partindo dessa concepção de insignificância pautada na ideia de proporcionalidade, como deve ser, e tomando-se em consenso a ordem econômica como bem jurídico tutelado pelo delito de lavagem, por exemplo, imagine-se a seguinte ilustração: a constituição de uma empresa de transportes, com capital social de 350 mil reais, dos quais 15 mil reais é oriundo do tráfico. A pergunta que se faz, considerando as proposições e o princípio da insignificância, é se essa constituição da empresa tem o poder de abalar o regular funcionamento da economia? Se a concorrência foi à sangria com a constituição dessa empresa? A resposta me parece negativa para as duas proposições, no entanto, um último exercício, com base no já dito sobre o princípio da insignificância: haveria proporcionalidade entre a conduta do agente e a reprimenda estatal de considerar todo o valor maculado, sustar o funcionamento da empresa que vinha gerando empregos e declarar perdimento de bens? O que mais afetaria, de fato, a economia? Parece-me possível, pois, a incidência do princípio da insignificância no crime de lavagem de dinheiro, não obstante os pontos importantes ainda não solucionados, como qual seria o bem jurídico tutelado pelo delito de lavagem. Noutra lume, parece inviável a ideia de cotas de maculação como construção puramente doutrinária e/ou jurisprudencial, ante a incidência do princípio da taxatividade.

Por fim, parece-me adequado uma mescla, aproveitando a nomenclatura do tema, entre a teoria da contaminação parcial – que apesar de também passar por críticas parece minimamente adequada e passível de uma aplicação pautada na constituição federal, aos casos de mescla –, e uma parte da teoria das cotas de maculação, tão somente quando a ideia de incidência do princípio da insignificância, conforme ilustrado anteriormente, pautada na ideia de proporcionalidade.

¹²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, parte geral 1**. 17ª edição. São Paulo Saraiva: 2012. P.58.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda na introdução, hipotetizou-se o seguinte: Imagine-se uma conta bancária na qual um funcionário público recebe seus proventos, percebidos de maneira lícita, fruto do trabalho por ele desenvolvido ao longo de mais de 15 anos de serviço público, somando R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Imagine-se, agora, que o funcionário público receba valores oriundos de corrupção passiva na mesma conta onde recebe seus proventos há mais de 15 anos, no importe de 30.000,00, (trinta mil reais) continuando, o funcionário, a movimentar sua conta bancária normalmente, tendo, inclusive, comprado um semovente no valor de 20.000,00 (vinte mil reais) poucos dias após o recebimento do valor de origem criminosa. Imagine-se, noutra hipótese, que ele tenha recebido 600.000,00 (seiscentos mil reais) do crime de corrupção passiva, e tenha, alguns meses depois, resolvido trocar de apartamento, adquirindo um imóvel novo, no valor de 500.000,00 (quinhentos mil reais). Há, na hipótese, crime de lavagem? Qual tratamento adequado, do ponto de vista constitucional, a ser dispensado pelo poder judiciário diante da mistura de valores? Os valores resultantes da mistura são inteiramente aptos ao crime de lavagem? Apenas uma parte? Há uma insignificância no contato entre os valores?

Há certo problema no trato com o delito de lavagem quando se está diante de uma hipótese de mescla, que nada mais é do que a mistura dos valores e/ou bens de origem lícita e ilícita, de modo que a resposta às hipóteses mencionadas no parágrafo anterior depende de qual teoria se adota na leitura da questão. A problemática gira em torno de se saber qual tratamento será dispensado pelo poder judiciário aos casos de lavagem em que exista mescla de valores e/ou bens, seja como tipologia de lavagem, seja simplesmente como patrimônio mesclado pelo contato de valores e/ou bens lícitos e ilícitos. Sobre o tema, destacou-se 3 teorias, contaminação total, contaminação parcial e cotas de maculação. Tratando-se da contaminação total, é hipoteticamente simples compreender o recado dessa teoria, que entende, na hipótese de mescla, pela contaminação, como sugere o nome, da totalidade do patrimônio tocado pela parcela ilícita. Assim, na hipótese do funcionário público, nas duas hipóteses de mescla relatadas, restaria todo o capital da conta contaminado e apto ao delito de lavagem, assim também o estaria no caso do semovente adquirido, bem como o imóvel, todos atingidos pela mácula do capital sujo, independente da porcentagem que ele representa frente ao produto final.

A teoria, pois, trata a mistura como homogênea. Assim, para a teoria, o produto da mescla é totalmente apto ao crime de lavagem de dinheiro, não importando, pois, se do produto consta parcela obtida licitamente em sua origem. A partir dessa tipologia de lavagem, um agente

que, por exemplo, na sua empresa, receba valores advindos do tráfico de entorpecentes e, após, a mistura com o dinheiro da sua empresa, apresentando o produto da mistura (mescla) como faturamento, estaria maculando todo o faturamento da empresa, qualquer que seja a atividade exercida e qualquer que seja o percentual ilícito que tenha integrado o produto.

A teoria, no entanto, sofre duras críticas quanto a sua incidência. A doutrina aponta, principalmente, a expansão desarrazoada da norma penal por ocasião da análise puramente pela relação de causalidade, que poderia regredir a norma ao infinito, bem como a partir de uma união da contaminação total com a também desarrazoada possibilidade, admitida pela lei, de crime de lavagem a partir da sonegação fiscal, pelo que se teria, em pouco tempo, maculado todo o patrimônio de uma empresa, no caso do derradeiro exemplo citado. No entanto, a principal crítica feita à incidência da teoria é feita com base nos postulados da proporcionalidade e proibição do excesso, que foram objeto de análise detalhada no capítulo 3, onde se concluiu pela total incompatibilidade da teoria com o ordenamento brasileiro. Ter-se-ia, no caso de incidência chancelada dessa teoria, um quadro de total desproporcionalidade e desrespeito à própria lei de lavagem, que traz a ideia de separação do capital sujo e do limpo quando afirma que a lavagem se opera com bens e/ou valores de origem delitiva, não dos obtidos licitamente. Considerar a totalidade de um patrimônio contaminado a partir da entrada de qualquer produto de crime não se adequa aos referidos postulados, nem mesmo a uma ideia geral de proporcionalidade, que seja, entre o fim a que se presta a norma e as consequências por ela causadas, por meio do poder punitivo estatal.

Posteriormente, no mesmo capítulo, tratou-se da contaminação parcial, teoria pela qual se entende, sintética e diferentemente do que ocorre com a contaminação total, pela separação do capital sujo e do capital limpo, de modo que não considera a mescla uma mistura homogênea, mas sim heterogenia, que não macula todo o capital que tiver contato com o capital sujo. À primeira vista a teoria da contaminação parcial já traz uma ideia mínima de proporcionalidade em decorrência da ideia de separação do capital sujo do limpo. A teoria da contaminação parcial, portanto, não ignora a mescla de ativos lícitos e ilícitos, apenas propõe uma abordagem pautada basicamente na ideia de proporcionalidade e de separação dos ativos a partir de sua origem (lícita ou ilícita), visto que, aqui, não se toma por homogênea a mistura dos ativos, sendo possível a imputação pelo delito de lavagem somente na proporção da parcela ilícita que compõe o ativo, seja do produto em si ou de seus rendimentos, desde que, pela mesma razão, seja comprovada a identidade do produto do crime com o subsequente, o que cabe à acusação provar e, em não provando, presumindo-se o uso da parcela lícita preexistente. Assim, no exemplo do funcionário público descrito no início desta conclusão, não se teria uma mistura

homogênea e um capital totalmente apto ao delito de lavagem. No caso do semovente e do imóvel, seria necessário a comprovação da identidade entre os valores do crime antecedente com os atos subsequente (compra do semovente e do imóvel), o que, como dito, cabe à acusação provar. Cumpre destacar que, considerando-se lavagem, não estaria totalmente maculado, mas tão somente na exata medida/porcentagem de capital sujo que tocou o limpo. Desse modo, apesar das críticas, pois a teoria também não é isenta delas, neste caso elas são bem mais suaves do que no caso da contaminação total, ainda assim, reputou-se a teoria como minimamente adequada ao contexto constitucional, por trazer a ideia de separação do capital e a ideia, consequentemente, de proporcionalidade.

Por fim, no capítulo 2, tratou-se também das cotas de maculação e da ideia de insignificância no crime de lavagem de dinheiro. As proposições da teoria são simples e consistem, como o nome sugere, no estabelecimento de cotas a partir das quais uma parcela suja de capital será relevante, em caso de contato com parcela lícita, a ponto de tornar-se, o capital, apto ao delito de lavagem. A partir dos limites estabelecidos, as parcelas ilícitas que figurarem a menor do estabelecido pela cota, não macula o capital e o produto não está apto ao delito de lavagem. No entanto, ultrapassando, estaria todo o produto maculado, nos termos da contaminação total. Nesse ponto, é uma desvantagem da teoria, que poderia devolver a matéria, ao menos, à contaminação parcial, ao invés de devolver à já sabida incompatível contaminação total. A teoria, no entanto, sofre sua principal crítica a partir do princípio da taxatividade, pelo qual não se poderia estabelecer, por construção doutrinária, as ditas cotas. Assim, mesmo diante disso, remanesce, dessa teoria, a ideia de incidência do princípio da insignificância, ao qual se é favorável neste trabalho.

Desse modo, pelas proposições dessa corrente, no caso hipotético do funcionário público, caso se estabelecesse, por exemplo, uma cota mínima de 50% de capital sujo para que se possa caracterizar a maculação do produto, no primeiro caso, da entrada de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), não se teria qualquer capital maculado, produto de crime. Já no segundo, de 600.000,00 (seiscentos mil reais), ter-se-ia capital maculado e apto ao crime de lavagem, por ultrapassar o patamar de 50% estabelecido pela cota.

O terceiro e derradeiro capítulo foi dedicado a uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entre os anos de 2015 a 2020, em sede de ações penais, debruçando-se a pesquisa sobre determinados acórdãos, previamente escolhidos dentre os de melhor conteúdo, com a finalidade de submissão dos mesmos aos ditames das teorias sobre a mescla, com uso da análise de discurso na perspectiva de Foucault, que propunha uma análise fora dos padrões, com o intuito de “ler o que não foi escrito”. Assim, foram selecionados 4 acórdãos

proferidos em sede de ações penais originárias, julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, no período de 2015-2020, sendo 2 da primeira turma e 2 da segunda turma. Os acórdãos foram escolhidos a partir de uma primeira análise geral, na qual selecionou-se os acórdãos com mais aptidão de conteúdo para que se pudesse fazer a análise detida sob a égide das teorias sobre a mescla, com amparo na análise de discurso Foucaultiana. Não era pretensão da pesquisa analisar a exaustão os acórdãos do Supremo Tribunal Federal, de modo que se entende completamente satisfeito o objetivo geral da pesquisa, que era fazer a análise do discurso do Supremo a partir dos espaços em branco em seus acórdãos.

Em primeiro momento no último capítulo, dedicou-se algumas páginas à explicação da mudança de paradigma na análise dos acórdãos e à explicação – se é que se pode usar esse termo, visto que Foucault não era nada sistemático – da metodologia em análise de discurso, tendo como marco a obra de Foucault, o que se reputou satisfeito, no ponto. A escolha da metodologia que, em se tratando de Foucault, poderia ser simplesmente uma técnica de leitura, se deu pela hipótese confirmada de não enfrentamento expresso da questão da mescla pelos acórdãos, de modo que seria preciso explorar os espaços em branco. Se fez necessário, também, descrição do estado da arte na jurisprudência do Supremo, tendo sido constatado, a priori, a estreitíssima porta pela qual se acessa o efetivo direito ao recurso no processo penal brasileiro, tendo em vista que, no desenho inicial, em que se analisaria mais decisões, no período de 2015-2020 somente 1 (um) recurso extraordinário foi julgado pelo Supremo. Uma das razões pela qual se mudou o paradigma na análise dos acórdãos, em busca de maior aptidão material dos mesmos, para que pudessem ser objeto da análise, o que foi feito, resultando na análise dos 4 acórdãos em sede de ações penais originárias julgadas pelo supremo entre 215-2020.

Assim, de acordo com a tabela explicativa exposta no início do capítulo, analisou-se os 4 acórdãos, dos quais se teve as conclusões que se expôs, sinteticamente e em relação aos quesitos atinentes a mescla, os resultados expostos na tabela após a análise dos acórdãos, a qual se repete aqui:

	Hipótese de patrimônio mesclado:	Mescla como tipologia de lavagem:	Dialoga com a contaminação total:	Dialoga com a contaminação parcial:	Dialoga com cotas de maculação:
AP - 863	X		X		
AP - 644	X			X	
AP - 965	X		X	X	
AP - 996	X	X	X	X	

De início, permite concluir que, ainda que implicitamente, em seus acórdãos, o Supremo Tribunal Federal dialoga com as referidas teorias, o que reforça a necessidade da suprema corte se debruçar, explícita e profundamente sobre o tema, de modo a evitar diálogos indesejados, como parece ser o diálogo com a teoria da contaminação total. Nos acórdãos analisados, como ilustrado no quadro anterior, em dois deles, AP 965 e AP 966, foi possível diagnosticar pontos de intersecção com mais de uma teoria sobre a mescla, sendo a AP 863 diagnosticada com intersecção com a contaminação total e a AP 644 com a contaminação parcial.

Evidenciou-se também, nos casos analisados, que em todos se verificou a hipótese de mescla. Ao mesmo tempo, verificou-se falta de clareza, quando não uma ausência total de especificação dos valores objeto da lavagem. Diz-se isso a despeito dos diversos valores relatados, a título de contratos públicos, contratos de financiamento, mas, no entanto, sem especificar qual o percentual estava sendo considerado objeto de lavagem, o que é necessário, sobretudo nas hipóteses de mescla. Ressalva feita, neste ponto, principalmente à ação penal 644, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, onde, ainda que implicitamente e a despeito da comprovada mistura de valores limpos e sujos em conta, absolveu o acusado da imputação de lavagem e, mesmo que expressamente por motivo diverso de qualquer das teorias sobre a mescla, implicitamente se aproximou da teoria da contaminação parcial, quando já é presente a ideia de separação dos ativos, visto que não se considera uma mistura homogênea. Ressalva feita, também, à ação penal 965, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que especifica, por ocasião do dano material condenado, o valor objeto da lavagem.

O aspecto do valor objeto da lavagem também interfere diretamente na dosimetria, mormente nas consequências do crime, na primeira fase, e em relação aos efeitos da condenação, consistente no perdimento de bens. A ausência de especificação pode ocasionar numa patente desproporcionalidade e ofensa a culpabilidade, de modo que pode responder por valores sem origem ilícita e ter declarada a perda de bens em patamar superior ao objeto da lavagem. Por fim, antes da análise pautada na constituição, seus postulados e princípios, arrefeceu-se as preocupações com a conclusão de que, também, os acórdãos dialogaram, em determinados pontos, também com a ideia de contaminação parcial. Assim, tendo em vista que com a análise dos acórdãos se buscava desvendar o diálogo, ainda que implícito, dos acórdãos com as teorias sobre a mescla, a pesquisa cumpriu seu objetivo.

Sucedeu-se, após, à análise das teorias sobre a mescla e do delito de lavagem, conjuntamente, conforme a constituição, seus postulados e princípios. Com essa análise, concluiu-se pela total incompatibilidade da teoria da contaminação total com o ordenamento

brasileiro, o que já havia sido constatado pela ideia de expansão desarrazoada da norma penal, e alargamento indiscriminado do rol dos antecedentes, no capítulo 2, se reforçou com a análise detida nos postulados da proporcionalidade e proibição do excesso, pelos quais se considerou a teoria, como dito, totalmente incompatível. Nessa toada, se entendeu, pelo mesmo contexto constitucional, cabível uma aplicação, nos casos de mescla, da teoria da contaminação parcial, pautada na ideia de separação dos capitais e, conseqüentemente, numa ideia mínima de proporcionalidade. A mim, parece adequado uma mescla, aproveitando a nomenclatura do tema, entre a teoria da contaminação parcial – que apesar de também passar por críticas parece minimamente adequada e passível de uma aplicação pautada na Constituição Federal, aos casos de mescla –, e uma parte da teoria das cotas de maculação, tão somente quando a ideia de incidência do princípio da insignificância a partir, também, de um juízo de proporcionalidade quando observada a parcela ilícita capaz de parar toda uma engrenagem econômica, em caso de contaminação total.

A hipótese geral de incidência maciça, a partir da análise dos acórdãos, da teoria da contaminação total, não foi por completo confirmada, tendo em vista que também fora identificada certa proximidade com a contaminação parcial, o que deixa uma certa tranquilidade com o resultado, no sentido de que o STF não está, como se imaginava, totalmente tendente aos casos de contaminação total, de modo que, espera-se, com o aprofundamento da questão e a necessidade urgente de se abordar expressamente a matéria, o Supremo aumente ainda mais a qualidade constitucional de seus acórdãos, expurgando por completo qualquer flerte com a teoria da contaminação total, colocando a guarda da constituição como prioridade, tal como explicou Konrad Hesse, reafirmando que a função primordial da Suprema Corte é a guarda da Constituição. A guarda da constituição, pois, deve ser a prioridade da suprema corte não só por ser a maior baliza legal de uma suprema corte, mas também porque toda uma estrutura judiciária depende das interpretações do texto constitucional aplicado aos casos concretos, por ocasião dos julgamentos dos casos que chegam à casa. Assim, os julgados do STF devem seguir o mesmo padrão principiológico adequado ao texto constitucional, bem como as teorias no campo do direito que forem igualmente adequadas sob esse mesmo prisma constitucional e principiológico.

No crime de lavagem de dinheiro – ou em qualquer outro –, ainda que a ânsia pelo combate à criminalidade seja até aprazível, ela não se dá a todo custo, não deve sobrepor aquilo que é constitucionalmente adequado. É dizer: não se deve esquecer o espírito do jogo para ganhar a partida. O duelo travado entre as instituições democráticas, principalmente o judiciário, contra a criminalidade, deve observar aquilo que as torna diferentes do que

combatem (a criminalidade), que é a observância das regras, dos princípios, é isso que faz de uma Suprema Corte o refúgio do bom direito. Trocando em miúdos e a partir do que foi exposto aqui, no campo constitucional e de seus postulados, não é constitucional combater a lavagem de dinheiro sem que se separe capital sujo de capital limpo, sem que se observe os postulados da proporcionalidade e vedação ao excesso. Noutras palavras, não seguir essas diretrizes é dizer que o fim justifica os meios, e isso é totalmente avesso à constituição. Um contexto em que se tem a presença da contaminação total é um contexto inadequado e inconstitucional, é um cenário em que se tem o estado combatendo lavagem de dinheiro e acabando em culminando, por vezes, no seu enriquecimento ilícito – tal como do lavador que outrora julgam –, por constrições patrimoniais em excesso. Assim, ainda é tempo de balizar ainda mais a Suprema Corte brasileira, que mesmo com os ataques que o direito sofre diuturnamente, se mantém de pé. O fim que se busca, não só em relação ao crime de lavagem, mas em relação a todos os outros, de qualidade constitucional dos julgados, só pode ser atingido pela guarda incondicional da constituição e seus postulados.

REFERÊNCIAS

ABEL SOUTO, Miguel. **Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal.** Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2012, núm. 1414, p. 14:1-14:45. Disponível na internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-14.pdf> ISSN 1695-0194 acesso em 05.07.2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 11ª edição, São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010.

ALEIXO, Klelia Canabrava, CARNEIRO, Pedro Henrique Da Fonseca. **Do bem jurídico nos crimes de lavagem de dinheiro: uma abordagem dogmática.** Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, Florianópolis (SC), e-ISSN: 2526-0200. 2015. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/624>. Acesso em 14.07.2020

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução português de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ABISSAMRA FILHO, José Carlos. **Cabe discutir a constitucionalidade do sistema de combate à lavagem de dinheiro?** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, volume: 24, n. 123, páginas: 63-89, set.. 2016. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=132079. Acesso em: 14 jul. 2020.

AMBOS, Kai. **Lavagem de Dinheiro e direito penal.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007.

BALTAZAR JUNIOR. **Crimes federais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012;

BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**, 4ª ed, São Paulo: Revista dos tribunais, 2019

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo, Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto, **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal, parte geral 1.** 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: aspectos criminológicos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003;

CALLEGARI, André Luís. **Problemas pontuais da lei de lavagem de dinheiro.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 183-200, jul. / Set. 2000. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=2904. Acesso em: 14 jul. 2020.

CALLEGARI, André Luís. **Atividades quotidianas e lavagem de dinheiro**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 19, n. 226, p. 12-13, set. 2011. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=91613. Acesso em: 14 jul. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CASTELLAR, João Carlos. **Lavagem de Dinheiro: a questão do bem jurídico**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Aranzadi, 2015.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo: **Lavagem de Dinheiro – Prevenção e Controle Penal**, Org., Carla Veríssimo De Carli, 2ª Edição, Porto Alegre, Tipologias de Lavagem;

DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

DE ANDRADE, vera Regina P. **Pelas mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Coleção Pensamentos criminológicos, instituto carioca de criminologia. Florianópolis, 2012.

DE SANCTIS, Fausto Martin. **Combate à Lavagem de dinheiro: Teoria e prática**. Campinas: Millenium, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**. São Paulo: Edições Loyola, 2019.

FONSECA, Pedro H. C. **Aspectos subjetivos e a dogmática penal no crime de lavagem de dinheiro**. DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, [S.l.], v. 3, n. 4, p. 284-303, jul. 2018. ISSN 2526-5180. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/69>. Acesso em: 14 jul. 2020. doi: <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v3i4.69>.

FERREIRA, Mauricio dos Santos; TRAVERSINI, Clarice Salete, **A Análise Foucaultiana do Discurso como Ferramenta Metodológica de Pesquisa**. Educação & Realidade, Porto Alegre, v. 38, n. 1, p. 207-226, jan./mar. 2013. Disponível em: http://www.ufrgs.br/edu_realidade . Acesso em: 20.11.2020.

GÁLVEZ BRAVO, Rafael. **Los modus operandi em las operaciones de blanqueo de capitales**, 2ª ed., Barcelona: Bosch, 2017

GLUYAS MILLÁN, Ricardo, **Ganância ilícita. Prevención contra el lavado de dinero**, México: Inacipe, 2005.

HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais**. Vol. 12. Salvador: Podivm, 2009

HESSE, Conrad. **A força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 1991.

JUNIOR, Aury Lopes. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 4^a edição, 2018.

JÚNIOR, José Paulo Baltazar. **Sentença Penal**, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

JÚNIOR, José Paulo Baltazar. MORO, Sergio Fernando. **Lavagem de Dinheiro: Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007.

LAUFER, Christian. **Da lavagem de dinheiro como crime de perigo: o bem jurídico tutelado e seus reflexos na legislação penal brasileira**. Dissertação de mestrado, UFPR – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2012.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro: Lavagem de ativos provenientes de crime**. 2^a edição, São Paulo: Malheiros editores, 2007.

MACHADO, Maíra Rocha, **Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **A lavagem de dinheiro no Brasil: breves apontamentos sobre as gerações legislativas**. Revista Síntese de direito penal e processual penal, Porto Alegre, volume. 15, n. 90, página. 34-43, fev./mar.. 2015. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=111450. Acesso em: 14 jul. 2020.

MACHADO, Luis Henrique, a “mescla” no crime de lavagem de dinheiro em conta bancária sob a luz do direito alemão. Um debate necessário no brasil. Revista Consultor Jurídico, 2017, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/mescla-lavagem-luis-henrique-machado.pdf>.

MACHADO, Tomás Grings. **Algumas linhas a respeito da importância do conceito de bem jurídico para a leitura e interpretação do crime de lavagem de dinheiro**. In: ESTUDOS em ciências criminais. Coordenação de Daniel Pulcheiro FENSTERSEIFER. Curitiba: Juruá, 2015. 166 p., 21 cm. ISBN 978-85-362-5311-4. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=129559. Acesso em: 14 jul. 2020. p. 123-142.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Lavagem de dinheiro**, São Paulo: Atlas S.A, 2006;

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Repertório IOB Jurisprudência, 1^a quinzena de dezembro de 1994, n. 23/94.

MORO, Sérgio Fernando; PORTELLA, Irene; FERRARI, Flávia Jeane. LAVAGEM DE DINHEIRO E SUAS GERAÇÕES. **Relações Internacionais no Mundo Atual**, [S.l.], v. 4, n. 25, p. 357 - 375, set. 2019. ISSN 2316-2880. Disponível em:

<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3950>. Acesso em: 14 jul. 2020.
doi:http://dx.doi.org/10.21902/Revrima.v4i25.3950_

NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e Anticorrupção**. São Paulo: Gen/Forense, 2015

OLIVEIRA, Tarsis Barreto. **O bem jurídico-penal no crime de lavagem de dinheiro**. REVISTA ESMAT, v. 4, n. 4, p. 269-299, 2 set. 2016. Disponível em:http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/93. Acesso em: 14 jul. 2020. doi: <https://doi.org/10.34060/reesmat.v4i4.93>

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. 4ª. Edição, São Paulo: Atlas, 2017

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**, 2ª edição. São Paul: Revista dos Tribunais., 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 7. ed. revisado e ampliado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PINTO, Edson. **Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007.

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

RIOS, Rodrigo Sanchez. **Advocacia e lavagem de dinheiro**. Direito Penal Econômico. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª. Edição. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Gicacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

SILVA, César Antônio. **Lavagem de dinheiro, uma nova perspectiva penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: teoria e prática**. Salvador: Podivm, 2010.

SCHORSCHER, Vivian Cristina. **A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais**. Tese de doutorado – USP-Faculdade de Direito. São Paulo. 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.