

A DISSIMULAÇÃO DOS PAGAMENTOS NA CORRUPÇÃO SERÁ PUNÍVEL TAMBÉM COMO BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS?

Pelos Prof. Doutor Paulo de Sousa Mendes ()*

*Dr.^a Sónia Reis (**)*

*Dr. António Miranda (***)*

Introdução

O branqueamento de capitais ⁽¹⁾ é um crime recente. Trata-se de uma construção legislativa que nasceu da necessidade político-criminal de melhorar os resultados da perseguição penal contra certas formas de criminalidade organizada. Age-se contra os intermediários das operações de reciclagem dos proventos ilícitos como meio de atingir os negócios e os autores do crime organizado ⁽²⁾.

(*) Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL).

(**) Assistente Estagiária da FDUL.

(***) Licenciado em Gestão, MBA.

⁽¹⁾ A expressão *branqueamento de capitais* ou, se se preferir, *lavagem de dinheiro* (*money laundering*) foi inicialmente usada nos Estados Unidos da América (E.U.A.), nos anos 20 e 30 do século passado, para caracterizar os esquemas das máfias americanas de aquisição e exploração de lavandarias, entre outros negócios legais, como forma de misturar o dinheiro de origem criminosa com o dinheiro adquirido licitamente. O fenómeno da lavagem de dinheiro nunca mais deixou de assumir novas formas e maiores proporções.

⁽²⁾ Os E.U.A. criminalizaram pela primeira vez em todo o mundo o branqueamento de capitais, através do *Money Laundering Control Act* de 1986. Coube à Inglaterra e à Suíça criar, à escala europeia, as primeiras normas penais especificamente dirigidas

Na verdade, a investigação do branqueamento permite seguir a pista do dinheiro e descobrir assim os beneficiários económicos, os quais, como se imagina, só podem ser os autores dos crimes subjacentes ⁽³⁾.

A latitude de certas definições do branqueamento de capitais acaba, no entanto, abrangendo não apenas os intermediários das operações de reciclagem ⁽⁴⁾, mas também os promotores das mes-

contra o branqueamento, já depois da entrada em vigor nos E.U.A. das disposições sobre branqueamento de capitais.

À escala global, há a considerar os seguintes marcos, por ordem cronológica: a) Recomendação do Conselho da Europa de 27 de Junho de 1980, que continha disposições contra a transferência e dissimulação de fundos de origem ilícita; b) Convenção das Nações Unidas sobre tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, assinada em Viena em 20 de Dezembro de 1988, que foi a primeira convenção internacional a versar a matéria do branqueamento, obrigando à sua criminalização em caso de tráfico de drogas; c) Grupo de Acção Financeira sobre o Branqueamento de Capitais (G.A.F.I.), instituído em 1989 por iniciativa do então G7, que foi criado com a missão de promover a luta contra o branqueamento de capitais à escala mundial (as suas 40 Recomendações de 1990, sucessivamente revistas e acrescentadas em 1996 e 2003, constituem os princípios unanimemente aceites do combate ao branqueamento); d) Convenção n.º 141 do Conselho da Europa relativa ao branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime, assinada em Estrasburgo em 8 de Novembro de 1990, que impôs a criminalização do branqueamento dos produtos de um número de crimes mais amplo do que os da Convenção de Viena; e) Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional, aprovada em 15 de Novembro de 2000 e em vigor na ordem jurídica internacional desde 29 de Setembro de 2003, que impôs aos Países a obrigação de criminalizarem o branqueamento de bens resultantes de infracções principais definidas como graves, designadamente as puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 4 anos, e definiu medidas de controlo de bancos e de outras entidades expostas ao branqueamento, bem assim como defendeu a criação de mecanismos de cooperação nacional e internacional.

⁽³⁾ Cf. STESSENS, Guy, *Money Laundering – A New International Law Enforcement Model*, Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2000, pp. 84-87.

⁽⁴⁾ Por regra, os estádios do branqueamento de capitais são os seguintes: a colocação (*placement*), a camuflagem (*layering*) e a integração (*integration*). Primeiro, o dinheiro é colocado nalgum ponto do sistema financeiro legal (por exemplo: bancos, casas de câmbio, intermediários financeiros, casinos, etc.). Segundo, a proveniência do dinheiro é camuflada através de sucessivas operações de transferência (por exemplo, de uma conta para outra, de uma instituição financeira para outra, de uma pessoa para outra, de um país para outro, etc.). Terceiro, o dinheiro já lavado é usado em actividades lícitas (por exemplo, a compra de bens de luxo, a compra de valores mobiliários, o investimento em actividades económicas, etc.).

A propósito, cf. PAUL, Jorge Patrício, "A Banca perante o branqueamento de capitais", in *Revista da Banca (RB)*, n.º 26 (Abril-Junho 1993), (pp. 41-71) pp. 47-48 e depois

mas. Assim se compreende que possa surgir a questão de saber se o agente da infracção antecedente ⁽⁵⁾ também pode ser punido pelo crime de branqueamento.

A Convenção de Estrasburgo de 1990 ⁽⁶⁾ admite que as Partes prevejam, nas respectivas ordens jurídicas, que as infracções de branqueamento nunca se apliquem aos agentes da infracção precedente ⁽⁷⁾. Nessa linha, a Alemanha (§ 261. do *Strafgesetzbuch*) e a Itália (artigo 648.ºbis do *Codice Penale*) excluem do branqueamento os autores e os participantes do crime principal ⁽⁸⁾. Já a lei

desenvolvadamente p. 61 ss.; BRANDÃO, Nuno, *Branqueamento de capitais — O sistema comunitário de prevenção*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 17; PINHEIRO, Luís Goes, “O branqueamento de capitais e a globalização (Facilidades na reciclagem, obstáculos à repressão e algumas propostas de política criminal)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (RPCC), ano 12 (Outubro- Dezembro 2002), (pp. 603-648) p. 607; CANAS, Vitalino, *O crime de branqueamento - Regime de prevenção e de repressão*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 21-22; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “Branqueamento (de capitais): da metáfora à legitimidade da incriminação (que tutela jurídico-criminal?)”, in AA.VV., *Volume Comemorativo 20 anos — Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna* (coord.: Germano Marques da Silva e Manuel Monteiro Guedes Valente), Coimbra: Almedina, 2005, (pp. 711-754) p. 717 ss., e MENDES, Paulo de Sousa, “O branqueamento de capitais e a criminalidade organizada”, in AA.VV., *Estudos de Direito e Segurança* (orgs.: Jorge Bacelar Gouveia e Rui Pereira), Coimbra: Almedina, 2007 (pp. 337-349), p. 337.

Note-se que o esquema das três fases é estilizado, pois na generalidade dos casos reais está longe de se verificar. Sobre isto, cf. SAVLA, Sandeep, *Money Laundering and Financial Intermediaries*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 2001, pp. 10-17.

⁽⁵⁾ “Crime antecedente”, “precedente” ou “subjacente”, ou então “crime principal” ou “de base”, são tudo expressões vulgarmente utilizadas pelos AA. e pela própria legislação para qualificar o crime escondido através do branqueamento de capitais (por todos, cf. CANAS, Vitalino, *O crime de branqueamento*, cit., p. 14).

⁽⁶⁾ Cf. nota 2.

⁽⁷⁾ Cf. GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes, *Do crime de “branqueamento” de capitais — Introdução e tipicidade*, Coimbra: Almedina, 2001, pp. 236-237. Igualmente, cf. CABRAL, Jorge de Almeida, “O crime de branqueamento de capitais”, in AA.VV., *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*, vol. II, cit. (pp. 73-86), p. 79.

⁽⁸⁾ Cf. GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes, *Do crime de “branqueamento” de capitais*, cit., p. 238. Igualmente, CABRAL, Jorge de Almeida, “O crime de branqueamento de capitais”, in AA.VV., *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*, vol. II, cit. (pp. 73-86), p. 80. Especificamente sobre o direito penal alemão, RUSS, Wolfgang, “Comentario al parágrafo 261 del Código Penal alemán: el blanqueo de dinero”, in *Direito - Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 6, n.º 1 (1997), (pp. 179-196) p. 187.

penal espanhola (artigo 301.º do *Código Penal*) e a suíça (§ 305. do *Strafgesetzbuch*) omitem a questão. Pelo contrário, a lei penal portuguesa admite expressamente o branqueamento de vantagens “obtidas por si” (368.º-A, n.º 2, do Código Penal — CP) ⁽⁹⁾, no que parece ser uma alusão à possibilidade de concurso efectivo entre o crime principal e o branqueamento. Porém, a questão não morre aqui. Ainda é uma questão premente entre nós, a qual terá de ser considerada à luz dos princípios de direito penal e dos dados de direito comparado, se quisermos chegar a uma solução materialmente justa. Daí a conveniência de uma discussão aprofundada sobre o ponto.

No presente escrito, vamos apreciar somente uma das muitas instâncias possíveis desse problema, nomeadamente a questão de saber se um corruptor também pode ser punido pelo crime de branqueamento, se porventura tiver dissimulado através de complexos movimentos de contas bancárias a entrega da peita ao funcionário.

A corrupção é um crime antigo, que já vem do direito romano, pelo menos ⁽¹⁰⁾. A punição do corruptor, enquanto tal, esgotava

⁽⁹⁾ O Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, que reviu a legislação de combate à droga, criminalizou o branqueamento de capitais pela primeira vez em Portugal (artigo 23.º). O Decreto-Lei n.º 313/93, de 15 de Setembro, manteve a relação do branqueamento com o crime de tráfico de estupefacientes. O Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de Dezembro, acrescentou à lista de crimes subjacentes o terrorismo, o tráfico de armas, a extorsão de fundos, o rapto, o lenocínio, a corrupção e outras infracções previstas na Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro (Medidas de Combate à Corrupção e Criminalidade Económica e Financeira). Aquele decreto-lei seria sucessivamente alterado pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 275-A/2000, de 9 de Novembro, pela Lei n.º 104/2001, de 25 de Agosto, e pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro. Seguidamente, a Lei n.º 10/2002, de 11 de Fevereiro, alargou os crimes subjacentes, que passaram a incluir o tráfico de produtos nucleares, o tráfico de pessoas, o tráfico de órgãos ou tecidos humanos, a pornografia com menores, o tráfico de espécies protegidas e a fraude fiscal, bem como todos os crimes punidos com pena de prisão de limite máximo superior a 5 anos (critério misto qualitativo e quantitativo).

De 1993 a 2004, o branqueamento manteve-se sempre fora do Código Penal. A Lei n.º 11/2004, de 27 de Março (Lei do Branqueamento), transferiu as normas incriminadoras do branqueamento para dentro do Código, passando as mesmas a constar do artigo 368.º-A CP.

⁽¹⁰⁾ Cf. Luisi, Nicola Demetrio, “Considerazioni sulla determinatezza normativa della legislazioni romana in materia di *crimen repetundarum*”, in AA.VV., *La corruzione — Profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, Padova: CEDAM, 2003, pp. 163-211.

dantes o merecimento e a necessidade de pena reclamados pelo Estado. A hipótese da punição do corruptor também como autor de um crime de branqueamento é um problema do direito penal dos nossos dias. Não podemos deixar de notar desde já que seria preciso uma enorme carga de legitimação para explicar essa dupla punição, pois parece haver aqui uma violação do princípio *non bis in idem* (i.e., o princípio segundo o qual ninguém pode ser condenado duas vezes pelo mesmo facto).

I. O crime principal e o crime de conexão

O crime de branqueamento é um crime de conexão ⁽¹¹⁾. Tal expressão traduz a ideia de que a perseguição penal do branqueamento potencia a investigação, a identificação e a punição dos autores e participantes dos crimes subjacentes, sejam quais forem esses crimes ⁽¹²⁾. Nesse sentido, a ideia de conexão realça precisamente o carácter instrumental desta incriminação.

A inclusão do artigo 368.º-A CP no âmbito dos crimes contra a realização da justiça, a par de crimes como o falso testemunho, a denúncia caluniosa ou a prevaricação, mostra bem que a perseguição do branqueamento visa melhorar genericamente a operatividade do sistema de justiça na luta contra o crime e a criminalidade organizada que o promove. Por conseguinte, a ideia de conexão ressurge nesta alusão à realização da justiça, que é uma função do Estado que se densifica através das concretas actividades de investigação, identificação e punição dos agentes dos crimes subjacentes ⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ Sobre a terminologia referida no texto e outras análogas, com indicações bibliográficas, cf. CANAS, Vitalino, *O crime de branqueamento – Regime de prevenção e de repressão*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 13-14.

⁽¹²⁾ Cf. CANAS, Vitalino, *O crime de branqueamento*, cit., p. 17.

⁽¹³⁾ No contexto da tutela da administração da justiça, há quem releve especialmente a pretensão estadual ao confisco das vantagens do crime, pretensão essa que é ameaçada pelo branqueamento. Nesse sentido, cf. GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes, *Do crime de “branqueamento” de capitais*, cit., pp. 142-143.

Resta saber se cabe à incriminação do branqueamento a tutela adicional de algum bem jurídico autónomo ou se, pelo contrário, ela se limita a reforçar a tutela já conferida pelos tipos de crimes subjacentes. Ninguém nega que a multiplicação de actividades de branqueamento possa afectar seriamente a ordem sócio-económica, ao nível macro ⁽¹⁴⁾ e micro-económico ⁽¹⁵⁾. O branqueamento também pode ameaçar a estabilidade e o funcionamento das instituições do Estado democrático, pois anda normalmente associado à criminalidade altamente organizada (quer dizer: os cartéis, as máfias, as tríades, as yakuzas, etc.), que usa o produto do branqueamento para a corrupção das estruturas de poder, o controlo dos *media*, etc. ⁽¹⁶⁾. Só que a protecção da ordem sócio-económica e das instituições do Estado não fundamenta a punição do branqueamento. Na verdade, a protecção de tais interesses públicos acaba sendo apenas um efeito secundário, aliás incerto, da punição do branqueamento.

⁽¹⁴⁾ O fenómeno do branqueamento de capitais constitui uma ameaça às “políticas estabelecidas, dando sinais errados aos mercados e decisores e podendo afectar seriamente a estabilidade das vulneráveis economias dos chamados mercados emergentes. Com efeito, os pontos de passagem e os destinos, em termos de países e sectores de actividade, dos capitais objecto de branqueamento são determinados não em função das melhores expectativas de rentabilidade, mas sim da menor probabilidade de detecção da sua origem criminosa. Dados os enormes montantes normalmente envolvidos nas operações de reciclagem e a velocidade a que esses valores circulam, este critério de decisão confunde os operadores e pode originar situações de instabilidade monetária pelos efeitos que produz nas taxas de câmbio e de juro. Esse factor de decisão leva também a que os capitais deixem de ser aplicados nos sectores de actividade onde se verifica a procura do mercado ou que as políticas económicas definiram como sectores de investimento prioritário, o que acarreta distorções no mercado e põe em causa o respectivo desenvolvimento económico” (BRANDÃO, Nuno, *Branqueamento de capitais - O sistema comunitário de prevenção*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 21).

⁽¹⁵⁾ O branqueamento de capitais provoca situações de concorrência desleal e perturba a circulação dos bens no mercado, na medida em que “são frequentemente usadas empresas de fachada, as quais para manter uma aparência de legalidade acabam por entrar no mercado e concorrer com as outras empresas já instaladas. O desafogo financeiro em que vivem, fruto das regulares injeções de capitais, permite-lhes subverter as regras do jogo, praticando preços mais baixos e políticas comerciais, que a concorrência não consegue acompanhar” (*ibid.*).

⁽¹⁶⁾ Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira, “Branqueamento de capitais: reacção criminal”, in AA.VV., *Estudos de Direito Bancário*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, (pp. 337-358) p. 338, e CANAS, Vitalino, *O crime de branqueamento*, cit., pp. 17-18.

Pelo contrário, a criação do branqueamento como crime de conexão nasceu da necessidade de se tornar mais eficaz a protecção já dispensada aos bens jurídicos ameaçados pelas infracções subjacentes ⁽¹⁷⁾. Tal é o fundamento da punição do branqueamento.

II. O crime de branqueamento e a condição objectiva de punibilidade

Resulta do artigo 368.º-A, n.º 1, CP que a condição objectiva de punibilidade do crime de branqueamento de capitais é um “facto ilícito típico”. Tal não é necessariamente um crime, pois o facto pode não ser culposo ou o seu agente não ser punível ⁽¹⁸⁾. Por que razão a lei se basta com um facto ilícito típico, não exigindo então um verdadeiro crime? A resposta, devemos buscá-la mais uma vez na figura do crime de conexão, pois o branqueamento é que desperta as suspeitas da prática de ilícitos que depois terão de ser adrede investigadas no âmbito de processos-crime abertos para o efeito ⁽¹⁹⁾. Só então serão averiguadas as questões da culpabilidade e da punibilidade.

Isso implica admitir, na prática, a punição do branqueamento mesmo que não se consiga, por dificuldades de prova ou outras, castigar os agentes dos crimes subjacentes. No limite das possibilidades, a punição do branqueamento terá lugar ainda que o crime subjacente não esteja abrangido, no caso concreto, pelas regras gerais de aplicação da lei penal portuguesa ⁽²⁰⁾. Tal foi o preço que o legislador não se importou de pagar para impor, como estratégia de política criminal, o *follow the money*.

⁽¹⁷⁾ Neste sentido, cf. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Estudos de Direito Bancário*, cit., p. 337, e GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes, *Do crime de “branqueamento” de capitais*, cit., p. 239.

Não é a nossa opinião, mas interessa referir que há também quem considere que “a ideia de que o bem jurídico protegido pelo tipo do branqueamento é de modo geral o mesmo que o do facto ilícito típico subjacente não tem mais viabilidade” (CANAS, Vitalino, *O crime de branqueamento*, cit., p. 16).

⁽¹⁸⁾ Tal como noutros ordenamentos jurídicos. Por exemplo, o espanhol (cf. BAJO, Miguel/BACIGALUPO, Silvina, *Derecho Penal Económico*, cit., p. 687).

⁽¹⁹⁾ Cf. STESSENS, Guy, *Money Laundering – A New International Law Enforcement Model*, Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2000, pp. 84-87.

⁽²⁰⁾ Cf. CANAS, Vitalino, *O crime de branqueamento*, cit., pp. 165-167.

Assim se percebe a crítica dos que dizem, neste contexto, que “o sistema repressivo tende a deslocar-se dos culpados para os inocentes” ⁽²¹⁾. O facto de os crimes subjacentes ficarem muitas vezes por punir acarreta, na verdade, o perigo de as instâncias formais de controlo social perderem de vista a função última da punição do branqueamento e recentrarem a sua atenção única e exclusivamente no fenómeno do branqueamento.

Outra manifestação desse mesmo desvio ocorre quando se investiga o crime de branqueamento como extensão dos crimes subjacentes. Pelo contrário, a perseguição directa dos crimes subjacentes até deveria frenar a busca dos potenciais branqueadores de proventos desses crimes, pois o universo do branqueamento é tendencialmente inesgotável e não se pode esbanjar os recursos do sistema penal num combate sem fim à vista ⁽²²⁾.

Tais desvios contribuíram para tornar o branqueamento na causa final da perseguição penal, ficando entretanto esquecidas as verdadeiras razões de política criminal que impuseram a sua criminalização. Não admira que surjam agora vozes a defender que devem ser punidos como branqueadores os próprios agentes dos crimes principais, pois o branqueamento parece ter ganho um estatuto de crime autónomo, em vez de ser considerado um crime de conexão. Mas isso é um erro.

III. O concurso do crime principal com o branqueamento de capitais

Surgiu assim a questão de saber se é admissível o concurso efectivo entre o crime principal e o branqueamento.

⁽²¹⁾ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Estudos de direito bancário*, cit., p. 343.

⁽²²⁾ Outra coisa é a prevenção genérica do risco de as entidades financeiras ou outras (e.g., os casinos) patrocinarem a lavagem de dinheiro. Só que essa prevenção já não é da competência das autoridades judiciárias, mas das autoridades administrativas independentes. Com efeito, cabe às últimas a vigilância do modo como as entidades financeiras e não financeiras cumprem os vários deveres de prevenção do branqueamento. Se os não cumprirem, as autoridades administrativas independentes promovem os correspondentes processos de contra-ordenação.

1. *O estado da discussão na doutrina portuguesa*

Começamos pela posição de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, que citamos de seguida: “[o] sentido do branqueamento de capitais não é o de atingir o agente da infracção principal. A situação deste foi já considerada com a penalização desta infracção. Quem se pretende atingir agora são outras pessoas que estejam na rota do dinheiro. Ao mesmo tempo propicia-se que se chegue ao agente da infracção principal. Somos assim de parecer que o agente da infracção principal nunca responde simultaneamente por esta e pelo branqueamento de capitais. Se for detectado, o branqueamento que realizou representa um facto posterior não punível” (23).

Também JORGE GODINHO defende que “as intervenções posteriores à consumação nunca são puníveis quando realizadas pelo agente do ilícito-típico precedente. Só assim não seria se no caso de branqueamento de capitais existissem fortes razões que apontassem em sentido diverso. Razões que cremos não existirem. Dever-se-á considerar que 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” (24). Donde, o citado A. conclui o seguinte: “[o] branqueador terá pois de ser pessoa diversa da que cometeu a infracção geradora dos lucros. Pelo que não é punível o branqueamento de capitais obtidos pelo próprio através das infracções precedentes” (25)/(26).

(23) Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Estudos de Direito Bancário*, cit., pp. 347-348.

(24) GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes, *Do crime de “branqueamento” de capitais*, cit., pp. 238-239.

(25) GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes, *Do crime de “branqueamento” de capitais*, cit., p. 240.

O A. citado acrescentava um argumento, o qual, porém, só é inteligível se nos reportarmos à primeira tipificação do crime de branqueamento no ordenamento jurídico português, no âmbito da Lei da Droga: “Para esta conclusão pode-se também aduzir um argumento de ordem literal: na alínea a) a conduta consiste em ‘auxiliar uma pessoa’, o que só pode significar ‘auxiliar outra pessoa’, pois não faria muito sentido dizer que uma pessoa se auxilia a si própria” (*ibid.*).

(26) No mesmo sentido, na doutrina espanhola, cf. BAJO, Miguel/BACIGALUPO, Silvina, *Derecho Penal Económico*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 689, com citação de doutrina concordante na nota 33.

Não ignoramos, porém, que a doutrina nacional até tem crescido em sentido contrário, aliás acobertada pelo argumento de que a lei passou a admitir expressamente o branqueamento de vantagens obtidas pelo próprio branqueador ⁽²⁷⁾. Mas cremos que esta orientação reflecte sobretudo a tendência que há, e que já criticámos, para se esquecer os motivos de política criminal que estiveram na génese da criminalização do branqueamento.

2. *A jurisprudência portuguesa*

Não há jurisprudência uniforme dos tribunais superiores sobre a questão em apreço.

A propósito do concurso entre tráfico de estupefacientes e branqueamento, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), de 23 de Março de 2000 (in *Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça – Secção Criminal*, II-229), no qual se entendeu que: “agentes deste crime [o previsto no artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, já revogado] têm de ser pessoas diferentes dos traficantes e que sabendo que os bens ou *produtos* são provenientes da prática do crime de tráfico de estupefacientes praticam qualquer dos actos das als. a), b) e c) em seu proveito próprio ou em benefício do próprio traficante”. O mesmo entendimento foi seguido em outros Acórdãos, designadamente no do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), de 22 de Outubro de 2002 (Processo n.º 0055995, Relator: Cabral Amaral) ⁽²⁸⁾.

Mais recentemente, a posição oposta tem vindo a ganhar terreno na jurisprudência. Neste tocante, é especialmente significativo o Acórdão do STJ n.º 13/2007, de 22 de Março de 2007 (Processo n.º 220/05, Relator: Sousa Monte), que fixa jurisprudência — expressamente contra o Acórdão de 23 de Março de 2000 — no sentido de o traficante de droga dever ser punido também por branqueamento, em concurso real (na vigência do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro), do mesmo passo que,

⁽²⁷⁾ Neste sentido, cf. CANAS, Vitalino, *O crime de branqueamento*, cit., p. 157.

⁽²⁸⁾ On-line: <http://www.dgsi.pt>.

em *obiter dictum*, afasta genericamente todas as objecções à punição pelo concurso real dos autores dos crimes precedentes que realizem operações de reciclagem dos proventos desses crimes.

3. Tomada de posição

É facto que a lei admite expressamente o branqueamento de vantagens obtidas pelo próprio branqueador. Por conseguinte, é configurável a hipótese de uma mesma pessoa preencher o tipo de crime de branqueamento e, em relação com este, preencher também outro tipo de crime qualquer que faça parte integrante do catálogo dos crimes subjacentes. Mas o concurso que intercede entre o branqueamento e o crime subjacente só pode ser aparente ou de normas, nunca efectivo ou de infracções. O concurso aparente ou de normas é aquele em que a aplicação de uma norma incriminadora exclui a aplicação de outra ou outras ⁽²⁹⁾. As relações de concurso aparente decorrem de uma correcta interpretação da lei penal, além de que são impostas pelo princípio *ne bis in idem*, que é princípio constitucional assegurado pelo artigo 29.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa (CRP). Neste caso, o concurso aparente é imposto pela circunstância de o branqueamento ser um crime de conexão, o que faz com que seja consumido pelo crime subjacente praticado pelo mesmo agente.

IV. A corrupção activa e o branqueamento de capitais

O mesmo raciocínio vale para os casos em que o crime subjacente é a corrupção activa praticada pelo próprio agente.

Ademais é natural que o agente da corrupção activa pretenda evitar os riscos da perseguição penal. Nesse caso, a ordem jurídica

⁽²⁹⁾ Cf. CORREIA, Eduardo, *Direito criminal* (com a colaboração de Figueiredo Dias), vol. II, Coimbra: Almedina, 2004 (reimp. da 1.ª ed., 1965), p. 204.

não pode valorar autonomamente — como branqueamento — a dissimulação da entrega do suborno, a menos que se entenda que o criminoso tem o dever de expor o próprio crime, auto-incriminando-se, o que é inaceitável (basta lembrar, como lugar paralelo no direito processual penal, o *privilege against self-incrimination* ⁽³⁰⁾ ⁽³¹⁾).

V. A corrupção passiva e o branqueamento de capitais

Embora o Código Penal, à semelhança de outras legislações penais estrangeiras como a alemã, separe a corrupção activa (artigo 374.º CP) da corrupção passiva (artigos 372.º e 373.º CP), materialmente estamos perante uma única realidade.

Historicamente, a punição autónoma da corrupção activa corresponde à tradição do direito penal português. As antigas Ordenações Filipinas (1603), que vigoraram até ao Código Penal português de 1852, puniam a actividade do particular que, por via directa ou indirecta, oferecesse dádivas a funcionários, consistindo essa punição na perda da fazenda — metade para a Câmara Real e outra para o acusador — e na perda dos ofícios, cargos, ordenados e mantimentos que porventura possuísse ou recebesse, sanções a que acrescia o degredo de cinco anos para África. Se o donativo se destinasse a juiz ou oficial perante quem o particular andasse a feito ou requeresse desembargo, além das assinaladas penas, veria de imediato negado o seu direito ou pretensão ⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ O direito à não auto-incriminação é reconhecido por vários instrumentos de direito internacional convencional. Em especial, veja-se o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e a sua interpretação pela Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). Mas veja-se sobretudo a alínea g) do n.º 3 do artigo 14.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), adoptado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas (AG-NU), um normativo que é taxativo quanto ao direito de a pessoa “não ser obrigada a prestar declarações contra si própria nem a confessar-se culpada”.

⁽³¹⁾ Neste sentido, cf. BAJO, Miguel/BACIGALUPO, Silvina, *Derecho Penal Económico*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 689, nota 33.

⁽³²⁾ Cf. FREIRE, Pascoal José de Mello, *Institutiones Juris Criminalis Lusitani liber singularis*, ed. quinta in usum auditorii Conimbricensis, Conimbricae, Typis Academicis,

O sistema manteve-se no Código Penal português de 1852 ⁽³³⁾/1886 ⁽³⁴⁾.

No Anteprojecto de Parte Especial do Código Penal (1966), da autoria de EDUARDO CORREIA, qualificava-se a oferta de suborno não aceite pelo funcionário como “instigação à corrupção” (artigo 453.º ⁽³⁵⁾), o que revelava a influência italiana de concepção do crime de corrupção como (um único) crime de participação necessária. Mas essa figura desapareceu logo nos posteriores projectos. No Projecto de 1979, o último que antecedeu o Código Penal de 1982, a oferta de suborno aparecia já como “tentativa de corrupção” (artigo 446.º ⁽³⁶⁾), ou seja, uma antecâmara da autonomização da corrupção activa como crime, na medida em que tratava o particular como autor do seu próprio crime de corrupção, e já não

1860 (1.ª ed., 1794), pp. 72-73 (*De pecuniis repetundis*). Existe tradução em língua portuguesa: “Instituições de direito criminal português” (prefácio de Francisco José Velozo e tradução por Miguel Pinto de Meneses), in *Boletim do Ministério da Justiça* (BMJ), n.º 155 (Abril 1966), pp. 5-202, especialmente pp. 136-137 (*Do suborno*), e n.º 156 (Maio 1966), pp. 69-168. Sobre o mesmo assunto, cf. SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e, *Classes dos crimes, por ordem systematica, com as penas correspondentes, segundo a legislação actual*, 2.ª ed., Lisboa, Officina de J. F. M. de Campos, 1816 (1.ª ed., 1803), p. 115.

⁽³³⁾ Cf. artigos 318.º e 321.º, in *O Código Penal de 1852 – Nos 150 anos do primeiro código penal português [1852-2002]*, Lisboa: Ministério da Justiça, 2002, pp. 104-105.

⁽³⁴⁾ Cf. artigos 318.º e 321.º, in GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal português – Na doutrina e na jurisprudência*, 6.ª ed. actualizada, Coimbra: Almedina, 1982, pp. 512-517.

⁽³⁵⁾ Cf. artigo 453.º (Instigação à corrupção): “Quem oferecer ou prometer dar a funcionário dinheiro ou outra vantagem patrimonial que lhe não sejam devidos, com os fins indicados no artigo 449.º [Corrupção passiva para acto ilícito], não sendo a promessa ou oferta aceite, será punido conforme os casos, com as penas previstas nos artigos 449.º e 450.º, reduzidas de um terço” (*Código Penal – Projecto da Parte Especial*, in *Separata do BMJ*, n.º 157 (1966), p. 154).

Embora com outra numeração (artigo 451.º), também *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal – Parte Especial*, Lisboa: AAFDL, 1979 (fac-símile da ed. do Ministério da Justiça, Lisboa, 1966), p. 479.

⁽³⁶⁾ Cf. artigo 446.º (Tentativa de corrupção): “Quem oferecer ou prometer dar a funcionário dinheiro ou outra vantagem patrimonial que lhe não sejam devidos, com os fins indicados no artigo 442.º [Corrupção passiva para acto ilícito], não sendo a promessa ou oferta aceite, será punido conforme os casos, com as penas previstas nos artigos 442.º e 443.º, reduzidas de um terço” (in *Proposta de Lei e Projecto de Proposta de Lei de Revisão do Código Penal*, Lisboa: AAFDL, 1981, pp. 241-242).

como participante do crime do funcionário. No Código Penal de 1982 foi suprimido até o preceito da tentativa de corrupção, regressando-se à tradição das Ordenações. O regresso a essa tradição coincidiu com a adopção do modelo francês, que já vem do século XIX, e também com o modelo alemão, que é posterior, os quais distinguem a corrupção activa da passiva.

Se a corrupção fosse concebida como um único crime de participação necessária, à maneira italiana (*articoli 318, 319 e 321*), tal significaria que era um crime pluri-subjectivo (*i.e.*, com dois ou mais agentes) e, ademais, bilateral, neste caso implicando a existência de um sinalagma perfeito entre as condutas do particular e do funcionário, na medida em que o crime se consumaria com a aceitação da promessa de suborno pelo funcionário ou com o respectivo pagamento, ficando de fora da consumação a promessa de suborno não aceite pelo funcionário. A punibilidade dessa promessa não aceite é garantida na lei italiana pela previsão de um crime de “instigação à corrupção” (*articolo 322*). Todavia, esse modelo incorre em aporias desde há muito identificadas pela doutrina e jurisprudência italianas, que sustentam que a punição autónoma da instigação à corrupção corresponde, materialmente, a uma tentativa de corrupção⁽³⁷⁾. Ora, é uma tentativa incongruente, porquanto a respectiva consumação não depende apenas do desempenho do particular, mas da concordância do funcionário, que o particular não controla (o mesmo se diga a propósito da tentativa do funcionário). Não parece, pois, que a técnica legislativa utilizada pelo legislador italiano tenha sido feliz. O mesmo resultado pode ser alcançado através de melhor técnica legislativa, rompendo o sinalagma entre as condutas do particular e do funcionário e punindo o particular que “tenta” corrompê-lo como autor de um crime autónomo de corrupção activa, abstraindo da aceitação

⁽³⁷⁾ Esta é a orientação da *Suprema Corte* em matéria de instigação à corrupção, confirmada, entre outros, pelo aresto da *Cassazione penale*, sez. VI (de 29 de Janeiro de 1998), comentado por PEZZINI, Veronica, “Problemi interpretativi in tema di istigazione alla corruzione”, in *L'indice penale*, NS-II, 1 (Janeiro-Abril de 1999), pp. 215-229. De facto, a *Cassazione* sustenta que a instigação à corrupção, materializando-se como hipótese alargada de tentativa e sendo considerada como tipo de crime autónomo, impossibilita a punição, em função da relação de especialidade, da tentativa de corrupção (cf. PEZZINI, Veronica, cit., p. 218, com indicações doutrinárias no mesmo sentido).

ou da recusa da promessa ou do suborno, pelo que é indiferente a atitude que o funcionário adopte. Do mesmo passo, a eliminação do sinalagma facilita a prova da corrupção, em especial da corrupção activa, por dispensar a demonstração de que o funcionário efectivamente se deixou corromper, que é geralmente muito difícil de fazer, desde logo porque a relação entre o particular e o funcionário é ocultada pelos próprios até ao limite do possível. Tal não significa que o legislador tenha perdido de vista que o essencial é assegurar a protecção da autonomia intencional do Estado, pois que é esse o bem jurídico tutelado pelas normas que tipificam a corrupção, activa e passiva. Ora, é exactamente esta a técnica legislativa usada pelo legislador, seguindo a própria tradição portuguesa e os modelos francês e alemão.

Na verdade, a eliminação do sinalagma — ou seja, do “contrato” entre particular e funcionário — é operada através da criação de um tipo legal de crime de corrupção activa. Neste crime, o particular é punido como autor de um crime consumado quer prometa, quer dê vantagem, patrimonial ou não, ao funcionário, independentemente de o funcionário aceitar a promessa ou a vantagem ou mesmo, no caso de a aceitar, não praticar o acto mercadejado. Trata-se, pois, de um crime em que a tentativa (*i.e.*, a simples promessa) é equiparada à consumação (*i.e.*, o próprio pagamento), segundo a técnica dos chamados crimes de empreendimento⁽³⁸⁾.

A técnica de equiparação da tentativa à consumação transforma a corrupção activa num crime de perigo, ao passo que a corrupção passiva é um crime de dano, ambos contra o mesmo bem

⁽³⁸⁾ Cf. FONSECA, Jorge Carlos de Almeida, *Crimes de empreendimento e tentativa — Um estudo com particular incidência sobre o Direito Penal português*, Coimbra: Almedina, 1986, p. 47 ss.

A tentativa que é equiparada à consumação, no n.º 1 do artigo 374.º CP, é apenas a acabada, ou seja, aquela que pressupõe a realização de todos os actos de execução. Fora disso, ainda seria admissível o crime de corrupção activa na forma tentada se, por exemplo, a promessa do particular não chegasse ao conhecimento do funcionário (*e.g.*, uma promessa feita por carta que se extravieira — alínea c) do n.º 2 do artigo 22.º CP). Sobre isto, cf. COSTA, António Manuel de Almeida, “Anotação aos artigos 372.º a 374.º CP — Corrupção passiva e corrupção activa”, in AA.VV., *Comentário Conimbricense do Código Penal — Parte Especial* (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, (pp. 654-823) pp. 683-684.

jurídico: a autonomia intencional do Estado. Na verdade, o funcionário que se deixa corromper lesa, só por isso, o bem jurídico referido, na medida em que se desvia da prossecução do interesse público, realizando, ao invés, interesses privados⁽³⁹⁾. Já o particular se limita a criar o perigo de o funcionário se desviar da prossecução daquele interesse. Seja como for, o bem jurídico em causa permanece o mesmo. Assim, os tipos de crime de corrupção activa e passiva estão indissolivelmente ligados na mesma finalidade político-criminal, que é a protecção do bem jurídico aludido, do qual comunga também o tipo de crime de branqueamento sempre que o interveniente na corrupção, enquanto crime subjacente, for o mesmo, por ser natural que o agente da corrupção pretenda evitar os riscos da perseguição penal.

Conclusão

1. O branqueamento não se pode imputar aos próprios intervenientes nos crimes subjacentes, existindo um concurso aparente ou de normas em tais casos, o que faz com que o branqueamento seja consumido pelo crime subjacente praticado pelo mesmo agente.

2. O mesmo raciocínio vale para os casos em que o crime subjacente for a corrupção activa praticada pelo próprio agente.

3. O mesmo raciocínio não deixa de valer para os casos em que o crime subjacente for a corrupção passiva praticada por outrem, sendo a corrupção activa praticada pelo próprio agente, pois a corrupção activa e passiva constituem materialmente um único facto.

Lisboa, 1 de Março de 2008

⁽³⁹⁾ No contexto do Direito Administrativo, o próprio acto administrativo praticado pelo funcionário que se deixou corromper é anulável, com fundamento em desvio de poder (cf. CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Noções de Direito Administrativo*, Vol. I, Lisboa: Danúbio, 1982, p. 445).