

CONTRA UMA POLÍTICA CRIMINAL “À FLOR DA PELE”: A AUTONOMIA DO BRANQUEAMENTO PUNÍVEL EM FACE DO BRANQUEAMENTO *PROIBIDO*

Pedro CAEIRO

Introdução

1. O contexto

1.1. A história da “luta contra o branqueamento de capitais” é a história da respectiva *institucionalização* e *expansão*. Trata-se, no fundo, de uma *política global* que se foi progressivamente institucionalizando em organismos internacionais e nacionais, reclamando e obtendo vastos recursos materiais e humanos, onde se agregam e se fazem representar os interesses das agências formais de controlo (polícia, ministério público, autoridades reguladoras, ministérios das finanças, fisco, etc.), conjugados com os interesses dominantes no sector bancário e financeiro. Na realidade, aquilo que começou por ser um mecanismo de auto-regulação deste sector económico, destinado a disciplinar a concorrência, foi rapidamente apropriado pelas agências governamentais dos países do Hemisfério Norte, interessadas em conhecer e controlar os fluxos financeiros globais⁽¹⁾. A última cristalização deste movimento para-governamental foi a extensão da competência do Grupo de Acção Financeira (GAFI) à definição das políticas globais de prevenção do

⁽¹⁾ São palavras do insuspeito MARK PIETH, “Multistakeholder initiatives to combat money laundering and bribery”, in *Basel Institute on Governance*, Working Papers, n.º 2, p. 8 (disponível em https://www.baselgovernance.org/sites/collective.localhost/files/publications/biog_working_paper_02.pdf): “Clearly, the emergence of the FATF was an effort within the wider agenda of countries in the North to control financial flows worldwide. *To some extent* it could be explained to the countries of the South as serving their interests in tracing stolen assets” (itálicos nossos). No sentido de que as políticas de controlo do branqueamento servem primordialmente para que os Estados obtenham informação acerca dos fluxos financeiros globais, cf. também ROWAN BOSWORTH-DAVIES, “Money laundering: towards an alternative interpretation – Chapter two”, *Journal of Money Laundering Control* 9-4 (2006), p. 346 e ss., esp. p. 352 e ss.

financiamento do terrorismo, desiderato bem diverso do controle da circulação de “dinheiro sujo” que começou por justificar a sua criação.

Nesse processo, as políticas de controlo do branqueamento e do financiamento de terrorismo (usualmente designadas, em língua inglesa, pelo acrónimo AML/CFT) tornaram-se num *sistema auto-referencial*, que selecciona, de acordo com os seus critérios, os segmentos da realidade sobre os quais quer intervir e fá-lo definindo as suas próprias prioridades e métodos, num espaço “livre de constituição”, que se (auto-)legitima no consenso intergovernamental e na (mais pretensa que real) natureza não vinculativa das suas directrizes e mecanismos de avaliação.

É portanto crucial ter presente a existência de várias narrativas sobre o sentido do problema em apreço, bem como o pano de fundo onde elas se inscrevem⁽²⁾, que podem explicar a forma imediatista e, porventura, demasiado pragmática como se alcançam certas soluções.

1.2. O processo de institucionalização do controle do fenómeno *branqueamento* a que aludimos assenta em três pilares complementares mas autónomos: a proibição/prevenção; a criminalização/repressão penal; e a cooperação internacional. Para os efeitos deste estudo, interessa-nos sobretudo a relação entre os dois primeiros.

2. O problema

A *Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo*⁽³⁾ (doravante, 4.^a Diretiva), alterou o chamado “sistema europeu de prevenção do branquea-

⁽²⁾ *Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2006/70/CE da Comissão*, JO L 141, 5-06-2015, p. 73 e ss.

⁽³⁾ Sobre a expansão das políticas de controlo do branqueamento, vd., entre muitos, MIGUEL ABEL SOUTO, “La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio”, en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario* 79 (2011); e, recentemente, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O sentido político-criminal da harmonização do crime de branqueamento no direito internacional penal e no direito penal da União Europeia. Alguns problemas de configuração típica – os exemplos dos direitos português, da Região Administrativa Especial de Macau e Brasileiro”, in *Um Diálogo Consistente. Olhares Recentes sobre o Direito Português e de Macau*, vol. I, AELJM / Fundação Rui Cunha, Macau, 2016, p. 11 e ss. e *passim* (publicado também em *RPCC* 25 (2015), p. 213 e ss.).

mento”⁽⁴⁾, modificando alguns dos seus aspectos mais relevantes, entre os quais se conta a própria definição do fenómeno.

Assim, o art. 1.º descreve as acções branqueadoras⁽⁵⁾, determinando a irrelevância do lugar onde foram praticados os factos geradores das vantagens⁽⁶⁾, e o art. 3.º define, “para efeitos da presente diretiva”, as noções de “bens”⁽⁷⁾ e de “atividade criminosa”⁽⁸⁾.

⁽⁴⁾ Pormenorizadamente sobre o sistema europeu de prevenção do branqueamento até 2002, NUNO BRANDÃO, *Branqueamento de Capitais: O Sistema Comunitário de Prevenção*, Coimbra Editora, 2002.

⁽⁵⁾ Art. 1.º, n.º 3: “Para efeitos da presente diretiva, entende-se por branqueamento de capitais os comportamentos a seguir descritos, quando praticados intencionalmente:

- a) A conversão ou transferência de bens, com conhecimento de que esses bens provêm de uma atividade criminosa ou da participação numa atividade dessa natureza, com o fim de encobrir ou dissimular a sua origem ilícita ou de auxiliar quaisquer pessoas implicadas nessa atividade a furtarem-se às consequências jurídicas dos atos por elas praticados;
- b) O encobrimento ou a dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, utilização, circulação ou propriedade de determinados bens ou de direitos sobre esses bens, com conhecimento de que tais bens provêm de uma atividade criminosa ou da participação numa atividade dessa natureza;
- c) A aquisição, detenção ou utilização de bens, com conhecimento, no momento da sua receção, de que provêm de uma atividade criminosa ou da participação numa atividade dessa natureza;
- d) A participação num dos atos a que se referem as alíneas a), b) e c), a associação para praticar o referido ato, a tentativa e a cumplicidade na sua prática, bem como o facto de facilitar a sua execução ou de aconselhar alguém a praticá-lo”.

⁽⁶⁾ Art. 1.º, n.º 4: “Existe branqueamento de capitais independentemente de as atividades que estão na origem dos bens a branquear terem sido realizadas no território de outro Estado-Membro ou de um país terceiro”.

⁽⁷⁾ Art. 3.º, 3): “«Bens»: quaisquer bens, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos sob qualquer forma, incluindo a eletrónica ou digital, que comprovem o direito de propriedade ou outros direitos sobre esses bens”.

⁽⁸⁾ Art. 3.º, 4): “«Atividade criminosa»: qualquer tipo de participação criminosa na prática de um dos seguintes crimes graves:

- a) Os atos previstos nos artigos 1.º a 4.º da Decisão-Quadro 2002/475/JAI;
- b) Qualquer das infrações a que se refere o artigo 3.º, n.º 1, alínea a), da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988;
- c) As atividades de organizações criminosas na aceção do artigo 1.º da Ação Comum 98/733/JAI do Conselho;
- d) A fraude lesiva dos interesses financeiros da União, pelo menos a fraude grave, na aceção do artigo 1.º, n.º 1, e do artigo 2.º, n.º 1, da Convenção relativa à proteção dos interesses financeiros das Comunidades;
- e) A corrupção;
- f) Todas as infrações, incluindo os crimes fiscais relacionados com impostos diretos e indiretos, na aceção do direito nacional de cada Estado-Membro, que sejam puníveis com pena ou medida de segurança privativa de liberdade de duração máxima superior a um ano ou,

A questão que se aborda neste texto é a de saber se a 4.^a Directiva implica, para o Estado Português, *um dever de modificar o regime do crime de branqueamento* contido no art. 368.º-A do Código Penal (CP), nomeadamente no que diz respeito à tipificação da conduta punível. Não sendo esse o caso, importa determinar se é mais *conveniente* adoptar-se uma *noção uniforme* de branqueamento, válida para o sistema de prevenção e para a lei criminal (modelo unitário), ou se, pelo contrário, se devem acolher no ordenamento jurídico nacional *duas noções diversas* de branqueamento, conformadas pela intencionalidade própria de cada um daqueles ramos (modelo dual).

I. Os deveres impostos pelo direito da União Europeia em matéria de incriminação do branqueamento

1. A 4.^a Directiva não impõe aos Estados-membros que alterem o regime *jurídico-penal* do branqueamento. Neste aspecto, o n.º 2 do artigo 1.º da Directiva limita-se a manter, no essencial, o quadro anterior, impondo aos Estados-membros que assegurem a *proibição* do branqueamento (e do financiamento do terrorismo), e a definição que aí se dá do fenómeno é apenas, como vimos, “para os efeitos da presente diretiva”.

A este propósito, ocorre lembrar que as três primeiras directivas relativas ao branqueamento foram adoptadas em quadros legislativos que não permitiam à Comunidade / União impor obrigações de criminalização através de directivas⁽⁹⁾, ao menos de forma clara e expressa⁽¹⁰⁾. Foi precisamente por essa razão que, quando

nos Estados-Membros cuja ordem jurídica preveja um limiar mínimo para as infrações, todas as infrações puníveis com pena ou medida de segurança privativa de liberdade de duração mínima superior a seis meses”.

⁽⁹⁾ Cf., por todos, 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 Manuel da Costa Andrade / José de Faria Costa / Anabela Miranda Rodrigues / Maria João Antunes (eds.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1072 e ss.

⁽¹⁰⁾ Algo inesperadamente, o Tribunal de Justiça (TJUE) firmou o entendimento oposto no controverso Acórdão *Comissão v. Conselho*, C-176/03, de 13 de Setembro de 2005, segundo o qual a Comunidade disporia de uma competência legislativa implícita em matéria penal no âmbito do “primeiro pilar”. O problema continua a pôr-se hoje (ainda que não com os mesmos contornos), como se depreende da *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal*, COM(2012) 363 final, de 11-07-2012, apresentada pela Comissão com base no n.º 4 do artigo 325.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), e da subsequente rejeição dessa base habilitante pelo Conselho, que fundamentou a sua competência legislativa, como parece correcto, no artigo 83.º do TFUE.

quis adoptar actos que incidiam sobre a dimensão jurídico-penal do branqueamento, a União o fez por meio de acções comuns⁽¹¹⁾ e de decisões-quadro⁽¹²⁾.

Esse já não é, como se sabe, o quadro normativo e institucional constante do Tratado de Lisboa, que atribui expressamente à UE o poder de emanar directivas para a aproximação dos elementos dos crimes e das penas, nomeadamente em matéria de branqueamento⁽¹³⁾. Ora, independentemente da questão de saber se a 4.^a Directiva podia ou não escorar-se numa *dupla* base habilitante que lhe permitisse prever *também* disposições em matéria penal (nomeadamente, o estabelecimento de elementos mínimos do crime de branqueamento e os limiares mínimos das penas aplicáveis)⁽¹⁴⁾, a verdade é que ela foi adoptada *exclusivamente* com base no artigo 114.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)⁽¹⁵⁾, onde se regula a aproximação das legislações que tem por objecto o *estabelecimento e o funcionamento do mercado interno*. Também por aí se compreende que a 4.^a Directiva não poderia conter disposições em matéria penal, pois a competência para adoptá-las encontra-se expressamente prevista no – e circunscrita ao – artigo 83.º do TFUE⁽¹⁶⁾.

2. Assim, a 4.^a Directiva não modifica os deveres relativos à incriminação do branqueamento e respectiva configuração impostos pelo direito da UE aos Estados-membros, que continuam sendo apenas os que resultam dos artigos 1.º e 2.º da Decisão-quadro de 2001⁽¹⁷⁾ – em particular, o dever de considerar as

⁽¹¹⁾ *Ação Comum 98/699/JAI de 3 de Dezembro de 1998 adoptada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa ao branqueamento de capitais, identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda de instrumentos e produtos do crime*, JO L 333, 9-12-1998, p. 1 e ss.

⁽¹²⁾ *Decisão-Quadro 2001/500/JAI do Conselho, de 26 de Junho de 2001, relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime*, JO L 182, 5.7.2001, p. 1 e s.; *Decisão-Quadro 2005/212/JAI do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime*, JO L 68, de 15-03-2005, p. 49 e ss.

⁽¹³⁾ Cf. o artigo 83.º, n.º 1, do TFUE.

⁽¹⁴⁾ Sobre este ponto, vd. MARIA BERGSTRÖM, “Money laundering”, in Valsamis Mitsilegas / Maria Bergström / Theodore Konstadinides (eds.), *Research Handbook on EU Criminal Law*, E. Elgar, 2016, p. 336 e ss.

⁽¹⁵⁾ Antigo art. 100.º-A do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia (TCEE), depois art. 95.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia – TCE), onde se fundaram também as três primeiras directivas (em conjugação com o art. 57.º do TCEE, depois art. 47.º do TCE, relativo à circulação de capitais).

⁽¹⁶⁾ Vd. supra nota 10; e PEDRO CAEIRO, “A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 179 e ss.

⁽¹⁷⁾ Assim também ANABELA MIRANDA RODRIGUES (nota 3), p. 6 e ss.

“infracções graves” como crimes precedentes para efeitos do branqueamento, incluindo sempre aí, em qualquer caso, “as infracções puníveis com uma pena privativa de liberdade ou com uma medida de segurança de uma duração máxima superior a um ano ou, nos Estados cujo sistema jurídico preveja sanções com um limite mínimo, as infracções puníveis com uma pena privativa de liberdade ou uma medida de segurança de uma duração mínima superior a seis meses”⁽¹⁸⁾.

A isto – *sc.*: à definição das características mínimas dos factos precedentes – se reduz a “harmonização” da *incriminação* do branqueamento no direito da União Europeia. Não se encontra em lugar algum uma harmonização, p. ex., das modalidades de acção, e por isso não surpreende que a Comissão tenha reconhecido, em 2012, que “[t]here is no policy at EU level yet to address the repressive side of money laundering by harmonising this offence”⁽¹⁹⁾.

II. Modelo dual ou modelo unitário?

1. A relação entre o sistema de prevenção e a incriminação do branqueamento

Apesar de a 4.^a Directiva não implicar deveres de modificação da lei penal, é legítimo questionar se não seria *conveniente* adaptar esta última às definições do sistema de prevenção que ali se encontram, instituindo-se assim um modelo unitário: o bom funcionamento do sistema de prevenção e / ou a eficácia da tutela penal contra o branqueamento aconselharão a adopção de uma noção única?

Para responder a essa pergunta importa lembrar sucintamente a arquitectura das políticas relativas ao branqueamento e a forma como elas se foram desenvolvendo ao longo das últimas décadas.

1.1. O “sistema GAFI”

As *Recomendações* do GAFI estabelecem diferenças entre os pilares da proibição/prevenção e da criminalização.

Com efeito, este organismo define o branqueamento, genericamente e sem outras distinções, como “the processing of [...] criminal proceeds to disguise their

⁽¹⁸⁾ Art. 1.º, al. b), da Decisão-quadro de 2001; sobre a interpretação desta norma, vd. PEDRO CAEIRO (nota 9), p. 1069 e *passim*.

⁽¹⁹⁾ *Roadmap* da iniciativa *Proposal to harmonise the criminal offence of money laundering in the EU*, apresentado pela Direcção-Geral da Migração e dos Assuntos Internos, de 10/2012 (disponível em http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/planned_ia/docs/2013_home_006_money_laundering_en.pdf; último acesso em Fevereiro de 2017). Sobre as iniciativas da UE nesta matéria, cf. por último ANABELA MIRANDA RODRIGUES (nota 3), p. 2 e ss.

illegal origin”⁽²⁰⁾. Todavia, as *Recomendações* não obrigam a que a *incriminação* do branqueamento abarque uma realidade co-extensiva com o *branqueamento proibido* que está sujeito aos deveres de *prevenção*, pois admite-se que os Estados têm *somente* o dever de criminalizar o branqueamento “on the basis of the Vienna Convention and the Palermo Convention. Countries should apply the crime of money laundering to all serious offences, with a view to including the widest range of predicate offences”⁽²¹⁾. Assim, seja qual for o conteúdo destas noções – e que não nos importa por agora –, parece claro que o âmbito dos deveres de criminalização impostos pelas *Recomendações* (passe a contradição) do GAFI é, ou pelo menos pode ser, mais restrito do que o do branqueamento proibido, alvo dos deveres de prevenção, restringindo-se o primeiro às obrigações convencionalmente assumidas pelos Estados e às vantagens provenientes de crimes graves.

1.2. O direito europeu: evolução

O imbricamento entre o sistema de prevenção do branqueamento e a tutela penal contra o branqueamento no direito europeu não afasta a natureza dual do arranjo institucional e normativo que lhe dedica a UE, o qual se surpreende tanto no âmbito dos factos geradores de vantagens relevantes (*infra*, 1.2.1) como na descrição das acções branqueadoras (*infra*, 1.2.2.).

1.2.1. Os factos relevantes como fonte das vantagens (para o sistema de prevenção) e como factos precedentes (para o tipo do branqueamento)

a) Ao criar o sistema de *prevenção* em 1991, ainda antes do surgimento do 3.º pilar com o Tratado de Maastricht, a então Comunidade Económica Europeia (CEE) adoptou a noção de branqueamento constante dos instrumentos internacionais que visavam a respectiva *criminalização* e referiu as fontes das vantagens relevantes para efeitos de prevenção aos crimes de tráfico de estupefacientes e a

⁽²⁰⁾ Esta é a definição que se encontra na página *web* do GAFI: <http://www.fatf-gafi.org/faq/moneylaundering/>; vd. também PAUL ALLAN SCHOTT, *Reference Guide to Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism*, 2nd ed., The World Bank, 2004, p. I-3.

⁽²¹⁾ *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation. The FATF Recommendations*, Fevereiro de 2012, Rec. 3, p. 12. Para além daquelas convenções importa referir também, no plano regional, a *Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo* (CETS 198), de 16-05-2005 (doravante, Convenção de Varsóvia).

“qualquer outra actividade criminosa definida como tal para efeitos da presente directiva por cada Estado-membro”⁽²²⁾.

Embora o problema não tenha hoje importância prática, não é totalmente líquido se a formulação deste último segmento pretendia permitir que os Estados-membros designassem como relevantes para efeitos de aplicação do *sistema de prevenção* quaisquer actividades criminosas, mesmo que *não* constituíssem factos precedentes para os crimes de branqueamento nos respectivos ordenamentos jurídicos. Propendemos para o entendimento de que, embora essa possibilidade não estivesse excluída – os Estados-membros mantinham, como mantêm, o poder de desenhar sistemas de prevenção mais amplos do que os do direito europeu, desde que não violem outros deveres que este lhes impõe –, não era esse o objectivo do legislador europeu. Com efeito, no paradigma político-criminal vigente em 1991, a prevenção do branqueamento era ainda vista como uma forma de controlo do crime grave, sendo por isso dificilmente pensável que os Estados-membros indicassem como relevantes para o sistema de prevenção factos geradores de vantagens que não consubstanciassem factos precedentes para as respectivas *incriminações* nacionais do branqueamento.

Daqui decorre que, neste primeiro momento, o sistema comunitário de prevenção operava, na prática, em função do tráfico de estupefacientes proibido pela Convenção de Viena e das actividades criminosas a que os Estados-membros dessem o estatuto de facto precedente para efeitos do crime de branqueamento nas respectivas legislações penais.

b) Ainda nos anos 90 do século passado, houve sinais de que a UE estaria disposta a adoptar, como definição própria do *branqueamento-crime*, a noção constante da Directiva de 1991, como se pode depreender do *Segundo Protocolo à Convenção relativa à Protecção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias*, de 1997⁽²³⁾, que impõe aos Estados que tomem “as medidas necessárias para que o branqueamento de capitais constitua infracção penal”⁽²⁴⁾, remetendo

⁽²²⁾ Artigo 1.º, 5.º travessão, da *Directiva do Conselho de 10 de Junho de 1991 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais (91/308/CEE)* (doravante, 1.ª Directiva). Como se sabe, a Comissão havia tentado – sem êxito – fazer aprovar nesta Directiva uma obrigação de criminalização do branqueamento, que o Conselho recusou, e que foi substituída pela inserção de uma insólita Declaração, segundo a qual “[o]s representantes dos governos dos Estados-membros (...) [c]omprometem-se a tomar até 31 de Dezembro de 1992, o mais tardar, todas as medidas necessárias para pôr em vigor uma legislação penal que lhes permita respeitar as obrigações decorrentes” da Convenção de Viena (1988) e da Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento (1990).

⁽²³⁾ Entrada em vigor em 19-05-2009 (aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 86/2000, de 15 de Dezembro, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 82/2000, de 15 de Dezembro).

⁽²⁴⁾ Art. 2.º do *Segundo Protocolo*.

a configuração da conduta típica para “o comportamento definido no terceiro travessão do artigo 1.º da Directiva n.º 91/308/CEE, do Conselho, de 10 de Junho de 1991, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais (...), *relacionado com os produtos da fraude, pelo menos nos casos graves, e da corrupção activa ou passiva*”⁽²⁵⁾.

Porém, a verdade é que a Decisão-quadro de 2001 – e já, antes dela, a Acção Comum de 1998⁽²⁶⁾ –, ao estabelecer por via indirecta uma noção mínima comum do *branqueamento-crime*⁽²⁷⁾, não adoptou a definição do *Segundo Protocolo*. Em vez disso, impôs aos Estados-membros a criminalização do branqueamento de vantagens provenientes de “infracções graves”, onde devem incluir-se sempre “as infracções puníveis com uma pena privativa de liberdade ou com uma medida de segurança de uma duração máxima superior a um ano ou, nos Estados cujo sistema jurídico preveja sanções com um limite mínimo, as infracções puníveis com uma pena privativa de liberdade ou uma medida de segurança de uma duração mínima superior a seis meses”. Consequentemente, o âmbito de aplicabilidade da definição constante do *Segundo Protocolo* permaneceu confinado aos “crimes PIF” e a sua vinculatividade tinha a natureza de obrigação convencional (não-integrada).

Deste modo, o âmbito do *sistema de prevenção* continuou a ser definido, em último termo, pela *lei penal* dos Estados-membros, que foi, ela sim, obrigada a considerar relevantes – para efeitos da incriminação do branqueamento – as “actividades criminosas” que resultassem da aplicação dos critérios contidos no artigo 1.º, al. *b)*, da Decisão-quadro.

Neste contexto legal, a noção europeia de branqueamento para efeitos de prevenção foi sendo alimentada pelo direito penal *de forma duplamente indirecta*: a Decisão-quadro de 2001 impunha certos critérios de onde resultavam deveres de criminalizar certas condutas como branqueamento, as quais, uma vez criminalizadas, passavam a relevar para o sistema de prevenção por força da remissão genérica contida na Directiva de 1991.

c) A 2.ª Directiva, de 2001, parece ter-se afastado parcialmente daquele esquema, ao definir como “actividades criminosas” *para efeitos do sistema de pre-*

⁽²⁵⁾ Artigo 1.º, al. *e)* (itálicos nossos). Solução semelhante consta do artigo 4.º, n.º 2, da já citada *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal*, onde se impõe aos Estados o dever de assegurar que seja “punível como infracção penal o branqueamento de capitais, tal como definido no artigo 1.º, n.º 2, da Directiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, quando envolva ativos que sejam produto das infracções abrangidas pela presente diretiva”.

⁽²⁶⁾ Tratava-se, na verdade, de um compromisso político, sem repercussões jurídicas vinculativas para o sistema.

⁽²⁷⁾ Vd. PEDRO CAEIRO (nota 9), p. 1069.

venção “qualquer tipo de envolvimento criminal na prática de um crime grave”, de que dava exemplos, e cuja relevância não dependia, portanto, de uma efectiva e prévia incriminação pelos Estados, nem sequer de um dever que impusesse a respectiva criminalização⁽²⁸⁾.

Paradigmaticamente, consideravam-se “crimes graves” as “*actividades* de organizações criminosas tal como definidas no artigo 1.º da Acção Comum 98/733/JAI” (itálicos nossos), ou seja, as “infracções puníveis com pena privativa da liberdade ou medida de segurança privativa da liberdade cuja duração máxima seja de, pelo menos, quatro anos”⁽²⁹⁾, aí se incluindo as infracções “mencionadas no artigo 2.º da Convenção Europol e no anexo dessa convenção”⁽³⁰⁾, onde por sua vez se indicam vários comportamentos que não só não são necessariamente factos precedentes do crime de branqueamento (à luz de qualquer dos critérios internacionais e europeus aplicáveis), como também não têm sequer que corresponder a infracções criminais⁽³¹⁾. O mesmo se diga da “fraude, pelo menos a fraude grave, tal como definida no n.º 1 do artigo 1.º e no artigo 2.º da Convenção sobre a Protecção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias”.

Porém, na determinação do âmbito do sistema europeu de prevenção, manteve-se uma dupla referência às leis nacionais:

- por um lado, era relevante para este efeito “qualquer infracção que possa gerar proveitos substanciais e que seja punível com uma pesada pena de prisão, nos termos do direito penal do Estado-Membro”. De notar que se instavam os Estados-membros a alterar, antes de Dezembro de 2004, esta definição, “a fim de a alinhar pela definição de crime grave que consta da Acção Comum 98/699/JAI”;

⁽²⁸⁾ Artigo 1.º, E), da *Directiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de Dezembro de 2001, que altera a Directiva 91/308/CEE do Conselho relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais*, JO L 344, de 28-12-2001, p. 76 e ss.

⁽²⁹⁾ Artigo 1.º da Acção Comum n.º 98/733/JAI.

⁽³⁰⁾ *Ibidem*.

⁽³¹⁾ P. ex., a “criminalidade ligada a material nuclear e radioactivo, as redes de imigração clandestina”, o “tráfico de substâncias hormonais e outros factores de crescimento” e as infracções cometidas para obter os meios de perpetrar actos que são da alçada da EUROPOL, para facilitar ou consumir a respectiva execução, ou para assegurar a respectiva impunidade: cf. o artigo 2.º da *Convenção, fundamentada no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, que cria um serviço europeu de polícia (Convenção EUROPOL)*, assinada em Bruxelas, em 26 de Julho de 1995, e o *Protocolo, estabelecido com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativo à interpretação a título prejudicial pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias da Convenção que cria um serviço europeu de polícia*.

– por outro lado, “os Estados-Membros podem designar qualquer outra infracção como actividade criminosa para efeitos da presente directiva”, assim se repondo a formulação ambígua já mencionada⁽³²⁾.

d) A 3.^a Directiva, de 2005, para além de manter os comportamentos especificamente indicados pela sua predecessora como “crimes graves”, veio satisfazer a injunção dela constante, incorporando na definição das fontes das vantagens relevantes para o sistema de prevenção a noção que já constava da Decisão-quadro para a tipificação do crime de branqueamento pelos Estados-membros, ou seja, “as infracções puníveis com uma pena privativa de liberdade ou com uma medida de segurança de uma duração máxima superior a um ano ou, nos Estados cujo sistema jurídico preveja sanções com um limite mínimo, as infracções puníveis com uma pena privativa de liberdade ou com uma medida de segurança de uma duração mínima superior a seis meses”⁽³³⁾. Além disso, adicionou ao catálogo das infracções relevantes como fonte de vantagens para o sistema de prevenção os crimes de terrorismo previstos nos artigos 1.º a 4.º da Decisão-Quadro 2002/475/JAI.

Assim, foi com a 3.^a Directiva que o direito europeu estabeleceu, pela primeira vez, que as condutas relevantes como factos precedentes para a *tipificação* do crime de branqueamento pelo direito europeu são *também* relevantes para o sistema de prevenção – embora o inverso não fosse necessariamente verdade, pois as condutas especificadas *qua tale* na Directiva podiam não cumprir os requisitos necessários para que emergisse, em relação a elas, o dever de incriminação imposto pela Decisão-quadro.

Consequentemente, a 2.^a e a 3.^a Directivas já proibiam e punham sob a alçada do sistema de prevenção *condutas* de branqueamento que não integravam necessariamente – nem tinham necessariamente que integrar – *crimes* de branqueamento à luz do direito da União Europeia.

e) Por fim, a 4.^a Directiva manteve, no essencial, o conceito de actividade criminosa relevante adoptado na 3.^a Directiva⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ Vd. *supra*, a).

⁽³³⁾ Artigo 3.º, n.º 5, da *Directiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Outubro de 2005 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais*

e de financiamento do terrorismo, JO L 309, de 25-11-2005, p. 15 e ss.

⁽³⁴⁾ O artigo 3.º, n.º 4, da 4.^a Directiva, define actividade criminosa como “qualquer tipo de participação criminosa na prática de um dos seguintes crimes graves: a) Os atos previstos nos artigos 1.º a 4.º da Decisão-Quadro 2002/475/JAI; b) Qualquer das infracções a que se refere o artigo 3.º, n.º 1, alínea a), da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988; c) As atividades de organizações criminosas na aceção do artigo 1.º da Ação Comum 98/733/JAI do Conselho (1); d) A fraude lesiva dos interesses financeiros da União, pelo menos a fraude grave, na aceção do artigo 1.º, n.º 1, e do artigo 2.º, n.º 1, da

1.2.2. As “acções branqueadoras” que activam o sistema de prevenção e as modalidades de acção do tipo do branqueamento

O modelo dual presente no direito europeu revela-se também, de forma ainda mais nítida, no tratamento das *acções branqueadoras* propriamente ditas.

Com efeito, os deveres de criminalização do branqueamento que o direito da UE impõe aos Estados-membros – *sc.*, aqueles que decorrem das disposições conjugadas do artigo 1.º, al. *b*), da Decisão-quadro de 2001 e do artigo 6.º da Convenção de Branqueamento de 1990 – não abrangem necessariamente certas acções relevantes para efeitos do sistema de prevenção. A Convenção de 1990 e a Convenção de Varsóvia de 2005 só impõem *de forma estrita* a criminalização da conversão ou transferência com fins de ocultação ou favorecimento e a ocultação ou dissimulação da origem ilícita dos bens – admitindo-se porém que os Estados não criminalizem a mera *aquisição, posse ou uso dos bens de origem ilícita*, em homenagem aos seus princípios constitucionais ou aos conceitos fundamentais dos respectivos sistemas jurídicos. Não obstante, todas as directivas da UE relativas ao branqueamento, sem excepção, tomam por adquirido, desde 1991, que essas condutas (bem como, aliás, a participação nas infracções de branqueamento, a cuja criminalização o direito convencional também só obriga *sub conditionem*) são relevantes para efeitos do sistema de prevenção⁽³⁵⁾.

1.2.3. O direito europeu: conclusão

a) Podemos concluir que o direito europeu parte da (fracamente harmonizada) lei penal dos Estados-membros para definir o âmbito de aplicabilidade do *sistema de prevenção*. Por outras palavras, cada Estado-membro tem o dever de implementar as directivas que regulam o sistema de prevenção tomando como base as condutas que integram crimes de branqueamento no respectivo ordenamento e tendo em conta, portanto, os factos precedentes relevantes para esse efeito.

Não obstante, o sistema de prevenção europeu ganha autonomia e maior amplitude em relação às leis penais nacionais. Por um lado, especifica, enquanto *fontes dos bens*, certas condutas e “actividades” que constituem “actividade criminosa” relevante para os mecanismos de prevenção, independentemente do “se” e do “como” da sua consagração como factos precedentes nas incriminações

Convenção relativa à protecção dos interesses financeiros das Comunidades (2); e) A corrupção; f) Todas as infracções, incluindo os crimes fiscais relacionados com impostos directos e indirectos, na aceção do direito nacional de cada Estado-Membro, que sejam puníveis com pena ou medida de segurança privativa de liberdade de duração máxima superior a um ano ou, nos Estados-Membros cuja ordem jurídica preveja um limiar mínimo para as infracções, todas as infracções puníveis com pena ou medida de segurança privativa de liberdade de duração mínima superior a seis meses”.

⁽³⁵⁾ Cf. por último o artigo 1.º, n.º 3, da 4.ª Directiva.

do branqueamento nacionais. Consequentemente, o sistema de prevenção é activado por condutas de transferência, conversão, etc., de bens provenientes de factos que não integram a definição europeia do crime de branqueamento nem mesmo os tipos legais das leis nacionais. Por outro lado, ao contrário das convenções internacionais (penais) onde se inspira, o sistema de prevenção europeu não diferencia o grau de vinculatividade das normas que descrevem as acções de branqueamento, levando a que certas modalidades (*v. g.*, a detenção) possam desencadear os deveres de prevenção, mesmo que não sejam, nem tenham que ser, incriminadas pelos ordenamentos jurídicos nacionais.

b) O desfasamento entre a noção de branqueamento relevante para efeitos de proibição / prevenção e para efeitos de criminalização reflecte as diferentes *finalidades e radicações institucionais* de cada uma das referidas políticas europeias.

Logo no preâmbulo da 1.^a Directiva, o Conselho começou por justificar a criação do sistema de prevenção com a ideia de que a utilização das instituições financeiras para branquear capitais de origem ilícita pode pôr em causa “a sanidade e a estabilidade” do sistema financeiro, conduzindo à perda da confiança do público. Seguidamente, fundamentou a necessidade de intervenção da CE (uma intervenção global e integrada) na afirmação de que essa seria a única forma de evitar que os Estados membros viessem a adoptar, isolada e descoordenadamente, medidas de protecção dos seus sistemas financeiros que pudessem conflitar com o mercado único e a livre circulação de capitais. Só depois se aludia às ligações do branqueamento com o crime organizado e o tráfico de estupefacientes e à conveniência da sua repressão através de meios penais; sem embargo, afirmava-se que a luta contra o branqueamento não deve repousar exclusivamente na *repressão penal* do fenómeno, passando também por uma eficaz *prevenção* logo ao nível das instituições financeiras, de acordo com a Recomendação do Conselho da Europa de 27 de Junho de 1980, a Declaração de Basileia de 1998 e as Recomendações do GAFI.

Esta abordagem, que se manteve nas directivas seguintes, torna claro que, até ao momento, a principal base de fundamentação da intervenção da UE sobre o branqueamento se encontra, não num mini-programa de política criminal, mas na prossecução de certos interesses sócio-económicos que lhe está cometida – nomeadamente, a sanidade do sistema bancário e financeiro e a liberdade de circulação de capitais no âmbito do mercado único. A confirmar esta ideia estão as próprias bases legais adoptadas pelo Conselho em todas as directivas, que, como vimos, dizem respeito apenas ao estabelecimento e funcionamento do mercado interno.

c) A implementação de um sistema de prevenção do branqueamento verdadeiramente europeu (uniforme) levaria a prescindir de qualquer referência às leis

penais nacionais: ele assentaria em *definições autónomas* (europeias) da realidade sobre que se pretende intervir, sem a mediação daquelas.

Todavia, esse desiderato não parece possível no futuro próximo. Por um lado, as sucessivas directivas têm mostrado que a UE não parece ter vontade de construir um conceito verdadeiramente autónomo de branqueamento para o sistema de prevenção. Por outro lado, mesmo que venha a proceder-se à harmonização das incriminações nacionais e se pretenda cingir o sistema de prevenção a essa noção (harmonizada) de branqueamento-crime, o actual esquema das “regras mínimas” presente no artigo 83.º do TFUE permite aos Estados-membros manter previsões mais latas do que as que constam dos diplomas europeus, pelo que a remissão para as leis penais dos Estados continuará inevitavelmente a desembocar em resultados diferentes: condutas relevantes para o sistema de prevenção num país não o serão necessariamente nos restantes.

Seja como for, quanto maior for o grau de especificação das remissões feitas para os ordenamentos jurídico-penais nacionais (“crimes graves”, crimes puníveis com “pesadas penas de prisão”, ou mesmo crimes puníveis com certas penas máximas ou mínimas), maiores serão, por força da diferente incidência que tais designações têm nas diversas ordens jurídicas, as diferenças na aplicação de mecanismos de prevenção que se pretendem tão homogêneos quanto o mercado único a que se destinam. Inversamente, a adopção de uma noção lata de branqueamento na implementação dos sistemas de prevenção nacionais, que abstraia das particularidades das respectivas leis penais, permitirá ampliar a margem de sobreposição entre todos, fortalecendo a sua aplicação.

Por fim, importa lembrar que o dever de implementar o sistema de prevenção europeu não impede os Estados-membros de adoptarem regimes mais abrangentes, que transcendam a realidade visada pelas respectivas normas penais e, até, as exigências das directivas europeias, como expressamente se dispõe no artigo 5.º da 4.ª Directiva.

1.3. O direito português

1.3.1. Apesar de as sucessivas directivas conterem definições de branqueamento para efeitos do sistema de prevenção, as leis portuguesas que as transpuseram cingiram quase sempre, até ao momento, o conceito de branqueamento relevante para o sistema de prevenção à noção extraída do *tipo de crime* de branqueamento – embora não escondam algumas hesitações do legislador neste domínio.

1.3.2. Assim, o Decreto-Lei n.º 313/93, de 15 de Setembro, referia os deveres especiais de diligência, o dever de abstenção, etc., ao “crime previsto no artigo

23.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro”⁽³⁶⁾. Não obstante, este diploma estendia o “dever especial de colaboração” (dever de comunicação) aos crimes precedentes, que eram apenas, na época, os crimes de tráfico de estupefacientes⁽³⁷⁾.

Depois, o Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de Dezembro, prosseguiu na mesma senda, ao estender as obrigações das entidades financeiras “às operações que envolvam ou possam envolver a prática dos crimes a que se alude no artigo 2.º do presente diploma”⁽³⁸⁾, que alargava o leque dos factos precedentes, e ao referir as obrigações de prevenção (das entidades não-financeiras) às “infracções a que alude o artigo 2.º bem como às respeitantes aos bens ou produtos provenientes do tráfico de droga e precursores”⁽³⁹⁾.

Este desenho foi mantido, no essencial, pela Lei n.º 11/2004, de 27 de Março, que continuou a construir o sistema de prevenção sobre indícios ou suspeitas da prática “de crime de branqueamento”, embora pareça ter estendido o dever de comunicação aos casos em que as entidades financeiras soubessem ou suspeitassem de que “quaisquer somas inscritas nos seus livros são provenientes da prática de facto ilícito típico”⁽⁴⁰⁾.

Por fim, a Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho, assumiu expressamente, no n.º 2 do seu artigo 1.º, que “o branqueamento e o financiamento do terrorismo são proibidos e punidos nos termos da legislação *penal* aplicável” (itálicos nossos). Assim, parece que se decalca a proibição (e, portanto, o âmbito do sistema de prevenção) sobre a lei penal, intenção que é confirmada pela circunstância de não se encontrar neste diploma uma definição própria do fenómeno, nem no que diz respeito à fonte das vantagens, nem no que toca às acções branqueadoras. Coerentemente, os deveres aparecem associados, as mais das vezes, à prevenção do *crime* de branqueamento. Além disso, os pequenos desvios a esta regra constantes das leis anteriores, relativos ao dever de comunicação, foram suprimidos.

1.3.3. Em conclusão, pode afirmar-se que o sistema nacional de prevenção do branqueamento não assenta em uma noção autónoma do fenómeno, mas sim, essencialmente, na noção que se retira do tipo legal do crime de branqueamento previsto no artigo 368.º-A do Código Penal.

⁽³⁶⁾ Cf. os artigos 5.º, 8.º, 9.º, 11.º, etc., do Decreto-Lei n.º 313/93, de 15 de Setembro.

⁽³⁷⁾ Artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 313/93, de 15 de Setembro.

⁽³⁸⁾ Artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de Dezembro.

⁽³⁹⁾ Artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de Dezembro.

⁽⁴⁰⁾ O teor integral da norma era o seguinte: “Artigo 18.º – Dever de comunicação: 1 – No cumprimento do dever de comunicação previsto no artigo 7.º, as entidades financeiras devem informar o Procurador-Geral da República logo que tomem conhecimento ou suspeitem que quaisquer somas inscritas nos seus livros são provenientes da prática de facto ilícito típico ou se apercebam de quaisquer factos que possam constituir indícios da prática do crime de branqueamento”.

É em relação ao perigo, indícios ou suspeitas das condutas típicas aí descritas que se arma o complexo de deveres sobre os quais se tece o sistema de prevenção.

2. A fundamentação material e a conveniência pragmática de uma noção autónoma de branqueamento para efeitos do sistema de prevenção

As considerações precedentes dão conta da legitimidade formal de se angariar uma noção ampla de branqueamento para efeitos do sistema de prevenção, a qual, se não deve ditar a fisionomia do crime de branqueamento, também não deve limitar-se a ela.

A esta legitimidade formal somam-se ponderosas razões materiais, se atentarmos nos *fins* a que o sistema de prevenção se encontra ordenado e no *modo do seu funcionamento*.

2.1. A teleologia do sistema de prevenção não visa apenas, nem tem talvez por principal finalidade, a prevenção do *branqueamento-crime*, enquanto manobra furtiva que ofende a administração da justiça, mas antes evitar que “[o]s fluxos de dinheiro ilícito [prejudiquem] a integridade, a estabilidade e a reputação do setor financeiro e [ameacem] o mercado interno da União e o desenvolvimento internacional”⁽⁴¹⁾. Sem nunca se negar a óbvia relação destas condutas com a “criminalidade”, sobressai nos instrumentos europeus a preocupação com a preservação da “solidez, integridade e estabilidade das instituições de crédito e das instituições financeiras e a confiança no sistema financeiro no seu conjunto”, que “poderão ser gravemente comprometidas pelos esforços dos agentes do crime e dos seus cúmplices para dissimular a origem do produto do crime ou para canalizar fundos, lícitos ou ilícitos, para fins terroristas”⁽⁴²⁾.

Ora, deste ponto de vista, não parece muito relevante a espécie de crime de onde provêm as vantagens suspeitas, nem a gravidade da pena que lhes é aplicável, nem que esteja em curso, ou tenha já ocorrido, uma manobra destinada a subtrair as vantagens em causa (ou os agentes dos crimes que lhes deram origem) à

⁽⁴¹⁾ Considerando 1.º da 4.ª Directiva; cf. também NUNO BRANDÃO (nota 4), p. 20 e ss.; e, muito recentemente, MARIA BERGSTRÖM, “Money laundering”, in Valsamis Mitsilegas / Maria Bergström / Theodore Konstadinides (eds.), *Research Handbook on EU Criminal Law*, E. Elgar, 2016, p. 336, para quem as sucessivas directivas foram sendo adoptadas “to protect the financial system and other vulnerable professions and activities from being misused for money laundering and later also terrorism financing purposes”. Já não acompanhamos a A. quando sugere que (p. 343 e s.) que a definição dada pela 4.ª Directiva “harmoniza” a lei *penal* dos Estados, precisamente porque, como dissemos, esse efeito não se coadunaria com a base legal escolhida para a aprovação da Directiva – problema que a A. aliás discute nas páginas antecedentes, mas de que não tira as devidas consequências.

⁽⁴²⁾ Considerando 2.º da 4.ª Directiva.

administração da justiça – por outras palavras, não é muito relevante que se esteja perante um *crime* de branqueamento. Se a finalidade do sistema de prevenção é preservar o sistema financeiro – e a confiança pública que nele se deposita – contra o infiltramento de fundos *de origem ilícita* (ou seja, preservar a pureza da circulação dos bens, ou de algumas das suas formas), importa apenas definir até onde se pretende estender a noção de *ilicitude*: fundos cuja origem esteja maculada por qualquer razão (incluindo causas de ilicitude civil ou administrativa), ou apenas aqueles que provenham de ilícitos de direito público (administrativo, contra-ordenacional, disciplinar, penal), ou apenas de ilícitos penais, ou apenas de crimes de certa gravidade (v. g., puníveis com certas penas).

As opções que se façam neste exercício nada têm que ver com a intencionalidade do direito penal, cujas normas são ali apropriadas e referidas a título meramente pressuponente para que se desencadeiem as consequências previstas no sistema de prevenção. Todas as soluções em hipótese são congruentes com as finalidades enunciadas, pelo que as decisões nesta matéria hão-de guiar-se, também, pela salvaguarda de outros interesses, nomeadamente, a exequibilidade das tarefas da prevenção assim definida pelos respectivos destinatários e os custos que lhes inerem, não só no plano económico, como também no plano sócio-jurídico (limitações de direitos e liberdades individuais, carácter eventualmente excessivo da intrusão, funcionamento do sistema bancário e financeiro, etc.).

Neste contexto, não vemos problema algum em que certa situação active o sistema de prevenção mesmo que não integre uma conduta punível como crime de branqueamento, seja porque o facto gerador das vantagens não é elegível como facto precedente, seja porque a conduta, em si mesma considerada, não preenche o tipo do branqueamento: o caso paradigmático no direito português seria, p. ex., o depósito, pelo agente de um furto simples, do produto do crime na sua conta bancária.

Assim sendo, tanto o *all-crimes approach* como uma delimitação muito ampla dos factos geradores de vantagens (v.g., ilícitos típicos puníveis com pena de prisão superior a um ano) se mostrarão pertinentes para fixar o âmbito de aplicabilidade do sistema de prevenção (até porque temos fundadas dúvidas de que uma e outra abordagens levem a resultados práticos verdadeiramente diferentes).

2.2. Contra o modelo dual que acabámos de descrever, poderia argumentar-se que não faz sentido proibir e sujeitar a vigilância (através dos deveres de prevenção) condutas que, não integrando crimes de branqueamento, não podem ser investigadas e sancionadas.

Não parece, todavia, que essa objecção deva proceder. Se se *proibir*, por exemplo, a conversão de vantagens provenientes de crimes que *não* integram factos precedentes relevantes (para efeitos criminais), ou se se *proibir* a simples aquisição, detenção ou utilização de bens com proveniência ilícita, a detecção dessas

situações, mesmo que não conduza a uma investigação por branqueamento (por não se preencher, sequer indiciariamente, o respectivo tipo de crime), permitirá identificar a proveniência ilícita dos bens e assim iniciar as diligências que o caso suscitar (investigação dos factos geradores das vantagens e perseguição penal dos responsáveis, devolução dos bens aos legítimos titulares e / ou confisco dos mesmos, nos termos gerais previstos na lei criminal). É precisamente porque essas condutas são *proibidas* como branqueamento (embora não criminalmente *puníveis* como tal) que é legítimo sujeitá-las às consequências decorrentes do cumprimento dos deveres de prevenção (denúncia com quebra de sigilo, recusa de execução, etc.).

Aliás, foi esse o caminho seguido por várias legislações: compare-se, v. g., o âmbito assaz restrito do tipo (objectivo) do branqueamento desenhado no artigo 305.º *bis* do Código Penal Suíço⁽⁴³⁾ com o âmbito dos deveres de esclarecimento e de comunicação estabelecidos na lei de prevenção suíça, que se referem expressamente, *para além das condutas tipificadas como crime de branqueamento*, aos casos em que se suspeita de que “os bens provêm de um crime”⁽⁴⁴⁾.

Porque se trata de realidades normativas que intencionam finalidades diferentes, seria até perfeitamente pensável um sistema *exclusivamente* assente na prevenção da utilização de vantagens de proveniência ilícita e inerente confisco, *sem* criminalização do branqueamento: tomando de empréstimo as palavras de Peter Alldrige, “the assertion of a general principle that a person should not be permitted to benefit from crime (...) would not necessarily justify the criminalisation of dealing with the proceeds. Indeed, if the confiscation provisions were to operate ideally, and no profits actually were made from the predicate offences to which the laundering provisions applied, then the independent argument for criminalisation would be considerably weakened”⁽⁴⁵⁾.

Assim, neste desenho, o sistema de prevenção continua a cumprir uma função útil para a intervenção penal, porque, para além de prevenir o *crime* de branqueamento, serve de detector de crimes geradores de vantagens, possibilitando a actuação repressiva das autoridades no sentido de investigarem os factos, promoverem a responsabilização dos culpados e confiscarem os réditos de fonte ilícita.

2.3. De um outro ângulo, o funcionamento do sistema de prevenção assenta no cumprimento de deveres que propiciam uma tutela “em abstracto”, *sc.*, inde-

⁽⁴³⁾ “Celui qui aura commis un acte propre à entraver l’identification de l’origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu’elles provenaient d’un crime ou d’un délit fiscal qualifié, sera puni d’une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d’une peine pécuniaire”.

⁽⁴⁴⁾ Cf. os artigos 6.º, 2, b.; 9.º, 1, a., 2.; 16, 1., b.; 23.º, 4., b.; 27.º, 4., b., todos da *Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d’argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (Loi sur le blanchiment d’argent, LBA)*, de 10 de Outubro de 1997.

⁽⁴⁵⁾ PETER ALLDRIDGE, *Money Laundering Law*, Hart Publ., 2003, p. 64.

pendentemente de uma suspeita concreta (p. ex., os deveres de identificação e de diligência), e de deveres que supõem uma percepção, por parte das entidades obrigadas e / ou dos respectivos funcionários, de que certas vantagens possuídas por terceiros (clientes ou potenciais clientes) provêm de “actividades criminosas” (em particular, os deveres de comunicação e de abstenção).

A exigência legal da identificação da específica natureza dos crimes geradores de vantagens fazia sentido num modelo de prevenção que tinha por objecto quase exclusivo o tráfico de estupefacientes, pois a fonte das receitas geradas por essa prática – ao menos em alguns casos – era facilmente detectável: vigorava o estereótipo do pequeno / médio traficante, sem profissão conhecida ou pouco qualificado, que depositava regularmente no banco somas importantes em dinheiro vivo.

Porém, com a dilatação do âmbito do sistema de prevenção, não parece curial exigir, para a activação daqueles deveres, que o funcionário / a entidade obrigada saibam ou suspeitem de que as vantagens provêm de crimes que a respectiva lei nacional indica como factos precedentes relevantes. Na verdade, e a título de exemplo, não se afigura funcional pôr a actuação do sistema de prevenção na dependência de o funcionário saber ou suspeitar de que existem circunstâncias que qualificam o crime de furto (cuja existência, na forma simples, ele tem por certa) de onde as vantagens procedem. Só que essa disfunção não tem que ser corrigida por meio de uma infundamentada extensão da intervenção penal, à custa da racionalidade do discurso da criminalização, mas sim por uma libertação do sistema de prevenção fundada na sua própria razão de ser.

É até possível que, hoje em dia, as entidades obrigadas já cumpram os deveres de prevenção pertinentes sempre que suspeitem da proveniência ilícita, ainda que não especificada, de determinados fundos. Em muitos casos, não disporão sequer de informação suficiente para poder atribuir a origem dos fundos ou bens a certos tipos de crime, ou sequer a certos géneros de criminalidade. Mesmo que assim seja, seria melhor verter essa solução na lei, de maneira a conseguir um regime transparente e uniforme em matéria de prevenção do branqueamento.

2.4. Em conclusão, podemos afirmar que, do ponto de vista do sistema de prevenção, a discrepância entre a definição de branqueamento dada pela 4.^a Directiva (e, na realidade, por todas as que a precederam) e as condutas que devem constituir crime de branqueamento não se afigura problemática. Consequentemente, o bom funcionamento do sistema de prevenção não exige que se *repliquem* na lei penal as definições do branqueamento que ali vigoram.

Tal como sucede com a generalidade dos fenómenos socialmente indesejados, nem todas as manifestações do branqueamento têm que (ou devem, ou sequer podem) ser criminalizadas. O discurso da criminalização obedece a critérios e a ponderações específicos, subordinados a princípios de índole constitucional, onde se convocam também os mandamentos político-criminais e dogmáticos

próprios do direito penal, para que os processos de neo-criminalização possam integrar-se, de forma racionalmente fundada e com uma teleologia precisa, no sistema jurídico-penal.

É a esse exame que passamos de seguida.

3. A (in)conveniência da aproximação da incriminação à definição do branqueamento do sistema de prevenção como *opção* de política criminal

3.1. O branqueamento como crime de média gravidade contra a administração da justiça

Não havendo (novos) deveres para cumprir em matéria penal, nem se ante- vendo qualquer disfunção na manutenção de duas definições de branqueamento, uma mais ampla do que a outra, determinadas pelos fins a que se destinam, resta averiguar se a aproximação da incriminação à noção sobre que assenta o sistema de prevenção é uma boa opção do ponto de vista político-criminal.

Os quatro aspectos mais importantes que podem recensear-se a esse propósito são os seguintes: o alargamento do círculo de factos precedentes relevantes; a incriminação de novas modalidades de acção (aquisição, recebimento, utilização, detenção e conservação); a eliminação da exigência de incriminação pela *lex loci* relativamente aos factos geradores de vantagens praticados no estrangeiro; e a incriminação da negligência.

O tratamento de todos estes tópicos depende, em primeira linha, de uma questão fundamental: o sentido geral da intervenção *penal* sobre o branqueamento.

Com efeito, existem actualmente dois modelos de repressão penal do branqueamento bastante diferentes: por um lado, a concepção que esteve na base da criminalização, segundo a qual *algumas* das manifestações do branqueamento constituem crimes de certa gravidade contra a administração da justiça, justificando a aplicação de penas de prisão e, eventualmente, mecanismos excepcionais de investigação; por outro lado, uma concepção pragmática e maximalista, desinteressada do discurso do bem jurídico e de uma análise racional da danosidade social da conduta, que vê na criminalização do branqueamento apenas uma forma (supostamente⁽⁴⁶⁾) eficiente de atingir o “crime organizado”⁽⁴⁷⁾, almejando uma

⁽⁴⁶⁾ Uma perspectiva crítica da eficácia e da eficiência das políticas de controlo do branqueamento na perspectiva do custo / benefício pode encontrar-se em HANS GEIGER / OLIVER WUENSCH, “The fight against money laundering. An economic analysis of a cost-benefit paradoxon”, *Journal of Money Laundering Control* 10-1 (2007), p. 91 e ss.

⁽⁴⁷⁾ Paradigmática desta concepção era a frase pungente e algo constrangedora que, durante algum tempo, encabeçou a página *web* da Comissão dedicada ao controlo do branqueamento: “Money-laundering is at the heart of *practically all criminal activity*” (<http://www.europa.eu.int/>

extensão da incriminação a todo o contacto voluntário ou negligente com bens de origem ilícita⁽⁴⁸⁾.

A opção entre uma e outra é decerto uma escolha de natureza político-criminal, embora sujeita a determinadas restrições, algumas de natureza jurídico-constitucional⁽⁴⁹⁾. Por razões que fomos adiantando em escritos anteriores e que não se justifica repetir aqui, continuamos a aderir à primeira concepção: o branqueamento é um crime de média gravidade contra a administração da justiça, na medida em que pode impedir ou dificultar significativamente (crime de perigo abstracto) a detecção e o confisco das vantagens provenientes de crimes graves e a perseguição / punição dos respectivos agentes.

Daqui decorrem várias consequências para os quatro tópicos apontados.

3.2. O universo dos factos precedentes

3.2.1. Desde logo, é razoável admitir que a ofensa à administração da justiça só ganha *dignidade penal* quando os crimes que produzem as vantagens (os factos precedentes) têm uma certa *gravidade*, pois só nesses casos a detecção e o confisco das mesmas ganham importância suficiente para se constituírem em dimensões relevantes do bem jurídico-penal “administração da justiça”⁽⁵⁰⁾.

comm/justice_home/fsj/crime/laundrying/fsj_crime_laundrying_en.htm, última consulta em Maio de 2006; itálicos nossos).

⁽⁴⁸⁾ As alterações introduzidas no Código Penal Espanhol em 2010 parecem ter seguido esta linha, tendo sido objecto da crítica contundente da generalidade da doutrina: vd. MIGUEL ABEL SOUTO, “Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de dinero, volumen del fenómeno y evolución del delito en España”, in Miguel Abel Souto (coord.), *IV Congreso Internacional Sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 137 e ss.; e JUANA DEL CARPIO DELGADO, “Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales”, *InDret* 4/2016, p. 6 e ss.

⁽⁴⁹⁾ Vd. *infra*.

⁽⁵⁰⁾ Como tivemos ocasião de sustentar em outro lugar, “as manobras tendentes a impedir a perda das vantagens de origem criminosa só podem justificar uma punição autónoma quando projectem a frustração da pretensão estadual para níveis intoleráveis de insatisfação comunitária – é dizer, quando suscitem especiais necessidades preventivas. Tal selecção faz-se através de dois critérios: o primeiro elege como factos precedentes apenas os crimes que, pela sua gravidade, são presumivelmente idóneos a gerar essas necessidades preventivas – e surge também como a limitação possível, perante as obrigações internacionais do Estado Português, à tendência expansiva da punição do branqueamento, em homenagem ao princípio da necessidade, por aí se evitando que ela redunde na já criticada protecção da simples ‘pureza da circulação dos bens’; o segundo elege como factos precedentes certas espécies de crimes, prolongando a intenção político-criminal subjacente ao sistema do catálogo – e surge como genuína ligação da punição do branqueamento ao seu verdadeiro universo criminológico”, porque “a *intensa reprovação social do enriquecimento proveniente de certos crimes* não tem que reflectir-se, obrigatoriamente, numa quantidade mínima de pena abstracta”: PEDRO CAEIRO (nota 9), p. 1087 e ss. (notas de rodapé omitidas).

Na verdade, é também esta ideia que subjaz à generalidade dos instrumentos internacionais relativos à *repressão penal* do branqueamento, onde se exige, implícita ou explicitamente, que as vantagens branqueadas provenham de crimes ou infracções *graves*: era esse, seguramente, o caso do tráfico de estupefacientes nos anos 80/90, à data visto como *o* problema criminal; das “infracções graves” mencionadas na Decisão-quadro de 2001 (ainda que concretizadas através de critérios inadequados) e na 3.^a Recomendação do GAFI; e dos “crimes puníveis com pena não inferior a 4 anos de prisão” e da “corrupção” referidos na Convenção de Palermo.

3.2.2. Ora, não vemos que seja possível afirmar que os crimes puníveis, v. g., com prisão até dois anos são crimes graves, sobretudo num sistema como o português, que prevê molduras penais significativamente elevadas para a generalidade das infracções. Consequentemente, se levarmos a sério a ideia de que a punição do branqueamento deve servir a protecção de bens jurídicos, e não redundar numa mera duplicação de penas para os agentes de crimes geradores de vantagens, não vemos como possam dispensar-se os critérios de gravidade actualmente presentes no artigo 368.^o-A, que aliás cumprem *integralmente* os deveres resultantes do direito internacional e do direito europeu.

Não obstante, se se identificarem outras infracções que não cumpram os ditos requisitos mas que devam ser incluídas, por determinada razão identificada, naquele círculo, elas devem naturalmente ser adicionadas ao catálogo.

Já não nos parece viável, sob pena de se incorrer numa ilegítima inversão do raciocínio, agravar a moldura penal de um crime para que ele possa ser qualificado como facto precedente, pois a determinação das penas abstractas não deve ser feita em função das repercussões que certo *quantum* possa ter para normas pressupostas (como a incriminação do branqueamento, a possibilidade de cooperação judiciária internacional, o controlo da dupla incriminação no mandado de detenção europeu, etc.), mas sim em função das exigências de prevenção e dos princípios da necessidade e da proporcionalidade das penas.

3.2.3. Note-se, por último, o que já ocorre em países como a Espanha, que abdicaram de definir o círculo de factos precedentes: a doutrina, posta perante a imposição legal de qualificar como susceptíveis de branqueamento as vantagens provenientes de *quaisquer* crimes reclama já que se *tipifique* um montante mínimo abaixo do qual não pode haver branqueamento punível⁽⁵¹⁾.

⁽⁵¹⁾ Assim JUANA DEL CARPIO DELGADO, “La normativa internacional del blanqueo de capitales: análisis de su implementación en las legislaciones nacionales. España y Perú como caso de estudio”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 35 (2015) p. 684, com indicação de bibliografia concordante.

3.3. A criminalização, como modalidades da acção típica, da aquisição, recebimento, detenção, conservação e utilização de vantagens

3.3.1. A segunda consequência que se retira da consideração do bem jurídico protegido é que *o propósito de disfarçar a origem ilegal das vantagens e de procurar dar-lhes uma aparência legítima*, e, consequentemente, a *aptidão das condutas típicas para esse efeito*, estão no próprio cerne da noção de branqueamento, como aliás o próprio GAFI reconhece.

Daqui decorre que a simples aquisição, detenção ou utilização que não impliquem uma modificação (por transferência ou conversão) das vantagens, guiada pelo fim de as subtrair (ou ao agente do facto precedente) à acção da justiça, ou uma ocultação das mesmas (ou das suas características), *não se revestem da danosidade própria deste crime*.

É precisamente por esta razão que os vários instrumentos internacionais relevantes em matéria de repressão do branqueamento não impõem aos Estados uma obrigação estrita de incriminar essas condutas, mas tão-só na medida em que tal seja compatível com os “princípios constitucionais e [os] conceitos fundamentais” dos respectivos sistemas jurídicos.

É também por essa razão que várias leis nacionais não incriminam essas condutas⁽⁵²⁾, ou, quando o fazem, excluem do círculo de autores possíveis do crime os participantes do facto gerador das vantagens⁽⁵³⁾, ou excluem a punição, por branqueamento, dos participantes que sejam puníveis (*strafbar*) pelo facto precedente⁽⁵⁴⁾. Em outros países, e apesar da aparente latitude da lei⁽⁵⁵⁾, a doutrina e a jurisprudência interpretam restritivamente as normas em causa, exigindo que a aquisição, detenção, utilização, etc., das vantagens seja *sempre*

⁽⁵²⁾ Vd. o já citado artigo 305.º *bis* do Código Penal Suíço.

⁽⁵³⁾ Apesar de incriminar, no artigo 648 *ter* (*Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita*) a simples utilização de bens provenientes de crimes, o Código Penal Italiano esclarece que esse crime não abrange os participantes do facto precedente, que caem apenas sob a previsão do artigo 648 *ter.1* (*Autoriciclaggio*), recentemente introduzido pela Lei n. 186, de 15 de Dezembro de 2014, onde se requer – de forma ainda mais exigente do que no crime de branqueamento “geral” punido pelo artigo 648 *bis* – que as vantagens sejam transferidas, utilizadas, etc., “*in modo da ostacolare concretamente l’identificazione della loro provenienza delittuosa*” (ênfase nosso).

O § 165, n.º 2, do Código Penal Austríaco também exclui os autores do facto precedente do crime de aquisição, detenção, utilização, etc., de vantagens provenientes dos crimes designados no respectivo n.º 1.

⁽⁵⁴⁾ Cf. o § 261, n.º 9, do Código Penal Alemão.

⁽⁵⁵⁾ Cf. o artigo 301. do Código Penal Espanhol: “El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes”.

guiada pela finalidade de “*ocultar o encubrir el origen delictivo de los bienes o de ayudar a los intervinientes en el delito previo a eludir las consecuencias legales de sus actos*”⁽⁵⁶⁾, independentemente de se tratar, ou não, de um participante no facto precedente.

Isto significa que o simples uso de bens obtidos através de crimes (v. g., do tráfico de estupefacientes) não seria punível em nenhum daqueles ordenamentos jurídicos.

3.3.2. Em nossa opinião, a questão principal que aqui se levanta não é a da posição do agente do facto precedente, aliás salvaguardada pelas leis que examinámos. Contudo, nesse caso particular, o problema é evidentemente mais grave, porque, *para além do mais*, punir a detenção ou mera utilização das vantagens pelo próprio agente do facto precedente significaria uma irremissível violação do princípio *ne bis in idem*. Importa, neste contexto, esclarecer o seguinte: ao contrário de certa corrente que fez curso na doutrina e em alguma jurisprudência nacionais⁽⁵⁷⁾, num tempo em que a questão ainda era discutível⁽⁵⁸⁾, partilhávamos

⁽⁵⁶⁾ Neste sentido, louvando-se em doutrina anterior à reforma de 2010 (JULIO DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *El blanqueo de capitales en el derecho español*, Dykinson, 1999; e PATRICIA FARALDO CABANA, “Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995”, *Estudios penales y criminológicos* 21 (1998), p. 117 e ss.), vd. JUANA DEL CARPIO DELGADO, “La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales”, *Revista General de Derecho Penal* 15 (2011), p. 10, 17 e ss., que argumenta ser esta a interpretação mais coerente com o direito internacional vinculante e só ela permitir que o “monstro jurídico” de que falava o Prof. Muñoz Conde (referindo-se ao branqueamento) não devore os princípios básicos do direito penal; vd. também JUANA DEL CARPIO DELGADO (nota 51) p. 715 e ss., com indicação de jurisprudência recente do Tribunal Supremo no mesmo sentido.

⁽⁵⁷⁾ Vd., por todos, JORGE FERNANDES GODINHO, *Do Crime de “Branqueamento” de Capitais. Introdução e Tipicidade*, Almedina, 2001, p. 236 e ss.

⁽⁵⁸⁾ Com a introdução do artigo 368.º-A no CP em 2004 o legislador esclareceu que o agente do facto precedente também pode ser autor do branqueamento; e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n. 13/2007, de 22 de Março, fixou jurisprudência segundo a qual já no direito anterior existia concurso efectivo entre o facto precedente e o branqueamento. Esta decisão deve ser entendida em termos hábeis, como referida ao círculo de autores possíveis do crime de branqueamento, e não à existência de concurso efectivo ou aparente entre o branqueamento e o facto precedente, pois esta questão é um problema do caso concreto, insusceptível de resolver-se em abstracto por meio de fixação de jurisprudência (vd., na esteira de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, Coimbra Editora, 2007, p. 1011 e ss., PEDRO CAEIRO, “A consunção do branqueamento pelo facto precedente (em especial: (i) as implicações do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n. 13/2007, de 22 de Março; (ii) a punição da consunção impura)”, in Manuel da Costa Andrade / Maria João Antunes / Susana Aires de Sousa (org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, vol. III, 2010, p. 187 e ss.). Observação semelhante parece poder dirigir-se à posição de ANDRÉ LAMAS LEITE, “Do crime antecedente e do delito de branqueamento praticado pelo mesmo agente: regresso ao passado?”, in José Neves da Cruz / Carla Cardoso / André Lamas Leite / Rita Faria (Coord.), *Infracções Económicas e Financeiras, Estudos*

a opinião de que a inclusão do autor do facto precedente no círculo da autoria do branqueamento é legítima – não violando o *ne bis in idem* –, com a ressalva porém de que não pode a conduta punível esgotar-se nas finalidades naturalmente consumptivas dos crimes geradores de vantagens: é necessário que provoque um dano social autónomo ao dificultar especialmente a acção da justiça. Sempre propugnámos, portanto, uma solução semelhante à que foi recentemente adoptada pelo legislador italiano no referido crime de *Autoriciclaggio* punido pelo artigo 648 *ter.* 1 do Código Penal Italiano⁽⁵⁹⁾.

Ora, a “correcta formulação legislativa das modalidades de acção” é aquela que, em boa hora, o legislador português adoptou ao cunhar o artigo 368.º-A do Código Penal, abandonando de vez a reprodução fiel e acrítica dos instrumentos internacionais sobre a matéria, que ainda estava presente no artigo 2.º do Decreto-lei n.º 325/95, de 2 de Dezembro. Com efeito, as als. *a)*, *b)* e *c)* do art. 6º da *Convenção sobre o Branqueamento* não constituem (nem pretendem constituir, pois não é essa a sua função) expressão de *tipos legais* de crime, mas

de Criminologia e Direito, Coimbra Editora, 2014, p. 473, para quem “a actual redacção do art. 368.º-A, n.º. 2, do CP, no segmento em que se estabelece *sempre* a existência de concurso efectivo entre o branqueamento e o crime antecedente é *materialmente inconstitucional* por vulneração do princípio do *ne bis in idem* vertido no art. 29.º, n.º 5, da Lei Fundamental” (itálicos no original). Com efeito, o legislador não pode estabelecer, em abstracto, que duas normas se encontram numa relação de concurso efectivo (e não de concurso aparente). Já HUGO LUZ DOS SANTOS, “O crime de branqueamento de capitais e o crime precedente em Macau e em Portugal: Concurso efectivo? Adequação social e exclusão da tipicidade?”, *Revista do Ministério Público* 143 (2015), p. 9 e ss., partilhando da preocupação de André Lamas Leite com o respeito pelos princípios constitucionais, alcança a conclusão de algum modo oposta: entende o A. que, precisamente em virtude dessas garantias, existe concurso aparente e consumpção (em todos os casos?) do branqueamento pelo facto precedente.

⁽⁵⁹⁾ Assim, em 2003, escrevíamos: “a repressão do branqueamento justifica-se, não pelo *fin* visado com as condutas – a conservação das vantagens ilicitamente obtidas, em detrimento da pretensão estadual –, mas sim, e *apenas*, pelo *modo* particularmente eficiente (e, portanto, perigoso) de o atingir, ínsito nas condutas branqueadoras. (...) Ponto é 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”, para “evitar que a repressão penal do branqueamento redunde, na prática, numa *duplicação* das penas (...); tal desiderato há-de atingir-se, de um lado, através de uma correcta formulação legislativa das modalidades de acção e, de outro, mediante uma boa aplicação da lei pelos tribunais” (PEDRO CAEIRO (nota 9), p. 1107 e ss.). O papel que aí atribuíamos à regra da consunção (esp. p. 1108 e s.) era tributário da visão tradicional do concurso (aparente / efectivo) então dominante, devendo essas considerações ser agora revistas – como bem notou JOÃO COSTA ANDRADE, “Breves considerações sobre a unidade e pluralidade de crimes enquanto problema relevante na análise do crime de branqueamento”, in Luciano N. Silva / Gonçalo S. M. Bandeira (Coord.), *Branqueamento de Capitais e Injusto Penal*, Juruá Ed., 2010, p. 311 e s. – à luz da concepção do concurso entretanto avançada por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (nota 59), que acompanhamos.

antes puras *descrições* dirigidas aos legisladores nacionais, incapazes de fixar a *realidade típica* que visam proibir e com âmbitos de aplicação sobrepostos⁽⁶⁰⁾. Por isso, bem andou o legislador ao suprimir a incriminação constante do n.º 1, al. c), do referido dispositivo legal, que punia quem “adquirir ou receber tais bens ou produtos a qualquer título, os utilizar, detiver ou conservar”. Solução que, como vimos, acaba por se aproximar da interpretação dada ao tipo homólogo pela doutrina e jurisprudência espanholas, quando exigem, para a respectiva perfeição, a intenção de impedir ou dificultar a acção da justiça que preside a outras modalidades de acção.

3.3.3. Justifiquemos o nosso ponto de vista com um pouco mais de pormenor.

a) Desde logo, as modalidades de acção em crítica, *simpliciter*, não podem pretender punir *o agente do facto precedente* por condutas que se integram naturalmente nesse facto, sob pena de violação do *ne bis in idem* (o agente do furto ou do tráfico que gasta o dinheiro furtado ou obtido com a venda da droga, mas também o homicida a soldo que recebe o *blood money*, pois a recompensa já é valorada para a qualificação do homicídio). A incriminação destes factos como crimes autónomos está vedada, portanto, pelo princípio constitucional *ne bis in idem*.

Se, adicionalmente, a lei pretendesse escorar a incriminação destas condutas em um dever penal de entrega ao Estado das vantagens provenientes da prática do crime (precedente) por parte do respectivo agente, estaria a violar-se o princípio fundamental segundo o qual ninguém tem o dever de contribuir para a sua própria condenação (*nemo tenetur se ipsum accusare*)⁽⁶¹⁾.

b) Aquelas cinco modalidades de acção só poderiam referir-se, portanto, a condutas de *terceiros* que não o agente do facto precedente.

⁽⁶⁰⁾ Neste sentido, cf. JORGE FERNANDES GODINHO (nota 57), p. 162 e ss.

⁽⁶¹⁾ Pelas razões já expostas, não acompanhamos a ideia de que a punição do branqueamento cometido pelo autor do facto precedente viole sempre o *nemo tenetur* (aparentemente neste sentido, vd. porém HUGO LUZ DOS SANTOS (nota 58), p. 20 e ss.); contudo, parece-nos claro que essa violação ocorrerá quando se desenhe a conduta típica de maneira a que o dever infringido seja a mera não entrega ao Estado das coisas ilicitamente obtidas pelo próprio.

Isto será assim não só para quem adopte uma visão ampla do âmbito material do princípio (vd., p. ex., AUGUSTO SILVA DIAS / VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não Auto-Inculpação* (Nemo Tenetur se Ipsum Accusare) *no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra Editora, 2009, p. 22 e ss.), como também, inequivocamente, para quem lhe assinala um âmbito mais restrito (vd. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “TC – Acórdão n.º 340/213. *Nemo tenetur se ipsum accusare* e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional”, *Revista de Legislação e Jurisprudência* 144 (2014), n.º 3989, p. 143 e ss.), pois seria exigir ao cidadão, sob ameaça de sanção penal (por branqueamento), que contribuísse positivamente para a sua condenação (pelo facto precedente).

A este propósito, importa recordar que a lei portuguesa incrimina, enquanto forma de autoria, as condutas de “auxiliar ou facilitar” as operações de conversão ou transferência. Trata-se de uma opção do legislador português, que não é imposta pelos instrumentos internacionais a que Portugal se encontra vinculado, mas que se compreende. Não por existir aqui um paralelo com o crime de receitação, onde a autoria sob a forma de auxílio à transmissão se funda numa *ratio* particular que não se aplica ao branqueamento (a impunidade do autor do facto referencial pelo acto de transmissão ao receptor impede a punição, como cúmplice, de quem o auxilia). Mas sim porque, na fenomenologia própria deste crime, o auxílio que normalmente caracteriza a cumplicidade tem a mesma capacidade ofensiva da conduta do autor: pense-se, *v. g.*, no “auxílio da funcionária” da entidade financeira que presta “consultoria” ao interessado sobre as melhores formas de tentar branquear as vantagens sem activar o sistema de prevenção.

Ora, *no plano do tipo objectivo*, as condutas relevantes de *aquisição e recebimento* das vantagens mais não são do que modos de auxiliar ou facilitar a sua transferência (ou, em alguns casos, a sua conversão), puníveis pelo n.º 2 do artigo 368.º-A, ou mesmo modos de ocultação das respectivas características, puníveis pelo n.º 3, pelo que seria redundante a sua previsão expressa. A título de exemplo: se o traficante de estupefacientes deposita o dinheiro obtido na conta de um testa-de-ferro, ou oferece à namorada o relógio que recebeu pela venda do produto, parece não haver dúvidas de que estas pessoas, ao receberem essas vantagens, auxiliam a respectiva transferência (ou até, dependendo das circunstâncias, ocultam a sua origem ou titularidade).

Por outro lado, não parece possível *deter* ou *conservar* as vantagens sem as ter previamente recebido (como modo de auxiliar / facilitar a transferência ou conversão das mesmas). A detenção (e, logicamente, a conservação, que implica uma detenção continuada) supõem, num qualquer momento inicial, a entrada das vantagens na disponibilidade fáctica do detentor e, portanto, o seu recebimento. O único caso em que a detenção e conservação das vantagens ganham autonomia é a situação em que o detentor só toma conhecimento da proveniência ilícita das mesmas *após* o seu recebimento, pois encontra-se, neste momento, em erro sobre um elemento do tipo (a proveniência ilícita das vantagens), o qual exclui o dolo nos termos do artigo 16.º, n.º 1, do CP, impossibilitando a punição do agente.

Assim, à excepção desta última e muito particular situação de detenção, podemos concluir que a aquisição / recebimento / detenção / conservação de vantagens é abrangida pelo tipo objectivo dos n.ºs 1 e 2 do artigo 368º-A. Resta saber se a *detenção* naquela situação, bem como a *utilização* de vantagens ilícitas, devem ser punidas, enquanto tais, como crimes de branqueamento.

c) A *transferência* e a *conversão* de vantagens de proveniência ilícita traduzem-se em modificações da natureza, localização ou titularidade das mesmas, e podemos

vislumbrar já aí, portanto, um inerente início de perigo para a respectiva detecção e confisco pelas autoridades. Perigo que é imediatamente perceptível nas condutas que directamente *ocultam* as vantagens e / ou as respectivas características.

Porém, as outras cinco modalidades de acção identificadas (incluindo, por um lado, a utilização e, por outro, a detenção de vantagens recebidas de boa-fé e de cuja verdadeira proveniência se tomou conhecimento posteriormente), quando não constituam simultaneamente um auxílio / facilitação da modificação dos bens (ou da respectiva titularidade) ou uma sua ocultação, não se revestem de um mínimo de potencial ofensivo para a administração da justiça. Na verdade, aquele que utiliza o automóvel proveniente da prática de um crime de corrupção por outra pessoa, ou aquele que detém e conserva em seu poder o relógio recebido de boa-fé e de cuja origem ilícita tomou, entretanto, conhecimento, não aumentam, *com essas condutas*, o risco para a detecção e o confisco dos ditos bens.

Nem nos parece que as coisas se apresentem de forma diversa quando as ditas condutas sejam levadas a cabo com o fim de dificultar a sua detecção e perda, como vão exigindo a doutrina e a prática espanholas. Na verdade, os elementos que operam no plano do tipo subjectivo devem servir apenas para restringir o âmbito do ilícito-típico, não para fundamentar a danosidade da conduta, pelo que é imprescindível que as condutas descritas no tipo objectivo, em si mesmas consideradas, sejam aptas a ofender o bem jurídico protegido.

3.3.4. Em conclusão, as condutas de aquisição, recebimento, utilização, detenção e conservação das vantagens já preenchem, em muitos casos, o tipo objectivo dos n.ºs 2 e 3 do artigo 368.º-A do CP. Quando tal não sucede, elas não permitem, por si sós, presumir um perigo (crime de perigo abstracto) para a administração da justiça, mesmo que guiadas pela intenção de impedi-la ou dificultá-la, pelo que a sua punição como crime de branqueamento seria dificilmente compatível com o princípio constitucional da necessidade da lei penal contido no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição.

Se tais condutas devem / podem ser incriminadas como ofensas contra outro bem jurídico é uma questão que carece de um enquadramento mais amplo e que será tratada mais adiante.

3.4. A eliminação da exigência de incriminação dos factos geradores de vantagens pela *lex loci*

3.4.1. A “nota interpretativa” da Recomendação n.º 3 do GAFI diz o seguinte:

“Predicate offences for money laundering should extend to conduct that occurred in another country, which constitutes an offence in that country, and which would have constituted a predicate offence had it occurred domes-

tically. Countries may provide that the only prerequisite is that the conduct would have constituted a predicate offence, had it occurred domestically”⁽⁶²⁾.

3.4.2. O n.º 4 do artigo 368.º-A do CP prevê que “a punição pelos crimes previstos nos n.ºs 2 e 3 tem lugar ainda que os factos que integram a infracção subjacente tenham sido praticados fora do território nacional, ou ainda que se ignore o local da prática do facto ou a identidade dos seus autores”.

Em rigor, o regime vigente não exige expressamente que os factos sejam também incriminados pela *lex loci*.

No estudo que vimos revisitando ao longo deste texto, tivemos ocasião de nos debruçar sobre o problema, perante a norma *in partibus* semelhante contida no n.º 3 do artigo 2.º do DL 325/95. Nesse escrito, sustentámos que aquela disposição não visava estabelecer novas conexões de aplicabilidade da lei nacional para o crime de branqueamento e que, por outro lado, dava cumprimento à obrigação internacional de punir o branqueamento mesmo quando o facto precedente não caia no domínio de aplicabilidade da lei portuguesa. Além disso, defendemos que a al. a) do artigo 6.º, n.º 2, da Convenção de 1990 devia ser lida no sentido de obrigar os Estados-Partes a protegerem-se mutuamente no domínio da administração da justiça e a incriminar as ofensas à realização da justiça dos restantes.

Daqui decorreria que os factos extraterritoriais só podiam ser fontes de vantagens ilícitas, para o direito penal nacional, quando caíssem na esfera de aplicabilidade da lei penal portuguesa ou de outro Estado que fosse parte em convenções com normas deste teor vinculativas para o Estado Português – nomeadamente, factos precedentes praticados no território desses Estados. Por essa via, encontrava-se resolvido o problema da necessidade de incriminação do facto pela *lex loci*, que era evidentemente um pressuposto da pretensão do Estado estrangeiro (salvo nos casos raros em que a lei estrangeira fosse aplicável em função de outra conexão) e que só na medida dessa proibição poderia relevar, como facto precedente, para a lei portuguesa.

3.4.3. Ao desenhar o artigo 368.º-A do CP, o legislador rejeitou esta concepção, pois adicionou à referida norma o inciso “ainda que se ignore o local da prática do facto”, não vinculando a norma portuguesa à protecção da administração da justiça de um leque determinado (ou determinável) de Estados.

Aparentemente, constituiriam vantagens relevantes todas as que provêm de factos criminalmente ilícitos (à luz da lei portuguesa), sem qualquer outra condição e independentemente da qualificação que tais factos possam ter à luz de outros ordenamentos jurídicos, nomeadamente o territorial. Deste modo, o ordenamento jurídico português não só se arvora em protector da administração

⁽⁶²⁾ *International Standards* (nota 21), p. 34.

da justiça de qualquer Estado (embora passando pelo filtro, de “ordem pública”, da qualificação feita pela ordem jurídica portuguesa, que impede o de outro modo inaceitável resultado da incriminação do “branqueamento” de vantagens procedentes de factos perfeitamente lícitos à luz da lei nacional, ainda que proibidos pela *lex loci*), como também parece pretender impor a todos os outros os seus juízos sobre a licitude / ilicitude das condutas, para efeitos da punição do branqueamento, mesmo em relação a factos extraterritoriais que não caem no domínio de aplicabilidade da lei portuguesa.

Esta segunda consequência não é admissível. Não se vê com que legitimidade poderia o Estado Português incriminar a título de branqueamento, p. ex., as condutas praticadas sobre os rendimentos auferidos por profissionais de saúde de outros países, inclusive da UE, como contrapartida de serviços de interrupção voluntária da gravidez ou de morte assistida *licitamente* prestados no país territorial, em condições que todavia levam a qualificar esses factos como ilícitos-típicos perante a lei portuguesa – ao menos quando esta não lhes seja aplicável nos termos do artigo 5.º do CP.

3.4.4. Assim sendo, se o legislador quiser manter a generosa protecção de outros Estados actualmente vigente, seria curial reformular o n.º 4 do artigo 368.º-A com vista ao esclarecimento da questão. De todo o modo, parece dever-se introduzir uma restrição, que não afecta o cumprimento da Recomendação n.º 3 do GAFI, dando à norma a seguinte redacção:

“4 – A punição pelos crimes previstos nos n.ºs 2 e 3 tem lugar ainda que se ignore o local da prática do facto ou a identidade dos seus autores, ou ainda que os factos que integram a infracção subjacente tenham sido praticados fora do território nacional, salvo se se tratar de factos lícitos perante a lei do local onde foram praticados e aos quais não seja aplicável a lei portuguesa nos termos do artigo 5.º [do CP]”.

Note-se que esta formulação é mais ampla do que a vigora, p. ex., na lei alemã (§ 261, n. 8, do CP Alemão), onde se exige positivamente que os factos precedentes sejam incriminados pela *lex loci delicti*, e do que aquela que, no silêncio da respectiva lei sobre a questão, tem sido proposta pela doutrina espanhola⁽⁶³⁾.

Deste modo, fica salvaguardada a desnecessidade de se provar a incriminação pela *lex loci* (nomeadamente quando se desconheça o lugar da prática dos factos), mas a prova de que a *lex loci* considera os factos geradores das vantagens como lícitos veda a incriminação por branqueamento, excepto se o Estado Português puder aplicar aos factos precedentes a sua lei penal (v.g., em razão das regras da

⁽⁶³⁾ JUANA DEL CARPIO DELGADO (nota 51), p. 698.

protecção dos interesses nacionais ou da universalidade), pois terá, nesse caso, uma pretensão autónoma de protecção da justiça penal nacional.

3.5. O tipo subjectivo e a incriminação da negligência

A última questão relativa à construção do ilícito-típico é a configuração do tipo subjectivo, e, nomeadamente, a possibilidade de se criminalizar o branqueamento negligente.

Naturalmente, a negligência teria de se cingir à *proveniência ilícita das vantagens*, não podendo abarcar as acções propriamente ditas (*sc.*, transferir, converter, ocultar, etc., sem representação ou vontade de praticar essas condutas). Porém, mesmo nessa combinação dolo-negligência, a inovação não mereceria aplauso: para além da óbvia consequência de assim se captarem mais condutas para a “malha” do branqueamento, não vemos razões que a aconselhem. O paradigma dos crimes contra a realização da justiça é exclusivamente doloso e não parece curial estender a incriminação à simples violação de deveres de informação, sobretudo quando a conduta em si mesma considerada (transferência, transmissão, conversão, etc., de fundos e bens), quando não pressupõe o conhecimento da origem das vantagens (ocultação, dissimulação, etc.), é normalmente desprovida de ressonância axiológica e se integra no desenvolvimento quotidiano de relações sócio-económicas ordinárias.

A argumentação precedente já não vale para o dolo eventual, e por isso bem andou o legislador ao acolher a respectiva incriminação no artigo 368.º-A do CP.

3.6. A protecção da “pureza da circulação dos bens” como *free-rider* da repressão do branqueamento

3.6.1. Em jeito de conclusão, terminamos esta análise das eventuais alterações do tipo legal do branqueamento com uma reflexão sobre o perigo de *desfiguração* do bem jurídico que se visa proteger com a incriminação.

As várias possibilidades de ampliação do tipo legal parecem dirigir-se à tutela de uma realidade bem diversa da administração da justiça penal, à qual, à falta de melhor, temos chamado a “pureza da circulação dos bens”: um bem jurídico menor, radicado na ordem pública⁽⁶⁴⁾, que exprime “a pretensão estadual a que as operações de transmissão dos bens – e a inerente criação de riqueza – sejam juridicamente legítimas”⁽⁶⁵⁾. Nesse contexto, pode fazer sentido que se pretenda atingir as vantagens provenientes de quaisquer crimes (e mesmo – por que não?

⁽⁶⁴⁾ PEDRO CAEIRO, “Comentário ao artigo 231.º”, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal* (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), vol. II, 1999, Coimbra Editora, p. 498, § 85.

⁽⁶⁵⁾ PEDRO CAEIRO (nota 9), p. 1084 e s.

– de ilícitos administrativos ou civis), que se persiga qualquer contacto com a coisa de maneira a isolar o autor do facto (independentemente de um dano social identificável)⁽⁶⁶⁾ e que seja indiferente se os factos geradores de vantagens eram ou não proibidos no país onde foram praticados, ou se o agente actua com dolo ou negligência.

O exemplo limite do modelo para que esta corrente aponta – mas que não é uma caricatura – seria a punição, por branqueamento, do agente que furta uma lembrança no valor de 5,00 €, num país estrangeiro onde esse facto, por força do montante, não é crime, ou em relação ao qual não houve queixa, e empresta a lembrança à namorada em Portugal, que negligentemente desconhece a respectiva origem, tonando-se ambos em autores de um crime de branqueamento, para todos os efeitos penais e processuais penais associados.

3.6.2. Na verdade, vigorou já em Portugal uma norma que reunia praticamente todas estas características: referimo-nos à *contravenção* prevista no artigo único do Decreto-lei n.º 28/79, de 22 de Fevereiro, que visava disciplinar a actividade dos comerciantes de objectos usados e que punia a “receptação”, dolosa ou negligente, de coisas provenientes de “actividade criminosa”. Também o preâmbulo desse diploma aludia ao “perigo longínquo e indeterminado (bens patrimoniais, pessoais, meios violentos, organizações criminosas...) de violação de bens jurídicos...” (*sic*). E para a protecção de interesses desta natureza previa-se a pena adequada: prisão até 1 ano⁽⁶⁷⁾.

Ora, os movimentos recentes das agências formais de controlo, nacionais e internacionais, em matéria de repressão do branqueamento parecem caminhar, em substância, no sentido de se recuperar a estrutura e o escopo daquela norma contravençional – com a diferença de que se trata agora de um crime punível com doze anos de prisão e incluído em todas as listas de infracções que garantem um tratamento de favor às agências formais de controlo na respectiva investigação e perseguição.

⁽⁶⁶⁾ Não por acaso, a doutrina alemã denomina o ilícito-típico contido no n.º 2 do § 261 – onde se pune a detenção, utilização, asseguramento, etc., das vantagens – de “tipo de isolamento” (*Isolierungstatbestand*): cf. SCHÖNKE / SCHRÖDER / STREE / HECKER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Aufl., 2014, § 261, nm. 3 e 17.

⁽⁶⁷⁾ Rezava o dispositivo: “Todo aquele que, sem previamente se ter informado da sua legítima proveniência, adquire ou recebe, a qualquer título, coisa que, pela sua qualidade ou pela condição de quem lhe oferece ou pelo montante do preço proposto, faz, razoavelmente, suspeitar de que ela provém de actividade criminosa será punido com pena de prisão até um mês e multa até 10000\$00”. Sobre a história desta norma, a sua incorporação no artigo 329.º, n.º 3, do CP de 1982, e posterior transformação em crime patrimonial com a revisão de 1995, vd. PEDRO CAEIRO (nota 64), p. 485, § 38 e ss., p. 496, § 75 e ss.

Este processo não é privativo do Estado Português, nem do branqueamento, e é relativamente bem conhecido: na formulação de Peter Alldridge – cuja exactidão e limpidez justificam uma transcrição extensa – o processo decorre da seguinte forma: surge, num primeiro momento, um argumento segundo o qual

“there is a particular class of offences, be it drugs offences, or terrorism offences, or offences involving organised crime, which are graver by an order of magnitude than any other category of offence and which consequently require differential treatment, with more intrusive enforcement powers, rules of evidence less favourable to the defence, higher penalties, draconian confiscation powers and so on”.

Depois, aparece um segundo argumento de acordo com o qual

“other offences are also very serious and that it is important that they be treated as equivalent to drugs offences, or terrorism offences, or offences involving organised crime (or whatever happened to be the current ‘leading edge’ category) (...). This sequence – introducing acceptably specific legislation and then generalising from it on the basis of consistency – is seen throughout the relationship between the treatment of drugs offences and of other sources of laundered money. Repeatedly, harsh rules have been put in place for drugs offenders only later for an argument to be made from consistency that the same rules should apply elsewhere. Rules that are introduced as exceptions are then extended because not to do so would preserve anomalies”⁽⁶⁸⁾.

3.6.3. Deste modo, não parece necessário nem oportuno introduzir alterações fundamentais na orientação seguida até agora pelo legislador português em matéria de repressão penal do branqueamento.

A “pureza da circulação dos bens”, enquanto agregado de vários interesses difusos, sujeitos a perigos igualmente difusos e remotos, pode ser digna de tutela estatal, mas não parece cumprir os requisitos mínimos para justificar a dignidade e necessidade da *tutela penal*. Isso mesmo foi reconhecido pelo legislador em 1995, quando transformou a norma proveniente da contravenção, que então dava corpo ao n.º 3 do artigo 329.º do CP e que punia a aquisição de coisas de “proveniência criminosas”, num verdadeiro crime patrimonial, passando a exigir que as coisas procedam de factos ilícitos-típicos *contra o património*. Independentemente das críticas de que esta solução seja merecedora, não parece questionável que a alteração traduz um juízo de falta de dignidade penal da conduta que a lei punia como contravenção. Aliás, este pode ser um campo de actuação do sistema

⁽⁶⁸⁾ PETER ALLDRIDGE (nota 45), p. 10.

de prevenção do branqueamento, que funcionará assim como (putativo) garante da legitimidade da circulação dos bens no mercado.

Acima de tudo, espera-se que a lei penal não claudique perante a “tendência de mancha de óleo” (Stratenwerth) do controlo penal do branqueamento e que, resistindo a pressões sem suficiente fundamentação racional – a política criminal “à flor da pele”, na conhecida expressão cunhada por Costa Andrade –, não coloque a incriminação do branqueamento à disposição de um evanescente – e claramente menor, e absolutamente insuficiente para justificar o aparato processual e sancionatório utilizado – interesse na “pureza da circulação dos bens”. Sob pena de ter razão Rowan Bosworth-Davies, quando, a propósito da evolução das políticas AML/CTF, sentenciou: “the age of the Liberal agenda is over”.

3.6.4. Não se ignora que o quadro penal do branqueamento poderá ser alterado em breve, de acordo com a *Comunicação da Comissão Europeia sobre um Plano de Ação para reforçar a luta contra o financiamento do terrorismo, de 2 de Fevereiro de 2016 [COM(2016) 50 final]*, que menciona a intenção da Comissão de “propor uma diretiva sobre as infrações penais e sanções associadas ao branqueamento de capitais”, cujo objectivo será “a introdução de normas mínimas relativas à definição do crime de branqueamento de capitais (aplicando-a às infrações terroristas e outras infrações penais graves)”.

Mas esta anunciada intervenção da UE sobre a repressão penal do branqueamento é mais uma razão para que, ao transpor a 4.^a Directiva, o legislador não altere o art. 368.^o-A do CP. Por um lado, porque estando prometidas “normas mínimas relativas à definição do crime” (como aliás o TFUE impõe), não é certo que se produza um impacto real no regime nacional vigente. Por outro lado, porque desconhecendo-se ainda o teor das novas obrigações, o legislador português correria o risco de ter de proceder outra vez a uma modificação da lei penal a breve trecho, o que é sempre indesejável.

III. Conclusão

A 4.^a Directiva da UE sobre o branqueamento não contém disposições que obriguem os Estados-membros a modificar o respectivo regime jurídico-penal, nem, em particular, o desenho do ilícito-típico da infracção.

Por outro lado, a discrepância entre a definição do branqueamento para efeitos do sistema de prevenção e para efeitos da respectiva incriminação não se afigura problemática, antes se encontra no próprio sistema do GAFI e em vários aspectos da regulamentação da União Europeia sobre o assunto, bem como nas leis de vários Estados-membros. Além do mais, essa diferença reflecte os princípios da necessidade, proporcionalidade e subsidiariedade da lei penal, na medida em que nem todas as condutas socialmente indesejáveis e, por isso, sujeitas a

sistemas de controlo e prevenção estatais, reúnem as condições necessárias para serem criminalizadas.

O sistema de prevenção de condutas de branqueamento que não constituem crime prossegue as suas próprias finalidades de sanitização do sistema económico-financeiro, que não se confundem com a teleologia da incriminação de certas formas graves de branqueamento. Complementarmente, a prevenção do branqueamento que não é incriminado não deixa de ser útil para o sistema penal, na medida em que permite, através do cumprimento dos deveres que impõe, a detecção de bens de origem criminosa e, portanto, o desencadeamento das diligências pertinentes pelas autoridades para a identificação dos crimes cometidos e dos respectivos autores, com vista à condenação dos culpados e ao confisco das vantagens ilicitamente obtidas.

No direito português vigente, o branqueamento constitui um crime grave contra a administração da justiça, punível com pena de dois a doze anos de prisão, processualmente catalogado na categoria da “criminalidade altamente organizada” e a que se associam os mecanismos de investigação mais agressivos para os direitos e garantias individuais.

Dentro deste modelo, que corresponde à concepção europeia e internacional dominante, deve exigir-se que os factos precedentes revistam um mínimo de gravidade, pois só nesses casos a detecção e confisco das vantagens obtidas ganham o estatuto de dimensões da administração da justiça com dignidade penal. O modo pelo qual esse juízo de gravidade se encontra vertido no n.º 1 do artigo 368.º-A do Código Penal cumpre as obrigações impostas ao Estado Português pelo direito internacional e pelo direito europeu, bem como as pertinentes “recomendações” do GAFI. Consequentemente, as condutas que não permitam presumir, em todas as suas instâncias, um perigo para a detecção e confisco das vantagens (crime de perigo abstracto) não podem ser incriminadas como branqueamento.

O movimento nacional e internacional que pretende ampliar e maximizar a tutela penal contra o branqueamento é susceptível de provocar a desfiguração do bem jurídico protegido, bem como disfunções graves do regime penal e processual penal do branqueamento, cuja razoável severidade foi pensada para uma realidade criminológica muito diferente. Em particular, a tutela do mercado contra a circulação de bens de fonte ilícita (a “pureza da circulação dos bens”) pode ser levada à prática através do sistema de prevenção, eventualmente confortado por contra-ordenações, mas esse interesse não tem suficiente dignidade e densidade para se constituir em objecto de protecção da lei penal, por força dos princípios constitucionais da necessidade, proporcionalidade e subsidiariedade que lhe presidem.

Coimbra, 1 de Dezembro de 2016.