

## **A “MESCLA” NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO EM CONTA BANCÁRIA SOB A LUZ DO DIREITO ALEMÃO. UM DEBATE NECESSÁRIO NO BRASIL.**



**Por Luís Henrique Machado<sup>1</sup>**

No âmbito da Operação Lava Jato, entra em cena a “mescla” como modalidade de lavagem de dinheiro, no que diz respeito às doações eleitorais realizadas por empresas privadas aos partidos políticos.

A tese defendida pela Procuradoria-Geral da República apoia-se no argumento de que a partir do momento que o ativo doado – supostamente ilícito, oriundo de eventual crime de corrupção passiva perpetrado – ingressa na conta do Diretório Nacional ou do Comitê Financeiro Estadual do partido, os ativos lícitos e ilícitos se

---

<sup>1</sup> Pós-graduado pela Fundação Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; *English Legal Methods* pela Universidade de Cambridge, Inglaterra; *Grundkenntnisse im deutschen Recht* e *LL.M* pela Universidade Humboldt de Berlim; Atualmente é doutorando pela Universidade Humboldt de Berlim. Advogado sócio do escritório Machado Ramos & Von Glehn, Brasília-DF. Autor dos livros: “A Lavagem de Dinheiro por meio do Advogado de Defesa: um estudo comparado sob a perspectiva da legislação, da doutrina e da jurisprudência na Alemanha e no Brasil” (*Geldwäsche durch Strafverteidiger: eine vergleichende Untersuchung aus der Perspektive der Gesetzgebung, der Lehre und der Rechtsprechung in Deutschland und Brasilien*). Editora: Shaker Verlag, Alemanha, Ano: 2013; A prisão preventiva sob à luz do direito brasileiro e alemão (*Die Untersuchungshaft aus der Sicht des brasilianischen und des deutschen Rechts*). Editora: Peter Lang, Alemanha, Ano: 2015.

misturariam, formando um capital inteiramente maculado, isto é, proveniente do crime antecedente.

O *nomen juris* adotado pelo *Parquet* tem sua origem no direito anglo-saxão. O “*commingling*” (“mescla”)<sup>2</sup> encontra-se ainda em estágio incipiente no Brasil. A escassez literária e a falta de aprofundamento teórico sobre o tema é sem dúvida um desafio a ser superado pela defesa ao se deparar com denúncias que simplesmente alegam que a mescla de capital “sujo” com o “limpo” enseja automaticamente a mistura, acarretando em crime de lavagem de dinheiro, em virtude da dissimulação do ativo.

Todavia, não se pode partir de uma premissa única. A problemática não pode ser contada pela metade, sendo necessário um passo adiante, ampliando o objeto do debate.

Para tanto, a pergunta que se faz é saber se o ativo supostamente ilícito ao ingressar na conta chegou a contaminar ou não os valores lícitos ali já existentes.

Desse modo, poder-se-ia entender pela dissimulação de todo o capital constante na conta pelo simples fato do ativo “sujo” ter adentrado na conta bancária do acusado? Seria correto considerar a maculação da globalidade do produto formado?

Na Alemanha, o tema vem sendo desenvolvido com a densidade acadêmica necessária desde o início da década de 90. Por lá, prosperam basicamente duas grandes teses, mais especificamente sobre a “*mistura do dinheiro em conta*” (*Vermengung von Giralgeld*).

Por honestidade intelectual, faz-se mister o esclarecimento.

---

<sup>2</sup> “*Mescla ou commingling. É a mistura de ativos de origem ilícita com ativos de origem lícita*”. *Dallagnol*, Deltan Martinazzo: *Lavagem de Dinheiro – Prevenção e Controle Penal*, Org., Carla Veríssimo De Carli, 2ª Edição, Porto Alegre, Tipologias de Lavagem, p. 385

A primeira corrente defende a “contaminação total” (“*Totalkontamination*”). Conforme explica o advogado *Sven Hufnagel*, ela se baseia no seguinte princípio, *in verbis*:

*“[...] que qualquer contaminação parcial conduziria à contaminação total. Baseando-se numa tal opinião bastaria depositar um único Euro sujo na conta corrente para macular milhões de Euros, assim como basta uma gota de óleo para contaminar milhares de litros de água”.<sup>3</sup>*

Tecnicamente, explica o advogado *Felix Ruhmannseder*:

*“de acordo com a doutrina da contaminação total, o objeto parcialmente contaminado, do contrário, provém completamente do crime antecedente”.<sup>4</sup>*

Exemplificando, elucida a questão o promotor de Munique, *Reinhard Glaser*:

*“Sobre um saldo legal de 7.000 € foram depositados [mais] 3.000 € de origem ilícita. Do total da conta de 10.000 € foram transferidos 6.000 € para um advogado [...]. Levando em consideração o exemplo segundo a doutrina da “total contaminação”, isto é, sob a premissa de que a totalidade do objeto (toda a parte dele) está apto à*

---

<sup>3</sup> [...] daß jede Teilkontamination zur Gesamtkontamination führt. Bei Zugrundelegung einer solchen Auffassung würde letztlich bereits die Einzahlung auch nur reines einziges schmutziges Geld auf das Girokonto zur einer Verschmutzung in Millionenhöhe führen können, ähnlich wie ein Tropfen Öl Tausend Liter unseres Grundwassers verseucht”. *Hufnagel, Sven*: Der Strafverteidiger unter dem Generalverdacht der Geldwäsche gemäß § 261 StGB – eine rechtsvergleichende Darstellung (Deutschland, Österreich, Schweiz und USA), Tenea Verlag, Berlin, 2004, p. 121. (tradução livre)

<sup>4</sup>“Nach der Lehre von der Totalkontamination rührt der teilkontaminierte Gegenstand hingegen vollständig aus der Vortat her”. *Ruhmannseder, Felix*: StGB § 261 Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte. Beck'scher Online Kommentar StGB, v. Heintschel-Heinegg 33. Edition. Stand: 01.12.2016, Rn. 11. (tradução livre)

*lavagem, comete assim o advogado de má-fé por meio de recebimento do valor de 6.000 € lavagem de dinheiro, tendo em vista que os 6.000 € provêm do delito antecedente”.<sup>5</sup>*

Consoante delineado, a doutrina da “contaminação total” (*Totalkontamination*) é clara no sentido de que o ativo estaria todo maculado. A aplicação da corrente sofre, no entanto, restrições na Alemanha.

Rejeitando a aplicação da teoria, os professores *Cornelius Nestler*, da Universidade de Colônia, e *Felix Herzog*, da Universidade de Bremen, asseveram:

*“ela conduziria quase a uma proibição total sobre os ativos da pessoa referente a qualquer ativo adquirido de um crime antecedente e esta mácula continuaria até o “infinito”<sup>6</sup>*

Em clássica passagem, o Professor *Stephan Barton* da Universidade de Bielefeld, ainda no ano de 1993, exemplificou a contaminação *ad infinitum* do bem originário, sob a luz da “teoria da equivalência dos antecedentes causais” (*Äquivalenztheorie*), a saber:

---

<sup>5</sup> “Auf einen “legalen” Habensaldo von 7.000 € werden 3.000 € bemakeltes Geld eingezahlt. Werden 6.000 aus dem Gesamtsaldo von € 10.000 € da einen Anwalt als Honorar überwiesen [...]. Betrachtet man das Beispiel anhand der Totalkontamination, d.h. unter der Prämisse, dass der Gesamtgegenstand insgesamt (jeder Teil von ihm) geldwäschetauglich ist, begeht der bösgläubige Anwalt durch die Annahme der 6.000 € eine Geldwäsche, da die 6.000 € aus der Vortat herrühren”. Glaser, Reinhard: Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Rechtsanwälte und Steuerberater bei der Honorarannahme, Herbert Utz Verlag Verlag, München, 2009, p. 24. (tradução livre)

<sup>6</sup> “Sie führt praktisch zu einer vollkommenen Sperre für das Vermögen desjenigen, der irgendeinen Vermögenswert aus einer Vortat erworben hat, und dieser Makel würde sich bis ins „Unendliche“ fortsetzen”. Nestler; Herzog: StGB § 261 StGB – Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte, Geldwäschegesetz 2. Aufl. 2014, Rn. 68. (tradução livre)

*“Um criminoso obtém 1000 Marcos em virtude de negócio com o tráfico de drogas. Com esse valor, ele negocia um objeto, no sentido do § 261, I, Nr. 2, do Código Penal (StGB). O criminoso mistura esse dinheiro com o resto do dinheiro em espécie (não maculado) que possui. Esse novo valor seria também visto como proveniente do tráfico de drogas, tendo em vista que os 1000 Marcos foram incluídos nele. O criminoso, então, compra um automóvel (no valor de 100.000 Marcos), onde ele insere os 10.000 Marcos. O novo objeto (o carro) provém em todo caso do crime, porque uma parte do preço da compra foi incluída [oriunda de dinheiro sujo]. Após algum tempo, o criminoso vende este automóvel por 50.000 Marcos. Tanto o automóvel, bem como os 10.000 Marcos, estão agora a ser considerados como objetos que decorrem dos crimes enumerados no catálogo [de delitos antecedentes], uma vez que os 1000 Marcos não podem ser ignorados do pensamento [da cadeia causal] [...]. Depois de muito tempo, o novo adquirente do veículo o revende, após se tornar inutilizável, para um “negociante de ferro velho” por 50 Marcos: tanto a sucata [vendida] como também os 50 Marcos seriam, de agora em diante, considerados objetos oriundos do tráfico de drogas”.<sup>7</sup>*

---

<sup>7</sup> *“Ein Täter hat 1000 DM aus dem Handel mit Betäubungsmitteln erlangt. Bei diesem Geld handelt es sich um einen Gegenstand i. S. von § 261 I Nr. 2 StGB. Der Täter vermengt dieses Geld mit seinem übrigen (nicht bemakelten) Bargeld. Es entsteht insgesamt ein Betrag von 10000 DM. Dieser neue Gegenstand wäre ebenfalls als aus dem Drogenhandel herrührend anzusehen, da in ihn die 1000 DM eingegangen sind. Der Täter kauft ein Kraftfahrzeug (Kaufpreis 100000 DM), wobei er die 10000 DM anzahlt. Der neue Gegenstand (das Kfz) rührt ebenfalls aus der Straftat her, weil ein Teil des Kaufpreises damit entrichtet worden ist. Der*

Abre-se um parêntese, aqui, para lembrar, no que tange ao tema “relação de causalidade”, que a teoria da equivalência dos antecedentes considera causa toda a ação sem a qual o resultado não se teria produzido. Em suma, tudo o que contribui, em concreto, para o resultado, é causa.<sup>8</sup>

Na Alemanha, o Código Penal confiou a solução referente à causalidade tanto à doutrina como à jurisprudência. Em ambos, a posição majoritária se inclina para o acolhimento da teoria dos equivalentes causais, amparando-se no fundamento sedimentado da “supressão mental do pensamento ou do juízo hipotético de eliminação” (“*hinwegdenkens*”), consoante o conceito explicado no parágrafo anterior.<sup>9</sup>

Portanto, de acordo com a lei penal alemã, a aplicação da teoria da “contaminação total” (*Totalkontamination*) encontra dificuldades de aplicação. Não por acaso, *Stephan Barton* quando enfrentou o problema, abordou a controvérsia sob a perspectiva da “teoria da imputação objetiva” (*Theorie der objektiven Zurechnung*).<sup>10</sup>

Não somente pela equivalência dos antecedentes procedem as críticas na Alemanha em relação à teoria da “contaminação total” (*Totalkontamination*), mas, também, leva-se em consideração os

---

*Täter verkauft diesen Wagen (nach gewisser Zeit) für 50000 DM. Sowohl das Kfz wie auch die 50000 DM sind nunmehr als Gegenstände anzusehen, die aus der Katalogvortat stammen, da die ursprünglichen 1000 DM nicht hinweggedacht werden können, ohne daß die jeweils nachfolgenden Transaktionen und damit auch die 3. Transformation entfielen. Der neue Käufer fährt das Auto eine längere Zeit und verkauft es, nachdem es unbrauchbar geworden ist, an einen Schrotthändler für 50 DM: Sowohl der Schrott als auch die 50 DM wären nunmehr jeweils als Gegenstände anzusehen, die aus dem Drogenhandel stammen”. Barton: Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des § 261 I Nr. 1-3 StGB bezeichneten Straftaten her?, NStZ 1993, 159, p. 5 e 6. (tradução livre)*

<sup>8</sup> Rengier, *StrafR AT*, 5. Auflage München 2013, § 13 Rdn. 3; Wessels/Beulke/Satzger, *StrafR AT*, 43. Auflage Heidelberg 2013, Rn. 156; MüKo-BGB/Oetker, Band 2, 6. Auflage München 2012, § 249 Rn. 103.

<sup>9</sup> Wessels/Beulke/Satzger, *StrafR AT*, 43. Auflage Heidelberg 2013, Rn. 156.

<sup>10</sup> Barton: Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des § 261 I Nr. 1-3 StGB bezeichneten Straftaten her?, NStZ 1993, 159, ss.

princípios da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) ou da proibição de excesso (*Übermaßverbot*), da culpabilidade (*Schuldgrundsatz*<sup>11</sup>) e da taxatividade (*Bestimmtheitsgrundsatz*<sup>12</sup> - *nulla poena sine lege certa*).<sup>13</sup>

Quanto à proporcionalidade e à proibição de excesso, a crítica é evidente, tendo em vista que uma parcela menor ilícita poderia macular um capital majoritariamente formado por ativos lícitos.<sup>14</sup>

Disso decorreria um problema lógico, pois, em um curto espaço de tempo, todos os bens referentes à vida econômica estariam

---

<sup>11</sup> Com fundamento em inúmeros precedentes da Corte Constitucional alemã, o Professor Wolfgang Frisch da Universidade Freiburg descreve o princípio culpabilidade em seu artigo “Princípios da Culpabilidade e da Proporcionalidade”, *ex vi*: “O conteúdo do “princípio da culpa” sentença, por um lado, que “não existe pena sem culpa”, o qual, por sua vez, resulta da dignidade da pessoa humana e do princípio do Estado de direito (da ideia da justiça). Por outro lado, vige a máxima que “a dimensão da pena não deve exceder a medida” (proibição de ultrapassar a culpa), apoiando-se nas mesmas raízes constitucionais”. (“Inhalt des Schuldprinzips ist zum einen der – aus der Menschenwürde und dem Rechtsstaatsprinzip (der Idee der Gerechtigkeit) abgeleitete – Satz „keine Strafe ohne Schuld”<sup>5</sup>. Es ist zweitens der auf dieselben verfassungskräftigen Wurzeln gestützte Satz „keine Strafe über das Maß der Schuld hinaus”(Schuldüberschreitungsverbot)”. Frisch: Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, NStZ 2013, 249, p.2. (tradução livre)

<sup>12</sup> A Corte Constitucional alemã, quanto ao princípio da taxatividade já decidiu: “O art. 103, al. 2 da Lei Fundamental obriga o legislador a descrever os requisitos de punibilidade, o modo e a medida da pena com a concretude necessária que o destinatário da norma possa prever, com base no tipo penal, se um [determinado] comportamento é punível ou não (BVerfGE 47, 109). Esta obrigação tem dois objetivos: o cidadão - como destinatário da norma - deve estar em condições de prever se um determinado comportamento é proibido e punível. Simultaneamente, deve ser garantido ao legislador que é ele quem decide sobre a punibilidade de um determinado comportamento e não o Poder Executivo (BVerfGE 47, 109 <120>; 73, 206 <234>). [...] O legislador tem que determinar as premissas da punibilidade tanto mais exato e tanto mais preciso quanto mais severa for a pena prevista”. (“Art. 103 Abs. 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit und die Art und das Maß der Strafe so konkret zu umschreiben, dass der Normadressat anhand des gesetzlichen Tatbestands voraussehen kann, ob ein Verhalten strafbar ist ( BVerfGE 47, 109). Diese Verpflichtung dient einem doppelten Zweck: Der Bürger als Normadressat soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Zugleich soll aber auch sichergestellt werden, dass der Gesetzgeber und nicht die Exekutive über die Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens entscheidet (BVerfGE 47, 109 <120>; 73, 206 <234>). Der Gesetzgeber muss die Strafbarkeitsvoraussetzungen umso genauer festlegen und umso präziser bestimmen, je schwerer die angedrohte Strafe ist”). BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 21. August 2001 - 2 BvR 1941/00 - Rn. (3-5). (tradução livre)

<sup>13</sup> Jahn, Matthias em Satzger, Schluckbier, Widmaier: Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2016, p. 1666. (tradução livre)

<sup>14</sup> “Contra a proibição constitucional de proibição de excesso violam os pontos de vista que explicam que na menor “infecção” de um crédito bancário por meio de dinheiro maculado, todo o valor do crédito está apto para a lavagem de dinheiro.” (“Gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot verstoßen die Ansichten, die bereits bei der geringsten “Infizierung” eines Bankguthabens durch bemalketes Geld den gesamten Guthabenbetrag für geldwäschetauglich erklären”). Sommer, Ulrich em Leipold, Klaus; Tsambikakis; Zöller, Mark: Anwaltskommentar, 2. Auflage, C.F. Müller, p. 1933. (tradução livre)

também maculados, por estarem em linha de desdobramento, violando, assim, o princípio da proporcionalidade<sup>15,16</sup>

A partir do princípio da proporcionalidade, deflagra-se, outrossim, a violação do princípio da culpabilidade. Em seu livro “*O direito penal ante os limites dos direitos fundamentais*”, (*Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*), o Professor da Universidade de Salzburgo, Otto Lagodny, descreve e menciona os diversos precedentes da Corte Constitucional alemã no que diz respeito à limitação dos efeitos da pena no que toca aos princípios da culpabilidade e da proibição de excesso, a saber:

*“A Corte partiu da tese que o princípio da culpabilidade é idêntico aos “efeitos que limitam a pena iminentes do princípio constitucional de proibição de excesso” e que o mandamento é, “em parte, manifestação do princípio da proporcionalidade”. [...] O Tribunal (nas decisões: BVerfGE 73,206,253; 50,205, 215; 50, 125, 133) vê a identidade do princípio da culpabilidade e da proibição de excesso, porque ambos formulam*

---

<sup>15</sup> “Caso contrário, quase todos os ativos da vida econômica seriam provenientes de um delito antecedente dentro de um curto espaço de tempo no sentido da Seção 1, Alínea 2 [§ 261 do Código Penal], o que estaria em contradição com o princípio constitucional da proporcionalidade”. “Ansonsten würde binnen Kurzem nahezu jeder Vermögensgegenstand des Wirtschaftslebens aus einer Vortat i.S.v. Abs 1 S. herrühren, was dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Verhältnismäßigkeit widerspräche”. Jahn, Matthias em Satzger, Schluckbier, Widmaier: Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2016, p. 1667. “[...] igualmente tem que se evitar, no entanto, a uma ilimitada extensão da contaminação, a qual conduziria a maculação de toda circulação econômica”. (“Gleichzeitig muss aber eine uferlose Ausdehnung der Kontamination, die zur Bemakelung des ganzen Wirtschaftsverlaufs führen würde, vermieden werden”). Petropoulos, Vasileios: Der Zusammenhang von Vortat und Gegenstand in § 261 StGB – Die Problematik der sog. Teilkontamination des Gegenstands – Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Wistra, 26. Jahrgang, Heft 7, 13 Juli 2007, p. 244. (tradução livre)

<sup>16</sup> Sob o ponto de vista da materialidade, referente ao aspecto causal, todos que se encontrassem na cadeia de desdobramento responderiam pela lavagem. Contudo, no que tange à autoria, resta evidente que terceiros de boa-fé estariam resguardados, não sendo responsabilizados pelo crime de lavagem de dinheiro. O próprio Código Penal alemão faz ressalva expressa no § 261, Abs. 6 sobre a responsabilidade de indivíduos que adquiriram, guardaram ou receberam bens de boa-fé.



*[expressivamente] os limites da pena” (nota de rodapé 98).<sup>17</sup>*

Nessa quadra, a aplicação da teoria da “contaminação total” (*Totalkontamination*) poderia gerar graves problemas em fase de “dosimetria” (*Strafzumessung*), tomando a parte lícita como ilícita, o que violaria o princípio da culpabilidade bem como o da proporcionalidade.

Por outro lado, não por outra razão, a doutrina alemã adverte que, eleita a corrente da “contaminação parcial” (*Teilkontamination*), deve-se considerar somente o valor maculado para fins de dosimetria de pena.<sup>18</sup>

Vista a possibilidade de uma interpretação enlastecida do tipo penal, a doutrina alemã, tendo em vista o princípio da taxatividade (*Bestimmtheitsgrundsatz - nulla poena sine lege certa*), passou a flexibilizar a aplicação da corrente da “contaminação total”, utilizando uma espécie de “cota de maculação” (*Makelquote*), por meio de redução teleológica (*teleologische Reduktion*)<sup>19</sup> quanto à interpretação do tipo, vindo o problema a ser analisado sobre o percentual lícito da composição do bem.

A propósito, os professores *Cornelius Nestler* e *Felix Herzog* criticam que:

---

<sup>17</sup> “Das Gericht ging dabei von von der These aus, daß sich das Schuldprinzip “in seinen die Strafe begrenden Auswirkungen mit dem Verfassungsgrundsatz des Übermaßverbots” deckt daß das Gebot “teilweise Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist.[...] BVerfGE (73, 206, 253; 50, 205, 215; 50, 125, 133) sieht das Gericht die Deckung von Schuldgrundsatz und Übermaßverbot darin, daß es die oben angeführten Strafandrohungsschranken ausformuliert” (*Fußnote 98*). Lagodny, Otto: *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte – Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1966, p. 66. (tradução livre)

<sup>18</sup> “Zusätzlich ist bei einer Teilkontamination (Rdn. 40) die Wertigkeit der Bemakelung zu berücksichtigen”.(Adicionalmente, pela contaminação parcial deve ser considerado o valor da maculação”. Parágrafo sobre dosimetria da pena. Jahn, Matthias em *Satzger, Schluckbier, Widmaier: Strafgesetzbuch, Kommentar*, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2016, p. 1683 e 1684. (tradução livre)

<sup>19</sup> *Salditt, Franz: Der Tatbestand der Geldwäsche, Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins – Strafverteidiger – Forum*, 4/92, p. 135

*“vai extremamente longe a corrente que recusa a existência de qualquer valor limite para a parcela ilegal que pode conduzir à contaminação total do objeto através da sua “infecção”, de modo que se [deve] negar a contaminação [na maioria dos casos] quando a parcela ilegal introduzida no objeto for inferior a um determinado limite mínimo ou inferior à “cota de maculação”.*<sup>20</sup>

Os critérios propostos em percentagem não deixam dúvidas. Se a parte maculada superar o índice limite, todo o montante estará contaminado. No entanto, se o valor ilícito for inferior à cota proposta, não será considerado como procedente de uma infração penal prévia, isto é, não haverá crime de lavagem de dinheiro.

Em outro exemplo, ilustra a questão o promotor *Reinhard Glaser, ex vi:*

*“Tome, por exemplo, 25% de cota e deposite 1.000 € ilegais sobre uma conta de 9.000 € legais, seria assim o saldo total de 10.000 € inaptos para a lavagem, em razão de não superar a cota mínima. Se o saldo total de 10.000 € for transferido a título de honorários a um advogado, não há punição por lavagem de dinheiro [...]”.*<sup>21</sup>

Na doutrina, esclarecem os professores de Colônia e de Bremen que esta “cota de maculação” varia de autor para autor, por exemplo, havendo financiamento misto [dinheiro limpo e sujo] de um

---

<sup>20</sup> Nestler; Herzog: StGB § 261 StGB – Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte, Geldwäschegesetz 2. Aufl. 2014, Rn. 68.

<sup>21</sup> “Nimmt man z.B. 25% Mindestquote für eine an und werden 1.000 € bemakeltes Geld auf ein Konto mit “legalen” 9.000 € einbezahlt, wäre der Gesamtkonto von 10.000 € nicht geldwäschetauglich, wegen Unterschreitung der Mindestquote. Wird der Gesamtsaldo von 10.000 € an einem Anwalt als Honorar überwiesen, besteht keine Geldwäschestrafbarekeit [...]”. Glaser, Reinhard: Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Rechtsanwälte und Steuerberater bei der Honorarannahme, Herbert Utz Verlag Verlag, München, 2009, p. 23. (tradução livre)

objeto global, a doutrina propõe um limite mínimo de 1 % (*Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn. 901*), de 5 % (*Barton NStZ 1993, 159, 163*), de 25% (*Leip, p. 109; Leip/Hardtke wistra 1997, 281, 283*) e de mais de 50 % (*Salditt StraFo 1992, 121, 124*) ou uma posição que pondera que meios incriminados não “têm importância” em relação aos legais, (*Schönke/Schröder<sup>28</sup>/Stree/Hecker, StGB, § 261, Rn. 10; analogamente ver Burr, 1995, S. 78; em exposição minuciosa conferir Bischofberger, p. 140ss.*).<sup>22</sup>

Como visto, existe parcela expressiva da doutrina que advoga a tese superior a 50%, independente de uma porcentagem determinada, como é o caso da obra dos ex-professores *Adolf Schönke* e *Horst Schröder*, da Universidade de Freiburg e de Tübingen, respectivamente. (Nesse sentido: *SK-StGB<sup>8</sup>/Hoyer, § 216, Rn 14; Burr, 1995, p. 76; Salditt StraFo 1992, 121, 124; Vest, FS Schmid, 2001, S. 417, S. 433 in Fn. 49; Ambos JZ 2002, 70, 71*).<sup>23</sup>

Defende-se que, se a parcela ilícita não superar a lícita, a contaminação está descaracterizada.

*Ipsis litteris:*

*“Problemas adicionais resultam em consequência da mescla de valores maculados com os limpos, por exemplo, através de depósitos criminosos em conta [misturando] com o dinheiro adquirido honestamente”.*

*“Excedendo as transferências desta conta em relação à parte legal do montante do saldo, provém então o valor adquirido do crime antecedente. Do contrário, permanecendo a transferência do dinheiro ilícito aquém do crescimento do montante lícito,*

---

<sup>22</sup> *Nestler; Herzog: StGB § 261 StGB – Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte, Geldwäschegesetz 2. Aufl. 2014, Rn. 68. (tradução livre)*

<sup>23</sup> *Nestler; Herzog: StGB § 261 StGB – Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte, Geldwäschegesetz 2. Aufl. 2014, Rn. 69. (tradução livre)*

*assim não pode o valor adquirido configurar o objeto do crime do § 261”.<sup>24</sup>*

No mesmo sentido, atentando-se sobre o viés econômico da ação, lecionam os professores *Nestler e Herzog*:

*“Um objeto legal não “provém” de um delito porque é maculado de qualquer forma; só provém de um delito, quando - sob uma ótica econômica - a parte maculada tiver maior valor do que a parte legal”.<sup>25</sup>*

Num segundo momento, ambos os professores, após afastarem a tese da “contaminação total”, passam a criticar especificamente as “cotas de maculação” pré-estabelecidas (1%, 5%, etc.), argumentando que:

*“Todas as abordagens que exigem, pelo menos, um limite mínimo são arbitrárias e incompatíveis com o princípio da taxatividade do tipo legal (Vofß, p. 52; Michalke, FS DAV, 2009, p. 348, 354ss.). Isso fica muito claro analisando as exigências subjetivas do tipo: o criminoso potencial [que lava dinheiro] não só deveria conhecer o montante do “produto” do delito antecedente, mas também deveria conhecer a cota de maculação com que [este] produto do delito*

---

<sup>24</sup> *“Weitere Probleme ergeben sich infolge Vermischung von schmutzigen Werten mit sauberen, zB bei Einzahlung inkriminierter Gelder auf ein Bankkonto mit redlich erworbenem Geld. Übersteigen Überweisungen von diesem Konto den Anteil des legalen Guthabenanteils, so rührt das hierfür Erlangte aus der Vortat her. Bleibt die Überweisung dagegen unterhalb des Zuwachses an schmutzigem Geld, so lässt sich das Erworbene nicht den Tatobjekten des § 261 zuordnen”. (Burr aaO 76 f., Gentzik aaO 120, SSW-Jahn 31, Maiwald Hirsch-FS 631 f., Salditt, StV-Forum 92, 124, Schröder/Textor 18; and. Altenhain NK 75, Bischofberger aaO 158, Leip/Hardtke wistra 97, 284, Neuheuser MK 55; zum Problem vgl. auch Bauer Maiwald-FS 133 ff.). Schönke/Schröder/Hecker/Stree, 29. Aufl. 2014, StGB § 261 Rn. 10. (tradução livre)*

<sup>25</sup> *“Ein legaler Gegenstand „rührt“ nicht aus einer Straftat her, weil er irgendwie bemakelt ist, sondern nur dann, wenn bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise die Bemakelung wertmäßig größer ist als der legale Anteil”. Nestler; Herzog: StGB § 261 StGB – Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte, Geldwäschegesetz 2. Aufl. 2014, Rn. 71. (tradução livre)*

*antecedente está contido no [objeto] substituto (Michalke, FS DAV, 2009, p. 356). [...] a afirmação do provir [do delito antecedente] só seria constitucional, quando muito, se a parte concreta do valor do objeto estiver preponderantemente contaminada”.*<sup>26</sup>

Definindo o pensamento da corrente, a qual apregoa que, se a parcela ilícita não for superior à lícita, a contaminação está desfigurada, o juiz *Thomas Fischer*, do “*Bundesgerichtshof*”<sup>27</sup>, em seu manual de direito penal, resume:

*“Quando se trata da contaminação parcial dos valores de bens econômicos, estes, conforme uma opinião defendida por uma parte da doutrina, provém de delitos antecedentes, se “muito preponderantemente” provenientes dos ganhos desses mesmos delitos [dos crimes antecedentes]”.*<sup>28</sup>

Por outro lado, a corrente majoritária<sup>29</sup> se posiciona a favor da teoria da “*contaminação parcial*” (*Teilkontamination*).

O promotor *Reinhard Glaser* explica o seu significado:

---

<sup>26</sup> “Alle Ansätze, die zumindest auf Mindestgrenzen abstellen, sind willkürlich und mit dem Grundsatz der Bestimmtheit des Tatbestandes unvereinbar (Voß, S. 52; Michalke, FS DAV, 2009, S. 348, 354ff.). Besonders deutlich wird dies bei den Anforderungen an den subjektiven Tatbestand: Der potentielle Geldwäscher müsste nicht nur die Höhe des Vortatenerlöses kennen, sondern auch noch die Makelquote, mit der der Vortatenerlös im Surrogat enthalten ist (Michalke, FS DAV, 2009, S. 356). [...] dann ist es allenfalls noch verfassungskonform, ein Herrühren nur dann zu bejahen, wenn der konkrete (Teil-) Gegenstand in seinem überwiegenden Wert kontaminiert ist”. Nestler; Herzog: StGB § 261 StGB – Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte, Geldwäschegesetz 2. Aufl. 2014, Rn. 71. (tradução livre)

<sup>27</sup> Tribunal equivalente ao Superior Tribunal de Justiça no Brasil.

<sup>28</sup> “Bei wertmäßigen Teil-Kontamination von Wirtschaftsgütern sollen diese nach teilweise vertretener Ansicht insgesamt aus Vortaten herrühren, wenn sie “weit überwiegend” aus Vortat-Erlösen stammen”. Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch 60. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2013, p.1826. (tradução livre)

<sup>29</sup> Comparar com: *BT-Drucks.* 12/3533 p. 12; *Ambos JZ* 2002, 70 [71]; *Joecks SAM* 2013, 170 [172]; *Fülbier/Aepfellbach/Langweg/Schröder/Textor* § 261 Rn. 18; *MüKo-StGB/Neuheuser* § 261 Rn. 56; *Sc/Sc/Stree/Hecker* § 261 Rn. 11; *SK-StGB/Hoyer* § 261 Rn. 14; *BeckOK/Ruhmannseder* § 261 Rn. 18; *Bischofberger* S. 151; *erg. § 259 Rdn* 14 a.E.). *Jahn, Matthias em Satzger, Schluckbier, Widmaier*: Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2016, p. 1667.

*“Conforme a doutrina sobre a contaminação parcial, o objeto substituto - que resulta de processos de transformação - provém do delito antecedente só na medida em que foram introduzidos valores incriminados [...]. Simbolicamente, o óleo sujo não se mistura com a água limpa”.<sup>30</sup>*

Mais adiante, ele elucida didaticamente:

Exemplo 1:

*“Se, por exemplo, dos 100.000 € na conta, 30.000 € resultam de um delito antecedente, um adquirente de má-fé comete o delito se adquirir um valor superior ao montante legal de 70.000 € - se adquirir menos não [comete o crime]. O saldo ativo de 100.000 € não estaria completamente contaminado, só o valor de 30.000 € que corresponde à parcela ilegal depositada. Continuará a existir uma outra parcela “limpa” de 70.000 €. Só quando estiver consumida esta parcela limpa, quer dizer, quando se teria que utilizar obrigatoriamente o dinheiro contaminado, [só então] se trataria de lavagem de dinheiro”.<sup>31</sup>*

Esmiuçando o tema, *Reinhard Glaser* explica o caso em que não se sabe qual parte do dinheiro foi destinada a uma dada pessoa –

---

<sup>30</sup> *“Nach der Lehre von der Teilkontamination rührt der durch Umwandlungsprozesse entstandene Ersatzgegenstand nur insoweit aus der Vortat her, als inkriminierte Vermögenswerte in ihm Eingang gefunden haben [...]. Bildhaft vermischt sich schmutziges Öl nicht mit sauberem Wasser”. Glaser, Reinhard: Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Rechtsanwälte und Steuerberater bei der Honorarannahme, Herbert Utz Verlag Verlag, München, 2009, p. 21 e 22. (tradução livre)*

<sup>31</sup> *“Rühren etwa von 100.00 € Saldo 30,000 € aus einer Vortat her, macht sich ein bösgläubiger Erwerber der Geldwäsche strafbar, wenn er mehr als den legalen Betrag von 70.000 € erlangt – bei weniger nicht. Der Saldo von 100.000 € wäre nicht insgesamt kontaminiert, sondern nur hinsichtlich eines wertmäßigen Teils von 30.000 €, der dem illegal eingebrachten Vermögensanteil entspricht. Es bliebe ein weiterer „sauberer“ Teil von 70.000 €. Nur, wenn dieser saubere Teil aufgezehrt ist, also zwingend auf den kontaminierten zurückgegriffen werden muss, läge eine Geldwäsche vor”. Glaser, Reinhard: Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Rechtsanwälte und Steuerberater bei der Honorarannahme, Herbert Utz Verlag Verlag, München, 2009, p. 22. (tradução livre)*

a limpa ou a suja. Para ele, o hermeneuta deve-se certificar qual teoria deve ser eleita, porque, de acordo com a corrente da “contaminação parcial” (*Teilkontamination*), a dúvida milita em favor do acusado.

Exemplo 2:

*“Supondo, por exemplo, um saldo de 10.000 €, dos quais 3.000 provém de um delito antecedente, e duas pessoas de má-fé recebem em dinheiro 5.000 € deste saldo, então, seguindo o princípio in dubio pro reo, nenhum dos dois pode ser punido devido à lavagem de dinheiro, porque sempre se deveria supor, que foi [exatamente] a outra pessoa que recebeu a parcela do saldo que contém os 3.000 € contaminados.”<sup>32</sup>*

Reinhard Glaser afirma que, se escolhida a corrente da “contaminação parcial” (*Teilkontamination*), no caso de muitos indivíduos contemplados pelo ativo, vige o princípio do *in dubio pro reo*:

*Ipsis litteris:*

*“que na hipótese de muitos atos de aquisições e de uma pluralidade de adquirentes, aplica-se o princípio in dubio pro reo para todos”.*<sup>33</sup>

Importante destacar, portanto, que de acordo com a teoria da “contaminação parcial” (*Teilkontamination*), o agente do delito somente responderá por lavagem em duas hipóteses:

---

<sup>32</sup> *“Nimmt man beispielweise einen Saldo von 10. 000 Euros, bei dem ein Teil von 3.000 aus einer Vortat herrürt und lassen sich zwei Bösgläubiger jeweils 5.000 Euros auszahlen, dürfte dem in dubio pro reo Grundsatz folgend keiner der beiden wegen Geldwäsche bestraft werden, da angenommen werden müsste, jeweils die andere Person habe denjenigen Betrag erhalten, der die 3.000 Euros kontaminierten Gelds enthält”. Glaser, Reinhard: Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Rechtsanwälte und Steuerberater bei der Honorarannahme, Herbert Utz Verlag Verlag, München, 2009, p. 27. (tradução livre)*

<sup>33</sup>*“[...] dass bei mehreren Erwerbsakten und mehreren Erwerbbern der in dubio Grundsatz für jeden Erwerber gilt”. Glaser, Reinhard: Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Rechtsanwälte und Steuerberater bei der Honorarannahme, Herbert Utz Verlag Verlag, München, 2009, p. 27., Nota de rodapé n° 165. (tradução livre)*

a) se o dinheiro transferido ao agente englobar também a parte maculada. Isso implica necessariamente dizer que, se for realizada a transferência até o limite do montante lícito, está descartada a hipótese que o ativo resultou do crime antecedente, não caracterizando a lavagem;

b) se puder averiguar, com certeza, que o agente recebeu a parte relativa ao montante ilícito. Havendo dúvida, isto é, se não for possível determinar quais dos agentes de má-fé receberam o ativo “sujo”, deve-se entender, conforme explica o promotor *Reinhard Glaser*, pela aplicabilidade do princípio *in dubio pro reo*.

Em suma, a mistura, aqui, é heterogênea e não homogênea, como defende a doutrina da “contaminação total” (*Totalkontamination*). Significa dizer que não basta lançar a maçã “podre” no cesto misturando-a com as outras. É necessário verificar se ela em contato com as demais as contaminou ou não.

Apresentada as teorias e suas variações, com enfoque no direito alemão, sem a pretensão de exaurir o tema, extraem-se importantes reflexões sobre a teoria da “contaminação parcial” (*Teilkontamination*) em face de possível adoção da teoria da “contaminação total” (*Totalkontamination*), o que pode servir de referência para os casos discutidos no Brasil.

Quanto à legislação de “lavagem de dinheiro” (*Geldwäsche*), tanto o Brasil como a Alemanha mantém uma linha semelhante com diferenças pontuais. O § 261 do Código Penal (StGB), por exemplo, possui a previsão do rol dos delitos antecedentes, o que foi eliminado por aqui em 2012. Por lá, é possível sustentar a condenação com



fundamento na “*culpa grave*” (*Leichtfertigkeit* – StGB § 261, Abs. 5), algo impensável no Brasil.<sup>34</sup>

Por outro lado, a principal coincidência, a nosso ver, ocorre quanto ao tipo penal básico que define a lavagem na Alemanha, porquanto guarda correspondência com o tipo descrito na lei brasileira.

Compare-se, portanto, o § 261, Abs. 1, do Código Penal alemão com o art. 1º da Lei nº 12.683/2012.

Na Alemanha, *ex vi*:

*“Quem ocultar um objeto proveniente de fato ilegal, o qual estiver enumerado na segunda frase abaixo, ou dissimular ou frustrar ou colocar em perigo a investigação sobre a sua origem, a [sua] descoberta, o [seu] sequestro ou a [sua] apreensão, será punido com pena privativa de liberdade de três meses a cinco anos”.*<sup>35</sup>

No Brasil, o tipo legal básico é definido pelo art. 1º Lei nº 12.683/2012, diferindo *in fine* da antiga Lei nº 9.613/1998 que tratava de “crime”, *in verbis*:

*“Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou*

---

<sup>34</sup> Ressalva feita pelo Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) em relação ao advogado de defesa (*Strafverteidiger*), sendo a ação punível somente a título de dolo direto. BVerfG: Verfassungsrechtliche Grenzen einer Bestrafung von Strafverteidigern wegen Geldwäsche. Pressemitteilung Nr. 36/2004 vom 30. März 2004. Urteil vom 30. März 2004. 2 BvR 1520/01, 2 BvR 1521/01

<sup>35</sup> § 261 do Código Penal (StGB): Wer einen Gegenstand, der aus einer in Satz 2 genannten rechtswidrigen Tat herrührt, verbirgt, dessen Herkunft verschleiert oder die Ermittlung der Herkunft, das Auffinden, den Verfall, die Einziehung oder die Sicherstellung eines solchen Gegenstandes vereitelt oder gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft

*propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.*

Como se percebe é de se entender pela compatibilidade entre os dispositivos. Ademais, ressalte-se, ambos os ordenamentos comungam basicamente dos mesmos fundamentos e princípios.

Diante do exposto, agora, sob o enfoque da legislação brasileira, passemos às nossas conclusões sobre o tema, a saber:

1) Somente ocorre o crime de lavagem de dinheiro se houver identidade entre o produto do crime antecedente e o subsequente. Em outras palavras, é necessária a prova de que o dinheiro ilícito que entrou na conta e foi (re)passado adiante é exatamente o mesmo proveniente do crime antecedente;

2) Mormente, por se tratar de bem de natureza divisível, necessária a identificação do ativo ilícito por obediência ao tipo penal, uma vez que tanto o art. 1º da Lei nº 9.613/1998 bem como o art. 1º da Lei nº 12.683/2012 são cristalinos em descrever a elementar do tipo “*provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal [de crime]*”;

3) Quanto à parte do objeto (bem) auferido legalmente, não há que se vislumbrar a ocultação ou a dissimulação, mesmo porque não existe lavagem de bens originariamente lícitos, o que resultaria em crime impossível, por absoluta impropriedade do objeto<sup>36</sup> (art. 17 do CP);

---

<sup>36</sup> “Objeto, como já conceituamos, é a pessoa ou a coisa sobre a qual recai a conduta do agente”. Greco, Rogério: Curso de Direito Penal, Parte Especial, Editora Impetus, Vol. 1, 10ª ed, Niterói-RJ, p. 290

4) Não podendo se certificar, por meio de prova inequívoca, qual dos agentes recebeu o ativo ilícito, deve-se prevalecer o princípio *in dubio pro reo*;

5) A teoria da “contaminação total” viola princípios constitucionais como a proporcionalidade e a proibição de excesso, uma vez que a parcela menor ilícita macularia um capital majoritariamente formado por ativos lícitos;

6) Nesse enlace, a teoria da “contaminação total” fere o princípio da proporcionalidade e também da culpabilidade, porquanto o agente responde por ativo superior do que provém do delito antecedente, redundando em prejuízo ao acusado, principalmente quando o magistrado fundamenta a dosimetria da pena ao analisar a circunstância judicial “*consequências do crime*”, prevista no art. 59 do CP, tendo em vista que quanto maior for o valor da “ocultação” ou da “dissimulação”, no que diz respeito ao produto lavado, mais severa será a exasperação da pena;<sup>37</sup>

7) Adicione-se que a teoria da “contaminação total” infringe o princípio da culpabilidade, porquanto ao responder pelo montante integral, e não somente pelo valor proveniente do crime antecedente, burla-se a premissa básica inerente ao princípio de que cada pessoa deve responder por seus atos “*na medida de sua culpabilidade*” – em violação chapada ao art. 29 do CP;

---

<sup>37</sup> Exemplo: Ação Penal nº 5045241-84.2015.4.04.7000/PR – Sentença do juiz Sérgio Moro: “**Para os crimes de lavagem: José Dirceu de Oliveira e Silva tem antecedentes criminais, já tendo sido condenado por corrupção passiva pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 470 (evento 632). Conduta social, motivos e comportamento da vítima. Circunstâncias devem ser valoradas negativamente. A lavagem, no presente caso, envolveu especial sofisticação, com a realização de diversas transações subreptícias, simulação de prestação de serviços, com diversos contratos e notas fiscais falsas, não só com a Jamp Engenheiro, mas também com a Engevix Engenharia. Valores de propina ainda foram ocultados em reformas de imóveis realizadas no interesse do condenado, mas que sequer estavam em seu nome. Consequências devem ser valoradas negativamente. A lavagem envolve a quantia substancial de cerca de R\$ 10.288.363,00. A lavagem de significativa quantidade de dinheiro merece reprovação a título de consequências**”[...]. (grifo nosso)

8) Além disso, caso se entenda pela adoção da teoria da “contaminação total”, até mesmo os bens lícitos seriam passíveis de sequestro que, ao fim, poderiam ser incorporados indevidamente ao patrimônio público, ensejando o enriquecimento sem causa em favor do Estado.<sup>38</sup> Nesse ponto, seria colocada a toda prova a vigência do art. 4º, § 2º, da lei de lavagem de dinheiro;<sup>39</sup>

9) Outro ponto incompatível seria a negativa de vigência ao art. 13 do CP, tendo em vista que o Código Penal brasileiro, no tema “relação de causalidade”, adotou, como regra, a teoria da equivalência dos antecedentes causais ou (da causalidade simples ou *conditio sine qua non*), considerando causa toda a ação ou omissão sem a qual o resultado não se teria produzido.<sup>40</sup> Caso se endosse a teoria da “contaminação total”, do ponto de vista do desdobramento causal, todos os bens passados adiante estariam maculados, havendo contaminação em cadeia, inviabilizando, assim, a circulação econômica de bens;<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> “As principais convenções de combate à lavagem de dinheiro, quando tratam do confisco de bens usados na lavagem de dinheiro, indicam a necessidade de separação do patrimônio maculado daquele com a origem lícita, como a Convenção de Viena (incorporada pelo Dec. 154/1991) [...] ou a Convenção de Palermo (incorporado pelo Decreto 5.687/2006). Badaró, Gustavo Henrique; Bottini, Pierpaolo Cruz: *Lavagem de Dinheiro*, 3ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 114.

<sup>39</sup> Art. 4º, § 2º: O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

<sup>40</sup> “No que diz respeito ao resultado, entedemos mais acertado posicionamento dos Professores da Universidade de São Paulo (USP), Gustavo Henrique Badaró e Piorpaolo Cruz Botinni. Para eles, “a lavagem de dinheiro na forma típica do caput do art. 1º é crime de resultado, porque a descrição do comportamento encerra uma alteração naturalística no objeto do delito, no estado da coisa ou bem procedente da infração. Ocultar ou dissimular é ao mesmo tempo um comportamento e um resultado, uma ação e sua consequência, e ambos são elementos do tipo penal. Como bem ponderou o Min. Sepúlveda Pertence no RHC 80.816-6/SP, a ocultação é um evento ou resultado exterior à conduta de ocultar. Também do ponto de vista do bem jurídico tutelado pela norma penal, a administração da justiça é afetada pela ocultação ou dissimulação, uma vez que tais atos obstruem seu regular funcionamento. Considerada, portanto, a lavagem de dinheiro como crime de resultado” [...]. Badaró, Gustavo Henrique; Bottini, Pierpaolo Cruz: *Lavagem de Dinheiro*, 3ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 122 e 123.

<sup>41</sup> Todavia, importante mencionar a lição de Cezar Roberto Bitencourt sobre as limitações do alcance da teoria da *condition sine qua non*, fazendo naturalmente a ressalva quanto à terceiros de boa-fé: “A relação de causalidade entre a conduta humana e o resultado é sempre uma relação valorada, que deveria ser aferida conjuntamente com o vínculo subjetivo do agente. Causalidade relevante para o Direito Penal é aquela que pode ser prevista, isto é, aquela que é previsível, que pode ser mentalmente antecipada pelo agente. Em outros termos, a cadeia causal, aparentemente infinita sob a ótica puramente naturalística, será sempre limitada pelo

10) Derradeiramente, registre-se que uma interpretação – demasiadamente – extensiva, tal como propõe a teoria da “contaminação total”, violaria também o princípio da legalidade/taxatividade, pois transbordaria os limites impostos pelo tipo penal. Em outras palavras, a teoria da “contaminação total” extrapolaria a subsunção da moldura descrita na própria lei, exigindo do intérprete a sensibilidade ao proceder a redução do âmbito de aplicação, haja vista que a dimensão pragmática da lei está aquém da sua dimensão semântica (seja via interpretação restritiva ou por meio de redução teleológica, para quem preza pela distinção entre ambos<sup>42</sup>).

Nesse contexto, diante de denúncias oferecidas no âmbito da Operação Lava Jato, independentemente qual seja o posicionamento que o Supremo Tribunal Federal venha adotar, seria importante para a jurisprudência criminal que a Corte se pronunciasse sobre a problemática, mormente por envolverem casos de relevo para o país, onde se questionam a legalidade das doações eleitorais realizadas.

Não se pode admitir controvérsias contadas pela metade, por meio de uma fórmula mágica, sob a nomenclatura de “*commingling*”, conferindo um grau de certeza à lavagem, desprezando o debate teórico e, mais que isso, ao arrepio de princípios constitucionais consagrados e agasalhados pela Constituição Federal.

---

*dolo ou pela culpa*”. Bitencourt: Cezar Roberto: Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1, 14<sup>a</sup> ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2009, p. 259.

<sup>42</sup> “A interpretação restritiva consiste na exclusão de certos casos do âmbito de aplicação da lei, restringindo as consequências interpretativas do elemento literal. Já a redução teleológica pressupõe a não aplicação de uma lei a um caso que é expressamente abrangido pela sua letra (ou a aplicação de uma lei a um caso que é expressamente afastado pela sua letra), em grande parte desconsiderando-a”. *Henriques*, Sérgio Coimbra: A redução teleológica no ordenamento jurídico português: Análise de jurisprudência; Revista Brasileira de Direito, 12(1): 141-162, jan.-jun. 2016 - ISSN 2238-0604, p.149.

Posto isso, fica a pergunta: contaminação total? Parcial?  
Cotas?

Em resposta à provocação suscitada pelo Ministério Público Federal, com a palavra, o Supremo Tribunal Federal.