

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

---

STVDIA IVRIDICA

100

AD HONOREM — 5

---

*PEDRO CAEIRO*

A CONSUNÇÃO  
DO BRANQUEAMENTO  
PELO FACTO PRECEDENTE



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

---

COIMBRA EDITORA

## A CONSUNÇÃO DO BRANQUEAMENTO PELO FACTO PRECEDENTE

(Em especial: (i) as implicações do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 13/2007, de 22 de Março; (ii) a punição da consunção impura)

Pedro CAEIRO

### I. Introdução

1. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 13/2007, de 22-03 <sup>(1)</sup> (doravante, o *AcFix*), fixou jurisprudência segundo a qual “*na vigência do art. 23.º do DL 15/93, de 22 de Janeiro, o agente do crime previsto e punido pelo art. 21.º, n.º 1, do mesmo diploma cuja conduta posterior preenchesse o tipo de ilícito da alínea a) do seu n.º 1, cometeria os dois crimes, em concurso real*”.

Deste modo, o aresto decidiu *duas questões* <sup>(2)</sup> que não eram pacíficas no

---

<sup>(1)</sup> AcSTJ n.º 13/2007, de 22-03 (Rel. SOUSA FONTE), *DR*, I Série, 240, de 13-12-2007, p. 8903 e ss.

<sup>(2)</sup> Trata-se, na verdade, de dois problemas diversos, como tivemos ocasião de expor mais desenvolvidamente em outro local (PEDRO CAEIRO, “A Decisão-quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora: 2003, p. 1106, republicado em *AA.VV., Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários*, III, Coimbra Editora: 2008, p. 377 e ss.), embora uma das respostas possíveis à primeira questão (a exclusão do autor do crime precedente do círculo da autoria do branqueamento) condicione, em certa medida, a resposta à segunda: vd. *infra* 3.

domínio do direito anterior à L. 11/2004, de 27 de Março, que aditou ao Código Penal o art. 368.º-A: em primeiro lugar, esclareceu-se que, à luz dessa legislação pretérita, o “agente” do crime precedente podia ser autor do crime de branqueamento; em segundo lugar, fixou-se jurisprudência no sentido de que o agente do crime de tráfico de estupefacientes cuja conduta posterior preenchesse o tipo de ilícito previsto no art. 23.º, n.º 1, al. a), do DL 15/93, de 22 de Janeiro (correspondente ao actual n.º 2 do art. 368.º-A), “cometeria os dois crimes, em concurso real”.

2. No que diz respeito à primeira, importa precisar que o “agente” a que se refere o *AcFixJ* é, apenas, o *autor*. Com efeito, no domínio do direito anterior à entrada em vigor do art. 368.º-A do Código Penal, a questão controvertida era a de saber se o *autor* (e não *qualquer agente*, *v. g.*, um mero participante<sup>(3)</sup>) do facto precedente podia ser *autor* do crime de branqueamento. Assim, a possibilidade de punição pelos dois crimes, em concurso efectivo, nas restantes combinações (participante-participante, autor-participante e participante-autor) nunca foi, ao que sabemos, posta em dúvida pela doutrina<sup>(4)</sup> e pela jurisprudência<sup>(5)</sup> que negavam ao “agente” do facto precedente o estatuto de autor do crime de branqueamento. Aliás, a oposição entre os dois acórdãos dizia respeito, precisamente, à (não) punição de agentes que se perfilavam, em ambos os casos, como autores dos crimes precedentes e do branqueamento, pelo que o acórdão de fixação de jurisprudência também não poderia ir além desse âmbito problemático.

<sup>(3)</sup> Sobre a maior amplitude da noção de “agente” (“termo descomprometido”, que, no plural, se identifica com “comparticipantes”) em relação à de “autor”, *vd.* JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal — Parte Geral. Tomo I*, Coimbra Editora: 2007, p. 757 e s. *Cf.* todavia A. G. LOURENÇO MARTINS, “Branqueamento de capitais: contra-medidas a nível internacional e nacional”, *RPCC* 9 (1999), p. 475, que traz os cúmplices para a discussão do problema (embora criticando a tese do “concurso aparente”): “a figura do encobrimento, se for chamada a ‘cobrir’ esta realidade, normalmente excluirá dela o autor ou cúmplice do delito principal, com o fundamento material de que na sanção como autor ou cúmplice já se contém a reprovação do encobrimento, dado que este se limita a manter a lesão produzida (...)”.

<sup>(4)</sup> *Cf.* JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Branqueamento de capitais: reacção criminal”, in *Estudos de Direito Bancário*, Coimbra Editora: 1999, p. 347; e JORGE FERNANDES GODINHO, *Do Crime de “Branqueamento” de Capitais. Introdução e Tipicidade*, Almedina: 2001, p. 237 e ss.

<sup>(5)</sup> *Vd.* o AcSTJ de 23-03-2000 (Rel. OLIVEIRA GUIMARÃES), que serve de acórdão fundamento no recurso de fixação de jurisprudência em análise, e o AcRL de 22-10-2002 (Rel. CABRAL AMARAL).

Ainda a este propósito, no domínio da legislação anterior, entendíamos, com a generalidade da doutrina<sup>(6)</sup> e da jurisprudência<sup>(7)</sup>, que o autor do facto precedente não se encontrava excluído do círculo da autoria do branqueamento. Na verdade, argumentávamos<sup>(8)</sup>, compreende-se que o círculo da autoria da receitação, do auxílio material e do favorecimento pessoal não incluía o autor da infracção precedente, pois as condutas por ele praticadas, correspondentes às do terceiro que ali se incriminam (isto é, e respectivamente, a transmissão da coisa obtida através de um ilícito-típico patrimonial, o aproveitamento dessa coisa e a tentativa de se eximir à acção da justiça), são *sempre, enquanto tais*, prolongamentos da infracção precedente socialmente tidos como “naturais” e cuja censura se integra, por isso, nas penas que para ela se cominam. Todavia, o mesmo já não sucede com o branqueamento: se é certo que a simples detenção das vantagens e a sua utilização “normal”, conaturais ao facto precedente, são factos não puníveis, não é menos certo haver outras condutas que, por integrarem um modo *particularmente eficiente* de garantir a conservação das vantagens ilicitamente obtidas, em detrimento da pretensão estadual à sua detecção e subsequente perda, se encontram no âmago das razões que justificam a — e que servem de exclusiva legitimação à — repressão penal do branqueamento. Assim, seria contraditório fundamentar a incriminação na *particular* perigosidade da conduta para o bem jurídico protegido (a administração da justiça) e, simultaneamente, afirmar que,

<sup>(6)</sup> ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “Branqueamento de Capitais”, in: *Droga e Sociedade. O Novo Enquadramento Legal* (org. e coord. José Niza), Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga: 1994, p. 133; A. G. LOURENÇO MARTINS, *Droga e Direito*, Aequitas: 1994, p. 137 e s.; IDEM (nota 3), p. 474 e s.; JORGE DIAS DUARTE, *Branqueamento de Capitais. O Regime do DL 15/93, de 22 de Janeiro, e a Normativa Internacional*, Universidade Católica: 2002, p. 109 e ss.; e, depois, VITALINO CANAS, *O Crime de Branqueamento: Regime de Prevenção e de Repressão*, Almedina: 2004, p. 157; e GONÇALO SOPAS DE MELO BANDEIRA, “O crime de ‘branqueamento’ e a criminalidade organizada no ordenamento jurídico português”, in: *Ciências Jurídicas: Civílicas, Comparatísticas, Comunitárias, Criminais, Económicas, Empresariais, Filosóficas, Históricas, Políticas e Processuais* (apresent. A. Castanheira Neves; org. Gonçalo N. C. Sopas de Melo Bandeira, Rogério Magnus Varela Gonçalves, Frederico Viana Rodrigues), Almedina: 2005, p. 287 e p. 316.

<sup>(7)</sup> *Vd.*, *v. g.*, os AcSTJ de 30-05-1996 (Rel. COSTA PEREIRA), AcSTJ de 8-10-1997 (Rel. LOPES ROCHA), o AcRP de 7-11-2001 (Rel. MARQUES SALGUEIRO) e o AcSTJ de 20-06-2002 (Rel. PEREIRA MADEIRA).

<sup>(8)</sup> As considerações seguintes sintetizam o essencial do que escrevemos sobre o ponto no nosso estudo já citado (nota 2).

tratando-se do autor do facto precedente, a sua censura se encontra já contida na punição desse crime anterior.

Aliás, concluíamos, algo de semelhante se passa com outras infracções que supõem a (ou podem estar ligadas à) prática de um crime anterior. As condutas através das quais o autor de um crime procura eximir-se à acção da justiça (o chamado “auto-encobrimento”), correspondentes às que fundamentam a punição do terceiro a título de favorecimento pessoal, não são, *em principio*, puníveis, porque esse perigo causado à administração da justiça é socialmente tido como um prolongamento “normal” da prática de qualquer crime. Porém, se o “auto-encobrimento” integrar certas formas *específicas* de ofensa ao bem jurídico — constituindo, por exemplo, um crime de suborno (art. 363.º do CP) —, ele ganha relevância autónoma e o respectivo círculo de autores passa a incluir quem, no exemplo dado, suborna uma testemunha para tentar furtar-se à responsabilidade pelo crime precedente<sup>(9)</sup>. Deste jeito, não existe uma *regra* que exclua *genericamente* o autor do crime precedente do círculo da autoria dos crimes com que procura assegurar a impunidade ou a conservação da posição ilegitimamente obtida, pelo que não é lícito invocá-la para a interpretação do tipo do branqueamento<sup>(10)</sup>.

<sup>(9)</sup> A mesma solução vale para a instigação-autoria [na última abordagem oferecida por J. FIGUEIREDO DIAS (nota 3), p. 797 e ss.] dos crimes previstos nos arts. 359.º e 360.º do CP, quando o instigado venha efectivamente a praticá-los (cf. de novo a ressalva contida no art. 363.º do CP e, sobre ela, ANTÓNIO MEDINA DE SEIÇA, “Comentário ao artigo 363.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal* (dir. J. de Figueiredo Dias), III, Coimbra Editora: 2001, § 3 e § 11) e para a autoria imediata do crime de denúncia caluniosa, sempre que a imputação de factos a um terceiro pelo autor do crime precedente não seja mero reflexo da negação da sua própria responsabilidade (MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Comentário ao artigo 365.º”, *ibidem*, § 29 e ss.). O que não impede, naturalmente, que possam intervir aí, no caso concreto, circunstâncias que levem a afastar a culpa do *autor* (nomeadamente, a verificação de um estado de necessidade desculpante).

<sup>(10)</sup> Assim, todavia, JORGE GODINHO, *cit.*, p. 238, referindo-se apenas aos crimes de receptação, auxílio material e favorecimento pessoal: “[e]stes dados constituem à partida um forte argumento porque indicam que no Código Penal as *intervenções posteriores à consumação nunca são puníveis* quando realizadas pelo agente do ilícito-típico precedente. Só assim não seria se no caso de branqueamento de capitais existissem fortes razões que apontassem em sentido diverso” (itálicos nossos). Ora, como ficou dito em texto, há “intervenções posteriores à consumação” que *são* puníveis “quando realizadas pelo agente do ilícito-típico precedente”.

3. Antes de passarmos à análise do sentido do *AcFixJ*, justifica-se uma breve nota acerca do seu pressuposto: a jurisprudência fixada dirá verdadeiramente respeito a “soluções opostas” sobre a “mesma questão de direito”?

No acórdão recorrido, decidiu-se que existia “concurso real entre o crime de tráfico de estupefacientes e o crime de branqueamento”, ao passo que o acórdão-fundamento se havia pronunciado no sentido de os agentes do crime de branqueamento “não [poderem] ser os próprios traficantes”.

Vimos já que as duas decisões incidem sobre aspectos diferentes: o acórdão-fundamento, na parte que dele se invoca, diz respeito à delimitação da autoria no crime de branqueamento, enquanto o acórdão recorrido versa sobre um problema de unidade/pluralidade de infracções.

Todavia, como bem nota o *AcFixJ*, o aresto recorrido, ao condenar o agente pelo concurso dos dois crimes, leva implícita uma outra “decisão” — a de que o agente do facto precedente pode ser agente do crime de branqueamento.

Mas esta relação de implicação, agora no sentido reverso, já não se encontra no acórdão-fundamento — e aqui afastamo-nos do raciocínio do STJ<sup>(11)</sup> —, pois a exclusão do *autor* do crime precedente do círculo da autoria do branqueamento não significa que não possa existir concurso entre os dois crimes: com efeito, à luz do acórdão-fundamento, não ficaria afastada a possibilidade de, *v. g.*, o cúmplice do facto precedente ser posteriormente autor (ou cúmplice) do crime de branqueamento, ou de o autor do facto precedente ser cúmplice do branqueamento<sup>(12)</sup>.

Assim, em nosso entender, a verdadeira oposição de julgados sobre a “mesma questão de direito” dizia respeito, *apenas*, à definição do círculo da autoria no crime de branqueamento. Quanto à existência de concurso efectivo entre as duas infracções, ou à sua possibilidade, o acórdão-fundamento não a excluiu, nem explícita, nem implicitamente, limitando-a somente, de forma indirecta, na parte que diz respeito à “dupla autoria” das duas infracções.

<sup>(11)</sup> No que aqui releva, diz-se no ponto 2.1.3 do Acórdão: “[p]or outro lado, também se poderá argumentar que o acórdão fundamento só se pronunciou sobre a questão da autoria: o agente do crime do art. 23.º do DL 15/93 não pode ser o agente do crime do art. 21.º. Sobre o concurso de infracções, o seu dispositivo é formalmente omissivo. Mas, pelo que acima dissemos, temos de aceitar que o acórdão fundamento, ao excluir os autores dos crimes de tráfico de estupefacientes do círculo de possíveis autores do crime de branqueamento, *excluiu necessariamente a possibilidade de concurso real entre as duas infracções*” (itálicos nossos).

<sup>(12)</sup> Apesar de o acórdão-fundamento se referir, latamente, aos “agentes” dos dois crimes, a sua economia deixa claro que trata, apenas, dos respectivos autores; sobre esta metonímia, cf. de novo *supra*, nota 3 e texto correspondente.

Consequentemente, cremos que não deveria ter-se reconhecido a oposição de julgados em relação à questão do concurso: a fixação de jurisprudência deveria ter-se restringido à questão da autoria, declarando-se que, na vigência do art. 23.º, n.º 1, al. a), do DL 15/93, o autor do tráfico de estupefacientes gerador das vantagens ilegítimas podia ser autor do branqueamento.

4. A questão da delimitação da autoria no crime de branqueamento perdeu interesse com a introdução do art. 368.º-A no CP, pois o legislador decidiu esclarecer que o autor do facto precedente também podia ser autor do crime de branqueamento.

Porém, como este enunciado não resolve, por si só, o problema do *concurso de infracções*, a jurisprudência fixada pelo STJ — segundo a qual o agente do tráfico de estupefacientes cuja conduta preenchesse o tipo do branqueamento contido no art. 23.º, n.º 1, al. a), do DL 15/93, de 22 de Janeiro “cometeria os dois crimes, em concurso real” — mantém o seu valor normativo, dado que a modificação legislativa entretanto ocorrida <sup>(13)</sup> não parece de molde a torná-la “ultrapassada” (art. 446.º, n.º 3, do CPP).

Além disso, a fundamentação utilizada no Acórdão sugere que o raciocínio aí desenvolvido não esgota as suas virtualidades na afirmação do “concurso real” entre o tráfico de estupefacientes e uma certa modalidade do crime de branqueamento, antes é susceptível de ser estendido à questão do concurso do branqueamento, nas suas *várias modalidades*, com factos precedentes de *outra natureza*.

Parece oportuno, portanto, empreender uma breve revisitação do problema, aplicando-lhe a teoria do concurso entretanto apresentada pelo nosso home-nageado na segunda edição do seu *Direito Penal — Parte Geral* (2007) e dando particular atenção ao tópico da *consunção*.

## II — O conceito de “concurso real” utilizado no *AcFixj*: “concurso efectivo” ou “concurso de crimes”?

1. Na obra citada, Figueiredo Dias leva a cabo uma revisão da teoria do concurso, propondo uma análise assente em duas categorias (ou, na verdade, dois momentos) distintas(os): a “unidade de lei” e o “concurso de crimes”.

<sup>(13)</sup> O art. 368.º-A, n.º 2, do CP, reproduz, com alterações de pormenor (para além da já referida clarificação da questão da autoria), o que se dispunha no art. 23.º, n.º 1, al. a), do DL 15/93, de 22 de Janeiro.

1.1. A primeira compreende os casos em que o mesmo facto é subsumível a duas ou mais normas incriminadoras (que lhe são, por isso, “abstractamente aplicáveis”, no sentido de se encontrarem preenchidos todos os seus elementos constitutivos <sup>(14)</sup>), as quais se encontram, todavia, numa “*relação lógico-jurídica* tal (...) que, em verdade, *apenas uma delas ou algumas delas são aplicáveis*, excluindo a aplicação desta ou destas normas (prevalentes) a aplicação da ou das restantes normas (preteridas); pela razão de que à luz da(s) norma(s) prevalente(s) se pode já avaliar de forma esgotante o conteúdo de ilícito (e de culpa) do comportamento global” <sup>(15)</sup>. Assim, não é adequado conceber essas relações de exclusão à luz de uma ideia de “concurso de normas” <sup>(16)</sup>, dado que

<sup>(14)</sup> Seguindo um esquema metódico diverso, LUÍS DUARTE D’ALMEIDA, *O “Concurso de Normas” em Direito Penal*, Almedina: 2004, p. 18 e ss., distingue entre a “aplicabilidade externa” e a “aplicabilidade interna” das normas, como resultados de juízos guiados por critérios da mesma natureza (normativa). A “aplicabilidade abstracta” referida no texto corresponde já, em certo sentido, àquilo que o A. denomina “aplicabilidade interna”, embora não exactamente, porquanto a norma incriminadora que contém, *v. g.*, o tipo geral não é sequer “externamente aplicável” quando aquela que contém o tipo especial, convocada pelo caso, se mostra “internamente aplicável”. Assim, pode afirmar-se que todas as normas “internamente aplicáveis” (na construção de Duarte d’Almeida) são “abstractamente aplicáveis” (na terminologia de Figueiredo Dias), mas a inversa não é verdadeira porque algumas destas não são sequer, ali, “externamente aplicáveis”, não chegando a suscitar-se, portanto, o problema da sua “aplicabilidade interna”.

<sup>(15)</sup> J. FIGUEIREDO DIAS (nota 3), p. 992. A “relação lógica” entre normas a que o A. alude não implica que a identificação das normas “abstractamente aplicáveis” deva seguir um método lógico-subsuntivo, “crassamente positivista” (cf. *ibidem*, p. 189 e s.): uma coisa é a interpretação da norma, para a verificação dos seus elementos constitutivos, que não pode deixar de ter um referente teleológico-normativo; outra coisa é a possibilidade de estabelecimento de relações lógicas entre essas normas, *rectior*, entre os resultados das respectivas interpretações. Postas as coisas desta forma, é difícil não ver na raiz daquela relação “lógico-jurídica” (*hoc sensu*, formal) um fundamento material-teleológico: dizer que a norma prevalente (*v. g.*, especial) afasta — num plano lógico e numa operação prévia — a norma geral porque já permite “avaliar de forma esgotante o conteúdo de ilícito” do comportamento global implica logo um juízo sobre o que seja o conteúdo de ilícito do caso concreto, que por sua vez é já (materialmente) intencionado pela pressuposição de um certo sistema jurídico: veja-se, a título de exemplo, o caso apresentado *infra*, nota 56. Criticamente sobre esta abordagem, a que chama “dualismo metodológico”, cf. JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Da Unidade à Pluralidade dos Crimes no Direito Penal Português*, Universidade Católica Editora: 2005, p. 818 e ss.

<sup>(16)</sup> Neste sentido, embora no âmbito de uma outra compreensão do problema do concurso [onde haveria que distinguir entre “concurso aparente de normas” (= “nenhum

este só poderá existir quando duas ou mais normas exibirem uma pretensão de efectiva aplicação<sup>(17)</sup>. Ora, nos casos de unidade de lei, tal pretensão é liminarmente arredada através de uma “*operação de natureza lógico-conceitual*”, a qual, levando em consideração as relações “lógicas” que entre as normas se tecem, identifica, no leque das “abstractamente aplicáveis”, as que são também “concretamente aplicáveis”, excluindo a(s) restante(s).

No que diz respeito às *formas* que pode assumir a unidade de lei, Figueiredo Dias, depois de apresentar e discutir a doutrina tradicional, conclui que apenas a especialidade e a subsidiariedade (expressa ou implícita) devem integrar-se ali, relegando a consunção para o domínio daquilo a que chama concurso de crimes aparente, impróprio ou impuro, por implicar já um “problema *axiológico* e *teleológico* de relacionamento de sentidos e de conteúdos do ilícito”, que só em concreto pode ser dilucidado<sup>(18)</sup>.

concurso”), “concurso efectivo de normas” e “concurso de crimes”], já J. LOBO MOUTINHO (nota 15), p. 814, p. 895 e *passim*.

(17) Assim, o “concurso de normas” dá *sempre* lugar ao que o A. denomina “concurso de crimes”, ainda que este não tenha de ser “efectivo”, ou “puro”, podendo ser “aparente”, ou “impuro”: cf. *infra* no texto.

(18) Esta natureza do problema da consunção já se encontra presente na doutrina mais antiga, que todavia — provavelmente por força do horizonte do “concurso de normas” em que laborava — não tira dela todas as consequências. Assim, *v. g.*, EDUARDO CORREIA, *A Teoria do Concurso em Direito Criminal. Unidade e Pluralidade de Infracções*, Livraria Atlântida: 1945, p. 172, pondera que, enquanto “a especialidade se pode afirmar em abstracto, só em concreto se pode afirmar a consunção de um preceito pelo outro”, mas declara depois ser “evidente que então esta co-autoria material consome aquela ou qualquer outra forma de participação de tal agente no mesmo crime” (*ibidem*, p. 178). Também MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA *Direito Penal Português*, I, Verbo: 1981, p. 169, afirma que “o afastamento da aplicabilidade da norma consumpta só pode averiguar-se em concreto, perante uma situação real, efectiva”, embora aponte depois exemplos de uma consunção estabelecida em abstracto: “não há encobrimento ou cumplicidade do próprio autor do crime” (*ibidem*, p. 185); “a tentativa ou delicto frustrado anterior fica impune e engloba-se na estrutura do crime posterior e consumado como seu elemento accidental” (*ibidem*, p. 186).

Da mesma forma, não é possível afirmar, como o fizemos em várias anotações inseridas no *Comentário Conimbricense do Código Penal*, aplicando a doutrina tradicional da consunção enquanto “concurso de normas” (juntamente com a especialidade e a subsidiariedade), que o “crime *x* consome o crime *y*” (vd. só, a título de exemplo, “Comentário ao art. 334.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, III, § 20). Estas proposições têm que ser revistas agora à luz da concepção avançada por Figueiredo Dias (na generalidade dos casos, será suficiente lê-las como manifestação de uma *possibilidade*: “o crime *x* pode consumir o crime *y*”); em sentido muito mais próximo daquele que hoje deve

1.2. Por seu lado, o “concurso de crimes” existe quando o comportamento global imputado ao agente exprime vários “concretos sentidos de ilícito”<sup>(19)</sup>, valorados em várias normas “concretamente aplicáveis”; aqui, “o método analítico deixa de ser *lógico*, para passar a ser *teleológico*; a solução há-de provir não de considerações de ordem *formal*, mas de uma argumentação *substancial* ou *material* levada a cabo em função do significado social do comportamento em apreciação perante a ordem dos tipos de ilícito contidos nas normas concretamente aplicáveis”<sup>(20)</sup>. Assim, identificada uma “*pluralidade de normas típicas* concretamente aplicáveis ao comportamento global”, “é legítimo concluir, *prima facie*, que aquele comportamento revela uma *pluralidade de sentidos sociais de ilicitude* que (...) devem ser integralmente valorados para efeito de punição”, constitutiva de um “concurso de crimes efectivo, puro ou próprio”<sup>(21)</sup>.

Todavia, aquela presunção pode ser elidida quando “os sentidos singulares de ilicitude típica presentes no comportamento global” do caso concreto se conectem, intersectem ou parcialmente se cubram de forma tal que se “deva concluir que aquele comportamento é dominado por um único sentido de desvalor jurídico-social; por um sentido de tal modo predominante, quando lido à luz dos significados socialmente relevantes — dos que valem no mundo da vida e não apenas no mundo das normas —, que seria inadequado e injusto incluir tais casos na forma de punição prevista pelo legislador quando editou o art. 77.º”. Este desfasamento entre a pluralidade de normas típicas concretamente aplicáveis e a pluralidade de crimes efectivamente cometidos concretiza-se na figura da *consunção*, no sentido amplo que lhe deu Eduardo Correia, englobando “as relações de mais e menos que se estabelecem entre os valores jurídico-criminalmente protegidos”<sup>(22)</sup> — embora já não “sob o prisma das relações entre normas, mas de relações entre sentidos dos ilícitos singulares no contexto da realidade da vida constituída pelo comportamento global”<sup>(23)</sup>.

Por fim, Figueiredo Dias aponta vários critérios que podem levar o aplicador à conclusão de que está perante um caso de consunção — e, portanto de concurso de crimes aparente, impuro ou impróprio —, a punir no âmbito

valer, cf., ainda assim, PEDRO CAEIRO (nota 2), p. 1108, onde já víamos a consunção como um problema de “valoração concreta de factos à luz de normas formalmente violadas”.

(19) J. FIGUEIREDO DIAS (nota 3), p. 1005.

(20) *Ibidem*, p. 1005 s.

(21) *Ibidem*, p. 1006.

(22) EDUARDO CORREIA (nota 3), p. 171.

(23) J. FIGUEIREDO DIAS (nota 3), p. 1012.

da moldura penal do crime dominante, servindo então o(s) crime(s) dominado(s) como factor(es) agravante(s) da medida da pena <sup>(24)</sup>, de maneira a cumprir-se, também aqui, o mandado de esgotante valoração da matéria ilícita <sup>(25)</sup>.

2. Perante este modo de denominar e, sobretudo, de (re)construir o problema do concurso, cabe perguntar qual o sentido prático-normativo insito no *AcFixJ* de que vimos tratando.

2.1. A primeira conclusão, óbvia, é a de que o STJ entendeu — correctamente — não existir unidade de lei entre as normas que incriminam o tráfico de estupefacientes e a conversão das vantagens assim obtidas, guiada pelo fim de ocultar ou dissimular a sua origem ilícita. Esta asserção parece susceptível de generalização, pois não se vê que a norma incriminadora do branqueamento possa encontrar-se numa qualquer relação de “especialidade” ou de “subsidiariedade” com outra norma que incrimine um facto precedente <sup>(26)</sup>.

Quanto a este ponto, é inequívoco que o STJ tinha competência para afirmar a inexistência de unidade de lei, dado que se trata de um juízo abstracto, independente do caso concreto, referido às “relações lógicas entre normas”.

<sup>(24)</sup> J. FIGUEIREDO DIAS (nota 3), p. 1036 e ss. Assim já também, na solução, M. CAVALEIRO DE FERREIRA, p. 166 e p. 170 (embora no quadro da unidade criminosa: a norma “consumptiva” abrange, como seu “elemento”, o facto previsto na “norma consumpta”); e J. LOBO MOUTINHO (nota 15), p. 1019 e ss., e p. 1062 e ss. [embora enquadrando a consunção nos casos de “nenhum concurso” (de normas ou de crimes), excepto quando se trate de um caso de consunção impura (unidade criminosa + “concurso efectivo de normas”), a que cabe um regime punitivo próprio (p. 1168 e s.)].

<sup>(25)</sup> J. FIGUEIREDO DIAS (nota 3), p. 1002. Criticamente, com razão, sobre a doutrina da consunção que deixa o facto consumido impune, já L. DUARTE D’ALMEIDA (nota 14), p. 68 e ss. Porém, o fundamento da crítica — uma “violação da legalidade criminal” — não é de acompanhar, se por aí se pretende sugerir que aquela solução viola o princípio da legalidade (cf. também *ibidem*, p. 125). Em primeiro lugar, e ao invés do que assim parece afirmar-se, a implicação necessária entre crime e pena é alheia à teleologia do princípio da legalidade, encontrando antes a sua sede em outros lugares da normatividade constitucional (nomeadamente, no princípio da igualdade e no dever de “reprimir a violação da legalidade democrática” que incumbe aos tribunais). Em segundo lugar, e em qualquer caso, aquela doutrina não implicaria uma violação desse princípio, pois, nos termos dela, a consunção levaria a afirmar, precisamente, a existência de um único crime. Assim, o que se pode apontar-lhe é, como se diz em texto, o defeito de não dar o relevo devido a toda a factualidade criminalmente relevante.

<sup>(26)</sup> O que não significa, naturalmente, que a conduta branqueadora em si mesma não possa ser subsumível a outras normas apenas “abstractamente aplicáveis” (v. g., o favorecimento pessoal) e por aí conduzir a fenómenos de unidade de lei.

2.2. A questão que seguidamente se põe é a de saber se o “concurso real” estabelecido pelo STJ se identifica com a noção de “concurso de crimes efectivo”, *sc.*, vários crimes punidos nos termos do art. 77.º do CP, ou se significa apenas que o branqueamento *concorre* com o tráfico de estupefacientes, deixando aberta a possibilidade de um concurso aparente (consunção) entre os dois crimes quando o agente branqueie as vantagens que obteve, ele próprio, com o facto precedente.

No domínio da legislação anterior, entendíamos que o autor do facto precedente, não devendo ser genericamente excluído do círculo da autoria do branqueamento, era todavia merecedor de atenção particular, num duplo plano (legal-abstracto e judicativo-concreto):

- por um lado, escrevíamos, é necessário que “a formulação legal da acção típica retrate com rigor esse perigo especial, mantendo a impunidade das condutas praticadas pelo autor do facto precedente que devam ainda considerar-se abrangidas pela punição do último — como é o caso, *v. g.*, da simples detenção das vantagens, escondidas debaixo do colchão, enterradas no jardim de sua casa ou depositadas na conta do próprio” <sup>(27)</sup>;
- por outro lado, “a regra da consunção deverá ser judicialmente aplicada sempre que a concreta conduta do autor do facto precedente, preenchendo embora o tipo legal do branqueamento, corresponda apenas a uma utilização ou aproveitamento normal das vantagens obtidas e deva, por isso, considerar-se abrangida pela punição daquele facto” <sup>(28)</sup>.

a) No que diz respeito ao *plano legal*, grande parte dos problemas de “dupla punição” iníqua do autor do facto precedente que então se punham desapareceram, pois derivavam da incriminação da simples “utilização” ou “detenção” das vantagens contida no n.º 1, al. c), do art. 2.º daquele diploma, justamente criticada pela doutrina <sup>(29)</sup>, e que não foi acolhida pelo art. 368.º-A do CP.

<sup>(27)</sup> PEDRO CAEIRO (nota 2), p. 1108.

<sup>(28)</sup> *Ibidem*, p. 1109.

<sup>(29)</sup> Cf. logo JORGE GODINHO (nota 4), p. 199 e ss.; e PEDRO CAEIRO (nota 2), p. 1114, nota 142. De forma não explicitamente crítica, mas considerando já, segundo parece, que esta modalidade de acção não podia dizer respeito ao autor do facto precedente, A. LOURENÇO MARTINS (nota 6), p. 137.

Ainda neste contexto, a necessidade de uma interpretação rigorosa do tipo tem sido acolhido por alguma jurisprudência: assim, como muito bem viu o Tribunal da Relação do Porto,

“(…) a verificação do crime de branqueamento (previsão do n.º 2 do art. 368-A do CP) não depende apenas do preenchimento do tipo objectivo (*v. g.* prova de depósitos em conta própria, de vantagens provenientes do crime subjacente, depósitos esses feitos pelo autor desse mesmo crime precedente). Ainda que tal conduta possa ser qualificada de operação de conversão e, como tal, preencher o tipo objectivo do crime de branqueamento, é necessário, também, alegar e provar o tipo subjectivo, a saber, a intenção de dissimular a origem ilícita das vantagens ou de evitar que o autor ou participante dessas infracções seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal (art. 368-A, n.º 2). No entanto, na acusação (...) nada se refere ou infere quanto ao tipo subjectivo do crime de branqueamento da previsão do art. 368-A, n.º 2, do CP, isto é, quanto à sua intenção de, por essa forma, querer dissimular a origem ilícita daquelas vantagens ilícitas.

E, também não basta o simples depósito em conta própria, de vantagens provenientes do crime de tráfico de estupefacientes, para se concluir pela verificação do crime de branqueamento na modalidade prevista no art. 368-A, n.º 3, do CP. Com efeito, para se mostrar preenchido o tipo objectivo da modalidade de branqueamento prevista no art. 368-A, n.º 3, do CP, é necessário alegar factos que permitam depois extrair a conclusão de que, por essa forma (depósito em conta própria, de vantagens provenientes do crime de tráfico de estupefacientes) se está a ocultar ou dissimular a sua verdadeira origem.

Significa isto também que, não obstante serem diferentes os bens jurídicos protegidos pelo crime de branqueamento (enquanto crime autónomo) e pelo crime de tráfico de estupefacientes (crime subjacente), é necessário, em cada caso, apurar se a conduta em questão assume a autonomia necessária para, por si só, integrar o crime de branqueamento ou se antes consiste na prática de facto posterior consumido no crime precedente (no crime de tráfico de estupefacientes, aqui agravado pela al. c) do art. 24 do DL n.º 15/93)” (30).

(30) AcRP 7-02-2007, Proc. 0616509 (Rel. MARIA DO CARMO SILVA DIAS). Já não podemos concordar com o aresto na parte em que decidiu que a aquisição de automóveis

Note-se que, como se depreende dos primeiros parágrafos transcritos, que claramente referem a *atipicidade* de certas condutas, o Acórdão em apreço utiliza o conceito de consunção num sentido muito amplo: o que verdadeiramente importa reter é que as condutas descritas não chegam a ser típicas — a conversão das vantagens não é feita de um modo que permita inferir a intenção de dissimulação e, portanto, o eventual desvalor jurídico-penal que se lhe atribua é ainda imputado no crime precedente —, pelo que nem sequer existem várias normas “abstractamente aplicáveis”.

O mesmo deverá valer, acrescentamos nós, para as hipóteses em que a conduta “branqueadora” corresponde ao enunciado linguístico da norma, mas da qual não pode dizer-se, com propriedade, que integra o respectivo ilícito-típico (31): pense-se, p. ex., no agente que furta um automóvel “de valor consideravelmente elevado” (32) e que subsequentemente “oculta” a sua “localização”, encerrando-o na garagem e cobrindo-o com uma lona. Embora estes factos sejam *descritos* pelo texto do n.º 3 do art. 368.º-A, uma compreensão material do ilícito-típico do branqueamento deve levar à conclusão de que se trata ainda de um prolongamento do facto anterior socialmente tido como “normal”, não criando um perigo particular para a pretensão do Estado à detecção e apreensão do objecto furtado.

Não se diga que se confunde assim a construção do tipo do branqueamento (que pertence à interpretação da respectiva norma incriminadora) e a possibilidade de consunção deste crime pelo crime precedente: com efeito,

de luxo, com dinheiro proveniente do tráfico de estupefacientes, posteriormente registados em nome do autor do tráfico, constitui uma “conversão das vantagens com intenção de dissimular a sua origem ilícita”. Não pretendemos acompanhar aqui o argumento da defesa, referido no acórdão, segundo o qual o registo do automóvel excluiria a “dissimulação” da origem ilícita dos *veículos*. Mas não parece que a origem ilícita do *dinheiro* (pois essas são as vantagens de que no caso se trata) pudesse ficar mais bem “dissimulada” na propriedade de um Ferrari, publicamente manifestada através do registo, do que na propriedade das quantias em numerário ou na titularidade da conta bancária de onde os fundos saíam. Assim, seria muito difícil ver na própria aquisição dos automóveis os factos contextuais que, como o Tribunal bem referiu em relação às operações de depósito, são necessários à comprovação do preenchimento do tipo subjectivo.

(31) Cf. A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais* (Coleção Studia Iuridica, n.º 1), Coimbra Editora: 1993, p. 143 e ss.; e JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (Fragmenta iuris poenalis). *Introdução*, Coimbra Editora: 2007, p. 142 e ss.

(32) Furto qualificado, punível com prisão de dois a oito anos (art. 204.º, n.º 2, do CP), relevante como facto precedente para os efeitos do art. 368.º-A, n.º 1, do CP.

não pode esquecer-se que o facto do branqueamento se encontra umbilicalmente ligado ao ilícito-típico de onde provêm as vantagens, pelo que é a própria *ratio* da sua punição — a *particular* dificuldade da detecção e confisco ou apreensão das vantagens — que veda a inclusão, na respectiva área de tutela típica, das condutas que são conaturais a tais factos. Essa dificuldade passa, via de regra, pelo distanciamento das vantagens em relação ao facto precedente e ao seu autor, inexistindo, em princípio, nos casos onde elas permanecem de forma ostensiva na titularidade ou na posse do mesmo, sem sofrer uma modificação que obscureça sensivelmente a sua origem ilícita ou a pessoa que ilegitimamente as adquiriu <sup>(33)</sup>.

Daqui decorrem duas consequências que são estranhas à regra da consunção.

Em primeiro lugar, o tipo (subjectivo) do branqueamento também não é preenchido pelo terceiro que, não sendo autor do facto precedente, poderia ser autor do branqueamento ao “auxiliar” o primeiro na conversão das vantagens (art. 368.º-A, n.º 2), desde que nesse auxílio não existam factos por onde se comprove o elemento subjectivo da ilicitude (por exemplo: *A*, a pedido do autor do facto precedente *B*, deposita na conta bancária deste, através de um talão de depósito por *B* previamente preenchido e assinado, certas somas que o mesmo lhe entrega para o efeito e que *A* sabe serem de proveniência ilícita <sup>(34)</sup>).

Em segundo lugar — e aqui pretendemos apenas sublinhar o óbvio —, esta compreensão das coisas torna claro que a não punição do branqueamento, nos casos descritos, não é função, e portanto não depende, da *efectiva punição* pelo facto precedente <sup>(35)</sup>, como sucederia se se tratasse de um caso de consunção. Assim, se o agente praticou um facto ilícito-típico de insolvência dolosa agravada (art. 229.º-A do CP), todavia não punível por-

<sup>(33)</sup> E por isso já são tipicamente relevantes as operações praticadas pelo autor do facto precedente através das quais as vantagens são depositadas na conta de uma sociedade que ocultamente domina, ou são sucessivamente convertidas em aplicações financeiras que impossibilitam ou dificultam a reconstrução do *paper trail*.

<sup>(34)</sup> Solução diversa já caberia ao caso de *A* depositar, *em seu nome*, na conta bancária de *B* e a pedido deste, certas quantias de proveniência ilícita que *B* lhe entrega para o efeito, num *contexto* em que ambos mantêm negócios legítimos entre si, de forma a criar a aparência de que as vantagens têm uma origem lícita: co-autoria, por ambos, de um crime de branqueamento.

<sup>(35)</sup> É sabido que o tipo do branqueamento exige apenas que as vantagens proveham de um facto *ilícito-típico*, não de um *crime*.

que a insolvência não foi judicialmente reconhecida, a conversão (dissimulação, etc.) das vantagens obtidas não passa a ser punível pela circunstância de não existir aí um crime dominante que a consuma. Ao invés, há que verificar, nos termos referidos, se a conduta preenche os elementos objectivos e subjectivos do branqueamento; se assim não for, a norma não é sequer “abstractamente aplicável”.

Em todos estes casos, a norma incriminadora do branqueamento é inaplicável, não por força da *posição* de autor no facto precedente, mas por se tratar de *determinada conduta*, eventualmente praticada pelo autor do facto precedente. Sendo factos atípicos, o *AcFixJ* não se lhes aplica.

*b)* No tocante ao *plano da aplicação do direito* — e supondo, portanto, que a conduta preenche efectivamente a norma incriminadora do branqueamento, surgindo esta como concretamente aplicável —, põe-se a questão de saber se deve entender-se, após o *AcFixJ*, que o branqueamento se encontra *sempre*, para o seu autor, numa relação de concurso efectivo com o crime precedente <sup>(36)</sup>.

Perante a construção da área de tutela típica prevista na lei actual, mais restrita do que a anterior, não haverá muitos casos em que o crime precedente consuma o branqueamento (“concurso de crimes aparente”), *sc.*, onde se verifique “entre os sentidos de ilícito coexistentes uma *conexão objectiva* e/ou *subjectiva* tal que deixa aparecer um daqueles sentidos de ilícito como *absolutamente dominante, preponderante, ou principal, e hoc sensu autónomo*, enquanto o restante ou os restantes surgem, também a uma consideração jurídico-social segundo o sentido, como dominados, subsidiários ou dependentes” <sup>(37)</sup>.

Na verdade, para o autor do crime precedente, não parece existir hoje muito espaço entre a atipicidade da conduta, nos termos descritos, e o efectivo cometimento do crime de branqueamento. Mas pode, ainda assim, figurar-se o seguinte exemplo: *A*, autor de um crime de tráfico de influência (art. 335.º, n.º 1, al. *a*)), pretende depositar na sua conta bancária a quantia de 25.000 €, em numerário, que lhe foi entregue como contrapartida daquele crime; o funcionário da instituição bancária, no cumprimento do

<sup>(36)</sup> Como dissemos, o *AcFixJ* diz respeito apenas ao crime de tráfico de estupefacientes, mas a sua fundamentação parece permitir generalizar o sentido da jurisprudência fixada.

<sup>(37)</sup> J. FIGUEIREDO DIAS (nota 3), p. 1015.

dever de exame imposto pelo art. 15.º da L. 25/2008, de 5 de Junho, inquire *A* sobre a proveniência dos fundos, ao que este lhe responde tratar-se do produto da venda do seu automóvel. Parece que esta conduta integra o n.º 3 do art. 368.º-A, pois traduz-se numa dissimulação da origem das vantagens, não podendo entender-se que o ludíbrio do funcionário do banco, constitutivo já de um início de perigo para o bem jurídico, é conatural ao tráfico de influência. Todavia, talvez os *contornos precisos de cada facto concreto* permitam concluir que o primeiro surge aqui como dominante, repugnando a punição por dois crimes *apesar* do preenchimento de ambos os tipos legais (38).

Por outro lado, não está excluído que o branqueamento, pese embora o seu carácter de “acessoriedade” em face do facto precedente (39), se encontre numa relação de consunção com ele, mas na veste de *crime dominante*: suponha-se, por exemplo, que *A* recebe uma elevadíssima quantia em numerário proveniente de um crime de corrupção (passiva), entregando uma boa percentagem a *B* como pagamento antecipado da falsificação de um documento que permita dar aparência legítima ao montante remanescente. *B* decide incluir no teor do documento falso a totalidade da quantia, de maneira a poder justificar também a origem do dinheiro que lhe havia sido entregue. Todavia, por razões que não importam, a falsificação e o branqueamento que através dela se pretendeu efectuar quedam-se pelo estádio da tentativa (40): ambos respondem por tentativa de branqueamento (*A* como instigador, *B* como autor material), a qual consome a tentativa de falsificação — que é, para *B*, o facto precedente gerador das “suas” vantagens, já percebidas, cujo branqueamento é (também) visado na operação (41).

(38) Outra deveria ser porventura a solução se *A*, instado a tanto, exhibisse a *B* um documento onde se confirmasse o negócio, forjado para o efeito: concurso efectivo dos crimes de tráfico de influência e de branqueamento.

(39) Cf. *infra* no texto.

(40) Como se sabe, a eventual natureza formal de um crime não é incompatível com a figura da tentativa (mas apenas com a chamada “frustração”): cf. só J. FIGUEIREDO DIAS (nota 3), p. 724.

(41) Sem prejuízo, naturalmente, da responsabilidade de *A* pelo crime de corrupção passiva, em concurso efectivo com a tentativa de branqueamento.

Claro que a solução dada no texto seria a mesma se *B* nada houvesse recebido pelo (projectado) crime de falsificação: o exemplo pretende apenas frisar que, por um lado, a existência de um facto precedente não implica necessariamente uma relação de concurso efectivo com o branqueamento e que, por outro, o branqueamento pode surgir como crime dominante em face desse facto precedente [neste caso, em virtude do carácter ins-

É precisamente neste género de situações que a doutrina de Figueiredo Dias exhibe particular interesse, pois a consunção reporta-se aqui aos *concretos sentidos de ilícito do caso* (do “grande facto”), no seu significado social, e não às *normas*, no seu enunciado abstracto.

Ora, assim sendo, cremos que o sentido do *AcFixJ* não pode ser o de excluir possíveis hipóteses de consunção — porque se trata sempre de um *problema do caso*, insusceptível de uma decisão abstracta por via da interpretação dos tipos legais e, portanto, subtraído aos poderes que permitem ao Supremo Tribunal de Justiça fixar jurisprudência —, mas antes o de afirmar que entre o tráfico de estupefacientes (ou outro crime precedente) e o branqueamento existe “concurso de crimes”; efectivo (puro) ou aparente (impuro), é algo que só o juiz do caso pode determinar.

### III — A punição do facto precedente como *crime dominante* nos casos de “consunção impura” (\*)

1. Há que salientar um outro aspecto das situações de consunção que envolvam um crime de branqueamento, onde se suscitam, em nosso entender, dificuldades particulares.

1.1. À semelhança do que sucede com a *receptação*, o *auxílio material*, a *embriaguez e intoxicação* e o *favorecimento pessoal*, o branqueamento encontra-se matricialmente ligado à prática de outra infracção. Essa posição de acessoriedade (*hoc sensu*) tem consequências:

— na construção e interpretação do tipo (que não deve incluir, sob pena de se violar a proibição de dupla valoração, as condutas conaturais à prática do ilícito-típico precedente, *v. g.*, a mera detenção e utilização, sem outras qualificações, pelo respectivo autor, das vantagens obtidas) (42);

trumental da falsificação, que ali esgotaria os seus efeitos: cf. J. FIGUEIREDO DIAS (nota 3), p. 1018 e s.].

(\*) Este apartado é devedor das críticas e sugestões formuladas pelos Mestres Cristina Líbano Monteiro, Nuno Brandão e Susana Aires de Sousa, a quem agradeço a disponibilidade amiga. As falhas e insuficiências que persistam são, naturalmente, de minha exclusiva responsabilidade.

(42) *Supra*, II, 2.2.

- na repercussão da prescrição do facto precedente sobre a relevância das vantagens <sup>(43)</sup>;
- na dependência da punibilidade do branqueamento das condições de procedibilidade do facto precedente <sup>(44)</sup>;
- e na determinação da pena concreta do branqueamento (que não pode ser superior ao limite máximo da pena aplicável ao facto precedente) <sup>(45)</sup>.

A posição de acessoriedade tem também uma consequência prática: quando o autor do crime precedente coincida com o do branqueamento, e deva estabelecer-se uma relação de consunção entre os dois crimes de acordo com os critérios aplicáveis, o branqueamento surge, em regra (embora não necessariamente<sup>(46)</sup>), como *crime dominado*.

Sucede que, nestes casos, por força da moldura penal prevista no art. 368.º-A <sup>(47)</sup>, o aplicador pode deparar frequentemente com situações de “distorção” entre as molduras penais aplicáveis ao ilícito dominante e ao ilícito dominado (“consumção impura”) <sup>(48)</sup>, *sc.*, situações em que o “sentido de ilícito” tido como concretamente mais grave é menos punido do que o “sentido de ilícito” menos grave, sobretudo quando o facto precedente integre o catálogo do n.º 1 do art. 368.º-A, onde se incluem crimes cuja punição é, por comparação (muito) mais branda.

1.2. Importa esclarecer, desde já, o regime a que se encontra sujeita, em geral, a punição da consunção impura.

Vejamos, antes de mais, a perspectiva segundo a qual a moldura penal aplicável é sempre a da *lex consumens* (mais leve) <sup>(49)</sup>. Neste regime, a “impu-

<sup>(43)</sup> PEDRO CAEIRO (nota 2), p. 1123.

<sup>(44)</sup> Art. 368.º-A, n.º 5; e PEDRO CAEIRO (nota 2), p. 1123 e ss.

<sup>(45)</sup> Sobre este ponto, cf. *infra* no texto.

<sup>(46)</sup> Cf. *supra* o texto correspondente à nota 39 e ss.

<sup>(47)</sup> Dois a doze anos de prisão, agravada de um terço em ambos os limites no caso de habitualidade; esta moldura *não é* alterada pelo disposto no art. 368.º-A, n.º 10: cf. *infra*, 2, c).

<sup>(48)</sup> J. FIGUEIREDO DIAS (nota 3), p. 1023.

<sup>(49)</sup> L. DUARTE D'ALMEIDA (nota 14), p. 76, n. 217, coloca-nos no leque dos autores que partilham desse entendimento; porém, nos passos que cita, afirmamos apenas que as cláusulas de subsidiariedade expressa visam evitar casos de consunção impura. Assim, escrevamos em “Comentário ao artigo 230.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, II, § 48: “a parte final da norma (...) evita possíveis casos de consunção impura”; em “Comentário ao artigo 327.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*,

reza” da consunção residiria, na circunstância de a *lex consumens* — que continuaria a ser aplicada em virtude de critérios atinentes às normas incrimina-

III, § 16: “note-se que esta regra de subsidiariedade visa apenas evitar casos de consunção impura, não devendo extrair-se dela uma impossibilidade absoluta de o crime de atentado se encontrar numa relação de concurso efectivo com outros crimes”; e em “Comentário ao artigo 333.º” [e não 331.º, como o A. por lapso indica], *ibidem*, § 27: “(...) uma cláusula expressa de subsidiariedade, que (...) se destina *exclusivamente* a evitar casos de consunção impura. O que significa que só deve ser aplicada nos casos em que o crime de *coacção contra órgãos constitucionais* consumiria, por força das regras do concurso, um crime punido com pena superior. Esta cláusula poderá encontrar aplicação, nomeadamente, caso a conduta do agente preencha o tipo do *sequestro qualificado* punido pelo art. 158.º, n.º 2, al. f), pois os cânones que regem, em geral, o concurso aparente levariam a considerar consumida a qualificação e a punir o agente pelo crime de *coacção contra órgãos constitucionais* em concurso efectivo com o crime de *sequestro simples* (...). Ora, a pena assim determinada poderá ser inferior à pena que caberia ao *sequestro qualificado*, devendo então funcionar a cláusula de subsidiariedade e haver lugar à condenação apenas por este último crime”.

Neste contexto, “evitar casos de consunção impura” não significa evitar a punição no âmbito da moldura mais leve, mas evitar, por *expressa indicação legal*, “uma via indirecta e algo sinuosa” (ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, “Comentário ao art. 262.º”, *ibidem*, II § 9) de resolver a antinomia decorrente de à norma incriminadora mais grave (o nosso horizonte era, na altura, o do “concurso de normas”) corresponder uma pena mais branda do que à norma incriminadora menos grave. Admitimos que a formulação do último passo transcrito possa ter feito o A. *inferir* o entendimento que nos atribui sobre o *regime sancionatório* da consunção impura. Mas bastaria ter atentado no que escrevemos em outro lugar da mesma obra, na única referência *expressa e específica* que aí fazemos ao problema, para compreender que não partilhávamos de tal entendimento, antes fixávamos o critério da punição da consunção impura na gravidade das penas aplicáveis: “se a conduta do agente provocar a falência e a inerente destruição da empresa, parece que o crime do n.º 2 do art. 227.º deve consumir o crime de burla, pois à lesão dos credores aqui tipificada acresce o dano à economia nacional que justifica a agravação. *Todavia, se a conduta preencher simultaneamente a qualificação do art. 218.º, n.º 2, a moldura penal aí prevista (...), quando comparada com a cominada naquela norma (...), leva a concluir que a burla qualificada consome a insolvência dolosa agravada pela falência (consunção impura)*” (“Comentário ao artigo 227.º”, *ibidem*, § 68; itálicos acrescentados).

Ainda a propósito das relações entre a consunção impura e as cláusulas de subsidiariedade expressa, desenhadas daquela forma, antecipa-se (e, até certo ponto, compreende-se) a crítica: se as últimas servem só para reafirmar o regime que já caberia à primeira, são redundantes.

Porém, há que ver:

- a) De um lado, nada impede o legislador de prevenir a aplicação da lei num sentido indesejado: as cláusulas de subsidiariedade podem muito justamente desti-

doras — não esgotar completamente o desvalor dos factos *no plano sancionatório*, na medida em que a *lex consumpta*, também ela preenchida, prevê uma

nar-se a evitar qualquer construção que resulte na aplicação exclusiva da norma subsidiária (enquanto *lex consumens*), da mesma maneira que tantas outras normas têm uma função puramente enfática — lembre-se, *v. g.*, os incisos iniciais dos arts. 4.º e 5.º do CP, que condicionam a aplicabilidade das regras às previstas à inexistência de “tratado ou convenção internacional em contrário”, sendo que a preferência aplicativa do direito internacional convencional sobre o direito ordinário interno decorre já do art. 8.º, n.º 2, da CRP, naquela que é interpretação corrente e pacífica deste dispositivo.

β) De outro lado, não pode excluir-se *de plano* que o legislador, ao consagrar certas cláusulas de subsidiariedade expressa, tenha querido determinar que *nesses casos* o tribunal se encontra *obrigado* a aplicar a pena mais grave, independentemente dos resultados a que possa levar, em geral, uma qualquer construção da consunção impura, deixando aberta a hipótese de, *nos restantes casos* (de consunção impura), a solução poder ser diversa: disso curaremos *infra* no texto.

Uma palavra ainda sobre a concepção de L. DUARTE D'ALMEIDA (*ibidem*, p. 117 e ss.) acerca das cláusulas de subsidiariedade expressa, segundo a qual elas visam apenas subtrair a punição de casos (que seriam) de concurso efectivo ao regime do art. 77.º do CP, privilegiando-os com um tratamento menos severo (punição dos dois crimes na moldura penal mais grave). De acordo com esse esquema, a lei daria um tratamento mais benevolente aos crimes previstos nas normas de aplicação subsidiária sempre que eles se encontrem “em conexão” (*ibidem*, p. 117) com outras infracções: se o crime *A* possuir uma certa conexão *y* com outro (qualquer) crime *N*, então ambos serão punidos, não no âmbito do concurso efectivo, mas sim na moldura penal mais grave das previstas para os tipos preenchidos. A dita “conexão” *y*, determinante do funcionamento da subsidiariedade, é “semelhante” à que subjaz à figura tradicional da “consumpção” e, ainda na óptica do A., deve ser tratada como (aquilo que denomina) “concurso ideal”, no quadro da “continuação criminosa” prevista no n.º 2 do art. 30.º (*ibidem*, p. 112 e ss., e p. 126 e ss.).

Não é clara a *compreensão* do concurso efectivo que se pressupõe quando se afirma que, sem as cláusulas de subsidiariedade, a punição dos crimes em presença se encontraria sujeita ao regime do art. 77.º Não é, seguramente, a compreensão “tradicional”, pois, aí, a *mesma* “conexão” onde assenta aquela construção levaria o intérprete, na ausência das ditas cláusulas, a punir os casos referidos como situações de consunção (impura), ou, não se verificando os respectivos requisitos e havendo razão para tanto, como crime continuado. Aquela afirmação também não é verdadeira quando inserida na concepção proposta pelo A., pois se o “tipo de conexão” suposto pelas cláusulas de subsidiariedade é o *mesmo* que se surpreende no “concurso ideal”, a punir no quadro da continuação criminosa (*ibidem*, p. 117 e p. 124 e ss.), *nunca* os crimes em presença seriam punidos como concurso efectivo, no âmbito do art. 77.º Deste modo, a previsão daquelas cláusulas, com este sentido, não só não seria, ao invés do que se pretende, “absolutamente necessári[a]” (*ibidem*, p. 118), como se revelaria, também aí, redundante. E, diríamos, reforçadamente redundante, por-

moldura penal mais severa. Tal distonia seria, ao menos em alguns casos, atribuível a “lapsos” do legislador, a que o próprio tentaria atalhar através da previsão, aqui e ali, de cláusulas de subsidiariedade expressa<sup>(50)</sup>. De acordo com a doutrina dominante<sup>(51)</sup>, este entendimento deve ser recusado por conduzir a punir mais levemente o agente cuja conduta preencheu a *lex consumens* e a *lex consumpta* do que aquele cuja conduta integrou apenas a última, funcionando então a subsunção do facto à primeira como verdadeira atenuante.

Por outro lado, admitir que, nas situações de consunção impura, os critérios de valoração concreta dos factos são substituídos pelo das penas aplicáveis (como chegámos a sustentar<sup>(52)</sup>), passando o ilícito dominado a dominante — aqui, a “impureza” da consunção residiria na circunstância de a *incriminação* correspondente à norma de sanção aplicável não abranger toda a factualidade relevante<sup>(53)</sup> —, é renegar o pensamento da consunção como problema do caso<sup>(54)</sup>.

Assim, na generalidade das hipóteses, a melhor solução parece passar pela “cisão teórica” entre a norma incriminadora e a norma de sanção: as situações de consunção impura devem dar lugar à punição do crime dominante na moldura penal prevista para o ilícito-típico dominado<sup>(55)</sup>, continuando este a servir como factor de agravamento da medida da pena; a

quanto o A. não admite, em caso algum, a possibilidade que avançámos *supra* em β), sustentando antes que o preenchimento de vários tipos legais integra sempre a prática de vários crimes que, quando não sejam punidos no âmbito do concurso efectivo (art. 77.º), devem ser sancionados, *sempre*, na moldura penal mais grave (*ibidem*, p. 76 e p. 126). Por último, esta concepção acaba por ser passível da mesma crítica que se dirige, em geral, à consunção como “concurso de normas”, na medida em que supõe a possibilidade de o legislador determinar, em abstracto, os casos que “seriam de concurso efectivo”, quando esse juízo (e a correlativa distinção dos casos de consunção) pertence, apenas, ao julgador.

<sup>(50)</sup> Cf., ainda criticamente, L. DUARTE D'ALMEIDA (nota 14), p. 118 e s.

<sup>(51)</sup> AMÉRICO CAMPOS COSTA, “Se o autor do crime de abuso de confiança que aliena a coisa desencaminhada comete também o crime de burla”, *RDES* (1956), p. 257 e s., que por isso fixava o critério da consunção na gravidade *das penas*, e não na relação entre as normas incriminadoras; TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, I, 2.ª ed., AAFDL: 1985, p. 539 e ss.; L. DUARTE D'ALMEIDA (nota 14), p. 74 e ss.; J. FIGUEIREDO DIAS (nota 3), p. 1024 e s.

<sup>(52)</sup> Cf. *supra*, nota 49.

<sup>(53)</sup> Cf. EDUARDO CORREIA (nota 18), p. 204 e ss.

<sup>(54)</sup> Substancialmente neste sentido, J. FIGUEIREDO DIAS (nota 3) p. 1025 e s.

<sup>(55)</sup> A. M. ALMEIDA COSTA (nota 49), § 6; J. FIGUEIREDO DIAS (nota 3), p. 1026.

título de exemplo, quando, em concreto, uma tentativa de violação (art. 164.º, n.º 1) seja qualificável como crime dominante em relação a um crime de coacção sexual consumado (art. 163.º, n.º 1), deve a conduta ser punida, enquanto tentativa de violação, na moldura penal cominada para a coacção sexual (56).

2. Cabe agora questionar se o limite da punição do crime de branqueamento contido no n.º 10 do art. 368.º-A, de acordo com o qual a pena *aplicada* não pode ser superior ao limite máximo da pena mais elevada de entre as previstas para os factos que geraram as vantagens, tem consequências para a punição da consunção impura onde o branqueamento assuma a natureza de crime dominado.

(56) A este propósito, convém notar o seguinte: a violação *consumada* integra, necessariamente, actos de coacção sexual; assim, quando os factos *sub judice* se reduzam ao processo executivo da violação, a respectiva norma incriminadora encontra-se numa relação de especialidade com a coacção sexual, excluindo a sua aplicabilidade, pelo que não se põe sequer um problema de consunção. Porém, a violação *tentada* não abrange o resultado típico da coacção sexual (na medida em que pode haver tentativa de violação sem actos de coacção sexual), pelo que, verificando-se aquele, haverá plúrimos sentidos de ilícito concretos e, portanto, concurso de crimes. Aqui, a regra deverá ser, tendencialmente, a seguinte: a tentativa de violação consumirá (consunção impura) os actos de coacção sexual que razoavelmente (*sc.*, segundo as regras da experiência) possam considerar-se integrados no processo executivo da violação (*v. g.*, as carícias nos órgãos genitais da vítima) e ainda aqueles que se encontrem com ela conexados no seu significado social (*v. g.*, frustrada a tentativa de violação, os beijos infligidos à vítima pelo agente enquanto se masturba, ejaculando sobre ela; substancialmente neste sentido, pelos *motivos* exactos, a declaração de voto do Juiz Conselheiro RODRIGUES DA COSTA aposta ao AcSTJ de 2-06-2005, embora nos afastemos da fundamentação técnico-jurídica da solução na falta de “relevância típica” desses actos). Mas já não (e isto vale também para a violação *consumada*), *v. g.*, a coacção da vítima à prática de actos sexuais com animais, como meio de se atingir o estágio de excitação sexual para perpetrar a violação, caso em que se verificará um concurso de crimes efectivo.

Correcta, por isso, a solução oferecida por J. FIGUEIREDO DIAS (nota 3), p. 1022, distanciando-se do que havia expandido, no quadro de uma *outra* concepção do concurso (ainda demasiado influenciada pelo tópico das penas aplicáveis), em J. FIGUEIREDO DIAS, “Comentário ao art. 164.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, § 19 (os actos de coacção sexual integrados no processo “normal” da tentativa de violação deveriam ser punidos como crime de coacção sexual consumada), no que foi acompanhado, ainda à luz da mesma (superada) concepção, por HELENA MONIZ, “Violação e coacção sexual? Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Junho de 2005”, *RPCC* 15 (2005), p. 319 e 324.

Supondo uma situação em que o facto precedente (*v. g.*, um crime de fraude fiscal) seja visto como dominante em relação ao branqueamento e aplicando-lhe a concepção já exposta, teremos que a fraude fiscal, punível com prisão até três anos, deve ser punida na moldura de dois a doze anos de prisão, constituindo o branqueamento um factor de agravação da medida da pena. Mas como conciliar este método de determinação da pena com aquele limite previsto no n.º 10 do art. 368.º-A, que levaria a que, havendo concurso *efectivo* entre os dois crimes, as penas concretas (parcelares) aplicadas (cuja soma constituiria o limite máximo da moldura do concurso) não pudessem exceder, cada uma, os três anos de prisão?

a) Dir-se-ia que, numa situação de consunção impura, o juiz deve determinar a pena concreta da fraude fiscal na moldura do branqueamento (dois a doze anos de prisão) e garantir (apenas) que o “efeito agravante” do branqueamento não excede os três anos de prisão (por força do n.º 10 do art. 368.º-A).

A presente solução obrigaria a seguir um procedimento semelhante ao que se prevê para o concurso efectivo de crimes (determinação de um *quantum* de pena para cada facto), mas levaria a resultados paradoxais: por um lado, porque a pena da fraude fiscal seria calculada no âmbito de uma moldura de limite máximo (doze anos de prisão) quatro vezes superior àquele que relevaria no concurso *efectivo* (três anos de prisão); por outro lado, porque não se exigiria aqui a construção da “moldura do concurso” que ali se impõe, não sendo arriscado prever que a pena assim determinada seria mais rigorosa do que aquela que resultaria do *cúmulo jurídico* operado nos termos do art. 77.º Nesta interpretação, a consunção impura conduziria certamente a penas (muito) mais severas do que as que caberiam ao concurso efectivo dos crimes em presença, circunstância que é suficiente para recusá-la.

b) A fim de evitar este inconveniente, poderia o intérprete resignar-se a advogar uma aplicação analógica, aos presentes casos, das normas que disciplinam o concurso efectivo: cada crime seria punido no quadro da sua moldura penal própria, sendo que a pena parcelar do branqueamento não poderia exceder os três anos de prisão, em virtude do disposto no n.º 10 do art. 368.º-A.

Mas esta solução também não satisfaz: como facilmente se reconhecerá, qualificando-se certa situação como de consunção (pura ou impura), nunca a aplicação analógica das regras do concurso efectivo será favorável ao agente,

pois a teleologia da consunção é, precisamente, garantir uma punição mais branda do que aquela que resultaria da aplicação do art. 77.º (57).

c) Poderia sustentar-se, por outro lado, que o n.º 10 do art. 368.º-A procede a uma verdadeira *substituição* do limite máximo da pena abstractamente aplicável ao branqueamento pelo limite máximo da pena abstractamente aplicável ao facto precedente — e, sendo assim, a punição concreta dos factos teria o mesmo estrito limite máximo (no exemplo proposto, três anos de prisão). Aquela norma conduziria, no fundo, a tratar este caso, *no plano dos resultados*, como uma situação de consunção pura, com a diferença de que passaria a valer o limite mínimo da moldura do branqueamento (o “efeito mínimo de agravação” (58)).

Desta espécie de “devolução” operada pelo n.º 10 do art. 368.º-A decorreria a indesejável possibilidade de, perante uma fraude fiscal por si só muito grave, a exigir uma pena concreta próxima do máximo legal (três anos), o efeito agravante do branqueamento (consumido) ser escasso ou nulo, tornando-se praticamente irrelevante a sujeição a um limite mínimo mais elevado por força do “efeito de bloqueio” (dois anos em vez de um mês de prisão). Todavia, sempre se poderia argumentar que o eventual défice de punição que aí se reconhece constitui um custo da *particularidade* do regime sancionatório do branqueamento.

Mas a objecção decisiva que se ergue contra esta solução reside em que o sentido da referida cláusula de limitação da pena — fundada no princípio de proporcionalidade das penas, que se concretiza, por sua vez, na ideia de que a ofensa à pretensão estadual de detecção e confisco das vantagens não deve dar lugar a penas superiores às previstas para os factos de onde elas provêm (59) — não é o de substituir o limite máximo da pena aplicável ao branqueamento (que permanece intocado para efeitos de determinação da pena concreta) (60), mas apenas o de garantir que a pena *aplicada* não excede o limite máximo da pena aplicável ao facto precedente: se a pena concreta, determinada nos termos gerais, for superior a esse limite,

(57) J. FIGUEIREDO DIAS (nota 3), p. 1011.

(58) J. FIGUEIREDO DIAS (nota 3), p. 1038.

(59) PEDRO CAEIRO (nota 2), p. 1129.

(60) Aparentemente em sentido diverso, a propósito da norma análoga contida no n.º 2 do art. 295.º, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, “Comentário ao artigo 295.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, II, § 42.

deverá ser *reduzida* pelo tribunal de modo a dar cumprimento ao n.º 10 do art. 368.º-A (61).

d) Enfim, pode defender-se que a solução adequada é determinar a pena concreta da fraude fiscal na moldura penal do branqueamento (dois a doze anos de prisão), contabilizando aí, como factor agravante, a prática do crime dominado. Se a pena assim encontrada exceder o limite máximo da pena aplicável à fraude fiscal (três anos de prisão), deve ser reduzida até esse limite, em virtude do n.º 10 do art. 368.º-A. Não se trata aqui, como na hipótese anterior, de substituir o limite máximo da moldura aplicável ao branqueamento, mas de determinar a pena do crime dominante na moldura do crime dominado *segundo as regras próprias dessa norma de sanção*: deste jeito, respeita-se a vontade do legislador de que se aplique a norma de sanção do branqueamento (crime dominado) de maneira a que a pena concreta não exceda o limite máximo aplicável ao facto precedente (crime dominante).

3. As duas primeiras soluções revelam-se inaceitáveis, por conduzirem a resultados disfuncionais, e a terceira assenta numa interpretação errónea do n.º 10 do art. 368.º-A.

A última solução exposta é, em nossa opinião, a correcta, mas encerra um factor de perturbação: os resultados a que leva devem-se, não ao regime geral da punição da consunção impura adoptado pela doutrina dominante (*supra*, 1.2), mas sim à intervenção específica do n.º 10 do art. 368.º-A. Ora, sabendo-se que o disposto nesta norma constitui, apenas, uma opção mais ou menos contingente do legislador, e que não se destina, seguramente, a prevenir punições injustas em casos de consunção impura onde o branqueamento surja como crime dominado, importa averiguar se ela representa um verdadeiro desvio ao regime geral da punição da consunção impura, ou se, pelo contrário, reconduz o tratamento do problema ao regime que deveria caber a casos deste género.

Seguidamente, há que determinar se este modo de determinação da pena é ainda compatível com a necessidade de valorar, de forma esgotante, todos os sentidos de ilícito presentes no caso.

Para tanto, importa abstrair do disposto no n.º 10 do art. 368.º-A e proceder à explanação dos resultados que deveria gerar, na sua ausência, a

(61) Como se compreende, não é indiferente determinar a pena concreta numa moldura de um mês a três anos de prisão ou de dois a doze anos de prisão.

doutrina da consunção proposta por Figueiredo Dias, levada às suas consequências naturais.

Partiremos do princípio de que, nesta doutrina, a figura da consunção assenta, em geral, sobre os seguintes axiomas: (i) a consunção é sempre um problema de aplicação da lei ao caso concreto; (ii) a consunção implica que o preenchimento de várias normas “concretamente aplicáveis” dê lugar à condenação por um único crime; (iii) das proposições precedentes decorre que a consunção tem por pressuposto implícito uma descontinuidade entre o preenchimento das normas incriminadoras e a aplicação das molduras penais com elas conectadas.

3.1. Perante este quadro dogmático, o primeiro problema com que deparamos é o seguinte: a substituição *obrigatória* da moldura do crime dominante pela do crime dominado, na consunção *impura*, não parece consistente com os pressupostos em que se faz assentar, *em geral*, a figura da consunção e pode levar, em concreto, a resultados injustos e disfuncionais.

A principal virtualidade da concepção de Figueiredo Dias é libertar a consunção da *prisão* das normas aplicáveis, atendendo só, em princípio, aos *concretos sentidos de ilícito presentes*, no seu significado social<sup>(62)</sup>. Deste ponto de vista, afigura-se estranho que, mesmo aceitando a legitimidade do legislador para “reconformar normativamente a realidade natural ou social”<sup>(63)</sup>, o crime tido por certos critérios como concretamente dominante deva ser *sempre* punido, em caso de consunção impura, numa moldura penal “alheia”, escolhida não em função das relações entre os factos praticados, mas da sua maior severidade<sup>(64)</sup>.

<sup>(62)</sup> Apelando também a este ponto de vista, embora para um efeito diverso [manutenção na unidade criminosa (roubo) da privação da liberdade que o AcSTJ de 2-10-2003 qualificou como crime autónomo (sequestro em concurso efectivo com o roubo)], cf. logo CRISTINA LIBANO MONTEIRO, “Roubo e sequestro em concurso efectivo? Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Outubro de 2003”, *RPCC* 15 (2005), p. 494.

<sup>(63)</sup> J. FIGUEIREDO DIAS (nota 3), p. 1026.

<sup>(64)</sup> O problema não se porá, ou não se porá nos mesmos termos, para quem entenda que nos casos de consunção vivem *dois crimes* em sentido próprio, que todavia devem ser subtraídos ao regime do art. 77.º em virtude de certa conexão objectiva-subjectiva que entre eles intercede (L. DUARTE D’ALMEIDA (nota 14), p. 68 e ss., p. 104 e ss., e *passim*). Nessa perspectiva, é congruente reclamar para a consunção o regime do crime continuado (*ibidem*, p. 112 e ss.). Contudo, perde-se aí, por completo, o significado mais fundo da consunção, como inter-penetração (e não simples acumulação privilegiada)

Não queremos com isto significar que essa não *possa* revelar-se, em concreto, a solução adequada, mas parece que a *automaticidade* do critério utilizado não é compatível com um entendimento da consunção como problema do caso: na verdade, aquele critério entrega a justiça do caso (na sua dimensão sancionatória) ao juízo do legislador (expresso na gravidade das penas aplicáveis), por aí se desconsiderando o possível hiato entre as valorações abstractas vertidas nas normas incriminadoras, onde a gravidade de certo crime é apreciada de forma relativamente autónoma<sup>(65)</sup>, e a complexidade dos factos concretos, tal como se apresentam nas suas inter-relações de sentido<sup>(66)</sup> — hiato que, como se disse, é o próprio pressuposto da consunção<sup>(67)</sup>.

de sentidos concretos de ilícito que *impede* o estabelecimento de uma pluralidade de crimes. E daí que continue a fazer sentido a distinção entre a consunção e o crime continuado, pois os respectivos pressupostos não são coincidentes. Pense-se, desde logo, na circunstância de a continuação criminosa ter de dizer respeito ao preenchimento de tipos de crime que “fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico”: mesmo admitindo que esta formulação abrange casos de “heterogeneidade fraca” (*ibidem*, p. 110), não se vê como poderá contemplar, p. ex., a relação de consunção que eventualmente deva estabelecer-se entre um crime de homicídio e um crime de dano [cf. *ibidem*, p. 113, nota 326, e a crítica de J. FIGUEIREDO DIAS (nota 3), p. 1017, nota 31, relativamente à *suposição* da natureza “bagatelar” do dano].

<sup>(65)</sup> Tópico privilegiado dessa apreciação é a exigência de proporcionalidade, concretizada numa perequação das molduras penais aplicáveis: cf. JOSÉ DE FARIA COSTA, “Relações entre a *Parte Geral* e a *Parte Especial* do Código Penal”, *BFD* 71 (1995), p. 137 e ss.

<sup>(66)</sup> Fenómeno que, aliás, se verifica, em geral, no problema da aplicação do direito, pois pode haver nos casos decididos “elementos que preenchem um tipo legal e, no entanto, concorrerem concretamente com esses elementos circunstâncias que, dando um sentido particular ao caso, justificam a não aplicação da norma enunciativa desse tipo”, porque os casos jurídicos concretos não podem considerar-se “como meros correlatos lógico-objectivos das hipóteses conceituais normativas — implicando, assim, que não será pelo facto de no caso jurídico depararmos com os elementos enunciados por um tipo legal que teremos forçosamente de concluir ser a respectiva norma legal a aplicável, pois pode ela apesar disso não ser efectivamente aplicável ou só o ser em concorrência com outras normas, e de um modo que está ainda por determinar” (ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES (nota 31), p. 168; itálicos nossos).

Por isso, o mandado de esgotante valoração da matéria ilícita não significa que o preenchimento de uma norma incriminadora deva conduzir, forçosa e cegamente, à conclusão que se trata de *um crime em concurso efectivo com outro(s)*, nos termos do art. 30.º, n.º 1, e para os efeitos do art. 77.º [sobre a necessidade de pensar o problema do concurso “a partir do resultado”, *sc.*, das suas “consequências jurídicas”, J. FIGUEIREDO DIAS (nota 3), p. 979].

<sup>(67)</sup> É óbvio que o legislador pode cometer “erros”, valorando de forma incongruente, logo em abstracto, a gravidade relativa das condutas (cf. só EDUARDO CORREIA

Nesta parte, é aplicável, *mutatis mutandis* (porque se dirigia ainda a um enquadramento da consunção como relação entre *normas incriminadoras*), a objecção de que o critério dos *concretos* sentidos de ilícito não é um critério seguro, dado que, para um efeito tão importante como o é a operação de determinação da pena, acaba por ceder à força de uma “reconformação normativa” puramente *abstracta*.

Pois bem. Cremos que é possível levar mais longe o pensamento da consunção como problema do caso <sup>(68)</sup> e admitir que, em certas circunstâncias, a consunção impura não deve ser sancionada na moldura do facto (consumido) mais gravemente punido, mas sim na que cabe ao facto dominante. Vejamos, então, quais são essas circunstâncias.

3.2. Se admitirmos que o “mandado de esgotante valoração da matéria ilícita” se cumpre com a atribuição de relevância ao crime consumido como factor agravante da medida da pena, a aplicação da moldura mais grave ao crime dominante visaria apenas evitar uma contradição valorativa, traduzida em o cometimento do crime dominado (mais severamente punido), *acrescen-*

---

(nota 18), p. 205). Porém, descontados esses casos patológicos, a consunção impura (como “concurso de crimes”, e não “de normas”) não tem que ser uma situação anómala. Com efeito, a lei, a jurisprudência e a dogmática habitam no mesmo sistema cultural e sócio-jurídico e, por isso, é normal que os critérios sobre que repousa a consunção coincidam com as valorações do legislador acerca da gravidade relativa dos factos. Todavia, essa coincidência pode ser impedida pela específica racionalidade da norma jurídico-penal enquanto valoração abstracta, enformada por propósitos político-criminais da mais variada ordem, e da inerente impossibilidade de nela se encerrar sempre, de forma perfeita, a valoração justa do caso intencionada pelo sistema jurídico-penal no seu todo. Assim, a título de exemplo, a (possível) consunção da coacção sexual consumada pela tentativa de violação, a que aludimos *supra* (nota 56), só surge como *impura* porque a punição da tentativa se encontra sujeita a uma atenuação *obrigatória* da moldura penal prevista para o crime consumado — trata-se aí de uma opção contingente do legislador, que nada tem que ver com o desvalor específico de cada um daqueles crimes: se a tentativa desse lugar, tão-só, a uma atenuação facultativa, a consunção da coacção sexual consumada pela tentativa de violação apresentar-se-ia como *pura* sempre que o privilégio não devesse aplicar-se.

<sup>(68)</sup> Vd., a propósito, A. CASTANHEIRA NEVES (nota 31), p. 173 e s.: nos “casos em que a situação concreta se conexiona com várias normas que se não excluem e antes vêm a concorrer todas, cada uma com o seu contributo particular, para o regime jurídico unitário que decidirá do caso concreto”, não é possível “determinar em abstracto os termos que as normas aplicáveis se hão-de combinar e fundir no regime jurídico unitário que convenha ao caso concreto. Só o sentido concreto do caso, compreendido com autonomia, pode decidir daquela opção e da orientação desta convergência”.

*tado de um outro*, resultar num benefício para o agente, *sc.*, na aplicação de uma moldura penal mais branda.

Todavia, julgamos que tal contradição não existe sempre.

Localizando-se a pretensa antinomia na possibilidade de *aplicação* da lei num certo sentido, ela não pode ter por parâmetro as valorações abstractas vertidas na cominação das penalidades. De outro modo, comparar-se-iam grandezas diferentes: o “crime dominado” (mais punido), não é, por definição, o crime *autónomo* para o qual se prevêem, em abstracto, certas penas — e só por isso é *consumido*. Quer dizer: a própria figura da consunção (pura ou impura) implica uma degradação do crime dominado, de forma tal que cessa a exigência de que seja punido *como um crime autónomo*, quebrando-se por isso a conexão (de outro modo obrigatória) entre o facto e uma pena autónoma, determinada no quadro da respectiva moldura penal abstracta (trate-se de um crime singular ou em concurso efectivo com outros). Deste jeito, a punição da consunção impura no quadro da moldura penal mais grave cabida ao crime dominado não pode fundamentar-se na comparação com o regime que a este caberia se... a consunção não existisse e a *realidade* fosse, por conseguinte, outra.

Daqui decorre que, no plano das valorações concretas — onde habita a determinação da medida da pena —, pode não ser absurdo aplicar uma moldura penal mais severa à conduta daquele que, através de um único crime (“apenas”) branqueia, *v. g.*, os produtos da fraude fiscal cometida por outras pessoas, do que à daquele que, tendo cometido uma fraude fiscal, dissimula ou oculta as vantagens obtidas de forma tal que a conduta (o “grande facto”) deva ser qualificada como “concurso de crimes aparente” (na definição de Figueiredo Dias), para que não se viole a proibição de dupla valoração — sempre que, *além disso*, aquele concreto facto de branqueamento, preenchendo embora a norma incriminadora, não corresponda, nessa parte, ao sentido de ilícito suposto na cominação de certas penas pelo legislador. Nesses casos, a utilização da moldura do crime dominado para determinar a pena da *conduta* pode levar a uma punição desproporcionada, em contradição notória com a própria finalidade da consunção.

3.3. Se, como vimos, a punição da consunção impura na moldura penal mais grave prevista para o crime dominado, quando deva ter lugar, não pode assentar no propósito de evitar a hipotética contradição valorativa a que conduziria a solução inversa, que nem sempre existirá, importa apontar agora, positivamente, aquele que nos parece ser o fundamento desse regime: a verificação *concreta* dos pressupostos que legitimam a aplicação ao caso da dita moldura penal mais grave.

Tal correspondência não se basta com o preenchimento da norma incriminadora que pune o crime dominado. De novo: admitindo que o concurso de crimes se chama “aparente” porque o preenchimento de plúrimas normas não resulta, *para efeitos de punição*, em outros tantos crimes, antes dá lugar apenas à punição (agravada) do crime dominante, nada impõe que o preenchimento da norma que incrimina o ilícito dominado conduza *necessariamente* à aplicação da moldura penal aí prevista.

Todavia, pode suceder que o ilícito dominado, apesar da relação com o crime dominante que o intersecta ou compreende, corresponda ainda, em concreto, ao sentido suposto pelo legislador na respectiva punição abstracta — e é aí, e só aí, que se encontrará o fundamento material da relevância da moldura penal com ela conectada. Assim, se, *v. g.*, certo agente, pretendendo violar outra pessoa, a obriga previamente a acariciá-lo para atingir o estado de excitação sexual, pode a tentativa de violação ser considerada como crime dominante em face da coacção sexual consumada — mas aquela tentativa de violação não altera o concreto sentido de ilícito da coacção sexual perpetrada, devendo por isso ser punida na moldura mais severa que para esta se prevê.

Porém, o mesmo não ocorre nos casos em que o crime dominante modifica o próprio sentido social do crime dominado, *sc.*, nos casos em que a prática do crime dominante não só retira autonomia ao ilícito dominado, como também interfere substancialmente na correspondência entre o sentido concreto do ilícito dominado e o sentido do facto suposto pelo legislador ao cominar para ele certas penas. Esse fenómeno pode ocorrer no branqueamento cometido pelo autor do facto precedente, nos casos em que este deva consumir aquele, em virtude de dois factores: a já referida relação de acessoriedade entre ambos e a pronunciada diferença entre as molduras penais previstas para certos factos precedentes e para o branqueamento <sup>(69)</sup>.

<sup>(69)</sup> Embora tenhamos vindo a utilizar formulações genéricas — porque se trata, a nosso ver, de um problema de construção geral —, não é fácil figurar exemplos de outros crimes onde convirjam estas duas características. Há decerto outras infracções cuja posição de acessoriedade perante o facto precedente pode conduzir a situações de consunção: pense-se, *v. g.*, na conduta do agente que auxilia um preso a evadir-se — cometendo, como autor, o crime de tirada de presos (que é todavia, materialmente, cumplicidade no crime de evasão) — e que posteriormente o esconde em sua casa, preenchendo o tipo do favorecimento pessoal. Parece claro que o crime de tirada de presos consumirá o favorecimento, mas sob a forma de consunção pura. Na verdade, o problema que analisamos só se suscita em virtude das penas que se cominam para o branqueamento, inusitadamente eleva-

Não deve surpreender que se mobilize aqui, como tópico de argumentação, a marcada distonia das penas aplicáveis ao facto precedente e ao branqueamento. Por um lado, porque a previsão de penas graves para determinado crime também contribui para apurar a imagem dos factos que o legislador teve em vista com a incriminação; por outro lado, porque não podemos olvidar que o problema da punição da consunção impura reside, precisamente, na escolha da norma de sanção aplicável. Assim, para retomar o exemplo avançado <sup>(70)</sup>, é lícito afirmar que quem mente ao funcionário de um banco acerca da origem das vantagens que obteve com um crime de tráfico de influência, “dissimulando-a”, preenche a norma incriminadora do branqueamento — mas *essa* “conduta total” não corresponde ao facto que o legislador quis punir com prisão de dois a doze anos.

Perguntar-se-á, então, qual a moldura penal aplicável ao agente que comete o mesmo exacto facto de branqueamento, no exemplo apontado, mas que todavia não é o autor do facto precedente (um “autor-terceiro”); e a resposta não pode deixar de ser — a moldura penal que corresponde ao crime de branqueamento, *sc.*, dois a doze anos de prisão. Aí, não existe um facto anterior, do mesmo agente, que descaracterize o sentido social da conduta de branqueamento e dá-se, portanto, uma correspondência perfeita entre o preenchimento da norma e o sentido do facto concreto. Tomando como ponto de referência este “autor-terceiro”, o autor do facto precedente não é menos punido por cometer o crime de branqueamento e outro crime — mas sim porque, por definição, cometeu um crime que impede ver o preenchimento da norma incriminadora do branqueamento como *mais um crime* para efeitos de punição.

3.4. É importante não perder de vista que o interesse prático da consunção reside na sua teleologia <sup>(71)</sup>: impedir uma punição injusta, que *também* pode advir da atribuição de uma moldura penal demasiadamente severa para a valoração dos factos concretos. Assim, se o n.º 10 do art. 368.º-A não existisse, as situações de consunção do branqueamento por um facto precedente

das no confronto com as que ameaçam alguns dos crimes precedentes de que pode ser acessório. Assim, não está excluído que a construção desenvolvida no texto, não obstante o seu carácter geral, tivesse (na hipotética inexistência do n.º 10 do art. 368.º-A) uma aplicação *facticamente* limitada ao caso do... branqueamento.

<sup>(70)</sup> *Supra*, II, 2.2, b).

<sup>(71)</sup> Nas palavras impressivas de L. DUARTE D’ALMEIDA (nota 14), p. 80, tudo é, nesta matéria, “discussão de consequências”.

menos punido deveriam levar o tribunal a determinar se a moldura abstracta prevista para o primeiro se mostra adequada à punição da conduta concreta: haveria que saber se, atendendo à posição de acessoriedade do branqueamento e à particular relação entre os dois crimes que dela decorre, o concreto facto precedente interfere substancialmente na correspondência entre o branqueamento concretamente praticado e o sentido social do branqueamento suposto pelo legislador, de forma tal que a própria utilização da moldura abstracta prevista para o último se revelaria inadmissivelmente desproporcionada.

Perante um facto de branqueamento concretamente pouco grave (“des-caracterizado” e, por isso, consumido), a desproporção variaria na razão inversa da severidade da moldura penal prevista para o facto precedente e na razão directa da concreta gravidade do mesmo: se se tratasse, por exemplo, de uma fraude fiscal simples (punível com prisão até três anos) concretamente muito grave, a pena determinada na moldura penal do branqueamento levaria a aplicar uma pena concreta superior a nove (!) anos de prisão em vez dos vinte e quatro ou trinta meses de prisão que normalmente lhe caberiam (72), a que acresceria ainda o branqueamento como factor agravante. Admitir esta possibilidade equivaleria, pura e simplesmente, a abdicar da finalidade a que a consunção está ordenada. Por conseguinte, nestes casos, o tribunal deveria punir a conduta na moldura penal (mais leve) prevista para o crime dominante, avaliando também se, em concreto, se justificaria o “efeito de bloqueio” decorrente do limite mínimo da moldura do branqueamento (73).

Sublinhe-se que não se trata de “corrigir” assim “erros” do legislador (74), mas tão-só de levar às suas consequências naturais a própria ideia que subjaz à figura da consunção: os juízos de gravidade abstracta vertidos na fixação das molduras penais (e a sua intensidade relativa) não têm que ter uma correspondência absoluta e infrangível nos factos reais subsumíveis às respectivas normas incriminadoras, porque o próprio sentido social do facto dominado

(72) De novo, e só para recordar o que já se disse: a aplicação analógica das regras do concurso efectivo a casos de consunção impura não pode ser vista como favorável (cf. *supra*, 2, b)).

(73) Vd. *infra*, no texto.

(74) Erro haverá, seguramente, mas de um outro ponto de vista que nada tem que ver com a consunção: referimo-nos à cominação de penas de gravidade intolerável para o branqueamento, atenta a modesta dignidade penal da infracção e independentemente da cláusula de limitação da pena contida no n.º 10 do art. 368.º-A; desenvolvidamente, com dados de direito comparado, PEDRO CAEIRO (nota 2), p. 1130 e s.

pode ser co-determinado pelo sentido de ilícito do concreto facto dominante; de tal modo que a justiça do caso pode exigir que se punam as situações de consunção impura na moldura penal do crime dominante, quando a punição na moldura penal do facto dominado conduza a um resultado semelhante àquele que a figura da consunção visa impedir.

4. Do que fica exposto decorre que a intervenção do n.º 10 do art. 368.º-A na punição da consunção impura onde o branqueamento seja o crime dominado (*supra*, 3.) não constitui um desvio, mas antes uma forte aproximação, ao regime que, sem essa norma, lhe deveria caber. Aproximação, somente, porquanto se mantém a operação de determinação da pena concreta na moldura do branqueamento, limitando-se todavia a pena aplicada ao máximo abstracto permitido pelo facto precedente — o que, em termos práticos, conduzirá a soluções um pouco mais punitivas (75). Por outro lado, o “efeito de bloqueio”, que teria uma função a desempenhar se a pena fosse determinada na moldura do facto precedente, torna-se irrelevante.

Devendo a punição da consunção impura onde o branqueamento surja como crime dominado seguir os moldes descritos *supra* em 3., a limitação que deriva indirectamente do n.º 10 do art. 368.º-A elimina — e só ela elimina — um dos pressupostos de aplicação do regime que expusemos no ponto anterior, pois não é lícito afirmar que a utilização da moldura penal do crime dominado para a determinação da pena concreta, *naqueles termos*, leve a resultados notoriamente injustos e desproporcionados.

5. Sobram ainda duas questões.

Em primeiro lugar: este modelo de punição contempla a agravação obrigatória da pena decorrente do preenchimento da norma que incrimina o ilícito-típico dominado (*infra*, 5.1)?

Em segundo lugar: como determinar a pena concreta nos casos em que o limite máximo da moldura penal prevista para o facto precedente é inferior ao limite mínimo da moldura do branqueamento (*infra*, 5.2)?

5.1. A simples transposição da determinação da pena do crime dominante para o âmbito da moldura penal prevista para o crime dominado pode provocar, por si só, um incremento significativo da pena concreta: uma fraude fiscal de gravidade mediana, que seria punível com prisão de cerca de dezoito

(75) Vd. *infra*, 5.1.

meses, implicará, na moldura penal do branqueamento, uma pena de sete anos de prisão, que deverá então ser reduzida para três anos. Assim, o simples facto de se calcular a medida da pena da fraude fiscal na moldura prevista para o crime dominado terá já implicado uma agravação de 100% (dezoito meses) em relação àquela que seria a pena da primeira, tomada isoladamente.

O efeito agravante daquela transposição aumentará na razão inversa da gravidade concreta do facto precedente: quanto menos grave for o facto, maior será a agravação resultante da aplicação de uma moldura penal mais severa. Assim, podemos concluir que o efeito agravante decorrente da prática do crime dominado se encontra quase sempre contemplado em virtude da simples substituição da moldura abstracta (embora diminua com o aumento da gravidade concreta do facto precedente). Só assim não sucederá quando a gravidade do facto precedente seja extrema e obrigasse, por si mesma, à coincidência da pena concreta com o limite máximo da pena aplicável: nesses casos, o efeito agravante do branqueamento será nulo <sup>(76)</sup>.

5.2. Enfim, em casos raros, pode suceder que o limite máximo da moldura aplicável ao facto precedente seja inferior ao limite mínimo da moldura do branqueamento: pense-se, por exemplo, no agente que recebe certas vantagens como contrapartida da corrupção de um funcionário para a prática de acto lícito (art. 374.º, n.º 2), ou do tráfico de influência para a obtenção de decisão lícita (art. 335.º, n.º 1, al. b)): ambas as infracções são puníveis com pena de prisão até seis meses ou com pena de multa até 60 dias.

Dir-se-á que, nestes casos, a fixação da pena no limite máximo aplicável não cumpre, sequer, o limiar mínimo de prevenção exigido pelo branqueamento.

Ora, em primeiro lugar, não deve dar-se por adquirido que aquelas infracções possam constituir factos precedentes relevantes para efeitos do preenchimento do tipo do branqueamento. Na verdade, e apesar de se incluírem nas expressões genéricas “corrupção” e “tráfico de influência” utilizadas no n.º 1 do art. 368.º-A, seria muito estranho que o legislador previsse a pena mínima de dois anos de prisão para o crime de branqueamento e que,

<sup>(76)</sup> Circunstância que não suscita objecções legítimas à construção proposta, pois trata-se de um problema comum a qualquer situação de pluralidade criminosa onde um dos crimes deva ser punido, por si mesmo, com a pena máxima prevista pelo sistema jurídico em causa (e de onde decorrem, *v. g.*, as artificiosas punições com várias penas de prisão perpétua, em acumulação material).

simultaneamente, impedisse, através do n.º 10 do mesmo dispositivo, que essa pena excedesse os seis meses de prisão.

Em segundo lugar, mesmo que assim se não entenda, a incongruência não é *específica* da punição da consunção impura, antes se apresenta como uma consequência das regras gerais da punição do branqueamento de vantagens provenientes desses factos precedentes, pelo que não é possível tirar dela argumento para criticar a construção em análise.

#### IV — Conclusão

1. As considerações precedentes mostraram que o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 13/2007, de 22 de Março, tendo reconhecido (porventura indevidamente) uma oposição de julgados em relação à questão da (in)existência de concurso efectivo entre o branqueamento e o facto precedente, fixou jurisprudência no sentido de que, no domínio da lei anterior, existia “concurso real” entre o tráfico de estupefacientes e uma certa modalidade de branqueamento. Esta proposição é susceptível de generalização (*sc.*, de extensão a outros factos precedentes e às restantes modalidades do branqueamento) e valerá também para o direito vigente.

Porém, a natureza da consunção como problema do caso impede que aquela jurisprudência seja entendida no sentido de que o branqueamento se encontra *sempre* numa relação de *concurso efectivo* com o facto precedente, sujeito ao regime do art. 77.º do CP; diversamente, ela deve ser interpretada no sentido de que existe aí um “concurso de crimes” (e não um fenómeno de “unidade de lei”), cabendo sempre ao juiz do caso avaliar se se trata, em concreto, de um “concurso de crimes efectivo”, punível segundo as regras do art. 77.º, ou de um “concurso de crimes aparente”, por força de uma relação de consunção que leva à condenação por um único crime (o crime dominante), servindo o crime dominado como factor de agravação da pena concreta.

2. Depois, vimos que a regra comumente aceita para a punição da consunção impura (determinação obrigatória da pena na moldura, mais severa, do crime dominado) não é congruente, nos seus pressupostos, com o pensamento da consunção como um problema do caso, pois repousa na valoração abstracta vertida nas penas aplicáveis. Diversamente, a aplicação daquela regra só poderá justificar-se quando a prática do concreto crime dominante não modifique substancialmente a correspondência entre o concreto crime dominado e o sentido social do facto suposto pelo legislador ao cominar penas de

certa gravidade — é dizer, quando o crime dominado preserve o significado social que leva à sua repressão com certas penas.

Assim, quando a utilização da moldura penal estabelecida para o crime dominado se mostre desproporcionada à punição da conduta total, o tribunal deve determinar a pena concreta na moldura penal do crime dominante, mesmo que esse procedimento acabe por limitar — ou, em casos marginais (quando o crime dominante exija que a pena concreta seja fixada no limite máximo da moldura), impossibilitar — o efeito agravante do crime dominado.

A diferença específica introduzida pelo disposto no n.º 10 do art. 368.º-A na punição da consunção impura onde o branqueamento surja como crime dominado aproxima sensivelmente do regime geral o regime particular daí decorrente. Nesses termos, atendendo à limitação da pena que ali se contém, não pode afirmar-se que a utilização da norma de sanção do crime dominado seja, naqueles casos, injusta ou desproporcionada.