

SEPARATA  
DE  
*LIBER DISCIPULORUM*  
PARA  
JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

PEDRO CAEIRO



Coimbra Editora

2003

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

Pedro CAEIRO

*A escolha do presente tema para homenagear o Senhor Doutor Jorge de Figueiredo Dias deve-se ao facto de nele convergirem algumas das linhas mais marcantes do pensamento do Mestre, das quais destaco duas: o estudo do problema reclama uma dialéctica fértil entre a política criminal e a dogmática jurídica, sintetizada naquela “unidade funcional” que o nosso homenageado vem cultivando, na ciência e na praxis, há longos anos; depois, discute-se a possibilidade de um instituto pertinente às consequências jurídicas do crime — a que Figueiredo Dias dedicou o mais aturado dos estudos — se tornar socialmente tão relevante que mereça um lugar na constelação dos bens jurídico-penais protegidos pelo ordenamento português.*

*Enfim, ao analisar a necessidade de adaptação do direito português à Decisão-quadro do Conselho da União Europeia, lembro a clarividência do Presidente da Direcção do Instituto de Direito Penal Económico e Europeu que acolheu, logo no primeiro Curso de Pós-Graduação com o mesmo nome, um módulo pioneiro, intitulado “Direito Penal e Integração Europeia” — estávamos em 1997 e, em Portugal, o assunto não era muito versado; hoje, parece claro que o direito penal português do futuro também passará por aí.*

*Por sobre tudo, neste momento de alegre celebração, presto homenagem à cumplicidade com que o nosso Professor discretamente instiga (o direito não compreende tudo...), dando vida às palavras de José Bento: “— eis o jardim que jamais cederei: / esquecido, lembrado, multiplicado e único, / a alongar nas ratzes um horizonte fundo”.*

## A) INTRODUÇÃO

1. O *sentido global* dado por cada ordenamento jurídico à punição do crime de branqueamento depende decisivamente da sua relação com os cha-

mados crimes precedentes, ou subjacentes, *sc.*, os crimes geradores das vantagens cujo branqueamento se incrimina.

Em Portugal, como na generalidade dos países, a punição do branqueamento começou por estar exclusivamente ligada ao tráfico de estupefacientes e precursores (artigo 23.º do DL 15/93, de 22 de Janeiro). Seguidamente, o DL 325/95, de 2 de Dezembro, especificamente dedicado ao branqueamento de capitais, passou a punir, no n.º 1 do seu artigo 2.º, o branqueamento das vantagens provenientes de um leque de infracções que constitui, desde o início da década passada, o fulcro das atenções da opinião pública europeia em matéria criminal: a violência grave ou organizada (terrorismo, tráfico de armas, extorsão de fundos e rapto) e o enriquecimento de fonte criminosa, seja à custa da liberdade sexual alheia (lenocínio e tráfico de pessoas), ou dos interesses do Estado (corrupção, peculato, fraude fiscal), ou da “economia” (fraude na obtenção de subsídios, administração danosa, etc.) (1). Enfim, a L 10/2002, de 11 de Fevereiro, deu nova redacção a esta norma, aditando ao catálogo dos factos precedentes relevantes os crimes puníveis com pena superior a 5 anos de prisão.

2. O artigo 6.º, n.º 1, da *Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime — STE n.º 141* (doravante *ConvBr*), de 8 de Novembro de 1990 (2), impõe uma obrigação de criminalização de várias modalidades de branqueamento de “produtos” de crimes (3). Porém, o n.º 4 do mesmo normativo permite aos Esta-

(1) O lenocínio de menores, o tráfico de pessoas (adultos e menores) e a fraude fiscal foram aditados ao catálogo pela L 65/98, de 2 de Setembro, que reviu o Código Penal.

(2) Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 70/97, de 13-12-1997, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 73/97.

(3) O art. 1.º, al. a), da *ConvBr* define, para os efeitos aí previstos, o conceito de “produto”, que “designa qualquer vantagem económica resultante de infracções penais”, a qual, por sua vez, “pode consistir em qualquer bem, tal como definido na alínea b)” deste artigo, *sc.*, “um bem de qualquer natureza, quer seja corpóreo ou incorpóreo, móvel ou imóvel, bem como actos jurídicos ou documentos certificando um título ou um direito sobre o bem”. Criticamente sobre o que aparenta ser uma incorrecta tradução do inglês “proceeds” por “produtos”, quando na realidade se pretende significar aquilo que, entre nós, o art. 111.º do Código Penal [CP] denomina de “vantagens” (interpretação que é confirmada pelo ponto 21 do *Relatório Explicativo* da Convenção), cf. JORGE FERNANDES GODINHO, *Do Crime de “Branqueamento” de Capitais. Introdução e Tipicidade*, 2001, p. 184 e ss. Sem prejuízo da justeza da crítica à luz do direito actual (pormenorizadamente sobre as diferenças entre “produtos” e “vantagens” do crime, cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime*, 1993, § 975 e ss., esp. § 982 e § 1001 e ss.), notar-se-á que, em

dos Partes declarar que essa obrigação “apenas se aplica às infracções principais ou às categorias de infracções principais especificadas nessa declaração”, faculdade que foi utilizada por alguns Estados-membros da União Europeia (UE) no sentido de restringir o âmbito da incriminação do branqueamento através de uma delimitação do género ou espécie dos factos precedentes <sup>(4)</sup>.

Ora, o Conselho da UE, em 26 de Junho de 2001, adoptou uma *Decisão-quadro* <sup>(5)</sup> que, *inter alia*, obriga os Estados-Membros a não fazer ou manter “quaisquer reservas” ao artigo 6.º da *ConvBr* “na medida em que estejam em causa infracções graves”, *sc.*, 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 da liberdade ou uma medida de segurança de uma duração mínima superior a seis meses” (artigo 1.º, alínea *b*), da *Decisão-quadro*.

Esta obrigação de não fazer ou não manter reservas ao artigo 6.º da *ConvBr* tem sido interpretada no sentido de impor aos Estados-membros um dever de alterar os seus ordenamentos internos de maneira a incriminar todas as condutas previstas naquele artigo sempre que o facto precedente se enquadre na definição de “crime grave” dada pela *Decisão-quadro*. Assim, pode afirmar-se que o Conselho procurou aproximar as legislações penais dos Quinze de forma indirecta: ao limitar o poder dos Estados-membros de fazer ou manter reservas ao artigo 6.º da *ConvBr* através da introdução de um *critério próprio* (as “infracções graves”), a *Decisão-quadro* procedeu, substancialmente, a uma *uniformização* parcial <sup>(6)</sup> do branqueamento punível.

---

perspectiva histórica, a terminologia usada pela lei portuguesa está longe de ser constante: a epígrafe dos arts. 463.º e 464.º do CP de 1852 referia-se aos que se aproveitam dos “efeitos” do crime e o art. 23.º, n.º 4, do CP de 1886, considerava encobridores os que se aproveitassem ou auxiliassem o criminoso para que se aproveitasse dos “produtos” do crime.

<sup>(4)</sup> Assim, alguns países declararam que a incriminação do branqueamento se restringiria, nos respectivos ordenamentos jurídicos, ao produto dos factos aí qualificados como “crimes” (Áustria [*Verbrechen*] e Países-Baixos [*misdriften*]), ou como “crimes intencionais” (Itália), ou como “crimes” (*Verbrechen*) e determinados “delitos” (*Vergehen*) (Alemanha), ou como “crimes qualificados” (Dinamarca); outros países declararam que a dita incriminação abrangeria apenas o produto de certas espécies de crimes (Grécia, Luxemburgo e Portugal).

<sup>(5)</sup> *Decisão-quadro 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, de 5-07-2001, p. 1 e ss. [doravante *Decisão-quadro*].

<sup>(6)</sup> Trata-se apenas de um patamar mínimo, que não prejudica a liberdade dos Estados-membros de estenderem a punição do branqueamento às vantagens provenientes de outros factos.

3. O Conselho invocou, como bases jurídicas do diploma, as alíneas *a*), *c*) e *e*) do artigo 31.º (7) e o n.º 2, alínea *b*), do artigo 34.º (8) do Tratado da União Europeia [TUE], a que se deve adicionar o “pórtico” do artigo 29.º (9), e fez sua a conclusão n.º 51 do Conselho Europeu de Tampere (10), segundo a qual “o branqueamento de capitais está no cerne da criminalidade organizada, pelo que deverá ser erradicado onde quer que ocorra” (considerando 6). Assim, a aproximação das legislações penais visada na *Decisão-quadro* encontra-se coberta pelas disposições conjugadas dos artigos 29.º, terceiro travessão, 31.º, alínea *e*), e 34.º, n.º 2, alínea *b*), e, por isso, a legitimidade do Conselho para adoptá-la parece indiscutível.

Ainda assim, valerá a pena determo-nos brevemente nas atribuições que o TUE confere ao Conselho em matéria de aproximação das legislações penais dos Estados-membros.

---

(7) O art. 31.º do TUE dispõe que “a acção em comum no domínio da cooperação judiciária em matéria penal terá por objectivo, nomeadamente: *a*) Facilitar e acelerar a cooperação [...] no que respeita à tramitação dos processos e à execução das decisões”; [...] *c*) Assegurar a compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-Membros, na medida do necessário para melhorar a referida cooperação; [...] *e*) Adoptar gradualmente medidas que prevejam regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis nos domínios da criminalidade organizada, do terrorismo e do tráfico ilícito de droga”.

(8) O art. 34.º, n.º 2, do TUE, dispõe que “o Conselho tomará as medidas e promoverá a cooperação, sob a forma e segundo os processos adequados instituídos pelo presente título, no sentido de contribuir para a realização dos objectivos da União. Para o efeito, o Conselho pode, deliberando por unanimidade, por iniciativa de qualquer Estado-Membro ou da Comissão: [...] *b*) Adoptar decisões-quadro para efeitos de aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros [...]”.

(9) O art. 29.º do TUE dispõe: “sem prejuízo das competências da Comunidade Europeia, será objectivo da União facultar aos cidadãos um elevado nível de protecção num espaço de liberdade, segurança e justiça, mediante a instituição de acções em comum entre os Estados-Membros no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal e a prevenção e combate do racismo e da xenofobia. Este objectivo será atingido prevenindo e combatendo a criminalidade, organizada ou não, em especial o terrorismo, o tráfico de seres humanos e os crimes contra as crianças, o tráfico ilícito de droga e o tráfico ilícito de armas, a corrupção e a fraude, através de: — [cooperação policial e administrativa]; — [cooperação judiciária]; — uma aproximação, quando necessário, das disposições de direito penal dos Estados-Membros, nos termos do disposto na alínea *e*) do artigo 31.º” (interpolações nossas).

(10) JO C 19, de 23 de Janeiro de 1999. Como se sabe, o Conselho de Tampere constituiu um marco histórico no desenvolvimento do espaço de liberdade, segurança e justiça (vd. ANABELA M. RODRIGUES / J. L. LOPES DA MOTA, *Para uma Política Criminal Europeia*, 2002, p. 90 e s.); as suas *Conclusões*, que aspiram a ser, em boa verdade, um primeiro programa político-criminal da UE, dedicam um apartado autónomo ao branqueamento (*X. Acção específica contra o branqueamento de capitais*).

Em primeiro lugar, a colocação do branqueamento sob o signo da criminalidade organizada não permite fixar qual o exacto entendimento do Conselho sobre a extensão dos poderes que lhe são conferidos pelo artigo 34.º, n.º 2, alínea *b*), do TUE. Abreviando razões, parece-nos que o conteúdo das decisões-quadro adoptadas nos termos desta norma se encontra limitado pelo disposto nos artigos 29.º, terceiro travessão, e 31.º, alínea *e*), que restringem expressamente a adopção de “medidas que prevejam regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis” aos domínios da *criminalidade organizada, do terrorismo e do tráfico de droga*, cingindo por essa forma aquele modo de aproximação das legislações penais a um específico âmbito material <sup>(11)</sup>. Fora destes domínios, a aproximação das legislações dos Estados-membros através de decisões-quadro pode incidir em outros sectores normativos (nomeadamente, nos ordenamentos processuais penais ou na regulamentação da cooperação judiciária dos Estados) — mas não, segundo cremos, nas normas onde se contém a incriminação e a sanção da conduta. De outra maneira, a referência específica àquela fenomenologia criminal na alínea *e*) do artigo 31.º seria destituída de efeito útil.

Aparentemente, o Conselho prosseguiu já entendimento diverso, ao adoptar a *Decisão-quadro* de 28 de Maio de 2001 <sup>(12)</sup>, em cujo preâmbulo se invocam apenas, como bases habilitantes, o “Tratado da União Europeia, e, nomeadamente, o n.º 2, alínea *b*), do seu artigo 34.º”, e onde se impõem aos Estados-membros as obrigações de considerar certas condutas como infracções criminais (artigos 1.º, 2.º e 3.º) e de adoptar certas sanções penais (artigo 6.º). Dir-se-ia, portanto, que o Conselho entendeu que lhe era lícito adoptar uma decisão-quadro com um conteúdo desta natureza fora dos domínios da criminalidade organizada, do terrorismo ou do tráfico de droga — perspectiva que, pelas razões expostas, parece conduzir à adopção de decisões-quadro em violação do Tratado, a qual pode ser hoje sindicada pelo Tribunal de

---

<sup>(11)</sup> Esta reserva não vale para as convenções (art. 34.º, n.º 2, al. *d*), do TUE), que não podem considerar-se “medidas” para os efeitos do art. 31.º, al. *e*). Só assim se compreende a conclusão n.º 48 das *Conclusões* de Tampere, onde o Conselho Europeu considerou que “no que diz respeito à legislação nacional em matéria penal, os esforços para que sejam aprovadas definições, incriminações e sanções comuns deverão incidir em primeiro lugar num número limitado de sectores de particular importância, tais como a criminalidade financeira (branqueamento de capitais, corrupção, contrafacção do euro), o tráfico de droga, o tráfico de seres humanos, nomeadamente a exploração de mulheres, a exploração sexual de crianças, os crimes de alta tecnologia e os crimes contra o ambiente”; o entendimento segundo o qual este segmento inclui as decisões-quadro como instrumentos idóneos da aproximação das legislações através da aprovação de incriminações e sanções comuns *em todos estes domínios* é passível das mesmas críticas que se fazem já a seguir no texto à posição que, aparentemente, o Conselho da UE tem vindo a adoptar sobre a matéria.

<sup>(12)</sup> *Decisão-quadro do Conselho, de 28 de Maio de 2001, relativa ao combate à fraude e à contrafacção de meios de pagamento que não em numerário* (JO L 149, de 10-07-2001).

Justiça [TJ], ao abrigo das competências que lhe são conferidas pelo artigo 35.º do TUE.

Em segundo lugar, se a interpretação que avançámos das normas referidas se mostrar acertada — é dizer, se a aproximação das legislações penais dos Estados-membros através de decisões-quadro estiver limitada pelo *tandem* posto no artigo 31.º, alínea e) —, ganha particular relevância a *qualificação* de certo fenómeno criminal como pertinente às áreas da criminalidade organizada, do terrorismo ou do tráfico de drogas, pois dela depende a possibilidade de uma decisão-quadro impor regras mínimas quanto aos elementos dos crimes e às sanções aplicáveis. Trata-se, em último termo, de um pressuposto de validade substancial do instrumento, vinculativo para o Conselho, cuja verificação pode ser sindicada pelo TJ e que deve por isso ser fundamentada. Também aqui o Conselho parece já ter seguido outro entendimento, na adopção da *Decisão-quadro* de 29 de Maio de 2000 <sup>(13)</sup>, em cujo preâmbulo se invoca, “nomeadamente”, a alínea e) do artigo 31.º, como norma habilitante, sem contudo se indicarem as razões que justificam a questionável inclusão da contrafacção do euro na fenomenologia criminal referida pela norma <sup>(14)</sup>.

4. Enfim, importa notar que é a *Decisão-quadro*, e não a *Directiva* 91/308/CEE (artigo 1.º, C. e E.), na redacção que lhe foi dada pela *Directiva* 2001/97/CE <sup>(15)</sup>, que cria, para os Estados-membros, a obrigação de não fazer ou manter reservas ao artigo 6.º da *ConvBr* sempre que estejam em causa “infracções graves”, pois a Comunidade Europeia não dispõe de uma competência legislativa positiva em matéria penal <sup>(16)</sup> e, além disso, a defi-

<sup>(13)</sup> *Decisão-quadro do Conselho, de 29 de Maio de 2000, sobre o reforço da protecção contra a contrafacção de moeda na perspectiva da introdução do euro, através de sanções penais e outras* (JO L 140, de 14-06-2000), alterada pela *Decisão-quadro do Conselho, de 6-12-2001* (JO L 329, de 14-02-2001).

<sup>(14)</sup> Em rigor, este diploma não impõe obrigações de criminalização (utiliza-se tão-só, cautelosamente, a palavra “punição”), pelo que não ofende a reserva relativa às “infracções penais”; todavia, o seu art. 6.º, n.º 2, impõe, para certos “delitos”, a cominação de penas de prisão, “cujo máximo não pode ser inferior a oito anos”, assim fazendo uso — do nosso ponto de vista, indevido — da al. e) do art. 31.º

<sup>(15)</sup> Sobre o procedimento de transposição destas directivas para o direito português, PEDRO CAEIRO / NUNO BRANDÃO, *Grotius Programme 2000/GR/109 — National Means of Implementation of Third Pillar Instruments* (dir. by Dr. Helen Xanthaki — IALS, London). *Portuguese National Report*, 2001 (não publicado); sobre o sistema comunitário de prevenção do branqueamento, pormenorizadamente, NUNO BRANDÃO, *Branqueamento de Capitais: O Sistema Comunitário de Prevenção*, 2002.

<sup>(16)</sup> Neste sentido, na doutrina portuguesa, ainda à luz das disposições do Tratado de Maastricht, cf. MÁRIO PAULO TENREIRO, “Crime de aborto e direito comunitário”, *RPCC* 2 (1992), p. 356 e ss.; J. FIGUEIREDO DIAS / M. COSTA ANDRADE, “Sobre os crimes de fraude

nição de branqueamento constante da *Directiva* visa tão-só estabelecer o âmbito das actividades de branqueamento relevantes no domínio do sistema de prevenção nela definido, que pode ser mais restrito que o do branqueamento criminalmente punível (17).

Essa incompetência implica a falta de legitimidade dos órgãos comunitários para proibir condutas através da cominação de sanções penais e, também, para editar legislação derivada que imponha aos Estados a criminalização de certas condutas ou a adopção de certo tipo ou de certo grau de severidade de sanções criminais para as reprimir. Contudo, nos tempos mais recentes, a Comissão, apoiada parcialmente pelo PE, vem insistindo na tentativa de firmar uma competência penal da Comunidade no âmbito do “primeiro pilar”, propondo uma intervenção comunitária penal, *v. g.*, em matéria de protecção dos interesses financeiros da Comunidade (18) e em matéria de ambiente (19). O Conselho tem recusado essa abordagem, mantendo as iniciativas legislativas em matéria penal no âmbito do “terceiro pilar”, como sucedeu, exemplarmente, com a recente *Decisão-quadro do Conselho, de 27-01-2003, relativa à protecção do ambiente através do direito penal* (20), em cujo consi-

---

na obtenção de subsídio ou subvenção e de desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado”, *RPCC* 4 (1994), p. 344; e PEDRO CAEIRO, “Perspectivas de formação de um direito penal da União Europeia”, *RPCC* 6 (1996), p. 199 e *passim*; no mesmo sentido, já no contexto do Tratado de Amesterdão, cf. LUÍS DUARTE D’ALMEIDA, *Direito Penal e Direito Comunitário. O Ordenamento Comunitário e os Sistemas Juscriminais dos Estados-Membros*, 2001, p. 43 e ss.; ANABELA M. RODRIGUES / J. L. LOPES DA MOTA, *ob. cit.*, p. 31; e NUNO BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 61.

Em sentido diverso, admitindo uma competência legislativa positiva da Comunidade em matéria penal, sob a forma de uma competência de direcção ou instrução (*Anweisungskompetenz*), ainda que restrita aos domínios que caem sob a sua competência de acção (*v. g.*, o estabelecimento e funcionamento do mercado inteino) e apenas para a formulação, nomeadamente através de directivas, das condutas a proibir penalmente (já não das sanções aplicáveis), cf. por último, entre outros, DANIEL GENTZIK, *Die Europäisierung des deutschen und englischen Geldwäschestrafrechts. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, 2002, p. 45 e ss.

(17) NUNO BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 69 [nota 99] e *passim*. Note-se que o dever de criar legislação penal que lhes permita cumprir as obrigações constantes da *Directiva*, assumido pelos Estados-membros em anexo a este diploma, tem natureza jurídico-internacional e não comunitária, como reconhece DANIEL GENTZIK, *ob. cit.*, p. 51, embora, na opinião do A., a Comunidade tivesse competência, neste caso concreto, para impor a criminalização do branqueamento (*ibidem*, p. 48 e ss.).

(18) *Proposta alterada de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à protecção penal dos interesses financeiros da Comunidade*, de 16-10-2002 [COM(2002)577].

(19) *Proposta alterada de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à protecção do ambiente através do direito penal*, de 30-09-2002 [COM(2002)544].

(20) *JO* L 29, de 5-02-2003.



derando (7) se explica que a maioria dos Estados membros necessária para a aprovação da Proposta de directiva sobre o mesmo tema, apresentada pela Comissão, entende que a dita Proposta “exorbita das competências atribuídas à Comunidade pelo Tratado que institui a Comunidade Europeia”.

Porém, a inexistência de um dever de proibir o branqueamento nos termos prescritos pela *Directiva* através da lei penal não impede o legislador português, como é óbvio, de utilizar esse meio para cumprir o seu dever de transposição das disposições constantes do instrumento comunitário.

5. O diploma do Conselho insere-se, portanto, na tendência expansiva da criminalização do branqueamento (21), de cuja expressão no direito português se deu conta *supra*, no ponto 1., tendência que vai modificando a intenção político-criminal inicialmente subjacente à punição do fenómeno e aumentando de forma exponencial a polémica doutrinal acerca da identificação do bem jurídico que com ela se visa proteger. A incerteza que hoje, e cada vez mais, envolve este ponto, longe de constituir um problema meramente “académico”, reflecte-se perniciosamente na adopção de soluções legislativas arbitrárias ou mal fundadas em relação a pontos cruciais do regime. Pior do que isso, a desorientação das várias instâncias legiferantes (nacionais e internacionais) tem-se concretizado, como também é usual nestes casos, em sucessivas “fugas para a frente” no sentido da maximização da intervenção penal, desprezando com ligeireza os custos (sociais, económicos e, por que não dizê-lo, de justiça material) que daí advêm.

Num momento em que boa parte das decisões de política criminal se

---

(21) Algo estranhamente, tal tendência expansiva não chegou ao ponto de levar o Conselho a impor, na *Decisão-quadro*, a responsabilidade das pessoas jurídicas pelos crimes de branqueamento. Essa omissão é tanto mais estranha quanto, por um lado, as directivas sobre o branqueamento têm por objectivo declarado prevenir o fenómeno através da regulamentação da actividade de certas pessoas jurídicas, a quem impõem plúrimos deveres (cf. NUNO BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 25 e ss. e *passim*), como, por outro lado, o Conselho não tem hesitado em impor a responsabilidade (não especificamente penal, é certo, mas em termos que objectivamente têm abicado nesse resultado) destas entidades em matérias que todos julgariam mais exorbitantes das suas actividades (cf., *v. g.*, a *Decisão-quadro do Conselho, de 13-06-2002, relativa à luta contra o terrorismo*, e a *Proposta de Decisão-quadro do Conselho relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil*, JO C 062 E, de 27-02-2001). Daqui se retira que a União quer, em absoluto, que as pessoas jurídicas possam ser (penalmente) responsáveis por crimes de terrorismo e de abuso sexual de menores — mas já não, necessariamente, por crimes de branqueamento. Tudo o que faz duvidar da existência de uma política criminal séria, racional e coerente da UE.

encontra subordinada aos compromissos internacionais (regionais e mundiais) do Estado português <sup>(22)</sup>, o legislador nacional, se não pode ignorar tais compromissos, também não pode demitir-se de procurar, no quadro por eles definido, as soluções que se afigurem mais adequadas à luz da racionalidade político-criminal para cuja tessitura está constitucionalmente legitimado e pela qual é constitucionalmente responsável.

6. A esta necessidade de reforma da lei portuguesa, imposta pela *Decisão-quadro*, junta-se a oportunidade de aperfeiçoar e clarificar o regime nela contido, que tem sido objecto de justas críticas por parte da literatura especializada. Assim, procuraremos identificar primeiramente o contorno exacto dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado Português, para depois sugerir as alterações que, respeitando esse horizonte, podem trazer maior consistência à perseguição penal do branqueamento, sobretudo no plano da sua relação com o facto precedente.

## B) ANÁLISE

### I — A necessidade da reforma: o tipo objectivo do branqueamento e o cumprimento, pelo Estado Português, da obrigação decorrente do artigo 1.º, alínea b), da *Decisão-quadro*

1. Como vimos, a *Decisão-quadro* importa para os Estados-membros a obrigação de criminalizar o branqueamento de vantagens provenientes de *crimes graves*, que “devem incluir 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 da liberdade ou uma medida de segurança de uma duração mínima superior a seis meses”.

O sentido exacto desta forma de densificar a gravidade do facto precedente não é claro e a história do preceito não auxilia o intérprete. A leitura

---

(22) Circunstância que — convém esclarecê-lo, para não atrair já a ira daqueles que, colocando-se do lado “correcto” da fronteira que fabricam, se encarniçam ainda em dividir o mundo entre “reaccionários-soberanistas” e “progressistas-europeístas/internacionalistas” — não é, em si mesma, negativa ou positiva, tudo dependendo da bondade intrínseca das soluções que assim se traçam.

mais imediata — e também, como veremos, mais adequada — da norma é a de que ela prevê duas situações *alternativas*: 1) os Estados cujo “sistema jurídico” não preveja “sanções com um limite mínimo” devem incriminar o branqueamento das vantagens de todos os crimes puníveis com pena de prisão de duração superior a 1 ano; 2) diversamente, os Estados cujo “sistema jurídico” preveja “sanções com um limite mínimo” devem incriminar (apenas) o branqueamento das vantagens procedentes de crimes puníveis com um mínimo de prisão superior a 6 meses.

A disjuntiva “ou” — e, portanto, a alternatividade das hipóteses — constava já da versão original da *Iniciativa da República Francesa tendo em vista a adopção da decisão-quadro do Conselho relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda de instrumentos e produtos do crime* (23) que esteve na origem da *Decisão-quadro*.

Esta iniciativa veio a ser aprovada pelo PE, com alterações, através de uma *Resolução legislativa* (24) baseada no projecto do Deputado Luís Marinho (relator). Uma das modificações que aí se previam consistia na substituição da “conjunção ‘ou’ pela conjunção ‘e’ com vista a uma maior precisão linguística e de significado, criando uma oração coordenada copulativa em vez de uma coordenada disjuntiva, a qual pressupunha que uma das orações (um dos sistemas jurídicos) teria eficácia com exclusão da outra. No entanto, se os dois sistemas jurídicos forem compatíveis, as duas orações que a eles se referem devem ser ligadas pela conjunção ‘e’ que aponta para uma mera ideia de ligação, o que corresponde à realidade que se pretende expressar” (25).

A proposta do PE e a explicação transcrita podem ser interpretadas de duas formas: *a)* ou se pretendia incriminar o branqueamento de vantagens provenientes de crimes puníveis com prisão superior a 1 ano, independentemente do limite mínimo da pena cominada, *em todos os Estados-membros, adicionando-lhe* ainda os casos específicos previstos na segunda oração (uma *reunião* de dois conjuntos); *b)* ou se pretendia exigir a verificação *cumulativa* das condições previstas nas duas orações (*sc.*, prisão de máximo superior a 1 ano e mínimo superior a 6 meses) nos casos em que a lei do Estado-membro prevê “sanções com um limite mínimo” (uma *intersecção* de dois conjuntos).

Em ambas as interpretações, a proposta do PE afastava-se significativamente do espírito da *Iniciativa* francesa, que tinha por objectivo expresso distinguir dois tipos de sistemas sancionatórios. Além disso, em ambas as interpretações, a copulativa “e” acabava por privar de efeito útil a segunda oração, porquanto a esmagadora maioria

(23) JO C 243, de 24-08-2000, p. 9 e s.

(24) JO C 223, de 08-08-2001, p. 84 e ss.

(25) *Projecto de Relatório 2000/0814* (CNS), de 9 de Outubro de 2000 (justificação das alterações ao art. 1.º, al. *b*), da proposta francesa).

dos factos puníveis, em qualquer ordenamento, com pena de prisão de duração mínima superior a 6 meses (3 meses, na *Resolução*) serão também puníveis, no limite máximo da moldura aplicável, com pena de prisão superior a 1 ano (6 meses, na *Resolução*) <sup>(26)</sup>. Assim, a segunda oração não teria por efeito alargar o âmbito da incriminação resultante da primeira, na hipótese da reunião de conjuntos, nem restringi-lo, na hipótese da intersecção de conjuntos. Em suma: independentemente dos concretos limiares de punição que se mostrassem adequados para a qualificação de um crime como grave, a adição das orações seria, na prática, inútil, devendo então, nessa lógica, erigir-se em único pressuposto da obrigação de incriminação um limiar mínimo de punição (prisão de duração mínima superior a 6, ou a 3 meses) para o facto precedente.

2. As propostas do PE relativamente ao desenho da obrigação de incriminação contida no artigo 1.º, alínea *b*), da *Decisão-quadro* não foram aceites pelo Conselho, mantendo-se, no essencial, o regime constante da *Iniciativa* francesa, tanto no que diz respeito à duração dos limites (mínimo e máximo) das penas que qualificam o carácter grave do crime, como no que toca a subsistência de duas previsões alternativas, dirigidas a situações distintas.

Independentemente da interpretação que deva dar-se às *hipóteses* que diferenciam o âmbito da obrigação de transposição <sup>(27)</sup> — e do sentido que possa ter a própria alternativa —, a figuração dos *resultados* a que elas conduzem suscita logo uma perplexidade: é que a aplicação de um *ou* outro dos critérios provocará uma grande disparidade nas definições nacionais do branqueamento punível, ao arrepio dos objectivos de uniformização proclamados no preâmbulo da *Decisão-quadro*. Com efeito, se a segunda hipótese aponta inequivocamente no sentido de incriminar *apenas* o branqueamento de produtos provenientes de infracções correspondentes à média e à grande criminalidade (infracções puníveis com privação da liberdade de duração mínima superior a 6 meses) <sup>(28)</sup>, a aplicação do critério enunciado na primeira parte

---

<sup>(26)</sup> Isto desde que se entenda, como parece razoável, que a cominação da pena de prisão perpétua deve valer, para estes efeitos, como pena de prisão de duração máxima superior a 1 ano.

<sup>(27)</sup> Disso curaremos já a seguir no texto. A doutrina tem notado a similaridade estrutural e funcional das decisões-quadro com as directivas, pelo que talvez também se possa empregar o termo *transposição* para designar o processo de adaptação dos ordenamentos jurídicos nacionais às primeiras.

<sup>(28)</sup> No nosso sistema jurídico, a cominação (abstracta) de uma pena de prisão cujo limite mínimo seja superior a 6 meses tem por efeito, em princípio, a inaplicabilidade da

da norma (infracções puníveis com privação da liberdade de duração máxima superior a 1 ano) conduz a uma *extensão substancial* do branqueamento punível, abrangendo, *u. g.*, todos os crimes puníveis com prisão até 2 ou 3 anos, relativamente aos quais a qualificação de *graves* se afigura já inadequada.

Seja como for, ao legislador nacional importa saber em qual das duas hipóteses se enquadra o seu “sistema jurídico”, para assim definir o âmbito da obrigação de transposição a que está vinculado. Ora, se atentarmos no “sistema jurídico” português, concluiremos que ele se encontra na situação prevista na segunda parte da norma, pois prevê “sanções com um limite mínimo” — em regra, a prisão e a multa têm, respectivamente, o limite mínimo de 1 mês (artigo 41.º, n.º 1, do CP) e 10 dias (artigo 47.º, n.º 1, do CP) —, pelo que a lei portuguesa deverá considerar como factos precedentes, para efeitos de branqueamento de capitais, os “crimes puníveis com uma pena privativa de liberdade ou uma medida de segurança de uma duração mínima superior a seis meses”.

É verdade que a versão portuguesa do segmento da norma que diferencia as duas hipóteses — recordemo-la: “ou, nos Estados cujo sistema jurídico preveja sanções com um limite mínimo” — é ligeiramente diferente da alemã (29), da espanhola (30), da francesa (que retoma, nos seus exactos termos, o texto da *Iniciativa*) (31), da inglesa (32), da italiana (33) e da neer-

---

regra de substituição por multa das penas de prisão concretas que forem aplicadas ao cometimento dos crimes em causa (art. 44.º, n.º 1), regra essa que anda associada, precisamente, à pequena criminalidade; sobre a relação entre a duração das penas de prisão e as categorias criminológicas da pequena, média e grande criminalidade, cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português...*, cit., § 106 e s.

(29) “(...) oder — in Staaten, deren Rechtssystem ein Mindeststrafmaß für Straftaten vorsieht — die mit einer Freiheitsstrafe oder einer die Freiheit beschränkenden Maßregel der Sicherung und Besserung von mindestens mehr als sechs Monaten belegt werden können”.

(30) “(...) o, en los Estados en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, aquellos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración mínima superior a seis meses”.

(31) “(...) ou, dans les États dont le système juridique prévoit pour les infractions un seuil minimal, les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée minimale supérieure à six mois”.

(32) “(...) or, as regards those States which have a minimum threshold for offences in their legal system, offences punishable by deprivation of liberty or a detention order for a minimum of more than six months”.

(33) “(...) ovvero, per gli Stati il cui ordinamento giuridico prevede una soglia minima per i reati, i reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà di durata minima superiore a sei mesi”.

landesa <sup>(34)</sup>, cuja tradução exacta seria “ou, nos Estados cujo sistema jurídico preveja um limiar mínimo de punição para as infracções penais (...)” <sup>(35)</sup>. Redigido nestes termos, o preceito parece ter por destinatários os ordenamentos jurídicos que diferenciam os tipos de infracção criminal de acordo com o critério formal da gravidade das penas aplicáveis <sup>(36)</sup>, como é o caso do direito alemão <sup>(37)</sup>, austríaco <sup>(38)</sup>, belga <sup>(39)</sup>, espanhol <sup>(40)</sup> e fran-

---

<sup>(34)</sup> “(...) of, voor staten die in hun rechtsstelsel een strafminimum voor strafbare feiten kennen, feiten die strafbaar zijn gesteld met een minimale vrijheidsstraf of detentiemaatregel van meer dan zes maanden”.

<sup>(35)</sup> Mais próxima deste sentido — embora infeliz no plano puramente linguístico — encontrava-se a formulação da versão portuguesa do art. 1.º, al. b), da *Ação Comum de 3 de Dezembro de 1998 adoptada pelo Conselho, relativa ao branqueamento de capitais, identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda de instrumentos e produtos do crime*, que precedeu a *Decisão-Quadro*, onde se dizia: “ou, no que respeita aos Estados cujo sistema jurídico prevê sanções com um limiar mínimo às [sic] infracções”.

<sup>(36)</sup> Nem todos os ordenamentos europeus adoptam este critério para classificar as várias espécies de infracções. Assim, o direito português (à semelhança do que sucedia com o antigo CP espanhol) mantém um critério material, ou “qualitativo” (EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal I* [com a colaboração de Figueiredo Dias], 1963, p. 217) para distinguir o *crime* da *contravenção*, definindo a última como “o facto voluntário punível, que unicamente consiste na violação, ou na falta de observância das disposições preventivas das leis e regulamentos, independentemente de toda a intenção maléfica” (art. 3.º do CP de 1886, ainda em vigor por força dos arts. 6.º, n.º 1, e 7.º do DL 400/82, de 23 de Setembro, que aprovou o CP vigente); já para a distinção entre *infracções criminais* e *contra-ordenações* vale, em princípio, o critério formal do tipo de sanção aplicável (penas ou coimas). Solução semelhante é adoptada pelo direito neerlandês, onde a lei qualifica as infracções mais graves como *misdrifven* e as restantes como *overtredingen*, distinção que depois se reflecte na gravidade das penas aplicáveis. Por seu lado, o direito inglês distingue hoje entre *indictable offences*, *summary offences* e *offences triable either way*, classificação que, tendo embora presente a gravidade das penas aplicáveis, tem uma função predominantemente processual.

<sup>(37)</sup> De acordo com o § 12 do CP alemão, crimes (*Verbrechen*) são os factos antijurídicos puníveis com uma pena de prisão de duração mínima igual ou superior a 1 ano e delitos (*Vergehen*) são os factos antijurídicos puníveis com uma pena de prisão de duração mínima inferior àquele limite.

<sup>(38)</sup> De acordo com o § 17 do CP austríaco, crimes (*Verbrechen*) são as infracções dolosas puníveis com pena de prisão perpétua ou superior a 3 anos e delitos (*Vergehen*) são as restantes.

<sup>(39)</sup> De acordo com o art. 1.º do CP belga, a infracção constitui um crime (*crime, misdaad*), um delito (*délit, wanbedrijf*) ou uma contravenção (*contravention, overtreding*) consoante seja punida, respectivamente com uma pena criminal, uma pena correcional ou uma pena de polícia.

<sup>(40)</sup> De acordo com o art. 13.º do CP espanhol, as infracções são delitos graves, delitos menos graves ou faltas consoante lhes correspondam penas graves, menos graves ou leves, segundo a classificação estabelecida no art. 33.º

cês <sup>(41)</sup>. Todavia, mesmo que assim seja, não se descortina uma razão válida para diferenciar o âmbito da obrigação de incriminação do branqueamento consoante o tipo de critério (formal ou outro) adoptado pelos ordenamentos nacionais para distinguir as classes de infracções. Na verdade, o que determina a gravidade das penas aplicáveis a cada infracção é também, em princípio, um juízo sobre a gravidade material da infracção — que é, afinal, o que a norma da *Decisão-quadro* pretende concretizar.

Assim, deve entender-se que os elementos gramaticais e teleológicos da interpretação do artigo 1.º, alínea *b*), da *Decisão-quadro*, convergem no sentido de impor ao legislador português a incriminação do branqueamento de vantagens de crimes puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a 6 meses <sup>(42)</sup>.

3. A L 10/2002, de 11 de Fevereiro, dando nova redacção ao artigo 2.º do DL 325/95, criminalizou as condutas de branqueamento de capitais provenientes de todos os crimes punidos com pena de prisão cujo limite máximo seja superior a 5 anos e, ainda, de um “catálogo” de crimes (o lenocínio, a “pornografia envolvendo menores” [sic], a “extorsão de fundos” e alguns crimes de corrupção), independentemente das molduras penais que lhes sejam aplicáveis. Sucede que, na lei actual, grande parte dos crimes puníveis com pena superior a 5 anos são também puníveis, no limite mínimo da moldura penal, com penas de prisão superior a 6 meses. Pode por isso dizer-se que a obrigação de criminalização do branqueamento das vantagens de crimes graves imposta pela *Decisão-quadro* já se encontra *tendencialmente* cumprida <sup>(43)</sup>. Porém, a adaptação *literal e rigorosa* do direito português àquele diploma implica a substituição do limiar máximo da moldura aplicável ao facto precedente, previsto no artigo 2.º do DL 325/95, por um limite de prisão de dura-

(41) De acordo com o art. 111-1 do CP francês, as infracções penais dividem-se, segundo a sua gravidade, em crimes, delitos e contravenções, encontrando-se a gravidade referida às penas previstas no art. 131-1 e ss.: penas criminais, penas correcionais e as penas aplicáveis às contravenções (onde não se inclui a privação de liberdade).

(42) Esta interpretação também foi seguida pelo legislador alemão, ao incriminar, no actual § 261 do seu CP (na redacção que lhe foi dada pela 34. *StrÄndG*, de 22-08-2002, posterior à aprovação da *Decisão-quadro*), o branqueamento de vantagens provenientes de (todos os) “*Verbrechen*” e de (apenas) *alguns* “*Vergehen*” que especifica, deixando de fora vários *Vergehen* a que pode corresponder uma pena máxima muito superior a 1 ano de prisão: cf. SCHÖNKE / SCHRÖDER / STREE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Aufl., § 261, n. m. 4.

(43) Neste sentido, cf. NUNO BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 66 e s.

ção mínima superior a 6 meses, sendo certo que, na prática, essa alteração não se revestirá de grande significado.

## II — A oportunidade da reforma: para uma racionalização da punição do branqueamento, equilibrando acessoriedade e autonomia

### 1. Bem jurídico protegido e coerência do regime

1.1. Atendendo a que o legislador português se encontra obrigado a modificar o regime do branqueamento por força do que se expendeu anteriormente, cremos ser esta uma boa oportunidade para rever alguns dos seus aspectos.

O ponto de partida para uma revisão da punição do branqueamento é, necessariamente, de cariz político-criminal <sup>(44)</sup>, pois o melhor aparelho de nada serve ao barco sem rumo definido. Vimos já que a repressão deste crime denota uma tendência expansiva na história recente das leis europeias, numa relação de mútua referência com a desorientação legislativa, jurisprudencial e doutrinal acerca do bem jurídico que assim se visa proteger. Por outras palavras: a ausência de um bem jurídico claramente identificado foi permitindo a dilatação do tipo, que, por sua vez, torna cada vez mais difícil a diluição daquela questão.

Acresce que esta indefinição teleológica da incriminação do branqueamento impossibilita uma concatenação racional das opções que é necessário tomar a propósito de pontos concretos do regime — e, nomeadamente, no que diz respeito aos seguintes tópicos:

- punição do branqueamento das vantagens provenientes de qualquer crime ou limitação do tipo através da selecção de factos precedentes relevantes (e inerentes critérios: catálogo, ou gravidade dos factos, ou ambos);
- modo de relevância típica das vantagens provenientes de factos cometidos fora do território nacional;
- caracterização do facto precedente como ilícito-típico ou como crime (*stricto sensu*);

---

<sup>(44)</sup> No sentido de há muito proposto, insistentemente, por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS: fundamental, “Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro”, *ROA* 1983, p. 5 e ss., e, por último, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, 2001, p. 24.



- punição ou impunidade do autor do (e / ou do participante no) facto precedente;
- configuração do tipo subjectivo, nomeadamente no que diz respeito à exigência de um dolo específico relativo à proveniência das vantagens e ao regime do erro;
- relevância da prescrição e das condições de procedibilidade do facto precedente;
- e limitação da pena concretamente aplicável ao branqueador pela moldura penal prevista para o facto precedente.

1.2. Não refaremos aqui a investigação do bem jurídico que *deve* (ou pode <sup>(45)</sup>) ser protegido pela punição do branqueamento: essa é uma discussão cujas trilhas se encontram percorridas — cremos que esgotantemente — pela literatura especializada <sup>(46)</sup>. Numa abordagem assumidamente pragmática, partiremos das regras estabelecidas nos artigos 6.º da *ConvBr* e 1.º, alínea *b*), da *Decisão-quadro* — Portugal encontra-se internacionalmente obrigado a punir certas condutas dolosas que têm por objecto as vantagens procedentes da prática de crimes graves — para tentar encontrar, ao menos, uma unidade de sentido que com elas se compatibilize e que possa emprestar uma teleologia própria e coerente à punição do branqueamento.

1.3. De jeito seco, parece-nos convincente a argumentação que rejeita a possibilidade de o bem jurídico protegido ser o mesmo que o atingido pelo

(45) Para GÜNTHER STRATENWERTH, “A luta contra o branqueamento de capitais por meio do Direito Penal: o exemplo da Suíça” (comunicação apresentada no Colóquio Internacional de Direito Penal da Universidade Lusfada, Lisboa, 2002; tradução do Dr. Augusto Silva Dias), p. 4, “um tipo de crime de branqueamento de capitais não protege nenhum bem jurídico tangível”, mas sim “contra uma forma especialmente perigosa de criminalidade”.

(46) A análise mais aturada do problema — como, aliás, de outros aspectos da punição do branqueamento — na doutrina portuguesa deve-se a JORGE FERNANDES GODINHO, *ob. cit.*, p. 121 e ss., que seguiremos de perto nas considerações subsequentes. Porém, diversamente do Autor (*loc. cit.*), cremos que há (sempre) espaço para uma investigação da fisionomia do bem jurídico *prévia* à identificação da morfologia da tutela legal que lhe é concedida, sob pena de o bem jurídico perder a função de direcção do legislador nas decisões de criminalização e de “padrão crítico de aferição” da sua legitimidade (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos...*, *cit.*, p. 45), função que também se encontra presente em sede de direito penal secundário (económico) (*ibidem*, p. 50). Aliás, julgamos que só esta concepção permite empreender a crítica do direito positivo a que o Autor não deixa de proceder em vários passos da obra (cf., a título de exemplo, o que expende na p. 141 a propósito da selecção dos factos precedentes pelo legislador português).

facto precedente, construção que podia sustentar-se quando a punição do branqueamento se encontrava exclusivamente ligada ao tráfico de estupefacientes <sup>(47)</sup> mas que deve considerar-se hoje ultrapassada <sup>(48)</sup>. Acrescente-se que não vale, aqui, o paralelo com a receptação, por duas razões básicas: em primeiro lugar, porque a ofensa ao património provocada pela receptação constitui, primacialmente, uma nova e autónoma ofensa (perpetuação da situação patrimonial antijurídica) ao bem jurídico concretamente atingido pelo facto referencial, e não uma protecção instrumental, a jusante, contra esse facto; depois, por isso que o eventual efeito preventivo da punição da receptação sobre a prática, a montante, de crimes patrimoniais (“le réceleur fait le voleur” <sup>(49)</sup>) — invocado por vezes para justificar a punição do branqueamento à luz da protecção do bem jurídico ofendido pelo facto precedente — não pode ser levado à conta da protecção do património <sup>(50)</sup>, mas antes de um bem jurí-

---

<sup>(47)</sup> Neste sentido parecia inclinar-se, embora com dúvidas, RODRIGO SANTIAGO, “O ‘branqueamento’ de capitais e outros produtos do crime”, *RPCC* 4 (1994), p. 530 e ss.

<sup>(48)</sup> À mesma conclusão chega DANIEL GENTZIK, *ob. cit.*, p. 72, perante a configuração típica contida no § 261 do CP alemão.

<sup>(49)</sup> Criticamente sobre a efectividade desta intenção preventiva, recorrendo a dados estatísticos, cf. JOSÉ DE FARIA COSTA, “O branqueamento de capitais (algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal)”, *BFD* 68 (1992), p. 73 e ss.

<sup>(50)</sup> Ao menos quando este bem jurídico seja visto através da concepção personalista (minoritária) que, na esteira da doutrina de Harro Otto, propusemos em PEDRO CAEIRO, *Sobre a Natureza dos Crimes Falenciais (o património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*, 1996, esp. p. 49 e ss. Criticamente sobre ela, cf. ANTÓNIO M. DE ALMEIDA COSTA, “Artigo 217.º — Burla”, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, II, § 5, que lhe prefere um específico “conceito jurídico-criminal de património”, desenhado sobre a concepção jurídico-económica do património, mas atento à “particular teleologia do direito criminal”, de forma a “circunscrever as posições merecedoras de tutela” (*ibidem*, § 7; itálicos no original). Sem prejuízo da valia e operatividade de tal conceito para descrever o património enquanto elemento típico do crime de burla, cremos que ele continua a ser susceptível das objecções que havíamos levantado contra a doutrina dominante, cujos “esforços de afinação conceitual são orientados para a obtenção de um critério operatório que possibilite a definição da composição do património para efeitos da sua tutela por certos tipos legais [...]. Em suma, questionam-se as ‘superfícies de agressão’ do bem jurídico e o respectivo âmbito da tutela típica antes (e em vez) de se identificar positivamente em que consiste esse bem” (PEDRO CAEIRO, *ob. cit. nesta nota*, p. 65 e ss.; itálicos no original), fazendo coincidir o património como bem jurídico com o património como elemento de certos tipos de crime. Ora, é a não identidade dos dois conceitos que permite ao legislador traçar tipos de crime que se destinam a proteger apenas relações patrimoniais de certa espécie (*v. g.*, pecuniária; cf. *últ. op. cit.*, p. 75 [nota 159]), como inequivocamente sucede (e aí acompanhamos o A.) com o tipo da burla.

dico supra-individual (a segurança da comunidade na esfera dominial) que não é o bem jurídico ofendido pelo facto referencial (51).

Também nos parece de rejeitar a tese que erige a concorrência em objecto de protecção (52). Para além dos argumentos que, em geral, possam ser avançados contra ela (53), não pode defender-se que a concorrência é ofendida, sequer em termos de perigo abstracto, por toda e qualquer conduta de branqueamento: para tanto, seria necessário que a lei estabelecesse limites mínimos ao montante das vantagens branqueadas ou, ao menos, restringisse o objecto da acção às vantagens provenientes de espécies de crimes presumivelmente geradoras de valores elevados — soluções que, ao que sabemos, nunca foram adoptadas por qualquer país e que se encontram cada vez mais distantes dos novos figurinos da punição do branqueamento.

1.4. Deste modo, subsistem apenas, como hipóteses de trabalho, os interesses na “pureza da circulação dos bens” (54) e na administração da justiça.

---

(51) Cf. PEDRO CAEIRO, “Artigo 231.º — Receptação”, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, II, § 1 e s. Transpondo esta intenção político-criminal (*sc.*, a prevenção da prática de todos os factos precedentes relevantes) para o sentido do § 261 (2) do CP alemão e, consequentemente, adicionando a protecção dessa *segurança geral* à tutela da administração da justiça visada no § 261 (1), cf. todavia CARSTEN LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche. Zur Auslegung des § 261 StGB*, 1995, p. 54 e ss.; em sentido muito próximo, DANIEL GENTZIK, *ob. cit.*, p. 73 e s.

(52) No sentido de que a punição do branqueamento visa a “preservação de uma sadia concorrência entre empresas e pessoas singulares, que sairia de todo desvirtuada pela circulação de capitais ilícitos, assim como a não contaminação das instituições financeiras que em qualquer Estado se querem credíveis e sólidas”, cf. A. G. LOURENÇO MARTINS, “Branqueamento de capitais: contra-medidas a nível internacional e nacional”, *RPCC* 9 (1999), p. 453.

(53) Cf. CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ, in: MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ ET ALII, *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, II, 1998, p. 565, e JORGE FERNANDES GODINHO, *ob. cit.*, p. 131 e ss.

(54) Expressão com que procurámos caracterizar, em outro lugar (cf. *infra* nota 56), o bem jurídico (?) protegido pelo tipo de receptação previsto no art. 329.º, n.º 3, da versão original do CP de 1982, e pela incriminação da receptação de sucedâneos do art. 233.º do CP actual. JUANA DEL CARPIO DELGADO, *El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal*, 1997, p. 81 e ss., utiliza uma expressão semelhante (“licitude dos bens que circulam no mercado”) para designar o interesse subjacente à punição do branqueamento; em sentido próximo, cf. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAS, “Branqueamento de Capitais”, in: *Droga e Sociedade. O Novo Enquadramento Legal*, 1994, p. 124; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, “Branqueamento de capitais: reacção criminal”, in: *Estudos de Direito Bancário*, 1999, p. 341, que propõe como “base substancial” da repressão do branqueamento a “defesa contra o envenenamento do sistema financeiro”; e, em último termo, JORGE DIAS DUARTE, *Branqueamento de Capitais. O Regime*

O primeiro daqueles interesses, que pode talvez reconduzir-se a uma dimensão menor da protecção da “ordem pública”, exprime a pretensão estadual a que as operações de transmissão dos bens — e a inerente criação de riqueza — sejam juridicamente legítimas. Era esse objectivo genérico que se encontrava na base da punição da espécie de encobridores descrita no artigo 23.º, n.º 4, do CP de 1886 e, paradigmaticamente, na contravenção do artigo único do DL 28/79, de 22 de Fevereiro <sup>(55)</sup>, que viria a ser incorporada pelo artigo 329.º, n.º 3, do CP de 1982; e é ele que justifica, em parte, a punição da receptação de sucedâneos (artigo 233.º do CP) <sup>(56)</sup>.

Todavia, embora este interesse pudesse, formalmente, dar conteúdo à incriminação do branqueamento, é manifesto que as realidades histórico-sociais e criminológicas subjacentes são muito diversas. Na verdade, a matriz da punição do branqueamento constrói-se sobre um universo criminológico <sup>(57)</sup> a que pertencem fenómenos como a altíssima rendibilidade de certas actividades criminosas; a profissionalização e sistematicidade do crime; as organizações criminosas complexas; a elevada sofisticação dos modos de circulação dos bens de fonte ilícita; a infiltração dos agentes do crime no aparelho estadual; o domínio de importantes meios de produção de bens e serviços; e, enfim, a transnacionalização das actividades criminosas — todos eles factores de uma danosidade social cuja prevenção e repressão transcende em muito a singela, clássica e residual proibição de negociar com bens provenientes de crimes. De um jeito porventura mais impressionante: o operador financeiro que se dedica a converter, com a cumplicidade de agentes estaduais corruptos, várias centenas de milhões de euros provenientes de complexas transacções de estupefacientes e armas, e o proprietário de uma loja de penhores que adquire um relógio de origem duvidosa sem cumprir certos deveres de informação não fazem parte da mesma realidade criminológica, nem geram as mesmas neces-

---

do DL 15/93, de 22 de Janeiro, e a *Normativa Internacional*, p. 97 e s., que vê na “tutela da circulação de bens no mercado” uma “protecção adequada” da “ordem económica e social no seu todo”.

<sup>(55)</sup> Voltaremos *infra*, 2.3, à análise pormenorizada deste diploma, que era, aliás, organicamente inconstitucional: vd. TERESA BELEZA, *Direito Penal*, 2.º vol., 1996 (reimp.), p. 496.

<sup>(56)</sup> Cf. PEDRO CAEIRO, “Artigo 231.º...”, *cit.*, § 85, e “Artigo 233.º — Âmbito do objecto da receptação”, *ibidem*, § 3.

<sup>(57)</sup> Especificamente sobre o modo de funcionamento dos mecanismos do branqueamento num mundo globalizado, LUIS GOES PINHEIRO, “O branqueamento de capitais e a globalização (facilidades na reciclagem, obstáculos à repressão e algumas propostas de política criminal)”, *RPCC* 12 (2002), p. 614 e ss.

sidades político-criminais (58). Por isso se compreende que, nos escassos países onde dá corpo a um tipo criminal autónomo, a protecção da "pureza" da circulação dos bens seja levada a cabo através da cominação de penas modestas (59), congruentemente com a diminuta dignidade do interesse protegido.

Por último, importa notar que, diversamente do que sucede com o discurso político-criminal sobre a punição do branqueamento, decantado nas sucessivas cristalizações normativas, nacionais e internacionais, que analisámos, a tutela do interesse na "pureza" da circulação dos bens não depende da espécie nem da gravidade dos factos de onde eles provêm, nem de um particular modo típico de execução do crime, nem de específicos elementos subjectivos: tudo razões convergentes, pois, no sentido de recusar a tese segundo a qual a punição do branqueamento assentaria na sua protecção.

1.5. Resta saber, então, se a incriminação de certas condutas dolosas que têm por objecto bens provenientes de crimes graves pode, de algum modo, estar ordenada à tutela da administração da justiça. E, neste ponto, acolhemos a tese sustentada por Gunther Arzt (60) e acompanhada, entre nós, por Jorge Fernandes Godinho (61), segundo a qual a punição do branqueamento visa tutelar a "pretensão estadual ao confisco das vantagens do crime", ou mais especificamente, o *interesse do aparelho judiciário na detecção e perda das vantagens de certos crimes*.

Independentemente de ser aquela que, num horizonte político-criminal pré-positivo e livre de qualquer dever de legislar em dado sentido, se nos afigura mais "verdadeira" para com a imposição de subordinar o direito penal à

(58) O exemplo do texto é uma adaptação daquele que fornece JOSÉ DE FARIA COSTA, "O branqueamento...", *cit.*, p. 72, para justificar uma diferenciação político-criminal entre o branqueamento e a *receptação*.

(59) O citado art. único do DL 28/79 punia a contravenção aí prevista com pena de prisão até 1 mês e multa até 10.000\$00; depois, o art. 329.º, n.º 3, do CP de 1982 passou a punir o mesmo facto com prisão até 1 ano ou multa até 50 dias. Os arts. 321-7 do CP francês, 712 do CP italiano (*incauto acquisto*) e 305 *ter* do CP suíço punem infracções semelhantes, respectivamente, com prisão de 6 meses e multa, prisão até 6 meses ou multa e prisão até 1 ano ou multa.

(60) GUNTHER ARZT, "Geldwäsche und rechtsstaatlicher Verfall", *JZ* 48 (1993), pp. 913 e 917.

(61) JORGE FERNANDES GODINHO, *ob. cit.*, p. 143. Em sentido idêntico, cf. ROBERTO PODVAL, *Branqueamento de Capitais na Ótica da Administração da Justiça* (diss. Mestrado apresentada na FDUC, não publicada), 2001, p. 44 e ss. Criticamente, GÜNTHER STRATENWERTH, *ob. cit.*, p. 5 e *passim*.

protecção de bens jurídicos, esta concepção é a que melhor se adapta ao quadro desenhado pelas obrigações internacionais assumidas pelo Estado português e ao sentido da evolução recente das leis europeias. Postulando esta teleologia, sugeriremos algumas opções de política criminal tendentes a dar alguma racionalidade e unidade de sentido ao regime da punição do branqueamento, nomeadamente no que diz respeito à sua interacção com o facto precedente, dada a particular “relação genética”<sup>(62)</sup> que entre eles intercede: é à luz daquela perspectiva que procuraremos encontrar o *ponto de equilíbrio entre a acessoriedade e a autonomia* do branqueamento em cada uma das questões mais controversas do regime. Com efeito, uma das linhas de força que nos guiará é a ideia de que, bem ou mal, a punição do branqueamento tem progressivamente evoluído de um estatuto de acessoriedade (paradigmaticamente revelado no emprego da expressão “infracção principal”, para designar o facto precedente, pela *ConvBr* e, na sua senda, pelo n.º 3 do artigo 2.º do DL 325/95) para um estatuto de autonomia. É claro que a ideia não é nova<sup>(63)</sup>, e a doutrina que se dedica ao estudo do branqueamento nota esta tensão<sup>(64)</sup>, embora sem lhe conferir o papel central que, em nossa opinião, ela detém na compreensão de grande parte dos aspectos da punição do branqueamento, desde que se explorem as suas múltiplas implicações à luz do bem jurídico protegido.

## 2. A selecção dos factos precedentes relevantes

2.1. No que diz respeito à primeira delimitação típica do branqueamento punível<sup>(65)</sup>, deve (continuar a) exigir-se um limiar mínimo de dignidade penal da conduta<sup>(66)</sup>, consubstanciado numa *selecção dos factos precedentes relevantes*. Na verdade, 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 insa-

(62) JORGE DIAS DUARTE, *ob. cit.*, p. 106.

(63) Para a análise de um lugar paralelo na recepção, no auxílio material e no favorecimento pessoal, cf. *infra* 5.3. e bibliografia aí citada.

(64) Cf. só, por último, JORGE FERNANDES GODINHO, *ob. cit.*, p. 166 e *passim*, e JORGE DIAS DUARTE, *ob. cit.*, p. 106 e ss.

(65) Vd. *infra*, 3.

(66) No sentido que lhe dá MANUEL DA COSTA ANDRADE, “A ‘dignidade penal’ e a ‘carência de tutela penal’ como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *RPCC* 2 (1992), p. 184 e s.

tisfação comunitária — é dizer, quando suscitarem *especiais* necessidades preventivas <sup>(67)</sup>.

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. Como bem se compreende, o papel do segundo critério será tanto mais residual quanto mais ampla for a extensão do primeiro.

2.2. Deste modo, *de jure dato* <sup>(68)</sup>, a necessidade de intervenção penal determina-se, primordialmente, em relação às vantagens provenientes de crimes

---

<sup>(67)</sup> Não foi por acaso que a punição do branqueamento começou por atingir as vantagens provenientes do tráfico de estupefacientes — crime considerado grave, altamente rendoso, causador de um enriquecimento particularmente repugnante aos olhos da comunidade. Num sentido ainda mais radical, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, p. 343, criticava até o alargamento do catálogo operado pelo DL 325/95, ponderando que “o sistema repressivo perde sentido” quando “se incluem tipos como a ‘fraude na obtenção de subsídio’, por exemplo, que são infracções de todo alheias à problemática financeira que está na base do branqueamento de capitais”; a posição do A., que não era certamente alheia à sua concepção do bem jurídico protegido (cf. *supra* nota 54), denotava uma justa preocupação de limitação da incriminação do branqueamento (embora o exemplo talvez não fosse adequado, mesmo nessa perspectiva), que podia ser acompanhada *de jure condendo*, à luz de um *outro* modelo de repressão do branqueamento, mas que deve considerar-se superada pelos desenvolvimentos recentes da matéria.

<sup>(68)</sup> Convém relembrar, nesta altura, que tomámos como pressuposto do nosso estudo a *necessidade* de adaptação do direito português à *Decisão-quadro* do Conselho, pelo que as propostas avançadas no texto não se inscrevem num horizonte de total liberdade de decisão legislativa, antes devem ser compreendidas como tentativas de adscrever à repressão penal do branqueamento alguma coerência dentro do quadro estabelecido pelo instrumento da União.

Assim, é verdade que o tipo de branqueamento já abarca (e continuará a abarcar, no esquema proposto) vantagens provenientes de factos que não pertencem ao núcleo do seu universo criminológico. Esse indesejável efeito de arrastamento (de “irradiação” fala CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 565, e, expressivamente, de “*Ölflecktendenz*”, GÜNTHER STRATENWERTH, *ob. cit.*, p. 5) cresce na proporção directa do adelgaçamento do vínculo entre a punição do branqueamento e o critério do catálogo e é inevitável a partir do momento em que inter-

com uma certa *gravidade*, que há-de encontrar-se no mínimo de pena aplicável ao facto precedente, *sc.*, e cumprindo a injunção da *Decisão-quadro*, a pena de prisão de duração mínima superior a 6 meses, mantendo-se os bens provenientes dos crimes menos graves entregues exclusivamente ao instituto tradicional da perda das vantagens. Neste contexto, a *espécie* do facto precedente é tendencialmente indiferente para a punição do branqueamento, pois as necessidades preventivas referidas não se ligam à protecção do específico bem jurídico por ele ofendido, mas antes à intolerabilidade social das condutas que visam frustrar a pretensão estadual à perda das vantagens provenientes de crimes graves.

Todavia, pode suceder que o critério de gravidade abstracta indicado no parágrafo anterior não contemple alguns casos que suscitem as mesmas necessidades preventivas, dado que a *intensa reprovação social do enriquecimento proveniente de certos crimes* não tem que reflectir-se, obrigatoriamente, numa quantidade mínima de pena abstracta. Assim, pode o legislador entender adicionar ao tipo as vantagens procedentes de crimes puníveis com pena de prisão mínima inferior a 6 meses <sup>(69)</sup>, a escolher casuisticamente de acordo com

---

vém um critério de gravidade abstracta na delimitação do círculo dos factos precedentes relevantes. Por isso, à luz de uma intencionalidade puramente crítica do direito positivo, que não deve perder-se de vista, não podemos deixar de acompanhar NUNO BRANDÃO, *ob. cit.*, respectivamente p. 72 e p. 76, quando alerta para as consequências nefastas daquele descentramento, do ponto de vista da “necessidade de intervenção penal”, tanto no plano da incriminação de condutas relativas a “delitos que, apesar de graves, pouco têm a ver com as formas de criminalidade altamente complexas, sofisticadas e poderosas que inicialmente estiveram na mira da criminalização do branqueamento de capitais”, como no do “uso de instrumentos até agora reservados para a criminalidade grave organizada na investigação de delitos comuns [...], fortemente lesivos de direitos e interesses fundamentais dos cidadãos”.

Os inconvenientes apontados no parágrafo anterior tornam-se ainda mais graves quando se avalia (e não só em Portugal) a *eficácia* da repressão: actualizando os dados fornecidos por A. G. LOURENÇO MARTINS, *ob. cit.*, p. 478 e s., e NUNO BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 32 [nota 43], temos que, segundo as Estatísticas da Justiça, houve, em processos na fase de julgamento findos, no ano de 1998, 8 arguidos e 5 condenados; em 1999, 3 arguidos e 1 condenado; e em 2000, 7 arguidos e 3 condenados. Todos os casos dizem respeito à “conversão” de vantagens provenientes do tráfico de estupefacientes (art. 23.º do DL 15/93), não sendo possível determinar se houve processos-crime, arguidos e condenados pelo crime de branqueamento previsto no DL 325/95, porquanto, a existirem, esses casos não se encontram em *item* próprio, mas sim conglomerados com outros num *item* genérico (crimes previstos em legislação penal avulsa). De todo o modo, é razoável supor que as condenações por este crime, a existirem, não terão sido superiores às condenações pela “conversão” ligada ao tráfico; o que significa que, nos três anos em análise, terá havido, no máximo, uma vintena de condenados por branqueamento.

<sup>(69)</sup> A previsão de um critério de gravidade mínima da pena aplicável permite eliminar as referências específicas a crimes por ele abrangidos: a indicação expressa, *u. g.*, do “terro-



a avaliação da intolerabilidade social da frustração da perda das vantagens propiciadas (70).

2.3. A adopção destes critérios na selecção dos factos precedentes relevantes implica logo, se outras e mais fundas razões não houvesse, a *autonomia* da incriminação do branqueamento perante os crimes de receptação e de auxílio material, pois estes cobrem o trato com vantagens provenientes de uma larga área de factos precedentes que não se encontra coberta pelos dois critérios apontados (71).

Mas, perguntar-se-á, não seria mais adequado fundir os três tipos numa

---

rismo" e do "rpto" na norma actualmente em vigor só pode ter um papel emblemático, que é todavia desnecessário. A este propósito, e diversamente do que expende JORGE FERNANDES GODINHO, *ob. cit.*, p. 170 e ss., cremos que os crimes de terrorismo e de organizações terroristas, não tendo embora por fim precípua a obtenção de vantagens, são indiscutivelmente aptos a gerá-las: basta pensar-se na prática remunerada de actos terroristas por "operacionais" que partilham das intenções da organização, ou na promoção, fundação, apoio, chefia ou direcção remunerados de uma organização terrorista. Estes fenómenos são cada vez mais verosímeis, dada a progressiva profissionalização do terrorismo, que, já longe do romantismo ideológico do passado, constitui por vezes apenas um instrumento ao serviço de poderosíssimas organizações de negócios ilícitos.

(70) Em Portugal, tomando por referência o que dispõe o art. 2.º do DL 325/95 e sem preocupações de esgotar o catálogo, serão porventura esses os casos, entre outros, do crime de tráfico de armas de menor gravidade (art. 275.º, n.º 3), do crime de extorsão simples (art. 223.º, n.ºs 1 e 2), da exploração sexual de menores através da produção e comércio de materiais pornográficos (arts. 172.º, n.º 3, al. *d*), e n.º 4; 173.º, n.ºs 2 e 3; e 174.º e 175.º, na medida em que gerem para o agente remunerações pela sua prática, nomeadamente para efeitos da produção daqueles materiais) e de lenocínio simples (art. 176.º, n.º 1), dos crimes de corrupção passiva para acto lícito (art. 373.º) e de corrupção activa (art. 374.º), do crime de participação económica em negócio (art. 377.º) e, acrescentamos nós, do crime de tráfico de influência (art. 335.º). Na lógica aqui proposta — e para além dos problemas de constitucionalidade que a lei vigente levanta, dada a indeterminação típica que provoca: cf. JORGE FERNANDES GODINHO, *ob. cit.*, p. 177 e ss. —, não fará muito sentido manter, como factos precedentes, as "infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada, com recurso à tecnologia informática" e as "infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional", indicadas, respectivamente, no n.º 1 do art. 1.º, als. *d*) e *e*), da L 36/94, de 29 de Setembro, incorporadas por remissão no n.º 2 do art. 2.º do DL 325/95, pois, se não forem abrangidas pelo critério de gravidade abstracta do facto precedente, também não parece possível, dada a sua fluidez e indeterminação material, avaliar a intensidade das necessidades preventivas que suscita a eventual frustração da perda das vantagens por elas propiciadas.

(71) Quero expressar o meu reconhecimento ao Dr. Nuno Brandão, que há já alguns anos percorre comigo estes caminhos do branqueamento, pela disponibilidade e competência com que elaborou, a meu pedido, um estudo preparatório sobre as relações entre os três crimes.

*incriminação única*, prescindindo da limitação do círculo de factos precedentes relevantes proposta para o branqueamento e revogando as normas que punem a receptação e o auxílio material? A resposta é, do nosso ponto de vista, negativa. Com efeito, a fusão, ou reunião, de espécies de criminalidade diferentes num único corpo normativo supõe uma *mesmidade, ou ao menos similaridade, do universo criminológico retratado* e uma *univocidade da intenção político-criminal subjacente* que, no caso, não se verificam. Procuraremos mostrar de seguida que esta solução resultaria numa indesejável descaracterização dos três tipos.

A descontinuidade criminológica e político-criminal das três infracções, já evidenciada no plano do bem jurídico protegido, tem-se reflectido também na evolução do tratamento legal da matéria, que não deve ser descurada. Se atentarmos brevemente na história da punição da receptação, do auxílio material e do favorecimento pessoal, veremos que ela consiste num longo processo de avanços e recuos no sentido de desligar os dois primeiros da protecção de bens jurídicos supra-individuais, conferindo-lhes o estatuto de ofensas contra o património (72). Vale a pena referir, a este propósito, a história da punição da conduta hoje contida no n.º 2 do artigo 231.º, porque ela evidencia um profundo equívoco legislativo na resolução da mesma relação de tensão que nos ocupa e pode assim mostrar, embora de modo inverso, como seria errado fundir o tipo do branqueamento com os da receptação e do auxílio material.

O já referido artigo único do DL 28/79, de 22 de Fevereiro, punia, como contravenção, a aquisição de coisas provenientes de “actividade criminosa”, quando o agente se não tivesse informado da sua legítima proveniência, tendo em vista, sobretudo, a actividade dos proprietários de lojas de penhores, antiquários e comerciantes de objectos usados, como se referia expressamente no *Preâmbulo* do diploma. O CP de 1982 — talvez por força da intenção que então se prosseguia de eliminar a categoria das contravenções, transformando-as em crimes ou em contra-ordenações (73) — recebeu esta incriminação

---

(72) Processo que não elimina, todavia, zonas marginais de sobreposição, pois certos aspectos da punição da receptação e do auxílio material na lei vigente só podem compreender-se apelando, justamente, à tutela de bens supra-individuais: cf. PEDRO CAEIRO, “Nótula antes do artigo 231.º”, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, II, § 1 e ss. e § 10; “Artigo 231.º — Receptação”, *ibidem*, § 2; “Artigo 232.º — Auxílio material”, *ibidem*, § 2; e “Artigo 233.º — Âmbito do objecto da receptação”, *ibidem*, § 3.

(73) Cf. logo EDUARDO CORREIA, “As grandes linhas da reforma penal”, in: *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar [CEJ]*, 1983, p. 37, e, para uma reflexão crítica sobre a evolução do sentido daquela dicotomia, FREDERICO DA COSTA

minação, praticamente intocada, no n.º 3 do seu artigo 329.º, elevando-a, portanto, à categoria de crime e integrando-a na punição da receptação, embora a “coisa” não tivesse de provir, necessariamente, de um crime *patrimonial*. Aí se iniciou o equívoco que acabaria por se consumir com a revisão do CP de 1995: em vez de reparar o erro cometido em 1982, remetendo o sancionamento desta infracção para a regulamentação contra-ordenacional da actividade dos referidos agentes económicos, congruentemente com os motivos que haviam presidido à sua (inicial) incriminação <sup>(74)</sup>, o legislador, certamente por razões de coerência *formal* do regime da receptação, transformou-a em verdadeiro crime patrimonial, substituindo a expressão “actividade criminosa” por “facto ilícito-típico contra o património”.

Quer dizer: razões alheias à consideração da realidade criminológica subjacente, da dignidade punitiva da conduta e da sua ofensividade para um determinado bem jurídico — *sc.*, a prossecução da política de eliminação das contravenções e a coerência formal da punição da receptação — produziram importantes disfunções político-criminais: deram dignidade penal à violação de um dever de informação; levaram ao universo dos crimes patrimoniais uma incriminação que visava, quando muito, proteger a ordem pública; e acabaram por criar um tipo exclusivamente doloso <sup>(75)</sup> onde se pretendia, sobretudo, punir a negligência.

Ora, fundir o branqueamento, a receptação e o auxílio material num único tipo, em homenagem a uma certa *proximidade empírica das condutas* e à *simplificação do regime*, conduziria a consequências disfuncionais análogas, pois não existe, no nosso ordenamento jurídico-penal, uma proibição geral de tratar com bens de origem criminosa, de que as três infracções em causa possam ser vistas como sub-espécies (e, como tal, susceptíveis de (re)unificação). Ao invés, a específica natureza patrimonial dos factos referenciais, na receptação e no auxílio material, não é um simples critério de limitação da punibilidade (ou, se quisermos, da “carência de tutela penal” <sup>(76)</sup>), mas a própria justificação da sua *dignidade punitiva*. E o mesmo se aplica, como vimos <sup>(77)</sup>, à ligação

---

PINTO, “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal”, *RPCC* 7 (1997), p. 7 e ss.

<sup>(74)</sup> Neste sentido ia, segundo cremos, a proposta de FIGUEIREDO DIAS: cf. *Código Penal. Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, 1993, p. 351

<sup>(75)</sup> Neste sentido, contra a opinião da doutrina dominante, cf. RODRIGO SANTIAGO, *ob. cit.*, p. 522 e ss., e PEDRO CAETANO, “Artigo 231.º...”, *cit.*, § 75 e ss.

<sup>(76)</sup> Cf. *supra*, nota 66.

<sup>(77)</sup> Cf. *supra*, ponto 2.2.

do branqueamento com *certos crimes*. Assim, fundir as três incriminações num único tipo que abrangesse as vantagens provenientes de qualquer ilícito-típico redundaria, muito simplesmente, na total descaracterização de todas delas <sup>(78)</sup>, já por força da desconsideração da intrínseca dignidade punitiva de cada uma, já por força da insuportável extensão do tipo a realidades que não participam dos respectivos universos criminológicos <sup>(79)</sup>.

Para além destas objecções de fundo — que nos parecem, por si só, decisivas —, acresce que a solução em crítica conduziria, ironicamente, a dar a todas as condutas de receptação e auxílio material, neste ponto, a estrutura típica daquela (desaparecida) infracção contravencional, re-adscrevendo-lhes, ao arripio da tendência que se foi afirmando desde 1852, a função de tutela de bens jurídicos supra-individuais — e assim se consumando a maldição do *alien*, que, aparentando ser dos nossos, se introduz insidiosamente entre nós para, no fim, nos transformar em seus semelhantes.

2.4. Enfim, a estabilização dos critérios de selecção dos factos precedentes permite pôr termo à injustificável existência de dois crimes de branqueamento no ordenamento jurídico português, unificando-os num único tipo legal: quase todos os crimes relevantes para o preenchimento do tipo do artigo 23.º do DL 15/93 são puníveis com pena de prisão de limite mínimo superior a 6 meses (a única excepção encontra-se no “pequeno tráfico” de substâncias ou preparações da tabela IV, punível com prisão até 2 anos ou multa até 240 dias) <sup>(80)</sup>.

---

<sup>(78)</sup> E por isso a correlativa autonomia típica destas espécies de criminalidade tem sido preservada na maioria dos países europeus, nomeadamente na Alemanha, Áustria, Espanha, França, Itália, Países-Baixos e Suíça; as excepções serão, ao que sabemos, a Bélgica e a Suécia.

<sup>(79)</sup> Referimo-nos a um vasto leque de condutas, englobáveis num *tertium genus* alheio à intencionalidade própria da punição do branqueamento, da receptação e do auxílio material, que poderiam dessa forma ficar sujeitas à ameaça penal (e, provavelmente, às elevadas penas que caberiam a esse novo crime, dado que este género de nivelção se faz, em regra, pelo alto). Com efeito, a desvinculação dos factos precedentes de qualquer espécie de limitação (em função da sua gravidade ou natureza), suposta pelo “tipo global” em crítica, conduziria a considerar como objecto idóneo do crime de branqueamento, *u. g.*, o dinheiro recebido do menor de 16 anos que se empregou para mendigar (art. 296.º do CP), ou o produto da aposta que motiva o agente à prática de um crime de condução perigosa de veículo rodoviário (art. 291.º do CP). Independentemente de saber se as condutas que tenham tais vantagens por objecto preenchem as modalidades de acção contidas no tipo (actual ou futuro), é para nós óbvio que essas condutas não têm dignidade punitiva, muito menos a título de branqueamento.

<sup>(80)</sup> Art. 25.º, al. *b*), do DL 15/93.

### 3. A relevância típica das vantagens provenientes de factos praticados no estrangeiro

3.1. O n.º 3 do artigo 2.º do DL 325/95 prevê que a punição pelo crime de branqueamento “tem lugar ainda que os factos que integram a infracção principal tenham sido praticados fora do território nacional” (81). Esta disposição, existente também nas leis de outros países, carece de algumas explicações, porque a sua expressão literal poderia fazer crer que se trata de uma (nova) conexão de competência extra-territorial da lei portuguesa, quando, na verdade, a hipótese da norma se liga tão-só à *configuração do bem jurídico protegido* (e, conseqüentemente, à tipificação das condutas branqueadoras), se bem que nesta intervenham alguns critérios usualmente ligados à organização da competência “espacial” da lei penal (82).

3.2. Antes de mais, deixemos claro que, ao contrário do que sucede com o artigo 49.º do DL 15/93, onde se consagra uma verdadeira regra de competência universal relativamente aos crimes punidos por esse diploma, a disposição de que curamos não se prende com a aplicação espacial das normas portuguesas que prevêm e punem o crime de branqueamento, não importando, nomeadamente, uma extensão das regras da aplicação extra-territorial da lei (83). Com efeito, o facto precedente só integra o tipo do branqueamento enquanto *fonte* geradora das vantagens, pelo que os factos empíricos em que se consubstancia a sua prática não são elementos do “facto” de branqueamento, na acepção dos artigos 4.º e seguintes do CP. A conclusão é obrigatória, sob pena de, podendo o facto precedente ser praticado por pessoa diversa do branqueador, termos de admitir uma responsabilidade penal por facto alheio.

Deste ponto de vista, a aplicação espacial da lei portuguesa não difere da que cabe, *u. g.*, ao crime de receptação: não haverá dúvidas de que, cumprindo-se os requisitos dos artigos 4.º e seguintes, o artigo 231.º incrimina o

(81) Disposição idêntica contém-se no art. 23.º, n.º 3, do DL 15/93.

(82) Não é compatível com os limites deste estudo uma explanação pormenorizada das diferenças entre “jurisdição”, “competência” e “aplicabilidade” das leis, nem uma crítica fundada à designação “aplicação espacial da lei”, pelo que utilizaremos todas as expressões com o sentido que correntemente lhes é dado.

(83) Acompanhamos, por isso, o que a propósito expendem RODRIGO SANTIAGO, *ob. cit.*, p. 558; e JORGE FERNANDES GODINHO, *ob. cit.*, p. 181. Em sentido aparentemente diverso, MIGUEL ABEL SOUTO, *El Blanqueo de Dinero en la Normativa Internacional*, 2002, p. 173 e s.

recebimento, etc., de coisa obtida através de um facto ilícito-típico cometido no estrangeiro, *ainda quando esse facto não apresente, em si mesmo, uma conexão relevante com o ordenamento português* — os problemas poderão surgir, quando muito, na ponderação do que deva então ser considerado como um “facto ilícito-típico” (84) e colocam-se, por isso, não em sede de competência espacial da lei, mas sim em sede de *determinação do âmbito do tipo*.

Assim, as regras de aplicação espacial da lei penal portuguesa permanecem intocadas, sendo necessário que a conduta branqueadora (a conversão, a transferência, a ocultação, etc.) ocorra, ao menos parcialmente, em território nacional ou a bordo de navio ou aeronave portugueses (artigos 7.º e 4.º do CP), ou que, ocorrendo a conduta no estrangeiro, o agente seja de nacionalidade portuguesa (artigo 5.º, n.º 1, alínea c)) ou haja sido pedida a sua extradição e esta não possa ser concedida (artigo 5.º, n.º 1, alínea e)).

3.3. Importa então determinar qual a função da disposição contida no artigo 2.º, n.º 3, do DL 325/95.

A norma em causa pretende dar execução à injunção ínsita no artigo 6.º, n.º 2, alínea a), da *ConvBr*, a que Portugal se encontra vinculado (nenhuma das reservas formuladas pelo Estado Português diz respeito a este dispositivo), segundo a qual “o facto de a infracção principal ser ou não da competência das jurisdições penais da Parte não é tomado em consideração” para efeitos do cumprimento das obrigações de criminalização previstas no n.º 1 do mesmo artigo. Quer dizer: de acordo com a norma da *ConvBr*, o que deve ser irrelevante para a punição do branqueamento é, não a “extra-territorialidade” do facto precedente, mas, mais amplamente, a incompetência da lei interessada em punir o branqueamento (a que chamaremos *lex fori*) para conhecer do facto precedente. E é neste sentido que deve ser lida a norma interna, não sendo admissível uma sua interpretação que restringisse os factos cometidos no estrangeiro aos factos precedentes de que a lei portuguesa pode conhecer de acordo com a sua competência extra-territorial (85).

Desta forma, os Estados Partes comprometeram-se a não fazer depender a punição do branqueamento da competência da sua lei para conhecer do facto

---

(84) Cf. *infra*, ponto 3.4.

(85) Além de não corresponder ao comando internacional, esta leitura privaria a norma interna de qualquer sentido útil, pois esses casos, dando sempre origem a uma pretensão da administração da justiça portuguesa, estão necessariamente cobertos pelo tipo do branqueamento: cf. *infra* no texto.

precedente. Ora, este compromisso não incide, como vimos, sobre as regras de aplicação espacial da lei de cada Estado. O problema é diverso, e bem mais fundo, pois, moldando a hipótese da norma, envolve o próprio objecto de protecção e a configuração da respectiva tutela.

Com efeito, temos defendido a ideia de que a punição do branqueamento visa tutelar a pretensão estadual à perda das vantagens propiciadas por um "crime" <sup>(86)</sup>, a qual integra uma dimensão da realização da justiça. Normalmente, este bem jurídico tem uma natureza exclusivamente nacional-estadual, pelo que as normas destinadas à sua protecção não recobrem a realização da justiça de outros Estados <sup>(87)</sup>. Nesta óptica, o crime de branqueamento só integraria as vantagens provenientes de "crimes" que caíssem sob a competência espacial (territorial ou extra-territorial) da lei portuguesa, pois só relativamente a eles poderia ser decretada a perda das mesmas: o branqueamento de vantagens provenientes de outros crimes é, para a realização da justiça portuguesa, inócuo <sup>(88)</sup>.

<sup>(86)</sup> *Rectius*, por um facto ilícito-típico: cf. *infra*, 4.

<sup>(87)</sup> Neste sentido, muito exactamente, ANTÓNIO MEDINA DE SEIÇA, "Artigo 360.º — Falsidade de testemunho, perícia, interpretação ou tradução", in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, III, § 3.

<sup>(88)</sup> A conclusão vale, *em principio*, para a explicação da não punibilidade do favorecimento pessoal (que preencha os pressupostos de uma conexão com a lei penal portuguesa, *u g.*, praticado em Portugal) destinado a auxiliar o autor de um crime destituído de uma conexão territorial ou extra-territorial com a lei portuguesa. É verdade que podem levantar-se aqui problemas particulares devido ao jogo dos institutos da extradição, entrega e cooperação judiciária internacional, se se entender que o favorecimento praticado com o objectivo de frustrar a execução das decisões das autoridades nacionais que lhes são inerentes preenche o tipo do art. 367.º: à luz desse entendimento (que não é isento de dúvidas), o crime de favorecimento deixa de depender da competência da lei portuguesa para conhecer do facto precedente porque nascem aí autónomas pretensões da administração da justiça portuguesa (a extradição, a entrega, etc.) relativas a factos sobre os quais não tem jurisdição. Seguro é, ainda assim, que tais pretensões não surgem com a prática do crime, mas apenas com os actos que concedem a cooperação (o mandado de detenção, as decisões de extradição e de entrega, etc.), pelo que, dentro destes limites (*sc.*, a ausência de uma conexão relevante do facto precedente com a lei portuguesa), mantém-se a possibilidade de ocorrer aquilo a que GÜNTHER STRATENWERTH, *ob. cit.*, p. 5, chama "resultado grotesco": o auxílio prestado (em Portugal) ao ladrão homicida procurado no estrangeiro para que fuja para Portugal não é punível — salvo se, consistindo na ocultação do produto do roubo, integrar um crime de branqueamento (resultado que também tem o seus limites, expostos *infra* no texto). A assincronia deve-se, como fica dito em texto, à inexistência, para o crime de favorecimento pessoal, de uma norma análoga à do art. 2.º, n.º 3, do DL 325/95, e a consideração — uma vez mais — das realidades criminológicas subjacentes talvez ajude a atenuar o "grotesco" da situação, pois não exis-

Pois bem. É precisamente esta solução que a referida norma da *ConvBr* impede, ao impor, para efeitos da *tipificação* do branqueamento, a irrelevância da competência da lei penal estadual relativamente ao facto precedente<sup>(89)</sup>. O que significa que esta norma implica, para os Estados Partes, uma obrigação de ampliar, não as regras de competência espacial das suas leis, mas sim o próprio *objecto de tutela*: cada Estado Parte não pode limitar-se a proteger, através da incriminação do branqueamento, a *sua* pretensão à perda das vantagens ilícitamente obtidas (a realização da *sua* justiça), devendo antes proteger também as pretensões análogas de outros Estados<sup>(90)</sup>.

3.4. Este raciocínio talvez já não valha para uma diversa compreensão do bem jurídico protegido e, dada a polémica que envolve o tema, sentimo-nos obrigados a avaliar a questão a partir de outros pontos de vista.

Para quem entenda, *u. g.*, que o branqueamento pune ofensas contra a “ordem sócio-económica”, ou, mesmo, que a sua incriminação pretende apenas reagir contra “certas formas de criminalidade organizada”, sem uma ligação funcional a um bem jurídico, o problema deixa de ser mediado pela referência à administração da justiça estrangeira (e, portanto, à subsistência de uma pretensão à perda das vantagens), transferindo-se porém para outra sede: a da própria configuração desse facto cometido no estrangeiro como um *ilícito-típico* relevante para o preenchimento do tipo do branqueamento.

Com efeito, na construção que propomos, este problema encontra-se previamente resolvido pela exigência de uma conexão com a competência da lei penal de certos Estados, que supõe a qualificação do facto como penalmente relevante por essa(s) lei(s). Ora, sem esta “ponte”, emerge, com autonomia, a questão de saber se basta que o facto precedente seja qualificável como um ilícito-típico à luz do direito

---

tem redes internacionais organizadas com o propósito de praticar crimes de favorecimento pessoal.

(89) A norma portuguesa refere-se apenas à irrelevância da competência *extra-territorial* para conhecer do facto precedente porque o problema não se põe, como é óbvio, nos casos em que ele é praticado em território português, já que aí existirá sempre uma conexão de competência.

(90) A solução nem sequer é um *novum* no ordenamento jurídico nacional, porquanto as disposições da L 7/86, de 9 de Abril, destinam-se já à protecção da *realização da justiça da Comunidade Europeia*, dando cumprimento ao disposto no art. 27.º do Estatuto do Tribunal de Justiça. Trata-se aqui de um fenómeno de *assimilação* dos bens jurídicos comunitários aos bens nacionais: sobre ele, cf. PEDRO CAEIRO, “Perspectivas de formação”..., *cit.*, p. 192 e s. A mesma ideia subjaz à ampliação da definição de funcionário contida no art. 386.º do CP, operada pela L 108/2001, de 28 de Novembro; cf. ainda as obrigações de sentido idêntico que decorrem para os Estados do art. 70.º, n.º 4, al. *a*), do Estatuto de Roma (Tribunal Penal Internacional).



português, ou se, diversamente, é necessário que esse juízo também seja feito por uma outra legislação — e, em caso afirmativo, que legislação (questão inversa é a que se trata *infra* no texto, 3.6.).

Em primeiro lugar, parece razoável admitir que a qualificação feita pela *lex fori* é *suficiente* sempre que o facto precedente cometido no estrangeiro pudesse ser por ela conhecido de acordo com as suas regras de competência extra-territorial; não por aplicação directa dessas regras — destinadas a resolver, como vimos, um problema diferente —, mas através de uma *analogia* com os fundamentos que lhes subjazem: se a lei portuguesa se considera competente para conhecer da ofensa a um bem jurídico contida no facto precedente, pode legitimamente qualificá-lo, *autonomamente*, como ilícito-típico para efeitos do crime de branqueamento. Exemplificando: se o facto precedente foi um crime de contrafacção de moeda (incluído na regra da protecção dos interesses nacionais prevista na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 5.º), é irrelevante, para o preenchimento do tipo de branqueamento, se ele constitui um ilícito-típico em face de qualquer outra lei (incluindo a *lex loci delicti*); já não assim, porém, se a conexão se houvesse de fazer através da nacionalidade do agente, havendo então que respeitar o requisito da dupla incriminação que condiciona a competência da lei portuguesa.

Nos casos restantes, onde os factos precedentes não apresentam uma conexão com a lei portuguesa, a questão é muito mais duvidosa. Como ponto de partida, parece seguro que não pode bastar a incriminação do facto precedente pela lei portuguesa, sob pena de, em abstracto, se poder punir o branqueamento de vantagens provenientes de factos que todos os outros Estados consideram lícitos e que, embora constitutivos de crimes à luz da lei portuguesa, não cairiam, por definição, na sua esfera de competência — resultado que, concordar-se-á, seria totalmente absurdo<sup>(91)</sup>. Assim, no contexto deste entendimento sobre o bem jurídico protegido — que não é, insistentemente, o nosso —, a qualificação do facto precedente como ilícito-típico para efeitos do preenchimento do tipo do branqueamento deve depender, ao menos, do juízo concordante da *lex loci delicti* (o § 261 (8) do CP alemão subordina expressamente

---

<sup>(91)</sup> E todavia, por mais absurdo que se revele, é esse resultado que decorre da lei britânica (*Criminal Justice Act 1988*, secção 93 A (7)). O legislador do Reino Unido, impressionado pela regra estrita de territorialidade que comanda a competência da sua lei penal, entendeu contorná-la através de uma ficção legal segundo a qual os factos precedentes relevantes são também os que constituiriam crime *se fossem praticados em território britânico*, criando do mesmo passo dois equívocos: por um lado, as regras de competência da lei nacional, af se incluindo a regra da territorialidade, não são afectadas pela “extra-territorialidade” do facto precedente — o que torna aquela ficção desnecessária; por outro lado, abre-se a porta, precisamente, à possibilidade, criticada em texto, de tornar relevante um facto precedente que nunca seria em si mesmo punível (por irrelevante à luz do direito substantivo dos Estados estrangeiros e por exorbitante da competência da *lex fori*) — o que torna aquela ficção indezível. Aplaudindo todavia a solução, por ser aquela que corresponde às *Directivas* comunitárias sobre o branqueamento (*supra*, nota 15 e texto correspondente), DANIEL GENTZIK, *ob. cit.*, p. 95.

a punição do branqueamento à relevância penal do facto precedente perante a *lex loci delicti*), que é o parâmetro utilizado, em geral e salvo permissões específicas concedidas (ou deveres impostos) pelo direito internacional, para accionar a competência extra-territorial das leis penais e que, por isso mesmo, não pode ser ampliado quando se trata de factos que *nem sequer* se encontram sob a competência da lei penal portuguesa. Exemplificando: esta solução permite considerar como ilícito-típico relevante, para efeitos de branqueamento, a fraude fiscal praticada num país que pune esse crime, por um seu nacional, mas já não a mesma conduta praticada num país que o não pune. Por último, resta esclarecer que, para estes efeitos, não importa se o facto precedente é considerado pela *lex loci delicti* como relevante para efeitos do crime de branqueamento: esse é um juízo que pertence, por inteiro, à lei portuguesa.

3.5. Chegados aqui, importa saber se a lei portuguesa deve tutelar, contra o branqueamento, a realização da justiça de *todo e qualquer Estado*, como sugere a amplitude da norma interna.

Por um lado, é líquido que o Estado Português só está *obrigado* a proteger as pretensões tituladas pelos outros Estados Partes na *ConvBr*, não existindo um dever jurídico-internacional genérico que imponha a protecção penal da administração da justiça de qualquer Estado estrangeiro contra o branqueamento.

Por outro lado, embora se possa aventar, em teoria, que o legislador português *quis* ir ainda “mais além” daquilo a que a Convenção o obrigava, dispensando uma generosa protecção, contra o branqueamento, a todos os Estados, essa leitura não nos parece defensável. Na verdade, ela só poderia alcançar-se através da elevação da realização da justiça de todos os Estados, ao menos nesta vertente, a verdadeiro bem jurídico-penal universal<sup>(92)</sup>, graduação que, decerto, suscita as mais profundas e lícitas reservas: dada a (ainda) essencial estadualidade da realização da justiça, não será aventuroso entender que os Estados só estão dispostos a proteger a realização da justiça de um Estado estrangeiro numa base consensual de reciprocidade — precisamente aquela sobre que assentam as convenções internacionais.

Daqui decorre uma primeira conclusão, que pode formular-se assim: o tipo do branqueamento abrange *apenas* as vantagens provenientes de “crimes” que caíam sob a competência da lei penal de um dos Estados Partes na *ConvBr* (af se incluindo, naturalmente, o próprio Estado Português), não sendo todavia

---

(92) Note-se que a qualificação de certo bem jurídico como universal não se confunde com (embora deva ser acompanhada de) uma regra estadual de protecção universal, pois o *objecto* e o *modo* da protecção são entidades diferentes.

necessário que essa lei considere tais “crimes” como factos precedentes relevantes no seu tipo legal de branqueamento. Fora deste âmbito, inexistente um bem jurídico digno de protecção.

Mas, ainda aqui, há que fazer uma precisão: relativamente aos factos precedentes que são da competência (territorial ou extra-territorial) da lei portuguesa, o perigo corporizado na conduta branqueadora, ainda que abstracto, é sempre actual, pois existe aí sempre uma pretensão da administração da justiça portuguesa; já no que diz respeito aos restantes factos, o perigo é apenas potencial, porque condicionado pela efectiva existência de uma pretensão à perda de bens titulada pela justiça de um Estado Parte na *ConvBr* <sup>(93)</sup>. Deste modo, embora a actualidade do perigo não seja um elemento do tipo — cujo preenchimento se dá com o facto de as vantagens procederem de um dos factos elencados na lei portuguesa, mesmo que cometido no estrangeiro —, parece que a prova de que o facto precedente (ainda que constitua um crime perante o direito substantivo português) não cai sob a jurisdição de *nenhum* daqueles Estados (não só da *lex loci delicti* <sup>(94)</sup>) deve afastar a realização típica, de forma similar ao que sucede nos crimes de perigo abstracto-concreto <sup>(95)</sup>, por a conduta ser aí inofensiva para o bem jurídico protegido e a sua punição ser, em consequência, ilegítima <sup>(96)</sup>.

<sup>(93)</sup> Ao implicar a subordinação da relevância do facto precedente à pretensão penal de um Estado estrangeiro, a norma portuguesa contém uma *dupla referência pressupponente* (JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, 1970, p. 309 e ss.): por um lado, remete para o resultado do juízo que o direito substantivo desse país faça sobre a relevância penal (tipicidade e ilicitude) do facto; por outro lado, remete para o resultado do juízo que as regras de competência desse ordenamento façam sobre a “aplicabilidade” do seu direito substantivo ao facto.

<sup>(94)</sup> A solução que avançamos resulta, assim, num tipo mais extenso do que aquele que adviria das soluções examinadas *supra*, 3.4., pois a irrelevância penal do facto precedente perante a *lex loci* não conduz necessariamente à atipicidade da conduta branqueadora.

<sup>(95)</sup> A distinção que fazemos entre actualidade e potencialidade do perigo não é inteiramente sobreponível às figuras dogmáticas do crime de perigo concreto e do crime de perigo abstracto. A actualidade do perigo é compatível com a modelação da conduta típica como um crime de perigo concreto (exigindo-se, *u. g.*, que o agente efectivamente tenha impedido ou dificultado, com a sua actuação, a detecção e / ou a perda das vantagens branqueadas) ou de perigo abstracto (como sucede com a actual al. a) do art. 2.º, n.º 1, do DL 325/95). Porém, o perigo potencial só se coaduna com a construção de um crime de perigo abstracto (conduta susceptível de pôr em perigo o bem jurídico): a exigência de uma concretização típica do perigo implicaria a identificação de uma efectiva pretensão estadual (estrangeira), por aí se tornando o perigo em actual.

<sup>(96)</sup> Cf., por último, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos...*, *cit.*, p. 47 e ss.

3.6. Estabelecido aquele âmbito máximo de protecção, importa saber se basta, ao preenchimento do tipo, que o facto precedente cometido no estrangeiro constitua um “crime” à luz da lei que se considera competente para dele conhecer (nomeadamente, a do país onde foi praticado).

E, neste ponto, a resposta não pode deixar de ser *negativa*: é seguro que o facto precedente cometido no estrangeiro tem que constituir um “crime” à luz da *lei portuguesa* e, mais do que isso, um “crime” abrangido pelos critérios utilizados na nossa norma incriminadora <sup>(97)</sup>.

Desde logo, porque remeter a densificação deste elemento típico para a (para qualquer) lei estrangeira interessada ofenderia o princípio da legalidade constitucionalmente imposto: a lei portuguesa não teria, nessa interpretação, um conteúdo determinado (*lex certa*).

Depois, porque a protecção da administração da justiça de um outro país não pode estender-se ao ponto de significar a criminalização do trato com bens que foram licitamente obtidos perante a lei portuguesa, ou, mesmo, com vantagens provenientes de “crimes” que a lei portuguesa não considera suficientemente relevantes para constituírem factos precedentes do crime de branqueamento <sup>(98)</sup>: solução diversa levaria ao absurdo de porporcionar uma tutela mais ampla à administração da justiça alheia do que à própria.

3.7. Em suma, pode afirmar-se o seguinte: só preenchem o tipo do branqueamento as vantagens procedentes de factos que, integrando um (ou vários) ilícito(s)-típico(s) indicado(s) no artigo 2.º, n.º 1, do DL 325/95 ou nos artigos 21.º, 22.º, 24.º e 25.º do DL 15/93, sejam da competência da lei penal de um Estado Parte na *ConvBr* (aí se incluindo o Estado Português) <sup>(99)</sup>, pois só nesses casos existe uma pretensão estadual relevante e digna de protecção, seja devido à consideração da realização da justiça portuguesa, seja por força da obrigação assumida por Portugal, naquela Convenção, de proteger, em termos análogos, a realização da justiça dos restantes Estados Partes contra o branqueamento.

---

<sup>(97)</sup> Neste sentido, perante a disposição (para este efeito idêntica) contida no actual § 261 (8) do CP alemão, também DANIEL GENTZIK, *ob. cit.*, p. 89.

<sup>(98)</sup> Assim também CARSTEN LEIP, *ob. cit.*, p. 61 e s.

<sup>(99)</sup> Neste momento já se terá tornado claro que a exigência da verificação cumulativa das duas condições, tendo presentes as razões, de índole muito diversa, que estão na base de cada uma delas, nada tem que ver com a regra da dupla incriminação cujo cumprimento se exige, *u. g.*, para a aplicação da regra da nacionalidade (art. 5.º, n.º 1, al. c)) e para a concessão da extradição nos moldes tradicionais (art. 31.º, n.º 2, da L 144/99, de 31 de Agosto).

#### 4. A qualificação jurídico-penal do facto precedente

4.1. Em quarto lugar, põe-se a questão de saber se o facto precedente deve constituir um simples *ilícito-típico* ou, diversamente, um *crime em sentido técnico* (sc., um ilícito-típico culposo e punível).

A questão não é pacífica perante o direito português vigente. De acordo com José de Faria Costa <sup>(100)</sup>, o termo “infracção” constante do artigo 23.º do DL 15/93 deve ser interpretado como crime em sentido técnico, pois, “en términos doctrinales, sólo se verifica una infracción después de haberse determinado judicialmente los juicios de ilicitud y culpabilidad”, solução que todavia critica; supomos que, na óptica do A., o mesmo raciocínio valha, por maioria de razão, para o disposto no artigo 2.º do DL 325/95 (posterior ao estudo citado), que se refere expressamente aos bens provenientes de “crimes”.

Diversamente, defende Jorge Fernandes Godinho <sup>(101)</sup> que ambas as expressões devem ser entendidas no sentido de bastar o apuramento de um facto ilícito-típico, sob pena de a lei entrar “em contradição com a exigência de um ilícito-típico feita expressamente nos restantes ‘pós-delitos’ em que se manipulam bens — receptação (artigo 231.º, n.º 1 e n.º 2) e auxílio material ao criminoso (artigo 232.º) — e também no caso do confisco das vantagens do crime (artigo 111.º)”, não se descortinando, ainda segundo o A., quaisquer razões para essa desarmonia.

Em nossa opinião, há que distinguir as duas previsões legais.

Creemos que o termo “infracção”, enquanto expressão que designa, na linguagem comum, a violação de uma proibição, é suficientemente amplo para admitir, sem ofensa ao princípio da legalidade, o sentido de facto ilícito tipificado na lei penal — que é, todos concordam, o sentido mais adequado às finalidades visadas. Isto sem prejuízo de ser conveniente que a lei adopte expressamente tal designação, como sucede agora nos crimes de receptação e de auxílio material <sup>(102)</sup>.

Já no que toca o termo “crimes”, constante do artigo 2.º do DL 325/95, propendemos a acompanhar a posição do primeiro Autor citado, não tanto por ser a única compatível, num plano puramente semântico, com o princípio da legalidade — para além do código jurídico-dogmático, o signo “crimes” inscreve-se também, de pleno direito, na linguagem comum, onde ganha um conteúdo mais amplo e impreciso <sup>(103)</sup> —,

<sup>(100)</sup> JOSÉ DE FARIA COSTA, “Apostilla”, in: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en Honor del Profesor Klaus Tiedemann*, 1995, p. 678 e s.

<sup>(101)</sup> JORGE FERNANDES GODINHO, *ob. cit.*, p. 166 e ss.; a mesma conclusão havia também sido alcançada por JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, p. 344.

<sup>(102)</sup> Curiosamente, este último tipo, na versão original do CP de 1982 (art. 330.º), referia-se também, impropriamente, à coisa obtida através de *crime* contra o património.

<sup>(103)</sup> Note-se, a propósito do emprego do termo “crime”, que, se ele devesse ser interpretado exclusivamente no contexto da linguagem técnico-jurídica, o âmbito da incriminação

mas antes por isso que, diversamente do que sucede com o termo “infracção”, não existe uma alternativa linguística que pudesse permitir ao legislador exigir a prática prévia de um facto típico, ilícito, culposo e punível. Com efeito, apesar de não ser essa a solução político-criminal mais adequada, não nos parece legítimo presumir que o uso da expressão não foi intencional <sup>(104)</sup> e “obrigar” a lei a não ter o seu significado mais imediato quando o legislador não dispõe de outras possibilidades para exprimir esse sentido, sobretudo se, por essa forma, se alarga o campo da punibilidade.

Por último, e ainda a este propósito, não cremos que a interpretação que avançámos no parágrafo anterior entre em contradição com o regime adoptado para os restantes “pós-delitos”. Desde logo, porque no “pós-delito” de favorecimento pessoal a lei usa a palavra *crime*, sendo pacífica a interpretação segundo a qual se exige aí a prática de um facto que preencha “todos os requisitos materialmente necessários em função da espécie de reacção criminal cuja imposição o agente do favorecimento pretende frustrar” <sup>(105)</sup> — o que significa, no caso das penas, um crime em sentido técnico. Ora, dada a proximidade entre os dois tipos, não se pode excluir liminarmente que o legislador tenha tomado a opção (por criticável que ela seja) de transpor para o tipo do branqueamento a solução que consagrou para o favorecimento pessoal <sup>(106)</sup>. Depois, e decisivamente, porque seria preciso mostrar que a opção tomada

---

do favorecimento pessoal restringir-se-ia aos casos em que o favorecido foi considerado imputável, pois só os imputáveis cometem crimes em sentido técnico — solução que, não entrando em insanável contradição com a referência típica ao propósito de evitar que outra pessoa seja sujeita a uma medida de segurança (os imputáveis podem ser sujeitos a medidas de segurança não privativas da liberdade, acessórias da pena principal: cf. PEDRO CAEIRO, “Qualificação da sanção de inibição da faculdade de conduzir prevista no art. 61.º, n.º 2, al. d), do Código da Estrada” (anotação ao *AcSTJ* de 29-04-1992), *RPCC* 3 (1993), p. 567), é manifestamente de rejeitar; cf. também *infra* no texto.

<sup>(104)</sup> Assim todavia JORGE FERNANDES GODINHO, *ob. cit.*, p. 168; em sentido análogo, a propósito da perda de vantagens regulada no art. 109.º, na versão original do CP de 1982, que se referia também a um “crime”, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português...*, *cit.*, § 1007.

<sup>(105)</sup> ANTÓNIO MEDINA DE SEIÇA, “Artigo 367.º — Favorecimento pessoal”, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, III, § 20; no mesmo sentido, JORGE FERNANDES GODINHO, *últ. loc. cit.*

<sup>(106)</sup> JORGE FERNANDES GODINHO, *ob. cit.*, p. 167, evita este escolho operando uma distinção entre o favorecimento pessoal e os “pós-delitos” em que se manipulam bens (receptação e auxílio material), aos quais pertenceria materialmente o branqueamento e em relação aos quais se evidenciaria a contradição da lei. Porém, esta distinção não é, para este efeito, relevante, e isto por duas razões: por um lado, porque, como próprio Autor reconhece, é com o favorecimento pessoal que o tipo do branqueamento tem “grande similitude” e “fortes afinidades” (*op. cit.*, respectivamente p. 246 e p. 256), partilhando ambos até, na concepção que propõe e que nós acompanhamos, a protecção do mesmo bem jurídico; por outro lado, porque o favorecimento pessoal é um crime de realização livre (ANTÓNIO MEDINA DE SEIÇA, “Artigo 367.º...”, *cit.*, § 25), podendo ser executado, precisamente, através das condutas constitutivas do crime

na tipificação da receptação e do auxílio material visa responder ao *mesmo* problema a que o branqueamento visa atalhar — requisito que, em nossa opinião, não se verifica.

4.2. Por tudo quanto se expôs, há que concluir que, *de jure condendo*, não devem importar-se para o tipo do branqueamento, sem mais, as soluções adoptadas nos tipos da receptação, do auxílio material e do favorecimento pessoal. A questão há-de decidir-se, sim, de acordo com a teleologia própria do crime de branqueamento a que nos vimos referindo. E se a perda de vantagens é decretada em relação aos factos ilícitos-típicos (porque se trata de vantagens obtidas de forma proibida pela lei penal), o crime de branqueamento deve, congruentemente, cobrir o mesmo âmbito, punindo as condutas que visam dificultar a realização daquela pretensão.

## 5. A inclusão do autor do facto precedente no círculo da autoria do branqueamento

5.1. Importa agora determinar se o autor do (ou participante no) facto precedente pode ser autor do crime de branqueamento.

O artigo 6.º, n.º 2, alínea *b*), da *ConvBr*, deixa expressamente aos legisladores nacionais a liberdade de optar por uma ou outra das alternativas<sup>(107)</sup> e a *Decisão-quadro* não cerceia esse arbítrio; não surpreende, por isso, que a análise do direito comparado nos revele soluções muito variadas<sup>(108)</sup>. Em Portugal, perante o silêncio da lei, a jurisprudência não é uniforme<sup>(109)</sup> e não existe consenso doutrinal sobre a questão<sup>(110)</sup>.

---

de branqueamento, especialmente (mas não exclusivamente) das previstas no n.º 1, al. *a*), do art. 2.º do DL 325/95, e dando origem, nesse caso, não a um paralelismo dos tipos assente na "distinção 'canónica' entre pessoas e coisas" (JORGE FERNANDES GODINHO, *ob. cit.*, p. 246), mas sim a um *concurso aparente de normas*, a resolver através da regra da *especialidade* (do branqueamento em relação ao favorecimento pessoal).

<sup>(107)</sup> Sobre o ponto, cf. JORGE FERNANDES GODINHO, *ob. cit.*, p. 236 e ss.

<sup>(108)</sup> O CP belga (art. 505) prevê expressamente a possibilidade de ser autor punível do branqueamento, em duas das suas modalidades (correspondentes às previstas nas als. *a*) e *b*) do art. 2.º, n.º 1, do DL 325/95), "o autor, coautor ou cúmplice" do facto precedente. Os CPs espanhol (art. 301.º), francês (art. 324-1) e suíço (art. 305.º bis) não tomam posição sobre a questão. Enfim, o CP austríaco exclui a punição por branqueamento do autor do facto precedente (§ 165 (1)) e os CPs alemão (§ 261 (9), *in fine*) e italiano (art. 648 *bis*) estendem essa exclusão a todos os comparticipantes do facto precedente.

<sup>(109)</sup> A jurisprudência dos nossos tribunais superiores tem-se mostrado dividida: no sentido de que o autor de um crime de tráfico de estupefacientes pode cometer posteriormente, em *concurso real*, um crime de branqueamento de capitais, dada a diversidade dos interesses

5.2. Perante o direito português vigente, não temos dúvidas em afirmar que o autor do facto precedente pode ser autor do crime de branqueamento, já porque a norma não delimita um específico círculo de autores <sup>(111)</sup>, já porque a comparação com a formulação de outros tipos que supõem a prática prévia de uma infracção (paradigmáticamente, a receptação, o auxílio material e o favorecimento pessoal) leva a concluir, *a contrario*, que o legislador não pretendeu excluir do tipo do branqueamento as condutas praticadas pelo autor do facto precedente.

Em sentido contrário, Jorge Fernandes Godinho <sup>(112)</sup> avança o que nos parece ser uma *interpretação restritiva* do tipo do branqueamento, de forma a excluir dele o autor do facto precedente, escorando-a em dois argumentos fundamentais: *a)* o problema deve resolver-se através das regras do concurso de normas, sendo o branqueamento, para o autor do facto precedente, um “pós-delito” não punível, à semelhança do que sucede nos restantes “pós-delitos” previstos no Código Penal, *sc.*, a receptação, o auxílio material e o favorecimento pessoal, porquanto “o intuito de evitar o confisco de bens ilícitamente adquiridos é conatural a qualquer crime de cunho aquisitivo, sendo um facto posterior impune quando praticado pelo agente do crime precedente” <sup>(113)</sup>; *b)* trata-se “em todo o caso de uma questão de tipicidade — de autoria — e não de uma causa pessoal de exclusão da pena”, pois, “para este efeito, as condutas de branqueamento de capitais não lesam um outro bem jurídico. Pese embora a realização da justiça ser formalmente um bem jurídico diverso, em termos materiais verifica-se que, uma vez consumada a lesão do bem jurídico, surge *em seu lugar* o bem jurídico que é a realização da jus-

---

protegidos, cf. o *AcSTJ* de 30-5-1996, o *AcSTJ* de 8-10-1997, o *AcRP* de 7-11-2001 e, por último, o *AcSTJ* de 20-06-2002; em sentido contrário, cf. o *AcSTJ* de 23-03-2000 e o *AcRL* de 22-10-2002.

<sup>(110)</sup> A favor da possibilidade de punição, por branqueamento, do autor do facto precedente, vd. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, *ob. cit.*, p. 133; A. G. LOURENÇO MARTINS, *ob. cit.*, p. 474 e s.; e JORGE DIAS DUARTE, *ob. cit.*, p. 109 e ss.; contra, JORGE FERNANDES GODINHO, *ob. cit.*, p. 238 e ss.

<sup>(111)</sup> Mesmo que se admitisse, como propõe JORGE FERNANDES GODINHO, *ob. cit.*, p. 240, que a expressão “com o fim de [...] ajudar uma pessoa implicada na prática de qualquer dessas infracções [...]”, constante do n.º 1, al. *a)*, do art. 2.º, “só pode significar ‘auxiliar outra pessoa’”, essa precisão valeria apenas para esse segmento típico, e não para os restantes, previstos na parte sobranje da mesma alínea e nas als. *b)* e *c)*.

<sup>(112)</sup> JORGE FERNANDES GODINHO, *ob. cit.*, p. 237 e ss. No mesmo sentido, cf. também JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, p. 347.

<sup>(113)</sup> *Ibidem*, p. 186 e p. 238 e s.



tiça" (114). A discussão destas teses, para além do interesse que possa ter para a interpretação do direito vigente, releva também no plano do direito a constituir.

5.3. Convém começar por notar que o problema da delimitação típica da autoria é prévio e não se confunde com o do concurso (115): se o autor do facto precedente estiver excluído do círculo de agentes possíveis do branqueamento, nunca se porá, no que lhe diz respeito, um problema de concurso (efectivo ou aparente).

Vejamos então o primeiro aspecto.

Antes de mais, importa saber se é lícito traçar aqui um paralelo com aquilo a que o A. chama os restantes "pós-delitos". É verdade que todos têm em comum a característica de supor *necessariamente* a prática prévia de um outro ilícito-típico; mas talvez isso não seja suficiente para impor um regime unitário na determinação do círculo da autoria em todos eles. A receptação, o auxílio material e o favorecimento pessoal encontram-se histórica e geneticamente ligados a formas de participação posterior punível (cumplicidade primeiro, aderência / encobrimento depois (116)); deste modo, a sua autonomização típica tinha forçosamente de excluir o autor do facto precedente (117), pois as condutas por ele praticadas que correspondem à participação do terceiro (*v. g.*, a transmissão ou o aproveitamento da coisa furtada e o eximir-se à acção da justiça (118)), ainda que não sejam decisivas para "dar sentido" ao facto prece-

(114) *Ibidem*, p. 239; itálicos no original.

(115) Esta proposição deve ser entendida no horizonte metódico da análise dos elementos do crime. Em outro plano, pode talvez afirmar-se que a cristalização legal de certas delimitações do círculo da autoria procede geneticamente de constelações de casos onde se estabilizou uma regra de consunção (*v. g.*, a não punição do auto-encobrimento); e é justamente essa génese "casuística" que impõe as maiores cautelas às tentativas de generalização que se pretendam fazer a partir daquelas cristalizações legais: cf. já a seguir no texto.

(116) Sobre a história das sucessivas formas de punição destes crimes na lei portuguesa, cf. PEDRO CAEIRO, "Nótula antes...", *cit.*, § 1 e ss., e ANTÓNIO MEDINA DE SEIÇA, "Artigo 367.º...", *cit.*, § 2 e ss.

(117) Mas já não o cúmplice e o instigador, que podem ser autores dos crimes de receptação, de auxílio material (PEDRO CAEIRO, "Artigo 231.º...", *cit.*, § 11, e "Artigo 232.º...", *cit.*, § 8) e de favorecimento pessoal, sempre que o facto não constitua um verdadeiro auto-favorecimento (hipótese, aliás, bastante plausível: A, instigador [ou, até, co-autor] de B, assume sozinho a responsabilidade do crime, destruindo algumas das provas que implicam B: A é autor de um crime de favorecimento pessoal e não beneficia sequer da causa pessoal de exclusão da pena prevista no art. 367.º, n.º 5, al. a)).

(118) Questão complexa, que não discutiremos aqui, é a de saber se a atipicidade do "auto-favorecimento" tem o mesmo fundamento da da transmissão ou aproveitamento da coisa

dente <sup>(119)</sup>, são prolongamentos dele socialmente tidos como “naturais”, pelo que a sua censura penal já está contida na punição do mesmo (*mitbestraft*).

Porém, não está de forma alguma excluído que o autor do facto precedente possa preencher *outros* tipos de crime através de condutas materialmente análogas às condutas que aqueles “pós-delitos” deixam impunes (pense-se, *v. g.*, na transmissão onerosa a outrem de uma fotografia ilicitamente captada, punida pelo n.º 2, alínea *b*), do artigo 199.º, que o agente subtraiu ao possuidor; no furto de um documento seguido da utilização do mesmo para extorquir dinheiro à vítima; ou, especialmente, dado que se trata do *mesmo* bem jurídico, no suborno de uma testemunha, por parte do agente de um crime, para conseguir um alibi credível): em todos estes casos, o autor do facto precedente pode ser autor punível do facto subsequente. E isto por uma razão singela: é que esses factos subsequentes, ainda que visem, à semelhança dos ditos factos posteriores impunes, respectivamente, o enriquecimento motivador do furto, o aproveitamento da coisa ilicitamente obtida ou o ludíbrio da justiça, não são já consequências socialmente tidas como normais, englobadas na censura do facto precedente.

A questão está pois em saber se o branqueamento das vantagens obtidas deve ainda incluir-se na censura do facto precedente; e, aqui, não podemos deixar de responder negativamente, sob pena de a própria punição do branqueamento perder a sua legitimidade. Na verdade, de acordo com a concepção que vimos desenvolvendo acerca do interesse protegido (que corresponde até, no essencial, ao pensamento de Jorge Fernandes Godinho), a repressão do branqueamento justifica-se, não pelo *fim* 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. Ora, se só este especial grau de perigosidade legitima a punição do branqueamento, não pode

---

pelo autor do furto (decorrências normais da instauração de um domínio fáctico sobre a coisa e, portanto, englobadas na censura da subtracção), ou se, constituindo ainda uma agressão ao bem jurídico protegido (quem destrói provas do crime que cometeu ofende a realização da justiça), repousa antes sobre um princípio de inexigibilidade em sentido amplo (não em sentido estrito, como causa de exculpação), fundado na experiência social comum, que exclui o autor do facto precedente do círculo dos destinatários da norma; neste último sentido parece inclinar-se ANTÓNIO MEDINA DE SEIÇA, “Artigo 367.º...”, *cit.*, § 50, ao referir-se à “necessidade em que o agente se encontra”.

<sup>(119)</sup> Assim todavia HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed. (trad. J. L. Manzanares Samaniego), 1993, p. 674.

simultaneamente defender-se, sob pena de contradição insanável, que as condutas praticadas se inserem ainda no prolongamento natural do facto gerador das vantagens e que devem por isso constituir, para o seu autor, um “pós-delito” não punível <sup>(120)</sup>. 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, *u. g.*, da simples detenção das vantagens, escondidas debaixo do colchão, enterradas no jardim de sua casa ou depositadas na conta do próprio <sup>(121)</sup>.

5.4. Se este raciocínio nos permite concluir que o autor do facto precedente não deve ser excluído do círculo da autoria do branqueamento, nem *de jure dato* nem *de jure dando*, tal não impede que certas condutas por ele praticadas devam efectivamente ser qualificadas, no caso concreto, como factos não puníveis, porque consumidos pelo facto precedente. Só que aqui já não nos encontramos no plano da determinação do círculo da autoria — que compete ao legislador —, mas antes na valoração concreta de factos à luz de normas formalmente violadas — que compete ao tribunal. Tese cuja cabal compreensão carece, de todo o modo, de algumas notas explicativas.

Desde logo, não acompanhamos a ideia segundo a qual as condutas de branqueamento não ofendem um bem jurídico diverso do atingido no facto precedente <sup>(122)</sup>; ao invés, cremos que só a autonomia do interesse protegido permite legitimar, tanto quanto possível, a punição do branqueamento. Todavia, desta diversidade dos bens jurídicos ofendidos não decorre — antes pelo

<sup>(120)</sup> Até porque, ao invés do que postula a concepção em crítica, porventura ainda demasiado ligada ao paradigma do branqueamento dos proventos adquiridos com o tráfico de estupefacientes, os factos precedentes que são hoje tipicamente relevantes não têm, obrigatoriamente, um “cunho aquisitivo”.

<sup>(121)</sup> A concepção do A. não será alheia uma preocupação, de que nós partilhamos, de evitar a punição (e com penas de severidade intolerável: cf. *infra*, 9.) do autor do facto precedente por condutas de branqueamento que, sendo embora formalmente típicas à luz da lei vigente, não atingem aquele patamar de perigosidade — preocupação a que vêm dar razão o *AcRP* de 7-11-2001 e o *AcSTJ* de 20-06-2002, que condenaram os arguidos pelo crime de branqueamento por estes terem depositado as quantias por eles ilicitamente obtidas em contas bancárias que lhes pertenciam. Também nos parece imperioso evitar que a repressão penal do branqueamento redunde, na prática, numa *duplicação* das penas aplicadas aos médios e pequenos traficantes de estupefacientes que depositam o produto do tráfico na sua conta bancária; todavia, 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: cf. a seguir no texto.

<sup>(122)</sup> Neste sentido, também o *AcSTJ* de 20-06-2002.

contrário! — a impossibilidade de a conduta branqueadora ser um facto não punível, por força de uma relação de *consunção*, que *também* se pode estabelecer entre normas dirigidas à protecção de bens diferentes <sup>(123)</sup>. Em definitivo, não é correcto afirmar, como o fizeram os Acórdãos do STJ de 30-05-1996 e de 8-10-1997, que a norma que pune o facto precedente não pode consumir o crime de branqueamento porque os bens jurídicos ou interesses protegidos são diferentes.

Por outro lado, a pluralidade de acções (naturalísticas) não pode reduzir a discussão à verificação dos pressupostos específicos do chamado *post-factum impune* (nomeadamente, à exigência da identidade do bem jurídico atingido); na realidade, esta figura é apenas uma *concretização*, com fins de simplificação, das regras da consunção <sup>(124)</sup>, tanto mais quanto é certo que as dúvidas sobre a caracterização de certo facto como *post-factum impune* acabam por resolver-se, precisamente, através do (regresso ao) emprego daquelas regras gerais.

Adquirido este ponto de partida, a regra da consunção deverá ser judicialmente aplicada sempre que a concreta conduta do autor do facto precedente, preenchendo embora o tipo legal do branqueamento, corresponda apenas a uma utilização ou aproveitamento normal das vantagens obtidas e deva, por isso, considerar-se abrangida pela punição daquele facto — o que acontecerá, *u. g.*, na simples “utilização” ou “detenção” incriminadas pelo n.º 1, alínea *c*), do artigo 2.º do DL 325/95 <sup>(125)</sup>.

## 6. O facto precedente e o tipo subjectivo do branqueamento

6.1. No que toca a relevância do facto precedente para o preenchimento do tipo subjectivo de ilícito, importa focar três pontos: a natureza

---

<sup>(123)</sup> Esta ideia encontra-se presente, limpidamente, em EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal II* (com a colaboração de Figueiredo Dias), 1965, p. 205, que, depois de se referir, em texto, à “comparação dos bens jurídicos violados”, oferece, em nota, os seguintes “exemplos claros de consunção[.] a exclusão das regras que punem o dano e as ofensas corporais pela aplicação das que punem o fogo posto e o homicídio”, adicionando-lhes, em homenagem ao mesmo princípio, a exclusão das disposições que “punem certas condutas, quando estas traduzem, em certas condições, uma vontade de aproveitar, garantir ou assegurar a impunidade de outro crime” (itálicos nossos). Essas condições são, no nosso modo de ver, as que se descreveram supra no texto, cuja verificação só pode fazer-se em concreto e que por isso não levam sempre e em qualquer caso à consunção dos factos posteriores.

<sup>(124)</sup> Um “caso especial de consunção”, nas palavras de HARRO OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 6. Aufl., 2000, p. 336.

<sup>(125)</sup> Cf. *infra*, nota 142.

exclusivamente dolosa do crime de branqueamento; a inclusão de elementos subjectivos da ilicitude, nomeadamente, a intenção de ocultar a origem ilícita das vantagens ou de favorecer um agente do facto precedente; e a exigência de um dolo específico (efectivo conhecimento) relativamente à proveniência das vantagens.

6.2. É, para nós, indubitável que o crime de branqueamento deve continuar a ser um crime *exclusivamente doloso*, coerentemente com o paradigma que rege todos os crimes contra a realização da justiça<sup>(126)</sup>. Aliás, a construção de uma infracção com modalidades de acção negligentes é aqui quase impensável<sup>(127)</sup>, pelo que o problema só se poria relativamente à proveniência ilícita das vantagens<sup>(128)</sup>. Ainda assim, não parece admissível que a violação de deveres de informação em que essa negligência se traduziria possa integrar um crime contra a realização da justiça.

O dolo tem portanto de abranger a proveniência ilícita das vantagens, *sc.*, o facto de estas provirem de um (ou vários) facto(s) constitutivo(s) dos ilícitos-típicos especificados ou puníveis com pena de prisão superior a 5 anos. Em qualquer dos casos, é suficiente a representação de que as vantagens provêm desses factos, não tendo o dolo de abarcar a identidade do agente<sup>(129)</sup> nem

<sup>(126)</sup> Assim também GÜNTHER STRATENWERTH, *cit.*, p. 2. Em sentido diverso, embora no contexto legal que apenas punia o branqueamento das vantagens provenientes do tráfico de estupefacientes, cf. todavia RODRIGO SANTIAGO, *cit.*, p. 538.

<sup>(127)</sup> Para a fundamentação desta asserção, vale o que expendemos em outro lugar a propósito do crime de receptação previsto no art. 231.º, n.º 2: cf. PEDRO CAEIRO, "Artigo 231.º...", *cit.*, § 75 e ss. A doutrina espanhola, perante a deficiente redacção do art. 301.º, n.º 3, do CP, que pune a *realização negligente dos factos*, entende que a negligência se refere (apenas) à proveniência dos bens (incisivamente, CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 568; cf. também CATY VIDALES RODRIGUEZ, *Los Delitos de Receptacion y Legitimacion de Capitales en el Código Penal de 1995*, 1997, p. 126 e ss.), sem todavia se dar conta que tal interpretação, sendo bem fundada, resulta na construção de um *tipo misto* (acção exclusivamente dolosa e falta de conhecimento da proveniência dos bens negligente), semelhante ao que se contém no § 261 (5) do CP alemão (cf. nota seguinte). Criticamente sobre a punição da negligência nos crimes de branqueamento, CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 565.

<sup>(128)</sup> A lei alemã pune as condutas (dolosas) de branqueamento em que o agente não representa, com negligência grosseira (leviandade) [*leichtfertigkeit*], a proveniência ilícita das vantagens (§ 261 (5) do CP) — um "*fragwürdiger Kompromiß der Gesetzgebung*", segundo CARSTEN LEIP, *cit.*, p. 146; é duvidoso se o art. 305 *bis* do CP suíço, que pune o agente que conhecia ou *devia presumir* a origem ilícita das vantagens, abrange também a negligência ou apenas o dolo eventual (neste último sentido se tem inclinado a doutrina suíça, segundo informa JORGE FERNANDES GODINHO, *ob. cit.*, p. 109).

<sup>(129)</sup> Assim, JORGE FERNANDES GODINHO, *ob. cit.*, p. 208.

a qualificação legal (o *nomen jurídico*) <sup>(130)</sup> dos mesmos. No que diz respeito aos crimes designados através da cláusula geral de gravidade da pena aplicável, basta que o agente represente que as vantagens procedem de um facto que a lei efectivamente ameaça com pena superior ao limite indicado, sendo irrelevante, para efeitos de exclusão do dolo, o erro sobre as penas aplicáveis, já que só os factos precedentes, não as penas para eles cominadas, são elementos do tipo.

6.3. Importa agora determinar a relevância do erro atinente à conexão do facto precedente com a lei penal de um Estado Parte na *ConvBr*.

Como vimos, embora essa conexão desempenhe um papel decisivo na delimitação do bem jurídico tutelado, ela não integra o tipo de crime na actualidade da sua existência, mas tão só na sua potencialidade. Assim, para a afirmação do dolo não é necessário o conhecimento do local da prática do facto, nem, conseqüentemente, da existência de uma concreta pretensão estadual (nacional ou estrangeira) à perda das vantagens.

Se o agente acreditar erroneamente que o facto não era incriminado pela *lex loci*, ou se, conhecendo a irrelevância penal do facto à luz da *lex loci*, ignorar a existência de outras pretensões estaduais relevantes, ou se ignorar a relevância jurídica dessas pretensões, tratar-se-á de um “erro sobre a proibição”, havendo então que distinguir as situações de acordo com as regras gerais, consoante o erro tenha afectado o conhecimento necessário à correcta resolução do problema da ilicitude por parte do agente (“erro sobre proibições legais”, previsto no artigo 16.º, n.º 1, do CP), ou, diversamente, possuindo o agente aquele conhecimento, se esteja perante um erro de valoração (artigo 17.º, n.ºs 1 e 2, do CP).

Importa notar que, para efeitos da previsão do artigo 16.º, n.º 1, a proibição legal por cuja “relevância” <sup>(131)</sup> se pergunta não é a que incrimina o facto precedente <sup>(132)</sup>, mas sim a proibição de, *u. g.*, converter, transferir, etc., vantagens provenientes de um facto que não é punido pela lei do lugar onde foi praticado. É em relação a esta conduta que se põe o problema de saber se o

---

<sup>(130)</sup> Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Illicitude em Direito Penal*, 1969, p. 443 e s.

<sup>(131)</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema...*, *cit.*, p. 381.

<sup>(132)</sup> A ressonância axiológica do facto precedente proibido pode servir apenas para fins de prova do erro: com efeito, será muito difícil provar, *u. g.*, que se desconhecia o facto de o tráfico de estupefacientes ou o terrorismo serem proibidos pela *lex loci*, mas o desconhecimento de que essa lei pune a fraude fiscal já será plausível.

conhecimento efectivo da proibição é, ou não, “razoavelmente indispensável” para que o agente tome consciência da ilicitude do facto — e, segundo cremos, a resposta deve ser, em princípio, afirmativa, dada a notória especialidade da solução legal, conduzindo por isso à exclusão do dolo (*rectius*, do tipo-de-culpa doloso<sup>(133)</sup>). De todo o modo, ainda que assim se não entenda, o agente que actua nesta convicção dificilmente preencherá os restantes elementos subjectivos do tipo, pois agirá, via de regra, sem intenção de ocultar ou dissimular as vantagens<sup>(134)</sup>.

6.4. Vejamos alguns casos de erro sobre o facto precedente, por ordem crescente de complexidade.

O caso mais singelo de erro relevante dá-se quando o agente crê que as vantagens foram obtidas sem que se preenchesse qualquer tipo legal (acreditando, *u. g.*, que são rendimentos do trabalho, ou de operações financeiras lícitas); esse erro, incidindo sobre um elemento do tipo do branqueamento, exclui o dolo, nos termos do artigo 16.º, n.º 1, do CP<sup>(135)</sup>. A mesma solu-

(133) Neste ponto, mantemo-nos fiéis àquela que foi, até há pouco tempo, a lição de Figueiredo Dias (cf. por último JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos...*, *cit.*, p. 301), segundo a qual o erro sobre a proibição relevante exclui o tipo-de-culpa doloso, por isso que, tendo o agente representado e querido a factualidade típica (dolo-do-tipo), não se verifica todavia o elemento emocional (a atitude de inimizade ou de indiferença perante o direito) em que o dolo se concretiza em sede de culpa. Com a devida vénia, não acompanhamos a evolução mais recente do pensamento do A. (IDEM, *Textos de Direito Penal. Doutrina Geral do Crime* [com a colaboração de Nuno Brandão], fascículos, 2001, p. 112 e ss.), segundo a qual o erro sobre a proibição relevante excluiria o próprio dolo-do-tipo, dada a conexão “inextrincável”, nestes casos, entre os elementos do tipo objectivo e a proibição, que por isso impediria “fazer-se entre eles qualquer distinção normativa e teleológica para afirmação do dolo do tipo”. Ora, esta posição implica, de certo modo, uma inversão, ou, ao menos, um efeito de refluxo da problemática do erro sobre a constituição do tipo que não se afiguram metodicamente adequados. Na realidade, ela conduz implicitamente a uma integração da proibição relevante no tipo, ficando por explicar então, à luz dos critérios que devem guiar a construção do tipo e apenas deles, a atipicidade da proibição irrelevante. É que, se bem vemos, a distinção não pode fazer-se em vista de um problema que é posterior ao da configuração do tipo e cuja solução tem que ser, por isso mesmo, condicionada por ela (e não condicionante dela).

(134) Cf. *infra* nota 142 e texto correspondente.

(135) Inversamente, se o agente praticar a conduta “branqueadora” acreditando (erroneamente) que as vantagens provêm de um ilícito-típico relevante para efeitos de branqueamento, quando na realidade provêm, *u. g.*, de um crime de furto simples, haverá tentativa impossível, punível nos termos do art. 23.º, n.º 3 (neste sentido, CARSTEN LEIP, *ob. cit.*, p. 157, e SCHÖNKE / SCHRÖDER / STREE, *cit.*, § 261, n. m. 20; contra, CATY VIDALES RODRIGUEZ, *ob. cit.*, p. 132, e JORGE FERNANDES GODINHO, *ob. cit.*, p. 229 e s., nota 525, para quem se

ção cabe ao caso (decerto pouco comum) em que o agente, sabendo embora que as vantagens foram obtidas através de um facto típico, representa erroneamente a verificação, quanto a este, dos pressupostos de uma causa de justificação<sup>(136)</sup>, pois também aí o agente não representa a existência de um *illicito*-típico precedente gerador das vantagens: trata-se ainda de um erro sobre um elemento normativo do tipo do branqueamento<sup>(137)</sup>.

Suponhamos agora que o agente crê, erroneamente, que as vantagens procedem de factos constitutivos de um dos crimes do catálogo (*v. g.*, de extorsão de fundos), ou de certo crime punível com pena superior a 5 anos, quando na verdade elas provêm de um outro crime do catálogo (*v. g.*, de lenocínio) ou de um outro crime punível, também ele, com pena superior a 5 anos. À luz da lei em vigor antes de 2002, onde vigorava exclusivamente o sistema do catálogo, Jorge Fernandes Godinho<sup>(138)</sup>, embora com dúvidas, propugnava a relevância deste erro para efeitos da exclusão do dolo no que toca a conduta efectivamente praticada, subsistindo a punibilidade da conduta relativa às vantagens de origem suposta a título de tentativa. Tal solução decorreria da heterogeneidade do catálogo, visto como “realidade fragmentária e desconexa, sem qualquer unidade racional ou teleológica, resultando do mero arbítrio do legislador”, onde se agrupam vários factos que não são tipicamente idênticos<sup>(139)</sup>. Perante um sistema do catálogo “puro”, partilharíamos das mesmas dúvidas do A., embora talvez propendêssemos para a conclusão oposta, no sentido de afirmar a identidade típica das *condutas* de branqueamento — pois só elas, e não os factos precedentes, que são meros elementos do tipo, devem ser avaliadas para este efeito — e, conseqüentemente,

---

estará perante um caso de crime putativo. Todavia, segundo julgamos, esta figura só terá aplicação no caso — bem diverso — de o agente saber que as vantagens provêm de um crime de furto simples e actuar na convicção de que tal crime é um dos factos precedentes relevantes para efeitos de branqueamento).

(136) Caso diverso, porventura mais frequente, é o da deficiente valoração de certos factos como constitutivos de uma causa de justificação do facto precedente (*v. g.*, uma errónea avaliação do âmbito do dever de obediência justificante): tratar-se-á então de um erro sobre a proibição, que deixa o dolo intocado — pois o agente conhecia todos os factos relevantes para se aperceber de que o facto precedente integrava um ilícito-típico — e pode apenas consubstanciar uma falta de consciência da ilicitude do próprio branqueamento, a subsumir ao art. 17.º do CP (cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema...*, *cit.*, p. 414 e ss.).

(137) Erro que também se não confunde com a falsa representação dos pressupostos de uma situação justificante do próprio branqueamento, a subsumir ao n.º 2 do art. 16.º

(138) JORGE FERNANDES GODINHO, *ob. cit.*, p. 230 e ss.

(139) *Últ. loc. cit.*



afirmar a persistência do dolo (punição por um crime de branqueamento doloso consumado).

Fosse como fosse, cremos que a discussão se encontra ultrapassada perante o sistema adoptado pela actual lei, onde o vínculo com a espécie de facto precedente é muito mais delgado, esbatendo-se por essa forma o carácter acessório da punição do branqueamento, que vai ganhando, simetricamente, maior autonomia. Assim, atenta a compreensão que dela vimos propondo, talvez se possa encontrar com mais facilidade na lei vigente um elemento unificador dos factos precedentes: crimes graves e outros crimes que, não atingindo esse limiar de gravidade, dão origem, pela sua natureza, a vantagens cuja perda o Estado quer assegurar especialmente, dadas as particulares necessidades preventivas geradas pela frustração da mesma <sup>(140)</sup>. Deste modo, nos exemplos figurados no parágrafo anterior, haveria que concluir pela irrelevância do erro e conseqüente punição pelo crime doloso consumado <sup>(141)</sup>.

6.5. No que diz respeito à *inclusão de certas intenções* no tipo subjectivo, nomeadamente as que constam do n.º 1, alínea *a*), do artigo 2.º do DL 325/95, ela só pode visar a limitação das condutas descritas no tipo objectivo <sup>(142)</sup>. Assim, não basta que o agente converta ou transfira as van-

<sup>(140)</sup> Cf. *supra*, 2.2.

<sup>(141)</sup> Merece referência a proposta de CARSTEN LEIP, *ob. cit.*, p. 157 e ss., que, partindo do princípio de que o § 261 (1) do CP alemão distingue “grupos estruturais” de factos precedentes (na altura em que a obra foi escrita, os crimes, certos delitos e os delitos cometidos como membro de uma associação criminosa), admite a relevância do erro e conseqüente exclusão do dolo quando o facto (erroneamente) representado pelo agente não pertença ao mesmo “grupo estrutural” do facto efectivamente gerador das vantagens. Transposta para o direito português, esta posição implicaria admitir a exclusão do dolo caso o agente se represente erroneamente que as vantagens provêm de um crime do catálogo, quando na verdade provêm de um crime “não catalogado” mas punível com pena superior a 5 anos e vice-versa.

Independentemente do ajustamento da leitura à lei alemã, não cremos que ela possa aplicar-se à lei portuguesa, mesmo que esta venha a adoptar, como propusemos (*supra*, nota 69), um maior rigor na delimitação das duas categorias, evitando sobreposições inúteis. Com efeito, a diversidade do *modo de designação* dos factos relevantes não torna as condutas de branqueamento tipicamente diferentes, podendo, talvez, traçar-se aqui um paralelo com o crime de organizações terroristas: se o agente se representar, erroneamente, que a organização a que adere visa atingir o seu fim através da prática de actos de sabotagem (art. 300.º, n.º 2, al. *d*), do CP), quando, na realidade, ela se propõe fazê-lo através da prática de crimes contra a vida, a integridade física e a liberdade das pessoas (al. *a*) do mesmo dispositivo), nem por isso se deve ter o dolo por excluído.

<sup>(142)</sup> O nosso estudo não tem por objecto uma análise aprofundada das modalidades de acção do crime de branqueamento. Todavia, sempre se dirá que, posta entre parêntesis a (a vários títulos) indesejável incriminação contida no n.º 1, al. *c*), do art. 2.º do DL 325/95 (cf. só JORGE

tagens cuja origem ilícita conhece <sup>(143)</sup> — é necessário que o faça com uma intenção qualificada de ofender o bem jurídico. O que significa que não preenche o tipo subjectivo o agente que procede àquelas operações com o intuito de não alertar o branqueador para a perseguição penal que supõe estar iminente, nem, tão-pouco, o agente que transfere fundos de uma conta bancária para outra no mesmo nome, seguindo instruções do cliente, para assim possibilitar a boa cobrança de um cheque.

Importa ainda referir que a actual consagração de duas intenções alternativas (“com o fim de ocultar ou dissimular a [...] origem ilícita [dos bens] ou de ajudar uma pessoa implicada na prática de qualquer dessas infracções a eximir-se às consequências jurídicas dos seus actos”) não é bem fundada. Na verdade, só a primeira se liga materialmente à frustração da perda de vantagens: a segunda, ou coincide com ela, sendo por isso “dispensável” <sup>(144)</sup>, ou então, nos casos em que tem um campo de aplicação próprio, não é já, verdadeiramente, um crime de branqueamento, mas sim de favorecimento pessoal: pense-se, *v. g.*, no funcionário do banco que, obedecendo a ordens do seu cliente, agente de um crime de tráfico de estupefacientes, transfere fundos cuja origem ilícita conhece para a conta de um participante sobre quem impende um mandado de captura, sem intenção de ocultar ou dissimular a sua origem ilícita, mas antes com o fim de propiciar ao dito participante os meios necessários para fugir do país.

6.6. O último aspecto que interessa considerar no plano do tipo subjectivo é o da exigência de um *dolo específico* (efectivo conhecimento) quanto à proveniência dos bens, que a actual redacção do n.º 1 do artigo 2.º inequivocamente consagra <sup>(145)</sup>. Na verdade, só se preenche o tipo doloso de qualquer

---

FERNANDES GODINHO, *ob. cit.*, p. 199 e ss.), a disparidade, no plano do tipo subjectivo, entre as condutas punidas pelas als. *a)* e *b)* do mesmo dispositivo, deriva do emprego, na segunda, dos termos “ocultar” e “dissimular”, que contêm já uma inequívoca *ligação final* da conduta com o bem jurídico protegido, ao invés dos termos “converter” e “transferir”, que, dada a sua neutralidade, requerem uma qualificação dessa índole (finalidade transcendente). Em último termo, pode talvez afirmar-se que esta finalidade se encontra também implícita na al. *b)*, devendo por isso a sua ausência conduzir à atipicidade (subjectiva) da conduta.

<sup>(143)</sup> Ou cuja origem ilícita representa como possível, conformando-se com essa representação: *vd. já a seguir no texto, 6.6.*

<sup>(144)</sup> JORGE FERNANDES GODINHO, *ob. cit.*, p. 224, que todavia não considera os casos de possível autonomia que a seguir se enunciam no texto.

<sup>(145)</sup> Assim, JOSÉ DE FARIA COSTA, *Apostilla...*, *cit.*, p. 679 e s.; JORGE FERNANDES GODINHO, *ob. cit.*, p. 214 e ss.; e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, p. 349; em sentido

das modalidades de acção descritas nas sucessivas alíneas se o agente efectivamente souber que as vantagens provêm de um dos ilícitos-típicos indicados.

A questão está em saber se, *de jure condendo*, deve ser assim; e formula-se do seguinte modo: como deve o sistema penal lidar com o agente que admite seriamente a possibilidade <sup>(146)</sup> de certas vantagens serem provenientes dos ilícitos-típicos descritos e que, conformando-se com tal possibilidade <sup>(147)</sup>, decide prosseguir com as condutas branqueadoras?

Procuraremos responder a esta pergunta com base nos seguintes postulados: *a)* a eventual eliminação da exigência de um conhecimento efectivo da proveniência ilícita das vantagens não deve fundar-se em meras dificuldades de prova desse elemento, antes requer um autónomo e consistente juízo político-criminal que a legitime; *b)* a admissão da realização integral do tipo a título de dolo eventual deve ser testada perante as necessidades específicas de certas áreas da actividade sócio-económica.

Posto entre parêntesis o problema da grande dificuldade de prova do dolo específico <sup>(148)</sup>, parece-nos clara a conveniência político-criminal de

diverso, admitindo a suficiência do dolo eventual quanto à proveniência dos bens, RODRIGO SANTIAGO, *ob. cit.*, p. 539, e JORGE DIAS DUARTE, *ob. cit.*, p. 149 e ss. Duas notas de reflexão: em primeiro lugar, da exigência de conhecimento positivo quanto à proveniência dos bens não decorre a impossibilidade teórica de a conduta (conversão, transferência, ocultação, etc.) ser praticada a título de dolo eventual — embora tal fenómeno se mostre inverosímil; em segundo lugar, e em consequência, como o dito dolo específico significa, muito simplesmente, um efectivo *conhecimento* de uma parcela da factualidade típica, não se trata, em rigor, de cingi-lo a *certas formas* de dolo (não tem sentido, *v. g.*, afirmar que basta a representação da proveniência ilícita das vantagens como “necessária”): correcto é apenas afirmar, com os dois primeiros AA. citados, que a exigência de um efectivo conhecimento da proveniência das vantagens exclui do tipo subjectivo os casos em que o agente representa a proveniência ilícita das mesmas como meramente possível — porque então não possui tal conhecimento positivo.

<sup>(146)</sup> Não basta o puro desconhecimento da origem dos bens, que instaura no agente uma interrogação ou dúvida, digamos, “abstracta”, nem mesmo que o agente conte, simplesmente, com tal hipótese (SCHÖNKE / SCHRÖDER / STREE, *ob. cit.*, § 261, n. m. 18); na verdade, é necessário que o agente *suspeite* de que os bens provêm de um dos factos precedentes tipicamente relevantes, devendo valer aqui, no plano subjectivo, o parâmetro que a lei expressamente utiliza para caracterizar a índole suspeita da coisa receptada no tipo objectivo contido no n.º 2 do art. 231.º, precisamente talhado para os casos de dolo eventual: cf. PEDRO CAEIRO, “Artigo 231.º...”, *cit.*, §§ 51 e 86. Além do mais, e como veremos, a exigência de uma suspeita para o preenchimento do tipo subjectivo é a solução que proporciona a melhor articulação com os deveres de prevenção (do branqueamento) que impendem sobre certas pessoas e entidades: cf. *infra*, 6.8.

<sup>(147)</sup> Manifestámo-nos já, *supra*, 6.2., contra a incriminação do branqueamento negligente.

<sup>(148)</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, p. 349, critica a exigência de dolo específico porque “esvazia o sistema”, dado que “não só é um elemento quase impossível de demonstrar

incriminar a conduta do agente que, admitindo seriamente a possibilidade de as vantagens provirem dos ilícitos-típicos descritos, as converte ou transfere com o fim de ocultar ou dissimular essa eventual origem ilícita, ou efectivamente oculta ou dissimula essa eventual origem <sup>(149)</sup>. Com efeito, assiste razão a quem entende que, perante a complexidade e sofisticação do moderno mundo de negócios (em especial na esfera financeira, onde reinam o segredo e o anonimato dos agentes e onde a riqueza “legal” coabita com a clandestina), dificilmente o autor das operações conhecerá, de forma positiva, a proveniência ilícita dos bens — salvo quando é o próprio autor do facto precedente. Não se trata, portanto, de um problema de prova do dolo específico, mas antes do desenho da fenomenologia criminal que se pretende prevenir <sup>(150)</sup>.

6.7. Contra esta solução, levantou já Jorge Fernandes Godinho importantes objecções <sup>(151)</sup>, também *de jure constituendo*, que supomos poder resumir fielmente nesta ideia: a admissão da punibilidade do branqueamento a título de dolo eventual “representaria a afirmação da existência no ordenamento de uma regra primária impondo, com carácter genérico, um dever de esclarecimento da proveniência de quaisquer bens, em caso de dúvida, dada a possibilidade de terem proveniência ilícita”, quando na verdade a lei só impõe

---

como deixa de fora todos os casos em que o agente tenha tido o cuidado de nada perguntar, quando lhe apresentam um baú de dólares para reciclar”. Ora, por um lado, não nos parece que a exigência ou dispensa de um dolo específico deva depender das respectivas dificuldades de prova e, por outro, sempre se dirá que a hipótese avançada pelo A. não configura, necessariamente, um caso de dolo eventual: supondo que está subjacente ao exemplo a ausência de um conhecimento efectivo sobre a proveniência dos dólares, a passividade do agente que nada pergunta pode integrar um caso de negligência consciente ou inconsciente (porque se representa mas afasta, ou nem sequer se representa, a possibilidade de os dólares serem de proveniência ilícita). O que significa que a eliminação do dolo específico não leva, necessariamente, à incriminação do facto cuja punição preocupa o A.

<sup>(149)</sup> Apenas curaremos destas modalidades de acção: cf. *supra*, nota 142.

<sup>(150)</sup> Este é, do nosso ponto de vista, um argumento importante para justificar uma eventual diferença de tratamento da punição da receptação e do branqueamento neste plano: na primeira, o perfil criminológico do receptor desenha-se sobre uma relação de proximidade, conhecimento, por vezes convivência com o autor do facto referencial, onde a “ciência certa” da proveniência das coisas é a regra, por aí se admitindo que a punição do dolo eventual possa ser residual, contra-ordenacional e restrita à actividade de certo círculo profissional de agentes. Ao invés, o perfil criminológico do branqueador traça-se sobre uma relação de distância, anonimato e opacidade com o autor do facto precedente, pelo que a dúvida relativa à proveniência dos bens não se encontra nas franjas do fenómeno, mas sim no seu núcleo mais central.

<sup>(151)</sup> JORGE FERNANDES GODINHO, *ob. cit.*, p. 216 e ss.

deveres de diligência a certas entidades, conduzindo à punição de quem, na dúvida, não investigou a real proveniência dos bens e redundando, afinal, na “punição da violação de um dever de esclarecimento, que constituiria a ‘função de apelo’ desta forma de dolo do tipo” (152).

Se assim fosse, restaurar-se-ia, por esta forma — e uma vez mais! —, o regime do famigerado artigo único do DL 28/79, que já referimos por diversas vezes, dotando-o de penas muitíssimo mais pesadas, sendo então a solução que propomos contraditória com a crítica que fizemos à relevância *penal* das condutas proibidas pela extinta contravenção. Todavia, não nos parece que assim seja. Vejamos.

É verdade que, desde 1995 (153), não existe no ordenamento jurídico português um dever geral de informação que regule o recebimento de bens com eventual proveniência ilícita (154); contudo, isso não impede que a lei (*sc.*, as normas que incriminam o branqueamento) imponha(m) um *dever geral de não praticar certas condutas destinadas a ocultar ou dissimular a possível origem criminosa de determinados bens*. Assim, o agente que actua com dolo eventual é punido, não por não se ter informado da proveniência das vantagens, mas por ter representado a violação daquele dever como consequência possível da sua conduta e esse risco lhe ser indiferente. Já se o agente representar a possibilidade de as vantagens provirem de factos ilícitos, mas praticar as condutas sem visar aquele fim, o tipo subjectivo não se preencherá. Por isso, a exigência deste elemento subjectivo da ilicitude é fundamental para evitar que o tribunal condene o agente mediante a simples afirmação do dolo eventual, inferido a partir das circunstâncias objectivas em que as transacções se processaram; há que provar, além disso, que o fim do agente foi o de ocultar ou dissimular a possível origem ilícita das vantagens. Se isso acontecer, não vemos grande diferença, em termos materiais, entre o conhecimento efectivo da proveniência ilícita dos bens e a simples conformação com essa possível proveniência, sendo certo que esta se afigura, como já mostrámos, a solução político-criminalmente mais adequada à realidade sobre que se quer actuar.

Consequentemente, a dispensa de um conhecimento efectivo relativamente à proveniência ilícita das vantagens não conduz a um alargamento

(152) *Ibidem*, p. 217.

(153) Cf. *supra*, 2.3.

(154) Subsiste, porém, de acordo com o actual art. 231.º, n.º 2, um dever de informação acerca de bens com certas características, eventualmente provenientes de factos *ilícitos típicos contra o património*, que se concretiza em especiais deveres de certos agentes económicos: cf. PEDRO CAEIRO, “Artigo 231.º...”, *cit.*, § 54 e ss.

indesejável da punibilidade, porque a simples assunção do risco não é suficiente para preencher o tipo subjectivo.

Saliente-se que a exigência de uma certa finalidade do agente (a intenção de ocultar ou dissimular a origem ilícita das vantagens, expressamente exigida pela alínea *a*) e implicitamente contida na ocultação ou dissimulação prevista na alínea *b*) não é incompatível com a representação de tal proveniência como simplesmente possível: o agente, suspeitando da proveniência ilícita das vantagens, converte-as ou transfere-as com o fim de ocultar ou dissimular essa *possível* proveniência, ou oculta ou dissimula essa *possível* natureza, origem, propriedade, etc.

Não pode invocar-se contra esta leitura o paralelo com a receptação, onde a exigência de uma intenção qualificada (obter vantagem patrimonial) supõe o conhecimento efectivo da proveniência ilícita da coisa. É que, diversamente do que sucede com a intenção de ocultar ou dissimular a origem ilícita de um bem, a intenção de obter vantagem patrimonial com a aquisição de uma coisa é a ambição, socialmente adequada, de todo o contratante, pelo que o seu desvalor “não se encontra em querer adquirir um objecto por preço inferior ao seu valor”, mas sim “em querer adquiri-lo com a consciência de que o proveito auferido se deve à proveniência ilícita do mesmo” (155). Assim, é a intenção de obter este género de vantagem que postula o dolo específico quanto à proveniência ilícita da coisa receptada, o qual não é, por sua vez, disfuncional relativamente à realidade criminológica que se pretende prevenir (156). Ora, no crime de branqueamento, a intenção de ocultar ou dissimular a origem das vantagens provenientes de um ilícito-típico *nunca* é socialmente adequada, pelo que o seu âmbito não tem que ser limitado através de um dolo específico, devendo por isso ser suficiente que o agente pratique as condutas descritas, com aquela intenção, para a eventualidade de as vantagens procederem, efectivamente, de um ilícito-típico.

6.8. Outra das objecções que se suscitam contra a dispensa de um conhecimento efectivo da proveniência ilícita das coisas prende-se com a consideração dos efeitos nefastos que esse alargamento do tipo subjectivo poderia acarretar para certos agentes económicos particularmente expostos à actividade de quem pretende branquear as vantagens ilicitamente obtidas (*maxime*, as “entidades financeiras”). Postos perante uma dúvida sobre a proveniência dos bens, estes agentes ver-se-iam compelidos a recusar as operações pretendidas, sob pena de estarem a praticar crimes, originando elevados custos para a economia em geral e para os particulares “inocentes” atingidos.

---

(155) PEDRO CAEIRO, “Artigo 231.º...”, *cit.*, § 71.

(156) Cf. *supra*, nota 150.

Porém, o exame atento da regulamentação especial que disciplina a actividade destes agentes económicos talvez permita concluir pela inadequação da imputação de tais consequências à dispensa, *pela lei penal*, de um conhecimento efectivo sobre a proveniência dos bens.

a) Como se sabe, a transposição das Directivas comunitárias sobre a prevenção do branqueamento teve por efeito a criação, para determinados agentes económicos e grupos profissionais, de alguns deveres de conduta no exercício da sua actividade <sup>(157)</sup>, de cujo cumprimento depende aliás, muito mais do que da ameaça penal, a protecção dos interesses em causa. Para o nosso problema, importam especialmente os deveres de *exame*, de *comunicação* e de *abstenção* que incumbem a certas entidades, aos membros dos seus órgãos, aos seus chefes, dirigentes e gerentes (doravante genericamente designados por “quadros”), e ainda a certos grupos de profissionais <sup>(158)</sup>.

O “gatilho” do surgimento destes deveres é a identificação da pretensão, por parte de um cliente, a uma *operação suspeita*, conceito que nos interessa particularmente, por ser nesse âmbito que se pode praticar uma conduta branqueadora integralmente realizada a título de dolo eventual. De fora da nossa análise ficam, portanto, os casos em que o agente conhece efectivamente a proveniência ilícita dos bens — que deve conduzir, evidentemente, à recusa de operações destinadas a ocultar ou dissimular essa origem ilícita <sup>(159)</sup> — e os casos em que o agente não chega sequer a identificar dada operação como suspeita <sup>(160)</sup>.

Fundamentais para o êxito da prevenção visada pela imposição daquelas

<sup>(157)</sup> Cf. nota 15 e bibliografia aí indicada.

<sup>(158)</sup> Arts. 8.º, 11.º, 17.º e 19.º do DL 313/93 e arts. 3.º a 6.º, 8.º a 8.º-B e 14.º do DL 325/95. Os deveres de prevenção e os seus destinatários têm actualmente uma “geometria variável”, causada pelos sucessivos diplomas que foram transpondo as Directivas comunitárias. Espera-se que futuras intervenções do legislador permitam alcançar uma uniformidade do regime, que contém hoje injustificáveis disparidades (cf., *v. g.*, os exemplos dados por NUNO BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 45 e ss. e *passim*). Criticamente, em geral, sobre a instituição destes deveres, que acusa de serem mecanismos “inócuos”, cf. todavia A. G. LOURENÇO MARTINS, *ob. cit.*, p. 479.

<sup>(159)</sup> As restantes operações não consubstanciarão um crime de branqueamento, mas integrarão certamente as contra-ordenações que sancionam a violação dos deveres de comunicação e de abstenção.

<sup>(160)</sup> Nesses casos, a não identificação do carácter suspeito da operação pode significar o preenchimento negligente do tipo contra-ordenacional, mas não o tipo subjectivo doloso do crime de branqueamento.

obrigações são o dever de *formação* dos dirigentes e empregados para que reconheçam operações suspeitas e, sobretudo, o dever de instituir procedimentos internos de *informação, controle e definição de responsabilidades* que permitam à entidade em causa cumprir eficazmente as ditas obrigações (artigo 14.º do DL 313/93). Na verdade, sem a participação dos funcionários que contactam directamente com os portadores das vantagens, a prevenção está comprometida desde o início.

b) Atenta a arquitectura legal descrita, vejamos como o problema se apresenta na prática, em perspectiva diacrónica.

Suponhamos, em primeiro lugar, que a entidade em causa é uma “entidade financeira” (161). O funcionário que contacta com o portador de vantagens identifica a pretensão deste como “suspeita”, graças à formação específica que lhe foi dispensada. Como a lei considera os quadros das entidades financeiras pessoalmente responsáveis pelo cumprimento dos deveres de prevenção, será normal que os procedimentos internos instituídos para estes casos imponham ao funcionário a comunicação do facto ao quadro responsável. Essa comunicação é de extrema importância, porque o funcionário de base não terá, normalmente, o poder de decidir do carácter suspeito da operação e, em sede de prova, servirá para mostrar que este funcionário, se vier a executar a operação por força da ordem que receber do seu superior, representou a possível origem ilícita dos bens, mas agiu sem o fim de os ocultar ou dissimular (162).

A partir desse momento o quadro em causa está obrigado a examinar a operação “com especial atenção” e a obter, em certos casos, informação escrita do cliente em relação a alguns dos seus aspectos. Este dever de exame (de “diligência”) tem vários objectivos (identificação de possíveis agentes de crimes — inclusive de branqueamento —, angariação e conservação de eventuais

---

(161) Apesar da já assinalada disparidade do regime legal português quanto aos deveres que incumbem às entidades financeiras e às restantes, tomaremos as primeiras por exemplo, já por serem aquelas que, no plano empírico, mostram maior aptidão para branquear vantagens, já porque a adaptação do direito português à mais recente Directiva implicará estender às restantes o regime para elas previsto (cf. NUNO BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 48); cf. também *infra*, nota 164.

(162) O exemplo do texto supõe que a ordem diz apenas respeito à execução da operação; se, além disso, a ordem manda que o funcionário oculte ou dissimule as vantagens, será ilegítima, por conduzir à prática de um crime, e não deve ser cumprida, sob pena de, aí sim, o funcionário incorrer em responsabilidade criminal.



elementos de prova, etc.), entre os quais avulta o fim de *impor* à entidade financeira a obtenção dos elementos necessários à dissipação de dúvidas.

Se, perante o exame realizado, o agente acreditar, ainda que com negligência grosseira, que a suspeita era infundada, a execução da operação não é criminalmente relevante <sup>(163)</sup>; se, ao invés, persistir, no espírito do agente, uma fundada suspeita sobre a natureza ilícita da operação, emergem os deveres de comunicação e abstenção previstos no artigo 11.º do DL 313/93. O que significa que a lei estabelece, para os responsáveis das entidades financeiras, um dever de não praticar quaisquer operações de que o agente “fundadamente suspeita estarem relacionadas” com a prática de crimes de branqueamento <sup>(164)</sup>.

Daqui decorrem várias consequências:

Desde logo, não é a dispensa de um conhecimento efectivo da proveniência dos bens pela lei penal que sujeita estes agentes a novos deveres, ou que pode colocá-los na posição delicada que levaria, em último termo, ao estrangulamento da economia: o dever *legal* de não converter, transferir, etc., bens de que fundadamente se *suspeita* provirem de crimes *já existe* e é, aliás, mais amplo do que o imposto pela solução que advogamos para o tipo subjectivo do branqueamento, onde se proíbem apenas, dentro dessas condutas, as que são praticadas com uma particular intenção.

Depois, e precisamente em virtude da maior amplitude do dever de abstenção estabelecido no artigo 11.º do DL 313/93, a violação do mesmo não implica necessariamente o preenchimento do tipo subjectivo, havendo que provar que, na situação de dúvida, o agente actuou com aquela intenção.

Por último, não cremos que esta construção “esvazie de conteúdo” <sup>(165)</sup> as normas do direito contra-ordenacional que sancionam a violação daqueles deveres: desde logo, porque essas normas se aplicam a sujeitos que não podem ser autores de crimes de branqueamento (as pessoas jurídicas); depois, e deci-

<sup>(163)</sup> Podendo no entanto dar lugar a uma contra-ordenação, já que estas são puníveis a título de negligência.

<sup>(164)</sup> As entidades não financeiras e os seus quadros *ainda* não estão obrigadas a este dever específico de abstenção (cf. *supra*, nota 162). Porém, deve entender-se que o cumprimento do dever de comunicação de operações suspeitas às autoridades, mesmo quando prossigam com a operação, excluirá o preenchimento do tipo subjectivo, por não ser compatível, em princípio, com a prova da intenção de ocultar ou dissimular a origem ilícita das vantagens, pelo que, também aqui, o cumprimento dos deveres de prevenção impedirá os responsáveis dessas entidades de incorrer em responsabilidade criminal.

<sup>(165)</sup> Cf. JORGE FERNANDES GODINHO, *ob. cit.*, p. 218.

sivamente, porque os pressupostos da responsabilidade aí prevista não dependem do preenchimento do tipo de crime, devendo as respectivas sanções aplicar-se à mera violação (dolosa ou negligente) dos deveres, independentemente de essa violação consubstanciar um efectivo crime de branqueamento.

## 7. A relevância da prescrição e das condições de procedibilidade do facto precedente

7.1. Coerentemente com a concepção que propomos do bem jurídico tutelado, parece indubitável que as vantagens deixam de ser tipicamente relevantes no momento em que prescreva o procedimento pelo facto precedente<sup>(166)</sup>, pois aí extingue-se concomitantemente a pretensão estadual protegida, dado que o Estado não mais pode aspirar a decretar a perda das mesmas.

Por isso, se a conduta branqueadora for praticada após aquele momento, tudo deve passar-se como se as vantagens procedessem de um facto irrelevante para o tipo do branqueamento, excluindo-se a consumação do crime e persistindo a eventual punição por tentativa (impossível), nos termos do artigo 23.º, n.º 3, do CP<sup>(167)</sup>.

7.2. Levanta-se também o problema de saber se, sendo o facto precedente um crime semi-público, a punição do branqueamento deve ficar dependente da existência da competente queixa.

Convém começar por notar que a generalidade dos crimes que pertencem ao universo criminológico dos factos precedentes são crimes públicos, já por força da sua gravidade (rapto, tomada de reféns, tráfico de pessoas e lenocínio e tráfico de menores), já por força da natureza supra-individual do bem jurídico que ofendem (tráfico de estupefacientes, terrorismo, corrupção, crimes fiscais e económicos e lenocínio<sup>(168)</sup>). Todavia, em casos contados, é pos-

---

<sup>(166)</sup> Em sentido oposto, cf. SCHÖNKE / SCHRÖDER / STREE, *ob. cit.*, § 261, n. m. 9, *in fine*, estabelecendo um paralelo com a receptação e com o auxílio material que não nos parece aceitável, pois, nestes crimes, a prescrição do procedimento relativo ao facto referencial não exclui a carência de tutela penal enquanto o bem se integrar no património da vítima deste facto, estatuto que só cessa com a aquisição legítima do objecto por outrem: vd. PEDRO CAEIRO, "Artigo 231.º...", *cit.*, §§ 9 e 15.

<sup>(167)</sup> Cf. *supra*, nota 135.

<sup>(168)</sup> Após a infeliz intervenção legislativa de 1998, que eliminou do art. 170.º, n.º 1, a exigência de que o fomento ou favorecimento da prostituição fosse acompanhada da explo-

sível que se incluam naquele universo certos crimes semi-públicos: temos em mente, sobretudo, alguns crimes contra o património e a exploração sexual de menores através da produção e comércio de materiais de índole pornográfica.

7.3. No que diz respeito aos crimes patrimoniais semi-públicos, começaremos por lembrar que a própria função da perda de vantagens é meramente subsidiária ou residual, porquanto, havendo ofendido, as vantagens deles provenientes servirão precipuamente para satisfazer o seu direito de indemnização (artigo 111.º, n.º 2, do CP) <sup>(169)</sup>. O que não pode deixar de se reflectir numa sensível diminuição da dignidade penal do interesse protegido.

Por outro lado o carácter semi-público destes crimes deriva da conjugação das linhas que tradicionalmente justificam a reserva do impulso processual ao ofendido: trata-se de um bem jurídico com elevado grau de disponibilidade e de uma fenomenologia com um significado criminal relativamente pequeno, assim se desenhando um campo onde podem actuar, de forma privilegiada, as intenções de intervenção mínima e de subsidiariedade <sup>(170)</sup> que (ainda) moldam a política criminal contemporânea. Daqui decorre que, ao fazer depender de queixa o procedimento por estes crimes, o legislador manifesta a indisponibilidade do aparelho repressivo estadual para perseguir e punir os respectivos autores sem uma manifestação de vontade do ofendido nesse sentido, podendo afirmar-se que a pretensão estadual de aplicação das sanções correspondentes (em sentido amplo, onde se inclui a perda de vantagens), embora nasça com o preenchimento dos respectivos pressupostos (no que nos interessa,

---

ração de situações de abandono ou necessidade económica, não pode deixar de entender-se que, nesta parte, o lenocínio se transformou, de crime contra um bem pessoal (a liberdade sexual), em crime contra um bem jurídico supra-individual (uma certa moral sexual); em sentido ainda mais radical, estendendo a conclusão ao regime anterior, cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, "Artigo 170.º — Lenocínio", in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, § 3. E a natureza de crime público, que manifestamente atendia (e atende, ainda hoje, se a conduta se integrar no n.º 2 do mesmo artigo) à "protecção absoluta da vítima" (MARIA JOÃO ANTUNES, "Artigo 178.º — Queixa", in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, § 9), dada a situação de presumível dependência de quem a explora, não pode explicar-se agora a essa luz, pois o(a) prostituto(a) não é necessariamente uma vítima do(a) autor(a) do lenocínio, devendo assim reconduzir-se à regra geral da natureza pública dos crimes que ofendem bens jurídicos supra-individuais.

<sup>(169)</sup> Embora possam configurar-se casos onde a perda de vantagens reassume um papel autónomo: *u. g.*, o recebimento de "recompensas" (art. 111.º, n.º 1) por parte do autor de um crime de dano.

<sup>(170)</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português...*, *cit.*, § 1066 e ss.

a prática do facto ilícito-típico), não é actual, mas apenas *latente* ou *potencial*. Ora, não seria congruente punir o branqueamento de vantagens cuja perda o Estado não pode decretar por ausência de um pressuposto da acção penal.

Em consequência, a apresentação tempestiva da queixa relativa ao ilícito-típico precedente, não sendo um elemento do tipo do branqueamento, deve ainda condicionar a perfeição do facto, dado que dela depende a actualização da pretensão estadual à (ainda assim, eventual) perda das vantagens obtidas. E essa função pode ser desempenhada pela consideração da queixa como uma *condição objectiva de punibilidade*, pois, ligando-se estreitamente ao estatuto do objecto da acção (do crime de branqueamento) e, por aí, ao bem jurídico protegido, detém um papel fulcral na cristalização do perigo penalmente relevante, devendo por isso condicionar a dignidade penal do facto, tal como sucede, *u g.*, com o reconhecimento judicial da insolvência nos crimes falenciais <sup>(171)</sup> <sup>(172)</sup>. Tratando-se de mera condição de punibilidade, o dolo do branqueador não tem que abranger a queixa, sendo também irrelevante se ela é apresentada antes ou depois (desde que no prazo legalmente previsto) da prática das condutas de branqueamento.

7.4. Os crimes de abuso sexual de crianças e de menores dependentes podem incluir-se no universo criminológico do branqueamento, dado que têm mostrado cada vez maiores aptidões lucrativas, nomeadamente através da comercialização de registos pornográficos. Porém, as considerações que nos levaram às conclusões precedentes (*sc.*, à consagração da queixa relativa ao facto precedente como condição de punibilidade do branqueamento) não podem aplicar-se aqui.

Desde logo, diversamente do que sucede com os crimes patrimoniais, os proventos obtidos com estes crimes não encontram o seu equivalente no direito do ofendido a uma compensação, porque, dada a natureza não patrimonial dos danos, o enriquecimento do agente não corresponde a um empobrecimento da vítima. A perda das vantagens do crime joga aqui, portanto, um papel de primeira importância, análogo ao que desempenha nos crimes públicos.

---

<sup>(171)</sup> Cf. PEDRO CAEIRO, *Sobre a Natureza...*, *cit.*, p. 300 e s., e IDEM, "Artigo 227.º — Insolvência dolosa", in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, II, § 45.

<sup>(172)</sup> As conclusões alcançadas quanto aos crimes patrimoniais semi-públicos valerão, genericamente, para outros crimes não pertinentes ao universo criminológico do branqueamento, levados a este tipo por força do efeito de arrastamento descrito supra na nota 68, cujo carácter semi-público assente nos fundamentos indicados no texto.

Seguidamente, e como é sabido, a subordinação da perseguição penal à apresentação de queixa nos crimes contra a autodeterminação sexual tem um sentido e uma intencionalidade muito diversas das que presidem, em geral, ao carácter semi-público dos crimes: não se trata de crimes com um “significado criminal relativamente pequeno”, nem de uma “alta medida de disponibilidade do bem jurídico” (que é, aliás, indisponível) ligada a programas de “não-intervenção” (173), mas sim de proteger as vítimas contra uma eventual segunda vitimização através da instauração forçada de um processo penal (174). Assim, como a dependência da acção penal da manifestação de uma vontade nesse sentido do titular do direito de queixa não assenta na disponibilidade do bem jurídico ofendido nem nos restantes vectores do paradigma que lhe anda associado, a não apresentação da queixa nestes casos não invalida a subsistência de uma pretensão preventiva autónoma por parte do Estado, que pode justamente ditar a relevância das vantagens assim obtidas para efeitos do crime de branqueamento, independentemente da posição tomada pelo titular do direito de queixa perante o facto subjacente.

Postas as coisas nestes termos, encontramos-nos perante um conflito entre o interesse protegido pela exigência de apresentação de queixa (a privacidade do ofendido, mediada pelo seu direito “de ser deixado em paz”, que pode reconduzir-se, em último termo, ao mesmo bem jurídico protegido por estes crimes, *sc.*, a livre formação da sua personalidade) e o interesse estadual na apreensão das vantagens ilícitas. Conflito que não teríamos dúvidas em resolver a favor do primeiro termo, não só pela diferente importância relativa de cada um, mas também porque seria inadequado frustrar, através da investigação e perseguição de um *outro* crime (*sc.*, o branqueamento), os interesses que justamente se procuram tutelar com a limitação imposta à acção estadual pela exigência de queixa relativamente ao crime contra a autodeterminação sexual. Numa palavra, não faria sentido impedir a instauração do procedimento penal pelo crime sexual sem a vontade do ofendido, em atenção aos seus interesses, e permitir depois, a outro propósito, os actos de investigação e perseguição que precisamente ofendem os mesmos interesses.

7.5. Todavia, o problema torna-se mais denso por força da *ambiguidade* dos tipos que enquadram a comercialização de materiais pornográficos

(173) JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português...*, *cit.*, § 1066 e ss.

(174) Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português...*, *cit.*, § 1069, e MARIA JOÃO ANTUNES, *ob. cit.*, p. 596.

envolvendo menores, contidos no n.º 3, alíneas *d*) e *e*), do artigo 172.º (175), que, segundo parece, se podem preencher sem que o menor em causa seja identificável (*v. g.*, porque o seu rosto se encontra “mascarado”, ou porque as imagens captam apenas partes não identificáveis do seu corpo, ou porque se trata de filmes ou imagens pornográficas de menores residentes em países distantes). Se se entender que este género de condutas preenche aqueles tipos legais, então há que concluir que o bem jurídico que por aí se protege não é já um bem pessoal, qual seja, o livre desenvolvimento do menor (daquele concreto menor) na área sexual, mas antes um qualquer bem jurídico supra-individual (176). E, se assim for, a exigência de queixa é aqui destituída de sentido, subsistindo apenas a pretensão estadual à perda das vantagens obtidas com o crime.

Deste modo, uma correcta ponderação de todos os problemas envolvidos levaria a uma clara separação típica (e não só, nem principalmente, para efeitos do crime de branqueamento!) entre as condutas que atingem o bem pessoal da autodeterminação sexual dos menores (onde pode continuar a caber o comércio de materiais pornográficos, desde que envolvendo menores identificáveis) e aquelas que ofendem uma certa moralidade sexual que o legislador entenda ser digna de protecção penal (o comércio de pornografia envolvendo menores não identificáveis), de carácter residual em relação às primeiras. O primeiro grupo de condutas continuaria a constituir, como actualmente, crimes semi-públicos, devendo a ausência de queixa, pelas razões expostas, impedir a punição por branqueamento (salvo nos casos em que o Ministério Público desse início ao procedimento ao abrigo do disposto no artigo 178.º, n.º 1, alí-

---

(175) O mesmo vale para a produção dos ditos materiais, a subsumir aos n.ºs 1, 2 e 3, al. *c*), do mesmo dispositivo; porém, sendo embora possível que as condutas punidas por estas normas gerem para os seus autores, no contexto da produção desses materiais, vantagens patrimoniais, não é esta realidade criminológica que importa para efeitos do branqueamento, pois só a comercialização dos materiais (do produtor para os intermediários e destes para os consumidores finais) gera volumes de fundos susceptíveis de necessitar de operações branqueadoras. É também esta ordem de ideias que explica o facto de o tipo qualificado (a intenção lucrativa) não abranger as condutas punidas pelos n.ºs 1 e 2 (neste preciso sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Artigo 172.º — Abuso sexual de crianças”, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, § 24), afigurando-se também dificilmente pensável a possibilidade da existência de uma intenção lucrativa nas condutas previstas pelas al. *a*) e *b*); inversamente, mostra-se muito discutível a não inclusão, no tipo qualificado, da conduta prevista na al. *e*).

(176) Nestes termos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Artigo 172.º...”, *cit.*, §§ 3 e 19, a propósito da incriminação prevista na al. *d*), mas em termos que se estendem, seguramente, à prevista na al. *e*).

neas a) e b), e n.º 4); o segundo grupo — que é também, indiscutivelmente, o que gera os volumes de fundos relevantes para efeitos de branqueamento — integraria um crime público, por se tratar de um bem jurídico supra-individual e não haver interesses particulares a proteger *contra* a instauração do procedimento, deixando de se pôr, relativamente a ele, as dificuldades que vimos examinando.

Enquanto não se proceder a essa separação, pode admitir-se que, diversamente do que se passa com os crimes patrimoniais e atenta a realidade normativa e criminológica descrita, a lei não exija a apresentação de queixa relativamente aos crimes de abuso sexual de menores para efeitos da punibilidade do branqueamento, exceptuando-se desta regra os casos — decerto marginais — em que a investigação e perseguição do crime de branqueamento possam afrontar directamente os interesses do (de um concreto) menor que a exigência de queixa visa proteger.

## 8. A limitação da pena aplicada pela moldura penal aplicável ao facto precedente

8.1. O direito vigente prevê cláusulas de limitação da punição do branqueamento através das penas aplicáveis aos factos precedentes. Todavia, as normas onde se contém essas cláusulas não são idênticas: o artigo 23.º, n.º 2, do DL 15/93 dispõe que a punição pelos crimes de branqueamento das vantagens provenientes do tráfico de estupefacientes “não excederá a aplicável às correspondentes infracções”, enquanto o artigo 2.º, n.º 2, do DL 325/95 estatui que a punição pelos crimes de branqueamento das vantagens provenientes dos ilícitos-típicos indicados no n.º 1 “não deve exceder os limites mínimo e máximo previstos para as correspondentes infracções principais”.

Se o sentido da primeira norma se afigura claro — a pena concreta aplicada ao branqueador não pode exceder o limite máximo da pena abstractamente aplicável ao facto de onde provêm as vantagens <sup>(177)</sup> —, o mesmo não pode dizer-se da segunda, que, interpretada literalmente, conduziria à solução incompreensível de a pena concreta aplicada ao agente do branqueamento não poder exceder o limite *mínimo* da pena abstractamente prevista para o facto

(177) Em sentido diverso, cf. todavia JOSÉ DE FARIA COSTA, *Apostilla...*, cit., p. 679, para quem a efectiva não punição (por intervenção, *v. g.*, de uma causa de justificação ou de exclusão da culpa) do agente do facto precedente implica a impossibilidade de punir o branqueador, daí decorrendo também a necessidade de o facto precedente constituir um crime em sentido técnico (cf. *supra*, 4.).

precedente. Provavelmente, o legislador pretendeu impor uma verdadeira *substituição* dos limites mínimo e máximo da moldura penal aplicável ao branqueamento pelos cominados para o facto precedente, sempre que estes sejam mais brandos. Mas, se assim foi, esta opção mostra-se infundada, porque nega por completo a autonomia da punição do branqueamento. Que autonomia se pode ainda atribuir à incriminação de uma conduta à qual deveria ser aplicada, *v. g.*, uma pena de 4 a 12 anos de prisão, por converter os bens provenientes de um crime de peculato, quando aquela moldura deva ser substituída por prisão de 1 mês a 5 anos?

Assim, a limitação da pena aplicável ao branqueamento, que reputamos positiva, não pode operar-se à luz de uma qualquer ideia de *participação posterior* (que levava o artigo 106.º do CP de 1886 a punir os encobridores com a pena prevista para o crime encoberto *atenuada*), fazendo tábua rasa da valoração das particulares necessidades de prevenção por ele suscitadas e aplicando-lhes um quadro penal que não foi concebido para elas. Cremos que o último condicionamento que ainda é admissível à luz da autonomia político-criminal do branqueamento deriva, não das específicas ponderações subjacentes à punição do facto precedente, mas antes do princípio geral da *proporcionalidade das penas* (178): se a punição do branqueamento se funda na frustração da detecção e perda das vantagens do facto precedente, seria *desproporcionado* aplicar ao agente uma pena superior ao máximo que a lei prevê para a protecção do bem jurídico ofendido pelo facto de onde provêm essas vantagens.

A solução não esconde as dificuldades que podem surgir na determinação da pena máxima aplicável em caso de concurso efectivo de factos precedentes, que podem ser múltiplos e de várias espécies (*v. g.*, tráfico de estupefacientes e tráfico de pessoas). Em rigor, o tribunal deveria estabelecer o limite máximo “de acordo com as regras da punição do concurso” (179). Todavia, a tarefa parece extraordinariamente difícil de cumprir, porque, exigindo a determinação concreta das penas parcelares cabidas a cada facto precedente, supõe um conhecimento perfeito desses factos (nomeadamente a avaliação da culpa do agente), que será, muitas vezes (e sobretudo quando o agente dos factos precedentes seja diverso do branqueador), impossível de

---

(178) Em sentido análogo, perante a limitação idêntica prevista para a punição do favorecimento pessoal, cf. ANTÓNIO MEDINA DE SEIÇA, “Artigo 367.º...”, *cit.*, § 47.

(179) Assim, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, “Artigo 295.º — Embriaguez e intoxicação”, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, II, § 46, a propósito do problema semelhante levantado pelo art. 295.º, n.º 2.



alcançar. Deste modo, sempre que o tribunal não possa construir, para este efeito, a moldura penal do concurso, não parece restar outra alternativa senão eleger, como limite da pena do branqueamento, a pena máxima aplicável ao facto precedente mais elevada.

## 9. Apêndice: a ponderação das molduras penais aplicáveis ao branqueamento

9.1. Um último problema que não pode deixar de se relacionar, embora de forma mais indirecta, com esta tensão entre a punição do branqueamento e o facto precedente, é o da ponderação das molduras penais aplicáveis. Com efeito, se temos vindo a propugnar um certo grau de autonomia da primeira, que justifique uma incriminação *a se stante*, isso não pode fazer-nos perder de vista a raiz de onde ela brota.

A ponderação das molduras penais aplicáveis ao crime de branqueamento há-de obedecer à injunção contida no artigo 2.º da *Decisão-quadro*, que impõe a punição das condutas previstas no artigo 6.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)*, da *ConvBr*, com uma pena máxima não inferior a 4 anos de prisão. Mas, dentro desse condicionalismo, o estabelecimento das penalidades deve levar em conta outros dois factores.

9.2. Em primeiro lugar, a teleologia da punição do branqueamento aconselha alguma moderação: trata-se de proteger um bem jurídico instrumental (a pretensão estadual à perda de vantagens), pelo que não é legítimo dar relevância, neste âmbito, a preocupações que devem ser atalhadas por outros mecanismos repressivos, nomeadamente, a prevenção dos factos precedentes, dos crimes de organização e associação criminosa e, ainda, das actividades criminosas em que supostamente se poderiam reinvestir as vantagens branqueadas. Quer dizer: não se pode cair na tentação de pretender prevenir *todos* os fenómenos criminais que giram em torno do branqueamento através de uma punição particularmente severa deste crime, como se aqui se encontrasse a panaceia para a repressão daqueles.

Além disso, a comparação com a infracção que lhe é mais próxima no plano político-criminal (o favorecimento pessoal), punida com prisão até 3 anos ou multa, revela, por si só, a ostensiva desmesura das penalidades cominadas para o branqueamento.

9.3. Em segundo lugar, atendendo a que a intervenção legislativa se baseia nas obrigações decorrentes de um instrumento jurídico adoptado no

âmbito da UE, não se pode ignorar que a “aproximação” e a “harmonização” dos sistemas penais dos Quinze se encontram entre os objectivos definidos no TUE e foram mesmo as bases jurídicas habilitantes para a adopção da *Decisão-quadro* <sup>(180)</sup>. Ora, no plano das sanções aplicáveis ao branqueamento, a observação das leis penais dos restantes países da União (e da Suíça, que pertence à mesma família político-criminal) mostra que elas se podem dividir em três grupos: o primeiro (Áustria <sup>(181)</sup>, Bélgica <sup>(182)</sup>, Espanha <sup>(183)</sup>, Países-Baixos <sup>(184)</sup>, Suécia <sup>(185)</sup> e Suíça <sup>(186)</sup>), maioritário, prevê penas máximas, mesmo para os casos mais graves, de 5-6 anos de prisão; o segundo (Alemanha <sup>(187)</sup> e França <sup>(188)</sup>), pune os tipos fundamentais com prisão até 5 anos e os casos graves com prisão até 10 anos; o terceiro (Itália <sup>(189)</sup> e Portu-

<sup>(180)</sup> Cf. *supra*, nota 7 e texto correspondente, e ANABELA M. RODRIGUES / J. L. LOPES DA MOTA, *ob. cit.*, p. 77 e ss.

<sup>(181)</sup> O CP austríaco pune o tipo fundamental com pena de prisão até 2 anos ou multa até 360 dias (§ 165 (1)); se o valor da vantagem for elevado (superior a 40.000 euros), ou se o agente for membro de uma associação criminosa constituída para desenvolver actividades de branqueamento, a pena é de 6 meses a 5 anos de prisão (§ 165 (3)); enfim, certas condutas similares ao branqueamento e relativas aos bens patrimoniais de uma associação criminosa ou organização terrorista são punidas com prisão até 3 anos ou, se se tratar de valores elevados, com prisão de 6 meses a 5 anos (§ 165 (5)).

<sup>(182)</sup> O art. 505 do CP belga pune o branqueamento com prisão de 15 dias a 5 anos.

<sup>(183)</sup> O art. 301.º, n.º 1, do CP espanhol pune o branqueamento com prisão de 6 meses a 6 anos e multa.

<sup>(184)</sup> O CP neerlandês pune o tipo fundamental com prisão até 4 anos ou multa (art. 420 *bis*); se o crime for cometido com habitualidade, a pena é de prisão até 6 anos ou multa (art. 420 *ter*).

<sup>(185)</sup> O Capítulo 9, Secção 6, do CP sueco pune o tipo fundamental com prisão até 2 anos e, nos casos graves, com prisão de 6 meses a 6 anos.

<sup>(186)</sup> O CP suíço pune o tipo fundamental com detenção (3 dias a 3 anos de prisão) ou multa (art. 305 *bis*, n.º 1); os “casos graves” são punidos com reclusão até 5 anos ou detenção, cumuladas com uma pena de multa até 1 milhão de francos (art. 305 *bis*, n.º 2).

<sup>(187)</sup> O CP alemão pune o tipo fundamental com prisão de 3 meses a 5 anos (§ 261 (1)); se o agente praticar o crime com carácter de sistematicidade (*Gewerbsmäßigkeit*), ou como membro de uma associação constituída para desenvolver actividades de branqueamento, a pena é de 6 meses a 10 anos de prisão (§ 261 (4)).

<sup>(188)</sup> O CP francês pune o tipo fundamental com pena de 5 anos de prisão e 375.000 euros de multa (art. 324-1); se o crime for cometido com habitualidade, ou utilizando os recursos propiciados pelo exercício de uma actividade profissional, ou se for cometido em bando organizado, a pena é de 10 anos de prisão e 750.000 euros de multa (art. 324-2), podendo estas penas ser agravadas pela aplicação das penas cabidas aos factos precedentes e respectivas agravações, se o branqueador deles tiver conhecimento (art. 324-4).

<sup>(189)</sup> O CP italiano pune o “*Riciclaggio*” (art. 648 *bis*) e o “*Impiego di denaro, beni o uti-*

gal<sup>(190)</sup>), pune o(s) tipo(s) fundamental(is) com pena de prisão até 10-12 anos, susceptível de agravação.

Tudo visto, é inquestionável que nada justifica a severidade das penas previstas para o branqueamento pelo direito português vigente. Ao invés, a ponderação do bem jurídico protegido, da exigência de proporcionalidade das penas, dos elementos de direito comparado e da pretendida harmonização das leis penais da União apontam no sentido de um sensível abaixamento das mesmas.

---

*lità di provenienza illecita*" (art. 648 *ter*) com prisão de 4 a 12 anos e multa, penas que podem ser agravadas "se o facto for cometido no exercício de uma actividade profissional".

(<sup>190</sup>) A lei portuguesa (art. 23.º, n.º 1, als. *a*), *b*) e *c*), do DL 15/93, e art. 2.º, n.º 1, als. *a*), *b*) e *c*), do DL 325/95), de forma absolutamente original, reproduz, praticamente sem alterações, as três modalidades de execução do crime previstas no art. 6.º, n.º 1, als. *a*), *b*) e *c*), da ConvBr, criando três tipos de crime (?) e punindo-os com penas diversas, respectivamente 4 a 12 anos, 2 a 10 anos e 1 a 5 anos de prisão, as quais podem ser agravadas de 1/3 nos seus limites mínimos e máximos quando o facto subjacente seja o tráfico de estupefacientes (art. 24.º do primeiro diploma citado).

É curioso notar que, tanto em Itália como em Portugal, a punição do branqueamento com pena superior a 10 anos de prisão se encontra ligada ao momento em que o tipo inclui as vantagens provenientes do tráfico de estupefacientes (respectivamente, a Lei n.º 55, de 19-03-1990, que alterou o *Codice Penale*, e o DL 15/93 referido), não mais se tendo alterado, mesmo depois da ruptura com o paradigma do "catálogo".