



Universidades Lusíada

Leite, André Lamas

O crime de branqueamento na redacção da lei n.º 83/2017, de 18/8 : a importância de ver para além das aparências

<http://hdl.handle.net/11067/4694>

<https://doi.org/10.34628/yjfe-8p87>

Metadados

Data de Publicação

2018

Resumo

O presente artigo analisa as principais alterações introduzidas pela Lei n.º 83/2017, de 18 de Agosto, especificamente no que contende com o crime de branqueamento p. e p. pelo art. 368.º-A do CP. Se à primeira vista pareceria que as mudanças não são de monta, na realidade, a nova redacção da parte in fine do n.º 4 e o novo n.º 5 levam-nos a revisitar a questão do bem jurídico protegido pela incriminação, a sua natureza de “crime compósito” e até que ponto existiu um adequado entendimento da ap...

This paper analyzes the main changes introduced by Law 83/2017, August 18th, specifically regarding the offense of money laundering (article 368-A of the Portuguese Criminal Code). If at first glance it would seem that the changes are not major, in reality the new wording of the end of paragraph 4 and the new paragraph 5 lead us to revisit the question of the offense’s legal protected interest, its nature of “composite crime” and to what extent there was an adequate understanding of the territor...

Tipo

bookPart

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-05-01T05:52:15Z com informação proveniente do Repositório

Cândido da Agra • Fernando Torrão
Coordenação

CRIMINALIDADE

ORGANIZADA E ECONÓMICA

PERSPETIVAS JURÍDICA, POLÍTICA E CRIMINOLÓGICA



Universidade Lusíada Editora
Lisboa • 2018

O CRIME DE BRANQUEAMENTO NA REDACÇÃO DA LEI N.º 83/2017, DE 18/8: A IMPORTÂNCIA DE VER PARA ALÉM DAS APARÊNCIAS

ANDRÉ LAMAS LEITE

*Professor da Faculdade de Direito
Universidade do Porto (Portugal)
e Universidade Europeia (Portugal)
Investigador do CIJE/FDUP*

RESUMO

O presente artigo analisa as principais alterações introduzidas pela Lei n.º 83/2017, de 18 de Agosto, especificamente no que contende com o crime de branqueamento p. e p. pelo art. 368.º-A do CP. Se à primeira vista pareceria que as mudanças não são de monta, na realidade, a nova redacção da parte *in fine* do n.º 4 e o novo n.º 5 levam-nos a revisitar a questão do bem jurídico protegido pela incriminação, a sua natureza de “crime compósito” e até que ponto existiu um adequado entendimento da aplicação no espaço da lei penal portuguesa.

PALAVRAS-CHAVE

Branqueamento; ilícito precedente; bem jurídico; “tipo compósito”; aplicação da lei penal no espaço.

ABSTRACT

This paper analyzes the main changes introduced by Law 83/2017, August 18th, specifically regarding the offense of money laundering (article 368-A of the Portuguese Criminal Code). If at first glance it would seem that the changes are not major, in reality the new wording of the end of paragraph 4 and the new paragraph 5 lead us to revisit the question of the offense’s legal

protected interest, its nature of “composite crime” and to what extent there was an adequate understanding of the territorial application of the Portuguese criminal law.

KEYWORDS

Money laundering; predicate offense; legal protected interest (*Rechtsgut*), “composite crime”; territorial application of criminal law.

I) Enquadramento e considerações preliminares

A redacção do art. 368.º-A do Código Penal – CP – ⁽¹⁾ anterior à actual, proveniente da Lei que dá título a este trabalho, resultava da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, que introduziu a 23.ª alteração ao CP. Como forma de transposição, no essencial, das exigências derivadas da chamada “quarta directiva”, em matéria de branqueamento e de luta contra o financiamento do terrorismo, o inciso foi alterado, cabendo desde logo sublinhar que a terminologia “branqueamento *de capitaís*” não é tecnicamente precisa (mesmo que usada pelo legislador comunitário), visto que não são apenas os capitais que podem ser objecto das condutas proibidas, abrangendo-se sim todas as vantagens, produtos e instrumentos advenientes à esfera jurídica do agente e que resultam da prática de um ilícito antecedente. Só por antonomásia, uma vez que é verdade que na generalidade das hipóteses são os capitais os bens estatisticamente mais representativos do branqueamento, se compreende a vulgarização da designação inexacta em termos técnicos, o que não elimina a sua crítica. Bem andou, por isso, o nosso legislador, ao epigrafar o sobredito art. 368.º-A apenas com a designação de “branqueamento”.

Para além disto, ou seja, da intervenção no tipo legal, a Lei ora em análise criou um verdadeiro Código em matéria de prevenção de movimentos

⁽¹⁾ Doravante, qualquer referência a um normativo legal desacompanhada da indicação expressa do diploma de onde promana deve entender-se por feita para o Código Penal.

financeiros que possam ser considerados suspeitos, de difícil aplicação prático-normativa (pela sua extensão e complexidade técnica), instituindo-se um vero modelo de *compliance* para um conjunto de entes obrigados (de tão diversa natureza como as instituições de crédito às imobiliárias, passando pelos advogados), os quais têm de conhecer o melhor possível os seus clientes, transferindo-se algumas obrigações de vigilância e supervisão dos reguladores, das autoridades judiciárias e dos órgãos de polícia criminal para outras pessoas singulares e colectivas, no que é mais um exemplo de um movimento de concurso dos particulares na tarefa estadual de administrar a Justiça. O que releva uma admissão pública do falhanço das instâncias formais de controlo no combate aos flagelos assinalados, seja a nível nacional, seja de toda a União Europeia e, em geral, de qualquer organização internacional empenhada na luta contra o terrorismo – inimigo número um das sociedades hodiernas – e no asseguramento de regras de concorrência leal, mantendo-se os sistemas económico-financeiros o mais possível “limpos” das impurezas provenientes de factos ilícitos que, depois, como *facto posterior punível* se traduz, ao menos em alguma das fases habitualmente conhecidas – seguindo uma ordem lógica e cronológica – do *placement, layering e integration*.

O objectivo deste pequeno escrito é modesto: visa expor-se os traços fundamentais da alteração legislativa assinalada, a qual, *prima facie*, não parece ser de monta, mas, como veremos, acaba por introduzir modificações com algum significado no modo de entender o crime de branqueamento. Privilegiou-se, assim, mais que a indicação dos numerosos textos já produzidos pela doutrina nacional, um estilo analítico e opinativo, amiúde crítico.

O n.º 1, do art. 368.º-A viu alargar o conjunto de ilícitos precedentes com o art. 324.º do Código da Propriedade Industrial (venda, circulação ou ocultação de produtos ou artigos), o que se entende perfeitamente, uma vez que se trata de um *verdadeiro delicto de receptação* que a venda, a colocação em circulação ou a ocultação de produtos contrafeitos, «por qualquer dos modos e nas condições referidas nos artigos 321.º a 323.º, com conhecimento dessa situação», é uma forma particularmente atreita de a esse ilícito se seguir um branqueamento. A sua inclusão no catálogo – em que o legislador nacional conjugou uma enumeração taxativa de delitos e uma cláusula geral de ilícitos «puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses

ou de duração máxima superior a cinco anos», no que acaba por ser um catálogo semi-aberto – ajuda ainda a caracterizar este último crime como *autónomo e dotado de uma intencionalidade própria*, uma vez que ocorrerá concurso efectivo entre qualquer um dos tipos prevenidos nos artigos 321.º a 323.º e o do art. 324.º, aqui não havendo lugar a qualquer especificidade nas hipóteses em que é o mesmo autor dos primeiros delitos que, depois, pratica também aquele que agora é *predicate offense*. No tocante à punição, regista-se que o legislador português foi, a par do italiano (também doze anos de prisão como máximo), dos mais severos: na Alemanha, a sanção, em casos mais graves, pode chegar aos dez anos de prisão; na Espanha atinge os seis anos e multa; na França cinco anos e multa (art. 324-1 do CP gaulês).

Uma última nota neste apartado. As alterações agora analisadas e alguma reflexão anterior a que já nos vínhamos dedicando, levam-nos a perguntar se o branqueamento ainda pode ou não ser classificado como um *delito compósito*, advertindo-se desde já o possível leitor para a circunstância – que justifica o título do trabalho – de ser necessário ver para além da primeira aparência, pois se é certo que a Lei n.º 83/2017 modificou mais o art. 368.º-A do que *prima facie* se julga, também entendemos, s.m.o., que há aspectos centrais na construção do tipo que se mantêm, não obstante, como dizemos, uma inicial apreciação perfunctória de sinal contrário. É natural, pois, concluir que a escalpelização do crime de branqueamento se assume cada vez uma tarefa mais espinhosa, o que conduzirá, por certo, a (mais) desencontros na doutrina e na jurisprudência.

II) (Ainda) a questão do bem jurídico

A questão do bem jurídico protegido pela incriminação tem sido amplamente disputada. Julgamos poder distinguir, no essencial ⁽²⁾, as seguintes orientações: uma que propende para a existência de *um único interesse tutelado*

⁽²⁾ Certo que existem variações como aquela que, na jurisprudência se encontra, p. ex., na base do ac. do TRP de 21/3/2013, Proc. n.º 127/06.5IDBRG.P1, FÁTIMA FURTADO (disponível em <http://www.dgsi.pt>, consultado em Outubro de 2018, como todos os arestos citados no presente artigo): «II – No crime de branqueamento de capitais protege-se o circuito financeiro, económico e jurídico, resguardando-o de bens de origem criminosa que aí procuram a sua legitimação.»; ou no ac. do TRC de 22/10/2002, Proc. n.º 0055995, CABRAL AMARAL: «O bem jurídico que se pretende tutelar é a ideia assente de que os crimes geradores de lucros não devem compensar e que, para isso, deve ser perseguida a dissimulação dos respectivos proventos»; ou, em sentido próximo deste, o ac. do TRL de 29/3/2011, Proc. n.º 40/09.4PEAGH.L1-5, MARGARIDA BLASCO: «A

pelo Direito Penal e uma outra que, com diversos matizes, entende que estamos em face de um *delito pluriofensivo*.

Sem que provavelmente o legislador se tenha disso dado conta, as alterações introduzidas pela Lei n.º 83/2017, em nosso juízo, vêm dar ainda mais argumentos a quem defendia a primeira hermenêutica ⁽³⁾, claramente maioritária – ou mesmo quase unânime – na doutrina alemã ⁽⁴⁾. E isto em concretização da ideia geral de que «o crime não compensa» ⁽⁵⁾, muito ligado, portanto, ao instituto da perda de vantagens derivadas da prática de um facto

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.».

⁽³⁾ Na doutrina, entre tantos, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, 3.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 867. Na jurisprudência, a título exemplificativo, embora com terminologias diversas, mas que cremos reconduzíveis à ideia em texto, vide o ac. do TRL de 18/7/2013 (Proc. n.º 1/05.2JFLSB.L1-3, RUI GONÇALVES): «X. 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.».

⁽⁴⁾ «(...) dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden zu schützen (...); «(...) [P]roteger o acesso à aplicação da lei penal (...)» – a expressão é de PANHUBER/D. HARDER, in: HEINZ-BERND WABNITZ/THOMAS JANOVSKY (Hrsg.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, München: Beck, 2000, Rn. 34, p. 352. Na Alemanha, a jurisprudência acha-se dividida quanto à identificação do bem jurídico protegido, oscilando entre a manutenção da integridade do funcionamento do sistema judicial (a «boa administração da justiça»). Maioritário também na doutrina: cf., p. ex., ALTENHAIN, in: URS KINDHÄUSER/ULFRID NEUMANN/HANS-ULLRICH PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch*, Band 2, Rn. 10, p. 4509, e NEUHEUSER, in: KLAUS MIEBACH/GÜNTHER M. SANDER (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 3, München: Beck, 2003, Rn. 7, p. 1340, o qual, apesar de reconhecer a natureza controvertida da determinação do bem jurídico, rejeita as críticas de imprecisão (*Unbestimmtheit*) do interesse jurídico, o impedir que vantagens ilícitas entrem no sistema legal financeiro e económico, o combate à criminalidade organizada, a ideia de que «o crime não compensa». O BGH (*Bundesgerichtshof*: Supremo Tribunal Federal alemão) observou já estar-se em face de uma «ilicitude independente, própria» («(...) einen «eigenständigen» Unrechtsgehalt (...)»), embora sem mais concretizações, caminho que o BVerfG (*Bundesverfassungsgericht*: Tribunal Constitucional Federal germânico) também trilhou. Existe mesmo, entre vários autores, a percepção de que estaremos, no branqueamento, perante um crime pluriofensivo, falando-se em uma protecção cumulativa, em sede de bem jurídico, com o delito precedente («(...) kumulativ geschützt sind (...)») – JAHN, in: HELMUT SATZGER/BERTRAM SCHMITT/GÜNTHER WIDMAIER (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Rn. 2, p. 1596.

⁽⁵⁾ A «prevenção contra novas formas de crime organizado é o segundo propósito de protecção do § 261 (...)» («Prävention gegenüber neuen Straftaten der organisierten Kriminalität bildet also den zweiten Schutzzweck des § 261 (...)»), sendo o primeiro o de evitar que os bens obtidos ilicitamente entrem no circuito financeiro e económico legal, na perspectiva de HOYER, in: HANS-JOACHIM RUDOLPHI/ECKHARD HORN *et al.*, *SK-StGB*, Band 2, 6. Auflage, Neuwied: Luchterhand, 2001, Rn. 2, p. 71. Por seu turno, JAHN, in: HELMUT SATZGER/BERTRAM SCHMITT/GÜNTHER WIDMAIER (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1. Auflage, München, Köln, Berlin: Carl Heymanns Verlag, 2009, Rn. 3, p. 1596, entende ser a «luta contra a criminalidade (económica) organizada» («(...) die Bekämpfung der organisierten (Wirtschafts-) Kriminalität (...)»), a intenção legislativa primordial.

ilícito-típico ⁽⁶⁾ ⁽⁷⁾, bem jurídico esse que apenas se acha vulnerado quando o agente procura, através das formas taxativamente descritas (sendo, assim, um *crime de execução vinculada*), ocultar a proveniência ilícita dos bens, dificultando, sobremaneira, a actuação das entidades competentes na detecção desses bens obtidos de modo também ilícito. Assim sendo, então rapidamente se compreende que o tipo em causa tem como função essencial evitar que o autor usufrua de tais vantagens, entrando, destarte, na categoria dos chamados «delitos de aproveitamento» ou «de ocultação». Citando FARIA COSTA, «(...) a actividade de branqueamento é ela já uma criminalidade derivada, de 2.º grau ou induzida. Em termos muito simples e inequívocos: só há necessidade de “branquear” dinheiro se ele provier de actividades primitivamente ilícitas ⁽⁸⁾».

Na verdade, mesmo antes da entrada em vigor deste diploma, o objecto de protecção da incriminação era *a boa realização da Justiça, a sua prossecução sem empecilhos, sem formas mais ou menos complexas de ocultação ou dissimulação*, valor para nós ínsito ao próprio princípio do Estado de Direito democrático (artigos 1.º e 2.º da CRP) e que encontra no art. 20.º da mesma Lei Básica uma sua predicação essencial. O que se busca é punir todo aquele que, de uma forma ou de outra – devidamente descrita no tipo objectivo, por óbvias razões de legalidade penal –, introduz um obstáculo, maior ou menor, a que as autoridades judiciais (com a colaboração funcional dos órgãos

⁽⁶⁾ Neste sentido, na Alemanha, entre outros, JOHANNES WESSELS/THOMAS HILLENKAMP, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 2, 24. Auflage, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2001, Rn. 894, p. 349. Para estes autores, o bem jurídico identificado em texto suplantava mesmo o interesse na «confiança na solidez e transparência do sistema legal financeiro e económico («(...) des Vertrauens in die Solidität und Sauberkeit des legalen Finanz- und Wirtschaftsystems (...)»)» (*idem*).

⁽⁷⁾ Concordamos, no essencial, com JORGE GODINHO, *Do crime de «branqueamento» de capitais. Introdução e tipicidade*, Coimbra: Almedina, 2001, pp. 141-143. Em sentido que temos por próximo, também PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, n. m. 2, p. 867. São fundamentalmente quatro as grandes orientações a propósito: o bem jurídico é o mesmo que o protegido pelo crime antecedente; a preservação da pureza da economia, obviando a que os circuitos económicos se contaminem por via de vantagens provenientes de actividades criminosas («(...) legalen Wirtschafts- und Finanzkreislauf (...)»), sendo esta a posição, de entre outros, de LAMPE, muito criticada por NEUHEUSER, in: KLAUS MIEBACH/GÜNTHER M. SANDER (Hrsg.), *Münchener Kommentar...*, Rn. 9, p. 1340, uma vez que não encontra suporte na história do preceito e, sobretudo, porque este tem sido um «chavão» usado pelo legislador para explicar a luta contra operações de branqueamento sem uma adequada precisão conceptual (« (...) unbestimmten Begriff des legalen Finanz- und Wirtschaftskreislaufes (...)»); garantia do interesse do Estado na inutilização e perda dos lucros advinentes da prática delitual; garantir uma eficaz administração da justiça que se acha dificultada pelas actividades de dissipação, ocultação e transferência dessas vantagens dos crimes precedentes – cf., na síntese, ALTENHAIN, in: URS KINDHÄUSER/ULFRID NEUMANN/HANS-ÜLLRICH PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch*, Band 2, 2. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2005, Rn. 10, p. 4509, e, entre nós, JORGE GODINHO, *Do crime...*, pp. 125-126.

⁽⁸⁾ «Branqueamento de capitais (algumas reflexões à luz do Direito Penal e da Política Criminal)», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, LXVIII (1992), p. 69.

de polícia criminal) descubram a origem ilícita das vantagens derivadas dos factos ilícitos-típicos antecedentes, tratando-se o branqueamento de um *crime dual ou bifronte*, porquanto só existe se e na medida em que tenha havido uma *predicate offense*. Não que a realização plena da Justiça – que aqui significa tão-somente a identificação e sancionamento dos responsáveis pelos ilícitos anteriores – não seja, em si mesmo, um relevantíssimo bem jurídico-criminal. Claro que o é. Porém, o *modus aedificandi criminis* do art. 368.º-A resulta de uma técnica legislativa peculiar: o branqueamento é um resultado de encobrimento de uma prévia actividade ilícita, o que significa que, se bem vemos as coisas, nada mais é que uma forma de punição autónoma do antigamente apelidado “encobrimento real”, na terminologia usada no CP de 1886 a propósito da matéria da comparticipação. Sabe-se que com o actual Código de 1982, estas formas pós-delituais de comparticipação deixaram de ser categorias *a se* dentro desta forma especial de surgimento do crime para se autonomizarem como específicos delitos – veja-se a recepção, o favorecimento pessoal, o favorecimento praticado por funcionário. Ora, o branqueamento participa desse mesmo programa tutelar criminal, o que, desde logo, a uma primeira aproximação, aponta para as *teorias monistas* em sede do interesse juridicamente tutelado. O que empecilha o funcionamento da administração da Justiça é exactamente o conjunto de esquemas mais ou menos complexos em que o autor do ilícito antecedente (ou um terceiro, o que convoca, na primeira hipótese, o problema do chamado “auto-branqueamento” ⁽⁹⁾) visa “apagar o rasto” das vantagens ilícitas, usando jurisdições de sigilo, transferências entre contas bancárias, transmissões amiúde simuladas de bens, compra e venda de

⁽⁹⁾ Veja-se, entre outros, o nosso «Do crime antecedente e do delito de branqueamento praticado pelo mesmo agente: regresso ao passado?», in: JOSÉ NEVES CRUZ/CARLA CARDOSO/ANDRÉ LAMAS LEITE (coords.), *Infrações Económicas e Financeiras. Estudos de Criminologia e Direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 461-477. Em sentido próximo, cf. o já citado ac. do TRL de 22/10/2002: «VIII – O autor do crime de branqueamento terá, pois, de ser pessoa diversa da que cometeu a infracção geradora de lucros.». No sentido que fez vencimento no acórdão uniformizador a seguir referido em texto, entre outros, *vide* o ac. do STJ de 11/6/2014, Proc. n.º 14/07.0TRLSB.S1, RAUL BORGES: «O autor do facto precedente pode ser autor do crime de branqueamento, ou seja, o autor do crime base pode ser perseguido cumulativamente pelo de reciclagem dos produtos daquele. Face à lei actual, é possível a punição por branqueamento, em concurso real, do próprio autor do crime subjacente.».

instrumentos financeiros de todo o tipo ⁽¹⁰⁾. Donde, o branqueamento acaba por ser uma consequência “natural” de quem cometeu um ilícito do qual lhe advieram vantagens que apresentam um grande potencial de perigosidade para o agente. *Perigosidade* de serem detectadas pelos instrumentos de controlo social formal e, por isso, de punição pela sua prática. Assim, a “naturalidade” de que falávamos não é – nem por sombras – qualquer forma de diminuição da ilicitude e/ou da culpa do agente, mas deve ser somente entendida no domínio do que se apelidaria *de natura rerum*. Este, em apertado esboço – que recuperaremos *infra* –, o “quadro de coisas” em que se move o branqueador.

Existem mesmo legislações que assumem o bem jurídico da protecção de uma administração eficaz da justiça criminal de forma evidente *na própria estruturação do tipo objectivo*. É o caso do CP suíço que, no seu art. 305 bis, n.º 1, exige que a acção ou omissão se traduza em «um acto adequado a dificultar a identificação da origem, a descoberta ou a apreensão de valores patrimoniais em que o agente conhecia ou devia presumir que os mesmos proviessem de um crime ou de um delito fiscal qualificado». O mesmo se passa com o CP italiano – usando agora o exemplo de um país que integra a União Europeia: o art. 648 bis, n.º 1 exige que as condutas proibidas sejam praticadas «de modo a impedirem a identificação da sua [das vantagens] proveniência delituosa» (*in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delituosa*).

Uma outra perspectiva aponta para um verdadeiro *crime pluriofensivo* que, além da realização da Justiça, incluiria *o conjunto dos bens jurídicos protegidos pelos ilícitos antecedentes*. Em súmula, também devido à natureza

⁽¹⁰⁾ E não toda e qualquer actividade que não tenha, em si mesma, essa virtualidade, sendo aqui de afirmar, em toda a sua plenitude, a teoria da imputação objectiva (art. 10.º, n.º 1), tratando-se, como se trata, de um crime material ou de resultado. Assim, no sentido que temos por correcto, cf. o ac. do TRP de 7/2/2007, Proc. n.º 0616509, MARIA DO CARMO SILVA DIAS: «Não basta o simples depósito em conta própria de vantagens provenientes do crime de tráfico de estupefacientes, para se poder concluir pela verificação do crime de branqueamento na modalidade prevista n.º 3 do art. 368.º-A do CP95.». Em direcção oposta, quanto a nós incumprindo a exigência típica do branqueamento, acabando quase por considerar que qualquer transacção, por muito simples que seja de perseguir pelo aparelho de Justiça, é apta a lesar o bem jurídico, veja-se o ac. do TRL de 29/3/2011, Proc. n.º 40/09.4PEAGH.L1-5, MARGARIDA BLASCO: «A conduta da arguida, ao depositar na conta da filha quantias monetárias que sabia terem sido obtidas pelo companheiro com a venda de estupefacientes, a fim de dissimular essa proveniência, integra a prática de um crime de branqueamento de capitais, p. e p. pelo art. 368.º, n.ºs 1 e 2 do Código Penal.». Novamente em sentido para nós correcto, atente-se na factualidade resumida e vertida no sumário do ac. do TRE de 13/11/2012, Proc. n.º 43/10.6GASTC.E1, ANTÓNIO CLEMENTE LIMA: «I – Incorre na prática do crime de branqueamento, p. e p. pelo art. 368.º-A, n.º 2, do CP, quem, conjuntamente com outro, dedicando-se à actividade de tráfico de estupefacientes, converte lucros pecuniários obtidos com essa actividade em outros bens, com a intenção de dissimular e esconder a origem ilícita dessas vantagens assim obtidas».

intricada e umbilical entre o branqueamento e as *predicate offenses*, o acto de dificultar a acção do sistema seria uma mera predicção dos anteriores, razão pela qual existiria uma relação de continuidade entre ambos os interesses amparados pelo Direito Penal. Sem prejuízo de outras críticas que, aqui, não importa recuperar, em face do objectivo a que nos propusemos, julgamos que a alteração objecto do presente estudo põe seriamente em crise esta concepção, a partir do momento em que o n.º 5 dispensa a verificação do pressuposto processual do exercício tempestivo do direito de queixa (e da dedução de acusação particular). Discutiremos, mais à frente, o bem-fundado desta opção legislativa, mas, para o que *hic et nunc* releva, a mensagem é clara: puna-se o branqueamento mesmo que se não possa perseguir criminalmente as condutas antecedentes. Só pode interpretar-se esta verdadeira inflexão face ao regime anterior no sentido de desatar completamente a aludida relação de *continuum*. Ainda que, *v. g.*, a burla simples não tenha sido perseguida criminalmente, por falta de queixa do ofendido, mesmo assim pune-se de jeito autónomo o branqueamento, o que reforça a convicção de que *este último acquire vida própria em termos do bem jurídico*. Por outro lado, mesmo antes desta mudança, já se podia defender que não fazia sentido uma espécie de “dupla valoração” do bem jurídico do ilícito anterior e do branqueamento, uma vez que, em regra – excepto nas hipóteses de auto-branqueamento em que defendemos uma avaliação casuística quanto à ocorrência de concurso efectivo ou de normas ⁽¹¹⁾ –, intercede uma relação de concurso do art. 30.º, n.º 1 entre a *predicate offense* e o delito do art. 368.º-A, na senda do acórdão uniformizador n.º 13/2007 ⁽¹²⁾. Se é certo que a existência de diversos bens jurídicos não significa, *por si só*, que ocorra concurso efectivo, também é um facto indesmentível que tal é um auxiliar precioso em tal conclusão, uma vez que os conteúdos de ilicitude diversos – esses sim, a verdadeira tónica distintiva entre o concurso aparente e o efectivo – se acham vazados, como regra, em diferentes bens jurídicos. Ora, se se mantém – em geral – a punição do agente nos quadros do art. 77.º, então é porque a intencionalidade protectora da norma do ilícito anterior

⁽¹¹⁾ De novo, cf. o nosso «Do crime antecedente...».

⁽¹²⁾ Proferido no Proc. n.º 220/05, de 22 de Março de 2007 (SOUSA FONTE), publicado no *Diário da República*, I série, de 13/12/2007. Jurisprudência que vem sendo reafirmada de modo, cremos, unânime, mesmo em relação a delitos diversos dos tratados no acórdão uniformizador. É o caso do ac. do STJ de 2/10/2008 (Proc. n.º 08P1608, SOARES RAMOS): «II – É de rejeitar a consumação do facto posterior do branqueamento pela incriminação do facto subjacente, mostrando-se correcta a decisão recorrida, no que respeita ao questionado concurso real, ao proceder à qualificação autónoma do crime de branqueamento de capitais.».

e do branqueamento apontam para realidades distintas, o que depõe, uma vez mais, no sentido de uma tese monista em sede identificativa do interesse juridicamente tutelado pelo art. 368.º-A. Dito de outra forma, *a intencionalidade de sentido do branqueamento é distinta da dos ilícitos antecedentes*. Não cabendo aqui uma análise do já citado acórdão uniformizador, é essencial que não esqueçamos que toda esta matéria tem de ser conjugada com instrumentos de Direito Internacional Público que vinculam o nosso Estado, uma vez cumprido o preceituado no art. 8.º da CRP. Assim, para a conclusão de que, como regra, existe concurso efectivo entre o ilícito anterior e o facto posterior punível que é o branqueamento, não será despidendo lembrar que, ainda no domínio das primitivas normas incriminadoras do branqueamento (o art. 23.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, com exclusiva ligação ao tráfico de estupefacientes; logo após, alargando muito o leque dos “crimes precedentes”, o Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de Dezembro), requeria que se ponderasse que o legislador nacional «ao tipificar tal tipo de ilícito (branqueamento), não tivesse expressamente manifestado essa eventual ressalva, caso pretendesse isentar de tal responsabilização o autor do crime base»⁽¹³⁾. Numa palavra, contra a orientação de um verdadeiro delito pluriofensivo, que sentido teria não ser assim e – não sendo uma violação do *ne bis in idem*, por se tratarem de factuais diversas – atentar-se na punição do branqueamento os mesmos valores socialmente relevantes duas vezes – uma no ilícito prévio e outra no posterior?

Mais ainda, a alteração – agora ao n.º 4, do art. 368.º-A – no sentido de que mesmo que a *predicate offense* tenha sido praticada fora do território nacional, se ignore o *locus delicti* ou quais foram os seus autores (o que já existia) – agora acrescentando-se que a única excepção para tal é que a *lex loci* as considere lícitas e se não aplique o art. 5.º –, reforça a convicção da autonomia, em termos de bem jurídico, do crime de branqueamento. Veremos, *infra*, que esta mudança coloca dificuldades hermenêuticas.

⁽¹³⁾ JORGE MANUEL DIAS DUARTE, *Branqueamento de capitais. O regime do Dec.-Lei n.º 15/93, de 22-01, e a normativa internacional*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2002, pp. 109-110, reportando-se à possibilidade de cada uma das Partes da Convenção [de Estrasburgo] relativa ao branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime, do Conselho da Europa, assinada por Portugal em 8/11/1990, formular declaração de reserva, prevendo nomeadamente que o crime de branqueamento não se aplicaria aos autores do crime principal, o que não sucedeu.

III) O branqueamento ainda é um crime dual ou compósito?

Fruto das sucessivas alterações a que o art. 368.º-A foi sendo sujeito, para o que, como se viu e verá, a operada pela Lei n.º 83/2017 contribui de forma só aparentemente pouco importante, não pareceria hoje, *prima facie*, exacto afirmar que o branqueamento seja um crime compósito. Por ele entendemos todo aquele que é composto por dois delitos, em que só quando o precedente estiver preenchido nasce o segundo. Dito de outro modo, só quando uma decisão com condenação transitada em julgado afirmar no ordenamento jurídico que o delito antecedente aconteceu e que, por via das vantagens assim obtidas, as mesmas foram dissipadas, escondidas, ocultadas, ou através de qualquer outra forma de execução típica do art. 368.º-A se dificultou a descoberta do crime primitivo, é que podemos afirmar, com segurança, que o delito seria bifrontal.

Ora, essa natureza começou logo a ser posta em crise a partir do momento em que o n.º 1 (e, por sua referência, os n.ºs 2 e 3 daquele inciso) *deixa de exigir tecnicamente a comissão de um crime*, referindo-se a “*factos ilícitos típicos*”, o que significa que se não exige a culpa nem a punibilidade do agente, dentro dos elementos materiais do conceito de crime, à luz de uma teoria teleológico-racional. Sem cuidar agora da história legislativa anterior ao aditamento do branqueamento ao CP (antes, ele existia em legislação extravagante, em especial na chamada “Lei da Droga”), foi a Lei n.º 11/2004, de 27 de Março, que primeiro introduziu o preceito, logo exigindo o que ainda hoje está em vigor – a mera comissão prévia de *factos ilícitos-típicos de catálogo*. A redacção anterior à agora trazida pela Lei n.º 83/2017, no que aos n.ºs 4 e 5 contende, era a mesma, com a excepção de, nos crimes à época prevenidos nos artigos 172.º e 173.º (abuso sexual de crianças e abuso sexual de menores dependentes), ainda que não tivesse sido apresentada queixa tempestivamente, tal não impedia a punição por branqueamento. Esta última excepção foi eliminada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, pois, à luz da redacção do então vigente art. 178.º, em regra, aqueles delitos eram semipúblicos em sede do princípio da oficialidade. Com a sua transformação em crimes públicos (por via da já citada Lei n.º 59/2007), a referência deixou de ter sentido, pelo que a sua eliminação se impunha.

O problema não está, porém, resolvido. Como se pode saber que existiu um “facto ilícito típico” de catálogo sem que o mesmo tenha sido objecto de pronunciamento judicial? E isto porque *as vantagens branqueadas têm necessariamente de ter uma proveniência ilícita*. Como se apura, então, essa natureza? Através de uma espécie de juízo perfunctório mais ou menos global, ou mesmo de uma *imagem global do facto*? Ora, cremos bem que não. Donde, *sob pena de o próprio crime de branqueamento se não poder aplicar*, por lhe faltar um segmento essencial ao nível do tipo objectivo, *terá sempre de existir uma condenação judicial que reconheça a existência do ilícito antecedente*. Note-se: não tem o facto de ser culposos e/ou punível, o que vai no sentido de o legislador internacional, europeu e nacional ter pretendido sempre, ao longo do tempo, facilitar a punição do branqueamento. Simplesmente, se branquear importa sempre “o quê”, um *complemento directo*, não se concebe, *sob pena de violação do princípio da tipicidade* como elemento da legalidade criminal do art. 29.º da CRP e do art. 1.º, que se não exija a condenação pelo ilícito antecedente. E daqui julgamos não poder sair.

Dito por outras palavras: sendo exacto que o art. 368.º-A encerra um específico conteúdo de ilicitude, o que nos levou a considerar que a não criação de obstáculos à administração da Justiça que busca as vantagens obtidas de proveniência ilícita de catálogo é o único bem jurídico protegido pela incriminação, também é um facto que o branqueamento, *pela forma como o tipo está construído, não vive sem um facto ilícito-típico prévio*. Donde, com a correcção de que se não exige um *crime* anterior, mas um mero *facto ilícito-típico* antecedente, o que nos leva a modificar, neste ponto, a noção de crime composto apresentada, *cremos que tecnicamente o poderemos continuar a classificar deste modo*.

E, como veremos, mesmo a alteração introduzida pelo n.º 5 não é suficiente para mudarmos a nossa posição, algo de idêntico se referindo em face do n.º 4.

IV) A alteração ao n.º 4

O legislador já facilitava, na redacção anterior, os pressupostos essenciais para a verificação do crime de branqueamento, ao não exigir que se soubesse quem haviam sido os autores ou se desconhecesse o *locus delicti* dos ilícitos antecedentes, do mesmo passo que não interessava que estes tivessem sido praticados no estrangeiro, ao abrigo do critério do art. 4.º Prova da relação dual entre o branqueamento e os ilícitos cujas vantagens se branqueiam, uma vez mais entendemos que tal depunha no sentido do dito conceito monista de bem jurídico, pois a administração da Justiça apenas tutelada pelo art. 368.º-A, na verdade, em nada depende desses factores, todos eles relativos a ilícitos precedentes.

A novidade – para além de uma mera reformulação textual – é o acrescento, quanto ao facto de a *predicate offense* ter ocorrido fora do território nacional como tal considerado para efeitos penais, de “salvo se se tratar de factos lícitos perante a lei do local onde foram praticados e aos quais não seja aplicável a lei portuguesa nos termos do artigo 5.º”. Diga-se, desde já, que, à primeira vista, esta parece ser uma *menção redundante*. Assim, quando um facto, ao abrigo do art. 4.º, não é cometido em território nacional (mesmo com a extensão do “critério do pavilhão”), a pretensão punitiva portuguesa só existe se e na medida em que algum dos princípios das alíneas do n.º 1 do art. 5.º se achem preenchidos. Ora, o que se vem agora dizer é que se o delito antecedente, cometido no estrangeiro, à luz do ordenamento jurídico-penal aí vigente, não configurar qualquer ilícito, como regra, não pode o nosso sistema criminal pretender aplicar-se, por razões de certeza e segurança, uma vez que o agente, ao *tempus delicti*, actuou dentro de margens do penalmente atípico e, por isso, permitido. De muito se ressentiriam estes valores e o próprio da legalidade criminal se, mais tarde, ao ocultar o que era lícito, o agente se visse, em Portugal, a braços com um processo-crime por branquear. Ora, só se pode impedir a acção da Justiça relativamente a vantagens ilicitamente obtidas. *Se as mesmas advêm à esfera jurídica do agente por via de um título lícito, não há qualquer branqueamento* se o agente é titular de milhões de euro que adquiriu lícitamente, à luz da *lex loci*, por via de uma dada acção que, todavia, em

Portugal está classificada como delituosa, fruto da natureza bifrontal do art. 368.º-A, em nada se empecilha a investigação criminal, pela linear razão de que, em bom rigor, não existe qualquer investigação. O agente pode, com toda a segurança, colocar esses milhões em *offshores*, p. ex., por nada estar a esconder que lhe tenha advindo de jeito ilícito. Ora, se é assim, então aqui temos mais um argumento no sentido de que a incriminação pelo branqueamento só está preocupada com a boa administração da Justiça e nada mais. Se o que está para trás – a *predicate offense* – nem sequer é *offense*, então falta uma peça fundamental na relação umbilical de que o branqueamento se alimenta, pelo que este, pura e simplesmente, inexistente.

Prosseguindo a análise da inovação legislativa, para o efeito recorrendo a um exemplo, se o delito subjacente, praticado fora do território nacional, como tal definido nos termos do art. 5.º da CRP, for considerado uma acção tipicamente irrelevante do prisma do Direito Penal da *lex loci*, não se pune o agente por branqueamento (perpetrado em Portugal), mas apenas e tão-só se não se aplicar o art. 5.º Ora, como se sabe, se um facto com relevância criminal é praticado fora do território nacional, somente se preenchidos os princípios da protecção dos interesses nacionais, da nacionalidade activa e/ou passiva, da universalidade ou da aplicação supletiva da justiça penal (as várias alíneas do n.º 1, do art. 5.º) é que os tribunais nacionais, no seu conjunto, podem ter a pretensão de julgar tais hipóteses fácticas. Donde, se tal não suceder – excepto os casos de vigência de instrumento de Direito Internacional que o contrário imponha –, nunca a lei penal portuguesa será aplicável, independentemente de, à luz da lei vigente no *locus delicti*, tal facto ser lícito ou ilícito. Uma outra interpretação que o inciso poderia suscitar seria a de considerarmos que, se a *lex loci* formulasse um juízo de desconformidade criminal quanto àquela conduta, praticada no estrangeiro, mesmo assim, ainda que fora das hipóteses taxativas do art. 5.º, n.º 1, se poderia aplicar a lei nacional. Simplesmente, tal hermenêutica violaria, de jeito inapelável, o princípio da legalidade (art. 29.º da CRP e art. 1.º), pelo que é de rejeitar.

Referimos que a norma sob escarpelização parece despropositada e mesmo tecnicamente errada a uma *primeira aparência*. Pois bem, assim não é se tivermos em conta – como já assinalado – que o art. 368.º-A exige a concatenação entre este tipo legal e os instrumentos de Direito Internacional

que nos vinculam. Destarte, a Convenção do Conselho da Europa relativa ao branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime e ao financiamento do terrorismo, assinada em Varsóvia a 16/5/2005 (doravante, Convenção de Varsóvia ⁽¹⁴⁾), no seu art. 9.º, n.º 2, al. a), estabelece que «o facto de as Partes poderem exercer ou não a sua jurisdição relativamente à infracção subjacente não será tido em consideração». E isto mesmo era o preceituado na redacção anterior àquela que agora anotamos. Simplesmente, a versão anterior à actual ia longe demais, por permitir que factos perfeitamente lícitos à luz da *lex loci* pudessem ser perseguidos criminalmente pelos tribunais portugueses, mesmo que se não aplicasse qualquer um dos princípios complementares ao da territorialidade que se acham vertidos no art. 5.º É essa a interpretação a dar ao citado preceito da Convenção de Varsóvia, que admite uma verdadeira competência exorbitante dos ordenamentos jurídico-penais, uma vez que, por regra, a competência para julgar factos ocorridos fora do território nacional se acha limitada a um conjunto taxativo de princípios em que, por via da própria acção do agente, de interesses particularmente importantes em que é ele próprio que, de jeito voluntário, se liga àquele território, ou ainda por protecção dos seus nacionais (como ofendidos ou agentes), o Estado se auto-vincula a punir factos ocorridos para além das suas fronteiras. Mais do que isso é, perdoe-se-nos a expressão, um “*vale tudo*” para punir os criminosos por branqueamento, pois *nem sequer se exige qualquer elemento de conexão* ao Estado que julgará este último delito. Donde, bem andou o legislador ao dizer, em apertado resumo, que os factos lícitos precedentes à luz da *lex loci* só poderão ser sancionados em Portugal se se aplicar o art. 5.º e, com ele, necessariamente, as eventuais restrições do art. 6.º Aliás, embora se não exija o requisito da dupla incriminação nas alíneas a) a d), do n.º 1, do art. 5.º, pela própria natureza dos princípios em causa, tal já se demanda nas alíneas e) a g), o que demonstra a existência de uma *incongruência intra-sistémica* no nosso ordenamento que, com a Lei n.º 83/2017, deixa de existir. Em reforço contrafáctico, a *Convenção de Varsóvia vai longe demais* e permite que mesmo não existindo o requisito de dupla incriminação, se pudesse punir o branqueamento, ainda que o Estado não estivesse autorizado a punir os factos anteriores praticados no estrangeiro em virtude dos princípios complementares ao da territorialidade que a sua

⁽¹⁴⁾ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 82/2009, de 27/8; ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 78/2009, de 27/8, e vigente na ordem jurídica portuguesa desde 1/8/2010.

legislação nacional previsse, por nenhum deles se verificar no caso *sub judice*. Por último, neste ponto, a circunstância de, p. ex., o § 261 do *StGB*, o art. 301, 4 do CP espanhol ou o italiano não disporem de norma similar à agora constante da parte *in fine*, do nosso n.º 4, do art. 368.º-A significa que, sendo esses Estados também Partes na Convenção de Varsóvia, admitem um regime de punição do branqueamento com base em ilícitos antecedentes cometidos no estrangeiro que vão muito para além do razoável. Numa palavra, bem andou o legislador pátrio, ao invés do que *prima facie* parecia. Seguindo o sábio conselho latino, *nimum ne crede colori*.

V) A alteração ao n.º 5

A anterior redacção deste inciso era diametralmente oposta: com a Lei n.º 83/2017, os ilícitos anteriores não têm de ser efectivamente punidos para se verificar o sancionamento das condutas de branqueamento. E isto porque se estabelece que se os mesmos tiverem a natureza semipública (não é crível, tendo em conta a natureza dos bens jurídicos e, em alguns casos, a moldura penal abstracta, que existam *predicate offenses* que se caracterizem como particulares *stricto sensu*, pois se tal sucedesse, também estas estariam abrangidas pela norma), se prescinde da apresentação da queixa para que se possa considerar que o ilícito anterior existe e serve de base à punição pelo art. 368.º-A.

Esta mudança coperniciana, *uma vez mais à primeira vista* – e como se deixou *supra* perfunctoriamente tratado –, afecta a estrutura dual do branqueamento ⁽¹⁵⁾, pois agora admite-se que haja vantagens ilícitas objecto de alguma das formas tipicamente cunhadas que não tenham na sua base um julgamento sobre esses mesmos ilícitos, visto faltar-lhes uma condição de procedibilidade, um verdadeiro pressuposto processual ⁽¹⁶⁾. Tal parece

(15) Na jurisprudência, *inter alia*, ac. do TRC de 22/10/2002, Proc. n.º 0055995, CABRAL AMARAL: «III – O crime de branqueamento de capitais é um crime de conexão que pressupõe o anterior cometimento de um dos factos ilícitos legalmente previstos, colocando-se a par de outros crimes – a receptação e o auxílio material ao criminoso – que, do mesmo modo, pressupõem um ilícito típico precedente.».

(16) Sobre o modo como os encaramos, veja-se o nosso «A falta de condições de procedibilidade para a acção penal e verdadeiras “decisões-surpresa”: interrogações e proposta *de iure condendo*», in: *Revista do Ministério Público*, 155 (2018), pp. 141-167.

dificultar – ou mesmo impossibilitar – a caracterização do tipo de crime como sendo de natureza dual, como vinha sendo até aqui (veja-se *supra*), uma vez que pode haver condenação por branqueamento sem algum tribunal se ter pronunciado sobre o ilícito anterior, se e na medida em que este seja semipúblico e a respectiva queixa não tenha sido tempestivamente apresentada. Assim, a partir desta alteração, para sermos tecnicamente exactos, tudo apontaria para que apenas pudéssemos afirmar que o crime p. e p. pelo art. 368.º-A seria, *em regra*, de natureza dupla, exigindo a concatenação da *predicate offense* e da conduta de branqueamento, pois hipóteses haveria em que esta última seria punida *de per se*, sem a existência de um qualquer pronunciamento judicial quanto à existência desse ilícito prévio.

Simplesmente – de idêntico jeito como já anunciámos acima –, por decorrência lógica, daqui derivaria que o inciso passaria a enfermar de uma *contradição interna insuperável*. Nas hipóteses em que inexistisse condenação anterior por falta do preenchimento do requisito da queixa, como poderia o julgador concluir que as vantagens a que aludem os n.ºs 1 a 3 seriam ilícitas? Nem se diga que, ao julgar o delito de branqueamento, o tribunal deveria, *como questão prévia*, debruçar-se sobre o ilícito anterior, pois estaria absolutamente impedido de o fazer, o que, em bom rigor, impossibilitaria a condenação pelo art. 368.º-A. Dito de outra forma: com o afã de facilitar ao máximo o preenchimento do tipo de branqueamento, o legislador nacional, apenas nestas hipóteses, sublinhe-se, obstaria, na prática, qualquer punição pelo branqueamento, pela linear razão de os n.ºs 1 a 3 exigirem que a vantagem em causa seja *ilícita*, o que não poderia o tribunal apurar. Diferente entendimento violaria o princípio da legalidade criminal. Do mesmo passo, *o ilícito anterior não é uma mera condição objectiva de punibilidade, mas um segmento que integra o tipo objectivo* e que, por isso, exige uma aferição dessa mesma natureza de contrariedade às normas criminais.

Donde, tudo pareceria apontar para que a *intentio legis* tivesse sido a de tornar a punição pelo branqueamento independente da existência de uma *predicate offense* taxativa. Todavia, ao eliminar a necessidade de apresentação tempestiva de queixa quanto a estes últimos, sem o que a prossecução criminal possa ocorrer, privar-se-ia o julgador de comprovar a origem ilícita da vantagem, que é um segmento do tipo objectivo que funciona como *conditio*

sine qua non para a punição pelo art. 368.º-A ⁽¹⁷⁾. Destarte, o efeito útil teria sido exactamente o contrário do pretendido: sem qualquer justificação político-criminal e dogmática, existiria, agora, um conjunto de ilícitos anteriores que, por não poderem ser perseguidos, impediriam a verificação da sua natureza ilícita e é de meridiana clareza que *só se pode branquear aquilo que é ilícito*. Criar-se-ia, deste modo, uma insuportável zona de impunidade que urgiria colmatar, regressando à redacção anterior à da Lei n.º 83/2017, que, enquanto em vigor, conduziria a soluções absurdas e a inexplicáveis lacunas de punição.

A justificação para esta leitura mais imediatista parece encontrar-se na já citada Convenção de Varsóvia ⁽¹⁸⁾, mais precisamente no seu art. 9.º, n.º 5, o qual prevê que «cada uma das Partes garantirá a possibilidade de condenação por branqueamento independentemente de condenação anterior ou simultânea pela prática de infracção subjacente». Simplesmente, nos termos do mesmo diploma (art. 1.º, alíneas *a*) e *b*)), «*produto* designa qualquer vantagem económica resultante ou obtida, directa ou indirectamente, de infracções penais» e por «*bem* compreende[-se] um bem de qualquer natureza, quer seja corpóreo ou incorpóreo, móvel ou imóvel, bem como documentos ou instrumentos jurídicos certificando um título ou um direito sobre o bem», que só se pode entender relacionado com o conceito de produto e que, por isso, aponta necessariamente para a sua origem ilícita. Mais ainda, «infracção subjacente designa qualquer infracção penal em consequência da qual são gerados produtos susceptíveis de se tornarem objecto de uma infracção nos termos do artigo 9.º da presente Convenção». Ora, resulta inequívoco, mesmo na economia deste instrumento internacional, que o branqueamento contende com vantagens ilícitas, o que só pode ser aferido na sequência de um processo criminal onde, com todas as garantias de defesa, tal seja afirmado transitadamente. Se tal não sucede, por falta de prossecução criminal da *predicate offense*, então como se pode dizer, sequer, que existe o crime do art. 368.º-A?

(17) Entre uma jurisprudência abundante neste sentido, cf. o ac. do TRL de 18/7/2013: «IX. O crime de branqueamento previsto nos n.ºs 2 e 3 do art. 368.º-A do Código Penal supõe o desenvolvimento de actividades que, podendo integrar várias fases, visam dar uma aparência de origem legal a bens de origem ilícita, assim encobrando a sua origem, conduzindo, na maior parte das vezes a «um aumento de valores, que não é comunicado às autoridades legítimas». Sem um crime precedente como tal previsto à data da transferência do capital, não há crime de branqueamento.».

(18) Assim, o ac. do TRL de 6/6/2017, Proc. n.º 208/13.9TELSB.G.L1-5, RICARDO CARDOSO, embora não conclua como fazemos em texto, não explorando as consequências, para nós inconstitucionais, de uma pura e simples aplicação literal do preceito da Convenção de Varsóvia.

Donde, é para nós inconstitucional o entendimento segundo o qual se pode condenar alguém por branqueamento quando a sua natureza ilícita não está *demonstrada com o efeito de res judicata*, o que sempre importa, por decorrência lógica, que se tenha concluído pela existência de ilícito antecedente. Note-se que a nossa objecção não tem tanto que ver com a possibilidade aberta pela Convenção de Varsóvia (art. 9.º, n.º 5) de não ter de existir condenação pela *predicate offense* para tal ocorrer quanto ao branqueamento. E isto porquanto – aqui está o cerne do problema –, podendo eventualmente fazer sentido em abstracto, *tal hermenêutica* não funciona na prática, visto ser elemento central do tipo objectivo do art. 368.º-A que as vantagens sejam *ilícitas*. E essa ilicitude – necessariamente criminal, sob pena de implosão do princípio da aplicação subsidiária e de *ultima ratio* do nosso ramo de Direito – *não se basta com qualquer “consideração perfunctória” de ilicitude*, obtida não se sabe bem como, eventualmente fora do processo – *nullum crimen sine iudicio*. Donde, é pela própria natureza das coisas, diríamos, ou melhor, pelo próprio *modus aedificandi criminis* do branqueamento que se terá de exigir que a vantagem em causa, que se visa ocultar do normal funcionamento da Justiça, seja ilícita, o que sempre exigirá, sob pena – repita-se – de violação da legalidade criminal, que se tenha concluído, com a força do caso julgado, que existiu um ilícito antecedente. Com o que se critica a Convenção de Varsóvia e o que nos parece ser uma sua contradição interna – ao menos na leitura assinalada – e que não se sobrepõe aos preceitos constitucionais, mesmo conhecida que é a *vexata quaestio* do lugar de proeminência entre o Direito Constitucional e o Internacional Público, pela linear razão de a legalidade criminal do art. 29.º da CRP ser um dos esteios do Estado de Direito democrático (artigos 1.º e 2.º do mesmo diploma), erigidas em verdadeiras “jóias supremas” do nosso ordenamento jurídico em que se não pode, de todo, admitir qualquer concessão a hermenêutica que o vulnere, provenha ela de que ramo de Direito provier.

Donde, *brevitatis causa*, cremos que só com a interpretação que patrocinamos – ou seja, que mau grado a redacção do actual n.º 5, na senda da Convenção de Varsóvia, o modo como o tipo objectivo do branqueamento está estruturado exige sempre que se conclua, em processo penal, que existiu ilícito antecedente – se garante o respeito pelo princípio da legalidade, na

modalidade da tipicidade, pois hermenêutica diversa implodiria o próprio art. 368.º-A, *acabando por punir branqueamento de vantagens que não provêm de condutas ilícitas*, o que manifestamente não pode ter sido a *intentio legis* (art. 9.º, n.º 3 do Código Civil). O *modo de articulação multinível entre a legislação nacional e a internacional* é deficiente e julgamos que somente desta forma o actual n.º 5 não torna imprestável, por inconstitucional, todo o crime de branqueamento.

O que vimos de dizer em nada se altera – reforça-se, mesmo – quando compulsamos a já citada Directiva (UE) 2015/849, cuja Lei ora em análise visou transpor para a ordem interna, uma vez que o seu art. 1.º, em qualquer das modalidades típicas definitórias de branqueamento refere-se sempre a actividades «com origem ilícita», pelo que a nossa discórdia se coloca com a mesma acuidade.

Num brevíssimo relance de Direito Comparado, pensamos encontrar mais razões para o que vimos de sufragar. Assim, um ordenamento tão exigente como o alemão não trilhou o caminho do legislador pátrio, a propósito do n.º 5, do art. 368.º-A ⁽¹⁹⁾. O § 261 do *Strafgesetzbuch* (*StGB*: Código Penal germânico) – *Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte* – não prevê disposição paralela perante um catálogo fechado de ilícitos precedentes, referindo-se sempre à natureza ilícita das vantagens objecto de branqueamento (*rechtswidrigen Tat*) ⁽²⁰⁾. Aliás, o Tribunal Constitucional deste país ⁽²¹⁾ afirmou já que a solvabilidade constitucional do § 261 do *StGB* depende da prova do conhecimento da origem ilícita das vantagens, o que, se não exige

(19) Neste Estado, o primeiro diploma sobre a matéria foi a *Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift-handels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität* (*OrgKG*), de 15/7/1992, com entrada em vigor a 22/9 do mesmo ano, a qual introduziu o § 261 do *StGB* e tem sido sucessivas vezes alterada, sobretudo no sentido do aumento do catálogo de ilícitos antecedentes. Mais tarde, surge a *Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten* (*Geldwäschegesetz – GwG*), de 25/10/1993, revista em 2008 e 2011, na sequência da chamada “terceira directiva” (2005/60/UE, de 26/10/2005). Em 23/3/2017, o *Bundestag* aprovou a *Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung*, com entrada em vigor em 1/7/2017, sobretudo para dar pleno cumprimento às obrigações resultantes da transposição da Directiva 2014/42/UE, de 3/4/2014, atinente ao congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia, conhecida como “quarta directiva”. Em Junho de 2018 foi já anunciada a “quinta directiva”, que deverá ser transposta pelos Estados-Membros até 10/1/2020. Trata-se da directiva 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30/5/2018, a qual altera a Directiva (UE) 2015/849 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo e que altera as Directivas 2009/138/CE e 2013/36/UE.

(20) Neste sentido, por todos, THOMAS FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 63. Auflage, München: Beck, 2016, § 261, Rn. 4.

(21) BVerfG 2 BvR 1520/01, 2 BvR 1521/01 (Zweiter Senat), de 30/3/2004, in: *HRRS* (2004), 238, disponível em <https://www.hrrr-strafrecht.de/hrrr/bverfg/01/2bvr-1520-01.php3>

um verdadeiro crime em sentido técnico-jurídico, demanda sempre um facto ilícito-típico (mesmo que não culposos e/ou não puníveis), como sucede entre nós. E, como é evidente, a Alemanha está sujeita às mesmas imposições legais da União Europeia e do Conselho da Europa, reforçando a certeza de que, em Portugal, amiudadas vezes, a transposição de normativos internacionais se opera de modo acrítico. Na mesma senda se encaminhou o *StGB* austríaco, no seu § 165 (*Geldwäscherei*). De jeito idêntico – e até mais exigente, por demandarem a verificação anterior de um *crime* em sentido técnico-jurídico –, o art. 301, n.º 1 do CP espanhol impõe que a origem das vantagens advinha de *una actividad delictiva*, usando ainda as locuções *origen ilícito* e *infracción o infracciones*. Coisa diversa não sucede em Itália, onde o correspondente CP, no art. 648 bis (*riciclaggio*), exige sempre a prática precedente de um *delitto*, o mesmo se passando com o art. 648 ter (*impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita*).

Porto, Outubro de 2018.