

SOBRE A PUNIBILIDADE DO AUTOR DE UM CRIME PELO BRANQUEAMENTO DAS VANTAGENS DELE RESULTANTES

*Pelo Prof. Doutor Jorge A. F. Godinho**

1. O problema

Das múltiplas questões ventiladas nos últimos anos na doutrina e na jurisprudência sobre a realidade assaz complexa que é o crime de branqueamento de capitais, uma das que mais tinta fez correr é a de saber se um agente pode e deve ser condenado pela prática de um crime de que obteve vantagens económicas ou financeiras (dito *principal* ou *precedente*) e, em acumulação ou concurso efectivo, pelo crime (*hoc sensu*, *secundário* ou *subsequente*) de branqueamento das vantagens resultantes dessa mesma infracção, tendente a dissimular a sua origem ilícita, uma situação por vezes denominada de «auto-branqueamento».

Poder-se-á com efeito dizer que esta temática, por convocar domínios particularmente controversos e complexos — nomeadamente, da Parte Geral, o concurso de crimes e, da Parte Especial, o branqueamento de capitais —, constitui um verdadeiro campo minado que coloca ao intérprete o desafio e a necessidade de encarar e decidir uma vasta teia de problemas dogmáticos e político-criminais. É, com efeito, um terreno onde leis imperfeitas têm vindo a

(*) O Autor é professor associado e doutorado em Direito. Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. Endereços de correio electrónico: jgodinho@umac.mo; jorge.godinho@eui.eu. O presente texto destina-se aos estudos em homenagem ao Doutor Jorge de Figueiredo Dias.

ser aplicadas de modo contraditório por diferentes tribunais, num quadro de amplas controvérsias doutrinárias e de instabilidade legislativa. Tudo razões que aconselham o seu estudo detido.

Cabe assinalar que se trata de um problema frequentíssimo na prática, com que se confrontam a acusação, a defesa e o tribunal em quase todos os casos em que é suscitada a questão do branqueamento de capitais. Na verdade, são relativamente invulgares os casos em que um agente é acusado isoladamente da prática do crime de branqueamento de capitais, ou seja, divorciado do tipo de crime que gerou os proventos ilícitos. Por outras palavras: não abundam os casos de «puro» branqueamento de capitais. Ocorrem com mais frequência os casos em que um mesmo processo penal respeita quer a um crime que visa ou compreende a obtenção de um ganho patrimonial quer à dissimulação da origem das vantagens dele obtidas, o que coloca invariavelmente a questão de saber se o agente do crime principal, prévio ou precedente pode ser punido em concurso efectivo pela prática dessas duas espécies de crimes ou se, pelo contrário, haverá aí uma relação de concurso aparente, que leve a não considerar um deles — questão esta que se assume como que uma inarredável «porta de entrada» para todos os outros debates sobre o branqueamento de capitais.

Assim sendo as coisas, de todo não surpreende que tenha surgido amplo interesse pelo tema. De tal modo que o próprio legislador português se viu na necessidade de tomar uma posição expressa, o que fez em 2004, como veremos adiante. Por outro lado, após múltiplos acórdãos contraditórios, reveladores de bastante hesitação, foi em 2007 proferido um acórdão de fixação de jurisprudência sobre o assunto — que cabe comentar —, na sequência de um outro, do Tribunal Constitucional, versando o mesmo tema.

Neste contexto, o presente escrito procura revisitar⁽¹⁾ a questão à luz dos mais recentes dados, com vista nomeadamente a uma apreciação crítica da evolução ocorrida, que foi no sentido de

⁽¹⁾ Referimo-nos ao tema no nosso escrito de 2001: J. GODINHO, *Do crime de «branqueamento de capitais»*. *Introdução e tipicidade*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 236-240. Devemos reconhecer que as páginas então dedicadas ao tema não foram redigidas da forma mais clara, tendo dado azo a várias leituras, como é visível na doutrina e jurisprudência que as cita.

admitir sempre o concurso efectivo. Naturalmente, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, dada a sua inerente complexidade.

Adiante-se desde já, para benefício do leitor, que o presente texto procede a uma crítica da recente evolução legislativa e jurisprudencial, aqui consideradas como assentes em premissas dogmáticas e político-criminais destituídas de fundamento sólido. Em termos muito gerais, poder-se-á afirmar que o debate actual tem sido conduzido essencialmente na base de argumentos e raciocínios de índole conceptualista (indevidamente) extraídos do «sistema» geral do concurso de crimes, procurando-se obter resultados na base da mera subsunção e da dedução sistemática, ou de uma redução simplista, porém muito vulgarizada, do suposto modo correcto de resumir a sistemática da doutrina do crime sobre questões de concurso. Por outro lado, escasseiam argumentos verdadeiramente voltados para o «problema» político-criminal colocado pela situação específica em jogo e sua eventual caracterização como facto posterior co-punido, a apreender sobretudo na base de uma adequada compreensão da teleologia subjacente aos aspectos da Parte Especial mais próximos do tema⁽²⁾, bem como de algumas considerações de índole processual penal.

A justiça e a oportunidade da presente homenagem ao Senhor Professor Doutor JORGE DE FIGUEIREDO DIAS resultam de factores sobejamente conhecidos de todos os juristas, não apenas portugueses, conhecedores da vastidão e profundidade da sua Obra, sobre a qual nos falece a arte de sequer tentar fazer uma evocação minimamente adequada. A homenagem aqui apreendida procura fazer-se através da efectiva utilização das pistas de reflexão que constante-

(2) Sobre o «sistema» e o «problema» em direito penal, cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Sobre o estado actual da doutrina do crime», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1991, pp. 9 ss.; cfr. pp. 16-22, onde o Autor conclui, como não poderia deixar de ser, pela prioridade do «problema» face ao «sistema»: a justiça do caso deve sobrepor-se a considerações meramente sistemáticas nos raros casos onde a solução obtida pelo «sistema» se revelar injusta ou disfuncional à luz da teleologia político-criminal imanente ao próprio sistema. O peso do «sistema» é grande em direito penal, mas não pode «esmagar» as concretas situações da vida — na espiral hermenêutica, o caso concreto continua a ser o ponto de partida e de chegada. Esclareça-se em todo o caso que não cremos que o presente estudo verse uma suposta contradição entre o «sistema» e o «problema», mas antes uma deficiente compreensão da questão do concurso de crimes que se generalizou indevidamente na doutrina e na jurisprudência, como procuraremos explicitar.

mente abre e desenvolve na abordagem dos problemas da ciência global do direito penal, cabendo assinalar, neste caso, a importância fundamental do recente tratamento do sempre espinhoso tema da unidade ou pluralidade de infracções, espelhado na segunda edição da sua monografia sobre a doutrina geral do crime, vinda a lume em 2007, a que, por isso, são devidas múltiplas referências no texto que se segue.

2. A reforma de 2004

Como aludimos, em 2004 o legislador tomou posição expressa sobre o problema, através da aprovação da Lei n.º 11/2004, de 27 de Março. Como se sabe, este diploma operou uma reforma de fundo no tipo de crime de branqueamento de capitais, nomeadamente tendo procedido à sua inserção no Código Penal, no capítulo dos crimes contra a realização da justiça (artigo 368.º-A), onde ficou situado imediatamente a seguir aos crimes de favorecimento pessoal (artigo 367.º) e de favorecimento pessoal praticado por funcionário (artigo 368.º)⁽³⁾.

No presente contexto importa apenas mencionar o facto de que a nova redacção veio dispor *expressis verbis* que as vantagens ilícitas em causa no crime de branqueamento de capitais podem ter sido «obtidas *por si* ou por terceiro», o que tem inquestionavelmente o significado de que o agente do crime de branqueamento de capitais pode e, em princípio, deve ser punido em concurso efectivo com o crime principal.

Neste sentido, os trabalhos preparatórios são de uma clareza irrefragável. Ia logo nesta direcção o primeiro dos textos, em sentido cronológico, na base do processo legislativo que levou à aprovação da Lei n.º 11/2004, de 27 de Março, a iniciativa da bancada do Partido Socialista⁽⁴⁾ (de Dezembro de 2002). Já a proposta do

⁽³⁾ Naturalmente, esta é apenas uma de entre múltiplas outras inovações trazidas pela Lei n.º 11/2004, de 27 de Março, que não cabe aqui sequer tentar elencar, visto que extravasariam em muito os apertados limites deste texto.

⁽⁴⁾ Projecto de Lei n.º 174/IX, *Regime de prevenção e repressão do branqueamento de capitais e outros bens ou produtos provenientes de criminalidade grave*, in DAR,

Governo⁽⁵⁾, surgida mais tarde, não previa a introdução de norma expressa sobre o assunto, para o que foram apontadas, nesta última, as seguintes razões:

Possibilita-se a punição por branqueamento, em concurso real, do próprio autor do crime subjacente. Embora não se faça, propositadamente, referência expressa a essa faculdade, a construção do tipo não obsta a essa interpretação. Assim, considera-se que o autor do facto precedente pode ofender de forma relevante o interesse protegido pela punição do branqueamento, sem que essa conduta deva considerar-se consumida pelo facto subjacente.

A referência expressa a essa possibilidade poderia, devido à amplitude das modalidades de conduta, levar o julgador a punir por branqueamento a mera utilização normal das vantagens obtidas pelo próprio autor do facto precedente, podendo a incriminação do branqueamento redundar na simples criminalização da detenção ou fruição das mesmas e, por conseguinte, numa indesejável duplicação automática das penas aplicáveis aos crimes que geram vantagens para o seu autor.

Porém, a questão veio mesmo a ser tratada de modo expresso, tendo sido vencidas as objecções sentidas sobre a conveniência da sua formulação no texto legal⁽⁶⁾, num contexto de geral consenso sobre a solução de fundo. Foi assim inserido no tipo legal de crime o trecho «obtidas por si ou por terceiro», que foi objecto de posterior rectificação⁽⁷⁾.

II Série A, 12 de Dezembro de 2002; cfr. ponto 7, c), da exposição de motivos, uma lacónica frase sobre a questão: «Possibilita-se a punição por branqueamento, em concurso real, do próprio autor da infracção subjacente».

⁽⁵⁾ Proposta de Lei n.º 73/IX, *Estabelece o regime de prevenção e repressão do branqueamento de vantagens de proveniência ilícita*, in DAR, II Série A, 5 de Junho de 2003. Trata-se do XV Governo Constitucional, de José Manuel Durão Barroso, em que foi Ministra da Justiça Celeste Cardona.

⁽⁶⁾ Como consta do texto *supra*, alude-se na proposta do Governo ao propósito de não punir a mera utilização, detenção ou fruição das vantagens obtidas. Era pois este o risco que se percebia existir e que se não queria correr. Porém, a eliminação da modalidade descrita na al. c) da legislação revogada — a que mais se prestava, atenta a sua redacção, a abranger tais condutas — terá porventura sido um dos factores que terá conduzido a superar as dúvidas sobre a conveniência da inserção do trecho «obtidas por si ou por terceiro».

⁽⁷⁾ Cfr. Declaração de Rectificação n.º 45/2004 (DR, I Série-A, n.º 132, 5 de Junho de 2004), do seguinte teor: «No n.º 2 do artigo 368.º-A aditado ao Código Penal pelo artigo 53.º, onde se lê “transferência de vantagens, por si ou por terceiro,” deve ler-se “transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro,”». A ausência da palavra

A reforma deste jeito operada foi logo em 2004 comentada por VITALINO CANAS — um Autor que esteve directamente envolvido nos respectivos trabalhos parlamentares (enquanto relator da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, que tratou o tema) —, no que respeita ao ponto em discussão, nos seguintes termos:

«Pretende-se significar que pode cometer o crime de branqueamento em *concurso real* quem é autor ou participante do facto ilícito típico subjacente (...), tendo ficado expressamente contemplada a possibilidade de concurso real. Deve dizer-se, porém, que mesmo que a lei não o dissesse já assim se deveria entender»⁽⁸⁾.

O Autor não adianta mais pormenores sobre a fundamentação na base da conclusão, nem sobre a aludida quase desnecessidade da referência. Resulta todavia claro que tal interpretação se ancora no argumento, então já perfeitamente conhecido, da diversidade dos bens jurídicos protegidos pelo branqueamento de capitais e pelo facto principal — um argumento derivado de uma particular forma de equacionar e resolver, em geral, as questões de unidade ou pluralidade de infracções. Trata-se com efeito de um tópico sempre presente nos autores citados⁽⁹⁾; dir-se-ia que, no seu discurso como de resto nos trabalhos parlamentares em geral, a solução foi assumida como quase ou mesmo totalmente óbvia, residindo a dúvida apenas sobre a conveniência ou os riscos da sua consagração expressa.

Assim, na análise do problema cabe diferenciar entre a situação até 2004 e a actual. Até 2004 era relativamente claro que o tipo de crime de branqueamento de capitais não estava numa relação de especialidade ou subsidiariedade expressa em face dos múltiplos ilícito-típicos principais de cuja prática podem provir os capitais «sujos». Assim, o problema que aqui se colocava era de eventual

«obtidas» era efectivamente um lapso susceptível de comprometer o entendimento do real significado da norma.

⁽⁸⁾ VITALINO CANAS, *O crime de branqueamento: regime de prevenção e de repressão*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 157.

⁽⁹⁾ A saber: A. HENRIQUES GASPAR, A. LOURENÇO MARTINS e JORGE DUARTE. A discussão da questão, com referências completas, é empreendida *infra*; cfr. notas 57 a 59 e texto correspondente.

consumção (ou *consumpção*). Concretamente, a questão seria a de saber se se trataria de um caso de *facto posterior co-punido*, ou seja, uma situação em que caberia ao intérprete determinar se a norma incriminatória aplicável ao facto principal — que tutela uma possível multiplicidade de bens jurídicos, consoante o concreto tipo em causa (p. ex., tráfico de droga, homicídio, burla, corrupção, ou qualquer outro ilícito gerador de vantagens) — absorveria e esgotaria por inteiro a valoração do facto subsequente ou posterior que é o branqueamento das vantagens (os «capitais») obtidos através desse facto, previsto num tipo legal de crime que tutela o (ou um concreto aspecto do) funcionamento da justiça penal.

Com a alteração legislativa de 2004, a situação modificou-se. O trecho «obtidas por si» tem como vimos o sentido de admitir — se não mesmo de impor — o concurso efectivo. A tomada de posição do legislador afasta o entendimento de que se trataria de um caso de *consumção*. Trata-se de uma norma expressa de «não consumção», de diferenciação jurídica entre os dois tipos, que tem o sentido de que o branqueamento de capitais não é um *facto posterior co-punido* mas sim um *facto posterior a punir autonomamente*, em virtude da diversidade dos bens jurídicos protegidos. Transmite ao julgador uma indicação de que, perante o preenchimento dos dois tipos legais de crime, é intenção do legislador ordinário a sua punição em concurso efectivo.

Cabe destacar que, desta forma, a reforma de 2004 do crime de branqueamento de capitais consiste, neste ponto, em uma tomada de posição não só sobre o concreto problema em apreciação mas também sobre a questão — obviamente muito mais vasta, já que tem a sua sede na Parte Geral — da unidade ou pluralidade de infracções. Embora o problema não tenha sido expressamente tematizado em termos gerais, sucede que a solução legal consagrada em 2004 no artigo 368.º-A não pode deixar de se repercutir sobre a adequada interpretação da regra geral constante do n.º 1 do artigo 30.º do mesmo Código Penal. Com efeito, a mesma *não se assume como uma regra especial*: não se descortina no pensamento do legislador de 2004 qualquer intenção de aplicar um critério do concurso outro que não o resultante da Parte Geral, de que a

aplicação concreta assim feita num tipo legal de crime da Parte Especial não seria senão uma mera explicitação a propósito de um caso concreto⁽¹⁰⁾. Resumidamente, o artigo 368.º-A assim alterado limitar-se-ia a aplicar, num caso especial, o *critério geral* do concurso de crimes. O significado jurídico da alteração legislativa é pois muito mais amplo do que o problema restrito considerado, havendo como que uma ratificação de uma certa forma de entender e resolver as questões de concurso efectivo ou aparente de infracções. Ao proceder a uma «interpretação autêntica» do artigo 30.º, o artigo 368.º-A reconforma e reorienta o modo de o interpretar, com vasta repercussão potencial em múltiplas outras questões de unidade ou pluralidade de infracções.

Dir-se-ia pois que a questão estaria resolvida de modo definitivo e concludente, atendendo a múltiplos factores de sentido unívoco: o amplo consenso político-parlamentar obtido em seu redor; a posição da doutrina maioritária; a jurisprudência do Tribunal Constitucional (que decidiu no mesmo sentido poucos meses depois, em Setembro de 2004); e a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal de Justiça em 2007, confirmando este entendimento.

Em termos de direito comparado — que revela nada menos do que as três posturas logicamente possíveis: a positiva, a negativa e a falta de resposta (o silêncio da lei)⁽¹¹⁾ —, Portugal teria assim pas-

(10) Cfr., p. ex., VITALINO CANAS, *supra* nota 8, onde o Autor, como referimos, escreve que «mesmo que a lei não o dissesse já assim se deveria entender».

(11) Em sistemas jurídicos como a Suíça ou a Espanha, a lei não dispõe de modo explícito sobre a questão. Na Suíça, onde o art. 305^{bis} está inserido no capítulo dos crimes contra a realização da justiça, a doutrina é maioritariamente contra a punibilidade da *auto-favourisation*, embora o Tribunal Federal tenha rumado, com argumentos discutíveis, em sentido oposto (cfr. ATF 120 IV 323; ATF 122 IV 211; ATF 124 IV 276; ATF 128 IV 117); cfr. URSULA CASSANI, *Commentaire du droit pénal suisse. Code pénal suisse. Partie spéciale*, vol. 9, *Crimes ou délits contre l'administration de la justice*, Staempfli, Berna, 1996, pp. 76 ss.; ROBERT ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 2.ª ed., Staempfli e Bruylant, Berna e Bruxelas, 2004, p. 414. Em Espanha, o art. 301.º do Código Penal é igualmente omissivo sobre o ponto e a doutrina encontra-se algo dividida, embora tenda a prevalecer a orientação de que o participante no crime precedente não pode ser punido por branqueamento de capitais. A favor da impunidade do «auto-branqueamento», JOSÉ MANUEL PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Edersa, Madrid, 2000, pp. 370 ss. (com grande desenvolvimento); cfr. ainda VIDALES RODRIGUEZ, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 110 ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ, «Receptación y blanqueo de

sado do campo dos sistemas jurídicos que não tomam posição sobre a questão para o campo dos que admitem expressamente o concurso efectivo, juntando-se aos principais impulsionadores dos desenvolvimentos internacionais em matéria de branqueamento de capitais: os Estados Unidos⁽¹²⁾, o Reino Unido e a Austrália, que punem o chamado *own funds money laundering*, o «auto-branqueamento».

Por outro lado, Portugal afastou-se assim dos sistemas onde a exclusão do círculo de autores do crime de branqueamento de capitais dos comparticipantes no crime principal é expressamente mencionada na lei, incluindo Itália (art. 648.º-*bis*, Codice Penale)⁽¹³⁾, a Alemanha (§ 261(9), StGB)⁽¹⁴⁾, a Áustria (§ 165, öStGB) e a Argentina⁽¹⁵⁾ — todos sistemas jurídicos de raiz romano-germânica de grande contiguidade. Diga-se que o fundamento comum da solução adoptada em todos estes sistemas jurídicos é o de que o conteúdo da ilicitude do branqueamento de capitais cometido pelo agente do facto principal é abrangido pela ilicitude do facto principal, devendo pois ser considerado como um facto posterior já neste co-punido, punição essa que não cabe duplicar, em nome do princípio *ne bis in idem*. Esta solução foi adoptada como resultado de uma consciência muito clara da semelhança entre o branqueamento de capitais e outros tipos legais de crime relativos a factos posteriores, em especial o favorecimento e a receptação, em que o concurso efectivo é excluído por lei expressa.

capitales», in BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de derecho penal. Parte especial*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, pp. 556 ss. (p. 566). Contra, I. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 479 ss. (com grande desenvolvimento); cfr. ainda MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ *Derecho penal económico. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 304.

⁽¹²⁾ § 1956(d), U.S. Code.

⁽¹³⁾ O art. 648.º-*bis* do *Codice Penale* começa precisamente com o trecho que clarifica o ponto: «*Fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque...*».

⁽¹⁴⁾ Na Alemanha, numa primeira fase, o § 261-1 StGB mencionava que o facto principal (*Vortat*) deveria ser praticado por outrem (*Tat eines anderen*). Na sequência de uma alteração legislativa introduzida posteriormente, a questão é agora tratada no § 261-9, *in fine*, StGB: «*Nach den Absätzen 1 bis 5 wird außerdem nicht bestraft, wer wegen Beteiligung an der Vortat strafbar ist*».

⁽¹⁵⁾ O art. 278.º, n.º 1, a), do Código Penal da Argentina, dispõe que a acção deve recair sobre «*dinero o outra classe de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado*». Cfr. JORGE BARRAL, *Legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2003, pp. 203 ss.

Em Portugal, porém, dir-se-ia que, dada a posição expressa da lei, da doutrina maioritária e da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal de Justiça, nada mais haveria para discutir sobre este tema, tendo definitivamente vingado a tese contrária.

Cremos todavia que importará ainda assim retomar e aprofundar o assunto, com vista a aquilatar da bondade e dos fundamentos de tal solução, que como vimos se repercute sobre o entendimento da regra geral na matéria, formulada no n.º 1 do artigo 30.º do Código Penal. Como procuraremos demonstrar, a questão terá sido resolvida com base em pressupostos sobre questões gerais de concurso de infracções de solidez bastante questionável, devendo este factor levar a indagar da constitucionalidade da solução consagrada.

Antes de passar ao tratamento do problema de fundo importa todavia abordar uma questão prévia não despidiendá: a de saber se o direito internacional ou o direito europeu determinam de modo rígido uma qualquer forma de resolução do mesmo. Dito de outro modo, trata-se de indagar se existem sobre este ponto compromissos internacionais vinculativos para Portugal.

3. Direito internacional

O direito internacional — fonte inarredável de múltiplas questões que se colocam em sede de branqueamento de capitais — embora não responda a este problema, tem dele consciência e dá notícia: várias convenções internacionais a ele *aludem*. Porém, fazem-no abstendo-se de tomar uma posição, referindo apenas, em termos neutrais, que os Estados Partes *podem prever* que o autor do crime de branqueamento de capitais não coincida com o autor da infracção principal. É o caso da Convenção de Palermo⁽¹⁶⁾ e da Convenção contra a Corrupção de 2003, também

(16) *Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional*, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 15 de Novembro de 2000, cujo artigo 6.º, n.º 2, e), dispõe: «Se os princípios fundamentais do direito interno de um Estado Parte assim o exigirem, poderá estabelecer-se que as infracções enunciadas no n.º 1 do presente artigo não sejam aplicáveis às pessoas que tenham praticado a infracção principal.»

da ONU⁽¹⁷⁾. É igualmente o caso das duas convenções do Conselho da Europa sobre a matéria⁽¹⁸⁾.

Sabe-se que muitas convenções internacionais possuem quer disposições obrigatórias ou vinculativas quer disposições meramente exortatórias, como por exemplo recomendações, destituídas de efeito vinculativo; o mesmo se passa nomeadamente com as Resoluções do Conselho de Segurança da ONU. É pois necessário atentar na sua exacta redacção. No caso que nos ocupa, resulta claro do texto das citadas disposições internacionais que as mesmas possuem, neste ponto, uma natureza meramente *permissiva*, intencionalmente *neutra*, que dada a diversidade de soluções possíveis desta questão, não obriga os Estados a legislar de uma ou outra forma⁽¹⁹⁾; como sucede com frequência como resultado de negociações internacionais, a diversidade irredutível de soluções nacionais bloqueou a adopção de uma atitude clara.

Já se pretendeu, no domínio da lei anterior a 2004, que não tendo sido expressamente prevista na lei interna a solução que exclui o concurso efectivo, o assunto estaria resolvido desde

(17) *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, adoptada em Nova Iorque, em 31 de Outubro de 2003, cujo artigo 23.º, n.º 2, e) dispõe: «Se assim o exigirem os princípios fundamentais do direito interno de um Estado Parte, poderá estabelecer-se que as infracções enunciadas no n.º 1 do presente artigo não sejam aplicáveis às pessoas que tenham cometido o crime precedente.»

(18) *Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime* (Council of Europe Treaty Series, n.º 141), artigo 6.º, n.º 2, b); concluída em 8 de Novembro de 1990. Trata-se do principal instrumento regional europeu na matéria da cooperação internacional penal sobre o branqueamento de capitais; recorde-se que a versão portuguesa desta convenção sofreu um notório erro de tradução quanto a este preciso ponto, conforme assinalámos noutra sede; cfr. J. GODINHO, *Do crime de «branqueamento de capitais». Introdução e tipicidade* (como na nota 1), p. 237, nota 539. Veja-se igualmente a *Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo* (Council of Europe Treaty Series, n.º 198), artigo 9.º, n.º 2, b); concluída em Varsóvia em 16 de Maio de 2005, entrou em vigor na ordem internacional em 1 de Maio de 2008, tendo recolhido as necessárias 6 ratificações (Albânia, Bósnia Herzegovina, Malta, Moldávia, Polónia e Roménia).

(19) «Paragraph 2.b takes into account that in some states the person who committed the predicate offence will not, according to basic principles of domestic penal law, commit a further offence when laundering the proceeds. On the other hand, in other states laws to such effect have already been enacted»: CONSELHO DA EUROPA, *Explanatory report on the Convention on Laundering, Search, Seizure, and Confiscation of the Proceeds from Crime*, disponível em <http://conventions.coe.int>.

logo⁽²⁰⁾. Em termos de direito internacional, a argumentação citada parece sugerir que um Estado que pretendesse excluir o concurso efectivo teria de formular uma reserva. Não é no entanto exacta esta observação: os textos internacionais, quando exigem reservas sobre a tipificação do crime de branqueamento de capitais, apenas o fazem quanto à delimitação do «catálogo» de crimes principais, mas não já quanto a questões de concurso, remetendo esta matéria para o direito interno. Vai neste sentido a prática internacional, como resulta com clareza dos casos da Alemanha, da Itália e da Áustria. Com efeito, estes Estados não admitem o concurso efectivo entre branqueamento de capitais e crime principal, por força de disposição legal expressa. Porém, não sentiram a necessidade de formular reservas quanto a este ponto⁽²¹⁾. É pois destituída de fundamento a alegação de que teria sido necessária tal aposição de uma reserva expressa quanto a este ponto.

Diremos ainda que se é certo que há hoje em Portugal lei expressa sobre o ponto que nos ocupa, sempre em todo o caso se afigura relevante dilucidar o modo como o direito internacional e a prática convencional se posicionam em relação a esta questão: vimos do exposto que os textos internacionais remetem a questão ao legislador e aos tribunais dos Estados, que no tratamento da mesma não estão inexoravelmente limitados pelo direito internacional. Assim, é possível uma inversão de rumo na solução consagrada, por via legislativa ou jurisprudencial.

Feitas estas considerações, estamos agora em condições de entrar no problema de fundo, começando pelas matérias que de forma mais directa se ligam com a Parte Geral, e deixando as questões conexas com a Parte Especial para um segundo momento.

(20) É o caso de JORGE DUARTE, que escreve: «mal se compreenderia que o legislador nacional, ao tipificar tal tipo de ilícito, não tivesse expressamente manifestado essa eventual ressalva, caso pretendesse isentar de tal responsabilização o autor do crime-base...». Cfr. JORGE DUARTE, *Branqueamento de capitais. O regime do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e a normativa internacional*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2002, p. 110. Esta tese foi seguida em Macau, no caso Ao Man Long; cfr. Acórdão do Tribunal de Última Instância de 30 de Janeiro de 2008 (pr. n.º 36/2007) (VIRIATO LIMA), pp. 386 ss.

(21) Veja-se a lista completa das reservas e declarações formuladas na página do Conselho da Europa, disponível em <http://conventions.coe.int/>.

4. Enquadramento geral

O problema em análise consiste numa concreta pergunta de unidade ou pluralidade de infracções: trata-se essencialmente de determinar se um conjunto de factos que *prima facie* convoca a aplicabilidade de dois tipos incriminadores — o crime principal e o crime de branqueamento⁽²²⁾ — deve ou não desencadear a aplicação efectiva ao caso concreto das reacções penais previstas em ambos ou se, pelo contrário, deve bastar a punição por apenas um deles. A questão foi abordada e resolvida pelo legislador português da forma que ficou documentada nas secções precedentes. Cabe agora fazer um juízo crítico da solução adoptada, atentando especialmente nos fundamentos dogmáticos e político-criminais em que se baseia.

Como bem se compreenderá, não cabe aqui refazer o percurso doutrinal de todo este debatidíssimo capítulo da Parte Geral da doutrina do crime⁽²³⁾, onde a busca de soluções equilibradas para a aplicação do direito penal aos casos concretos procura uma navegação entre Scilla e Caribdis, ou seja, evitando-se quer uma indevida dupla punição do agente (que faria frente ao princípio *ne bis in idem*, a que se vem reconhecendo nível constitucional, *ex vi* do artigo 29.º, n.º 5, da Constituição)⁽²⁴⁾ quer uma igualmente inde-

(22) Referimo-nos a *dois* tipos incriminadores por economia de linguagem apenas. O tipo principal não é um exacto tipo mas sim uma categoria, e pode consistir concretamente em qualquer tipo de que, no plano dos factos, tenham resultado vantagens ilícitas que tenham sido posteriormente objecto de operações de branqueamento de capitais. No plano normativo, tal facto principal deve fazer parte do «catálogo» delimitado pelo próprio crime de branqueamento de capitais. Na ausência destes requisitos a questão não se coloca.

(23) Que recebeu, em anos recentes, na doutrina portuguesa, importantes contributos. Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 977 ss.; JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes no direito penal português*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2005; LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, *O "concurso de normas" em direito penal*, Almedina, Coimbra, 2004; MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de direito penal, I, A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982*, 4.ª ed., Ed. Verbo, Lisboa, 1992, pp. 519 ss.; JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, *Fragmentos de um curso de direito penal, II, Concurso de normas*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, lições policopiadas, ano lectivo de 1985/86; EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso em direito criminal*, Atlântida, Coimbra, 1945 (com várias reimpressões a cargo da Livraria Almedina).

(24) Neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime* (como na nota 23), p. 978.

vida punição demasiado branda (que seria o resultado de uma subvalorização de uma parte da ilicitude do facto), devendo pois procurar-se o «esgotamento» ou a «exaustão» da ilicitude presente no facto, sendo tarefa do intérprete questionar as conexões entre os tipos legais de crimes convocados e entre os factos praticados em cada caso concreto.

Procurando atalhar caminho numa das mais complexas áreas da doutrina geral do crime, diremos que nas ramificações da teoria do concurso, o problema, até à alteração legislativa de 2004, deveria ser qualificado como consistindo numa questão de concurso *de crimes* e não já numa questão de *unidade de norma ou de lei*⁽²⁵⁾. Com a tomada de posição do legislador, poder-se-ia dizer que o problema teria passado a ser uma mera questão do último tipo, atenta a norma expressa de «não consunção». Em todo o caso, tendo em conta que a intervenção legislativa consistiu numa opção que se coloca a propósito de um problema de concurso de crimes, é sempre necessário apurar o modo como estas questões são conceptualizadas e enquadradas, para assim não resvalar num positivismo legalista que se limitasse a verificar, de modo acrítico, qual a actual solução por que optou o legislador ordinário. Acresce o facto, já assinalado, de que dada a sua implícita natureza de «interpretação autêntica» do critério geral da unidade ou pluralidade de infracções, o tema é dotado de vastas repercussões.

De acordo com a doutrina maioritária, o concurso *de crimes* não consiste numa operação lógico-formal de articulação abstracta das várias normas potencialmente aplicáveis. Não se trata de uma mera questão de interpretação, mas sim de aplicação. É uma questão a analisar em termos de um juízo valorativo global — é «um problema *axiológico* e *teleológico* de relacionamento de sentidos e

(25) No âmbito da *unidade de norma ou de lei* o problema coloca-se ao nível *normativo* e implica a articulação *lógica* entre preceitos legais, podendo suceder que entre as normas convocadas interceda uma relação de hierarquia ou prevalência que conduza à exclusão de uma em função de outra ou outras, sendo os critérios de solução apontados a *especialidade* e a *subsidiariedade*. Para FIGUEIREDO DIAS a *consumpção* não é, em bom rigor, uma questão lógico-formal mas sim um problema teleológico, de relacionamento de sentidos e conteúdos — não sendo assim uma questão de unidade de lei ou de normas. Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime* (como na nota 23), p. 1000.

de conteúdos do ilícito»⁽²⁶⁾. A questão de saber se se deve concluir pela existência de um concurso efectivo de crimes analisa-se em termos substanciais ou materiais, em face do significado social do comportamento em apreciação.

O concurso será *plurinormativo* (ou *heterogéneo*) se disser respeito a crimes diversos ou *uninormativo* (ou *homogéneo*) quando seja possível identificar várias violações da mesma norma⁽²⁷⁾. Ambos compreendem a distinção entre concurso *efectivo* e concurso *aparente*, consoante ocorra ou não uma aplicação plúrima das normas em jogo. Ambos compreendem ainda a distinção entre concurso *real* (em que há várias acções) e *ideal* (em que há uma só acção).

Haverá concurso *efectivo* quando se deva concluir que no caso concreto estão presentes, na expressão de FIGUEIREDO DIAS, vários «sentidos sociais de ilicitude», que devam ser valorados integralmente. Inversamente, estaremos perante um concurso *aparente* quando os sentidos de ilicitude se relacionem ou liguem entre si de tal modo que um dos sentidos seja predominante. Haverá assim que indagar da existência, nos ilícitos-típicos cometidos no mundo da vida⁽²⁸⁾, de uma unidade do sucesso ou acontecimento ilícito global-final⁽²⁹⁾, especialmente tendo em vista situações ou grupos de casos como os seguintes: a utilização de métodos, processos ou meios já em si mesmos também puníveis; os factos tipi-

⁽²⁶⁾ Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime* (como na nota 23), p. 1002 (itálicos no original).

⁽²⁷⁾ Seguimos a terminologia proposta por JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, *Fragmentos de um curso de direito penal, II, Concurso de normas* (como na nota 23), pp. 28 ss., por nos parecer mais comunicativa a referência a concurso *uninormativo* ou *plurinormativo*.

⁽²⁸⁾ Como é salientado, não se cometem tipos legais de crime (abstractos), mas sim tipos de crime (em casos concretos), e é precisamente esta a expressão literal do art. 30.º do Código Penal, que se centra no cometimento de um tipo de crime enquanto evento da vida e não na observação de entidades abstractas: «O número de crimes determina-se pelo número de *tipos de crime* efectivamente cometidos»; referindo o ponto, cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime* (como na nota 23), p. 1034. Em sentido concordante, JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes no direito penal português* (como na nota 23), p. 366.

⁽²⁹⁾ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime* (como na nota 23), pp. 1016 ss.

camente acompanhantes; e os *factos posteriores co-punidos*. O *facto posterior co-punido* é uma das categorias elaboradas no âmbito da teoria da consumpção, embora seja por vezes autonomizada, e que pode conduzir à frustração de uma incriminação que de outro modo resultaria da lei. Para CAVALEIRO DE FERREIRA, «[a] consumpção verifica-se, fundamentalmente, nos casos que a doutrina qualificou de antefacto, ou pós-facto, ou facto concomitante, não puníveis»⁽³⁰⁾. Deve falar-se de *facto posterior co-punido*, e não de *facto posterior impune*, para explicitar a referida inclusão do conteúdo de ilicitude do facto posterior na ilicitude do facto principal ou precedente, onde ocorra. O facto co-punido é efectivamente castigado penalmente; porém, tal ocorre não de maneira autónoma e na base do preceito a que tal facto seria em princípio subsumível, mas através da pena aplicável a outro facto típico de acordo com um preceito distinto⁽³¹⁾.

O tipo de situações que aqui curamos é de *concurso plurinormativo real*: o problema respeita a uma conduta *posterior* (o branqueamento de capitais) ao facto principal (o ilícito-típico de cuja prática resultaram vantagens ilícitas), desta forma incluindo tipos diversos e várias acções. Trata-se portanto, neste domínio, de operar delicadas conjugações de preceitos incriminadores e das valorações legais neles presentes, com vista a aplicar ou afastar uma das normas convocadas à espiral hermenêutica.

O Código Penal de 1982 unificou o tratamento do concurso plurinormativo, não tendo a distinção entre concurso *ideal* ou *real* (consoante haja ou não unidade do facto) quaisquer consequências práticas⁽³²⁾. A abolição desta distinção é, com efeito, o ponto cen-

(30) MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de direito penal, I, A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982*, 4.^a ed., (como na nota 23) p. 532. O Autor adianta que a consumpção «assenta na absorção do interesse jurídico tutelado por uma norma pelo interesse jurídico tutelado por outra norma, quando a violação deste interesse, em boa hermenêutica e em consonância com o espírito das leis, abrange no seu conteúdo o desvalor da violação do interesse tutelado pela outra norma»; loc. cit., p. 533.

(31) Cfr., por todos, JOSÉ MANUEL PALMA HERRERA, *Los actos copenados*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 17.

(32) Sobre a controvérsia, no domínio do Código de 1886, e distintas opiniões de CAVALEIRO DE FERREIRA e EDUARDO CORREIA, relativa ao tratamento do concurso ideal, cfr. FERNANDA PALMA, «Do sentido histórico do ensino do direito penal na Universidade portuguesa à actual questão metodológica», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1999,

tral do legado doutrinal de EDUARDO CORREIA sobre esta questão: «o número de infracções determinar-se-á pelo número de valorações que, no mundo jurídico-criminal, correspondem a uma certa actividade. Pelo que, se diversos valores ou bens jurídicos são negados, outros tantos crimes haverão de ser contados, independentemente de, no plano naturalístico, lhes corresponder uma só actividade, isto é, de estarmos perante um concurso ideal»⁽³³⁾; EDUARDO CORREIA combatia sobretudo uma consideração de tipo empírico-positivista no apuramento do número de crimes.

Assim, recolhendo a doutrina de EDUARDO CORREIA quanto ao concurso plurinormativo⁽³⁴⁾, o Código dispõe: «O número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos» (artigo 30.º, n.º 1, primeira parte), consagrando um normativismo no qual assume primazia a contagem dos tipos preenchidos pela conduta do agente no caso concreto, e não a contagem das acções praticadas.

Como se sabe, a evolução subsequente da doutrina do crime, protagonizada por FIGUEIREDO DIAS, conduziu a uma superação do paradigma neoclássico de cunho normativista de EDUARDO CORREIA, na base de uma orientação teleológica, funcional e racional.

É com base nesta renovada visão da doutrina do crime que FIGUEIREDO DIAS identifica, na sua obra de 2007, os critérios de solução dos casos de concurso de crimes, incluindo situações de *facto posterior co-punido*. O critério a ter em conta é o da «unidade de sentido do acontecimento ilícito global-final»⁽³⁵⁾: o agente propôs-se a realização de um tipo de crime de certa espécie e, para o lograr, ou consolidar, serviu-se de métodos, processos ou meios já em si mesmos também puníveis: é o que sucede com os grupos dos

pp. 351 ss, esp. p. 414. Há ainda objecções à doutrina de EDUARDO CORREIA; cfr. JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes no direito penal português* (como na nota 23), pp. 106 ss.; LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, *O "concurso de normas" em direito penal* (como na nota 23), pp. 89 ss.

⁽³³⁾ EDUARDO CORREIA, *Direito criminal*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1968, p. 200.

⁽³⁴⁾ Cfr. *Actas das sessões da comissão revisora do Código Penal. Parte Geral*, vol. I, Lisboa, 1966, pp. 211 ss.

⁽³⁵⁾ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime* (como na nota 23), pp. 1016 ss.

factos tipicamente acompanhantes «e, sobretudo, dos factos posteriores co-punidos»⁽³⁶⁾. E isto:

«com indiferença de princípio, no *plano subjectivo*, sobre se o facto posterior resultou de uma **resolução** tomada pelo agente já antes da realização principal ou só depois e, portanto, como fruto de uma “nova” resolução, como, igualmente, com indiferença por uma qualquer *conexão objectiva* entre os tipos legais violados, nomeadamente, através de uma certa proximidade, parentesco ou afinidade entre os (diferentes) **bens jurídicos** lesados»⁽³⁷⁾

Deve pois notar-se a rejeição de um decisivo ontologismo (que conduziria a extrair consequências da pluralidade naturalística de resoluções), bem como de um normativismo abstracto (que assinalaria ao bem jurídico um lugar decisivo). Ambos os aspectos são relegados para um plano secundário, podendo contribuir para a conclusão a obter mas não a determinando de modo decisivo. A posição actual de FIGUEIREDO DIAS apela de modo directo para uma valoração de conjunto dos factos e das normas em jogo, desembaraçando-se da carga ou do fardo de critérios puramente naturalísticos ou normativistas. Não que, insista-se, as conexões *subjectivas* (relativas à resolução criminosa e à sua execução) ou *objectivas* (entre normas à primeira vista aplicáveis) sejam agora consideradas irrelevantes: o que ocorre é a consideração destes ângulos ou aspectos não como critério preponderante ou exclusivo, mas sim como tópicos a ter em conta, entre outros, num juízo global sobre os sentidos de ilicitude existentes no facto⁽³⁸⁾. Com o que

⁽³⁶⁾ Seguimos textualmente JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime* (como na nota 23), p. 1016.

⁽³⁷⁾ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime* (como na nota 23), pp. 1016-1017 (itálicos e negritos no original).

⁽³⁸⁾ Justifica-se a este propósito uma transcrição do Autor relativamente longa: «A ideia central que preside à categoria do concurso aparente deve pois ser, repete-se, a de que situações da vida existem em que, preenchendo o comportamento global mais que um tipo legal concretamente aplicável, se verifica entre os sentidos de ilícito coexistentes uma *conexão objectiva e/ou subjectiva* tal que deixa aparecer um daqueles sentidos de ilícito como **absolutamente dominante, preponderante** ou **principal**, e *hoc sensu* **autónomo**, enquanto o restante ou os restantes surgem também a uma consideração jurídico-social

se afasta a pretensa certeza «mecânica» na aplicação dos critérios naturalístico-empíricos ou normativos antes propugnados, em favor de um juízo ponderado de todos os factores em jogo.

Assim, e frisando agora o modo como tudo isto se projecta no que particularmente respeita aos factos posteriores, afirma FIGUEIREDO DIAS que se um tal facto resultar em termos empíricos ou naturalísticos de uma resolução de vontade assumida pelo agente só em momento posterior, tal é por si destituído de relevância para efeitos de afirmar um concurso efectivo⁽³⁹⁾.

Quanto ao segundo aspecto focado, cabe igualmente salientar que se o facto posterior viola *um outro bem jurídico*, tal não é só por si suficiente para fundamentar a existência de um concurso efectivo⁽⁴⁰⁾. Esta questão deve ser desenvolvida, já que veio a assumir um enorme relevo na prática dos tribunais e é mesmo o ponto considerado *decisivo* por muita doutrina e jurisprudência, bem como, na sua sequência, pelo legislador de 2004.

segundo o sentido, como dominados, subsidiários ou dependentes; a um ponto tal que a submissão do caso à incidência das regras de punição do concurso de crimes constantes do art. 77.º seria desproporcionada, político-criminalmente desajustada e, ao menos em grande parte das hipóteses, inconstitucional. A referida dominância de um dos sentidos dos ilícitos singulares pode ocorrer em função de diversos pontos de vista: seja, em primeiro lugar e decisivamente, em função da unidade de sentido social do acontecimento ilícito global; seja em função da unidade de desígnio criminoso; seja em função da estreita conexão situacional, nomeadamente, espaço-temporal, intercedente entre diversas realizações típicas singulares homogêneas; seja porque certos ilícitos singulares se apresentam como meros estádios de evolução ou de intensidade da realização típica global. Não se trata aqui de critérios que permitam uma compartimentação estanque e rigorosa das hipóteses (...): JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime* (como na nota 23), pp. 1015-1016 (negritos e itálicos no original).

⁽³⁹⁾ Em sentido concordante, cfr. PEDRO CAEIRO, «A Decisão-Quadro, do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa», in MANUEL DA COSTA ANDRADE, JOSÉ DE FARIA COSTA, ANABELA RODRIGUES e MARIA JOÃO ANTUNES (orgs.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 1067 ss., p. 1109.

⁽⁴⁰⁾ Também aqui em sentido concordante, cfr. PEDRO CAEIRO, «A Decisão-Quadro, do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa» (como na nota 39), p. 1109.

5. A questão da diversidade de bens jurídicos

A doutrina recente que se tem especialmente ocupado das questões centrais da unidade ou pluralidade de infracções é unânime no sentido de que não basta responder ao problema do tratamento do concurso plurinormativo afirmando muito simplesmente que existirá um concurso efectivo sempre que os tipos legais de crime convocados em face de uma certa conduta tutelem bens jurídicos *diversos* — como faz muita doutrina e jurisprudência. Vão neste sentido, com argumentos convincentes, FIGUEIREDO DIAS e JOSÉ LOBO MOUTINHO.

Com efeito, a diversidade de bens jurídicos não deve constituir um óbice ao concurso aparente em caso de factos posteriores: no que em especial toca a FIGUEIREDO DIAS, o Autor procede neste ponto a uma clara demarcação da posição que havia assumido nas suas lições de 1976⁽⁴¹⁾. Dá como exemplos, entre outros, o homicídio seguido de ocultação do cadáver, não cabendo punir por homicídio+ocultação⁽⁴²⁾, já que a ocultação é um acto posterior que se encontra numa unidade de sentido global com o homicídio.

Na mesma linha, denuncia JOSÉ LOBO MOUTINHO a pretensão de resolver o problema com apelo ao critério do bem jurídico — um critério que é, afinal, o que o Autor denomina uma «quinta-essência» do crime, ou seja, que «corresponde a um conceito reduzido e, por consequência, redutor do crime»⁽⁴³⁾. Explicitando esta noção a propósito da pretensão de ver a quinta-essência do crime na acção, escreve o Autor: «as questões em que se desdobra

⁽⁴¹⁾ Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Sumários e notas das lições*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1976, em que o Autor sustentava que o facto posterior só não é punível se o crime de garantia ou aproveitamento «se não dirigir contra um novo bem jurídico» (p. 110), dando como exemplos de concurso aparente o furto a que se segue a destruição da coisa furtada (dano), entre outros. O Autor dava como exemplos de concurso efectivo, «dada a diversidade de bens jurídicos ofendidos», a falsificação de documento para encobrir um abuso de confiança ou a venda de coisa furtada a terceiro de boa-fé (loc. cit., pp. 110-111). Cfr. JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes no direito penal português* (como na nota 23), pp. 66-67.

⁽⁴²⁾ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime* (como na nota 23), p. 1017.

⁽⁴³⁾ JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes no direito penal português* (como na nota 23), p. 56, p. 73 ss., *maxime* p. 77.

o problema da unidade e pluralidade das infracções comportam-se perante a teoria geral do crime, no sentido que neste contexto se dá a tal expressão, como problemas novos, que não foram ponderados ao estabelecer o sistema e aos quais, por isso mesmo, os conceitos sistemáticos não podem, sem abuso, dar resposta»⁽⁴⁴⁾. Não é pois adequado proceder a uma transposição de conceitos elaborados num contexto problemático para um outro contexto, inteiramente diverso, com insensibilidade para as coordenadas deste último: «[a] identificação de uma noção quintessencial do crime e a pretendida derivação lógico-dedutiva das soluções a adoptar em matéria de unidade e pluralidade das infracções mais não representam, afinal, do que *pegar em princípios e soluções obtidas com abstracção do que é relevante para o problema da unidade e da pluralidade das infracções e transpô-los exactamente para esse problema. É genealogia dos conceitos ou, melhor até, é tirar coelhos da cartola*»⁽⁴⁵⁾.

Em especial sobre a impossibilidade de assim proceder em relação ao critério do bem jurídico, JOSÉ LOBO MOUTINHO salienta que, por se tratar de uma síntese, o bem jurídico «mostra uma ductilidade que o torna um instrumento perigoso ou, se se quiser, traiçoeiro, para ser utilizado na questão da unidade e da pluralidade de infracções»⁽⁴⁶⁾, não só vistas «as diversas possibilidades que se oferecem na sintetização do bem jurídico», mas ainda que tal condensação pode resultar «na indicação de bens jurídicos que, pela sua natureza “geral” ou “instrumental” ou “intermédia”, se mostram altamente equívocos nas suas relações com outros bens jurídicos, protegidos em outras normas incriminadoras, em termos de, pura e simplesmente, não permitirem responder — ou, o que é o mesmo, de poderem dar origem a soluções opostas — ao problema das relações entre as normas incriminadoras e dos termos do respectivo concurso»⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁴⁾ JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes no direito penal português* (como na nota 23), p. 79.

⁽⁴⁵⁾ JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes no direito penal português* (como na nota 23), p. 77 (os itálicos são negritos no original).

⁽⁴⁶⁾ Loc. cit., p. 876.

⁽⁴⁷⁾ Loc. cit., p. 877.

É em termos paradigmáticos o que entendemos ocorrer com o interesse na realização ou actuação da justiça penal. Este é um bem jurídico cuja convocação, no contexto das condutas criminalizadas a título de branqueamento de capitais, pressupõe, por definição, a verificação *anterior* de um outro ilícito-típico constante do «catálogo» fixado pela lei, de cuja prática foram obtidos proventos, cuja origem ilícita se procura encobrir. É devido a esta dependência genética desse outro ilícito que, neste sentido, o bem jurídico protegido pelo branqueamento de capitais se configura como *secundário*, *subsequente* ou *instrumental*, porque colocado ao serviço da actuação prática do monopólio estatal do *ius puniendi*, visando o efectivo confisco das vantagens ilícitas — e que, por isso, surge em termos temporais num estágio *posterior* à consumação, caso os pressupostos de facto se verifiquem⁽⁴⁸⁾. Assim se explica que o bem jurídico realização da justiça, no sentido específico que vive no branqueamento de capitais, não seja directamente equiparável ou comparável aos bens jurídicos «primários» ou «principais» *hoc sensu* (vida, integridade física, património, etc.), visando apenas assegurar a aplicação da *reacção penal* que é o confisco das vantagens do crime.

No momento actual muita jurisprudência continua a fazer uma aplicação mecânica do critério da diversidade de bens jurídicos, transformado na prática em critério geral não só necessário mas inclusivamente suficiente do concurso efectivo. Porém, bastar-se com o preenchimento de tipos legais de crime que tutelam uma diversidade de bens jurídicos *é dar a análise por finda onde ela na verdade começa*. Com efeito, num concurso plurinormativo a constatação da diversidade dos bens jurídicos protegidos pelas normas convocadas ao caso concreto não suprime a questão de saber se tais normas estarão ou não interligadas entre si, por forma a apurar a «unidade de sentido do acontecimento ilícito global-final» de que fala FIGUEIREDO DIAS. Porém, amiúde tal não é feito, e o momento aplicativo em que cabe proceder à conjugação e arti-

(48) Como facilmente se compreende, se nenhuma vantagem foram obtidas, não pode surgir qualquer pretensão ou necessidade político-criminal de confiscar o que não existe.

culação das valorações presentes nos tipos convocados, à luz do caso concreto, é indevidamente suprimido. Tal deve-se a uma interpretação do n.º 1 do artigo 30.º do Código Penal (que dispõe: «O número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos») como se aí se devesse ler que «O número de crimes determina-se pelo número de bens jurídicos presentes nos tipos legais de crime preenchidos», bastando consequentemente uma mera operação de *contagem* de bens jurídicos subsequente a uma outra de subsunção dos factos aos tipos. Uma tal leitura não pode ser admitida, visto que desloca a análise para um plano abstracto e negligencia o relacionamento entre os tipos de crime cometidos pela conduta do agente. Conduzindo, como é patente, a um rigor injustificado na aplicação da lei penal e na consequente punição do agente.

Pode aliás servir de contraprova desta asserção o caso em que um agente cometeu um crime contra a realização da justiça, de que obteve vantagens, após o que praticou actos de branqueamento dessas vantagens⁽⁴⁹⁾. É indiscutível que quer um crime p. ex. de denegação de justiça agravado quer o crime de branqueamento de capitais tutelam *o mesmo* bem jurídico, a realização da justiça penal, se entendido em termos amplos⁽⁵⁰⁾. Deveremos daqui concluir, sem mais, que o branqueamento de capitais não é punível neste caso?

Como facilmente se percebe, colocada a questão nestes termos — que relevam de um puro normativismo abstracto-sistemático —, a resposta não poderia deixar de ser a punição apenas pelo crime principal. O que mostra cabalmente que *a questão a colocar não é ou não deve ser a de saber se estamos perante bens jurídicos diversos*, mas sim a de saber se o facto principal em consideração

(49) O exemplo, no estado actual do sistema jurídico português, é na prática dificilmente excogitável; tal deve-se ao facto de que as penas previstas na generalidade dos crimes contra a realização da justiça não alcançam o patamar geral exigido no art. 368.º-A do Código Penal para a pertença ao «catálogo»: pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos. Será pensável nos casos previstos no art. 369.º, n.º 3 e n.º 4 (puníveis com prisão de um a oito anos).

(50) E são possíveis vários entendimentos. Numa leitura mais precisa ou restrita, já o bem jurídico será diferente. O que confirma a «ductilidade» de que fala JOSÉ LOBO MOUTINHO (cfr. notas 46 e 47 e texto correspondente).

abrange o facto posterior de modo que este se deva considerar já compreendido na pena daquele — e, neste sentido, «co-punido»⁽⁵¹⁾, em nome de considerações que variam de caso para caso e que não são de fácil generalização⁽⁵²⁾.

Assim, deve ser rejeitada a pretensão de resolver o problema atentando apenas na diferenciação de bens jurídicos. Trata-se aí de uma postura de exacerbado normativismo, que situa a análise num plano demasiado abstracto. A discussão, no que aos aspectos normativos respeita, deve fazer-se no terreno das concretas e regulares articulações entre tipos legais de crime, à luz do caso concreto, que tenha em conta a forma normal de entender e representar a realidade criminal e os factos típicos, de acordo com valorações correntes assumidas pelo legislador. Damos pois por adquirida a recusa do critério do bem jurídico como a pretensa «prova dos nove» da arte de bem contar crimes.

6. A questão do bem jurídico no contexto dos debates sobre branqueamento de capitais

O diagnóstico observado na doutrina geral mais autorizada sobre a unidade ou pluralidade de infracções contrasta com as discussões vindas a lume a propósito do branqueamento de capitais, em que aquela doutrina parece não ter tido ainda qualquer repercussão.

Com efeito, o critério do bem jurídico tem vindo a fazer o seu curso, continuando a ser defendido, já no âmbito da reforma de 2004 por Autores como GERMANO MARQUES DA SILVA⁽⁵³⁾, GON-

⁽⁵¹⁾ Como escreve um autor espanhol: «también puede hablarse de acto copenado y consunción aunque llegue a lesionarse un nuevo bien jurídico, siempre y cuando el contenido desvalorativo del primer hecho realizado comprenda ya el desvalor del segundo». JOSÉ MANUEL PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales* (como na nota 11), pp. 386 ss.

⁽⁵²⁾ Cfr. nota 38.

⁽⁵³⁾ Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, «Notas sobre branqueamento de capitais. Em especial das vantagens provenientes da fraude fiscal», in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, LUÍS MENEZES LEITÃO e JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Almedina, Coimbra,

ÇALO SOPAS DE MELO BANDEIRA⁽⁵⁴⁾ ou VITALINO CANAS⁽⁵⁵⁾. Antes de 2004, foi defendido por todos os Magistrados que escreveram sobre o tema: JOÃO LUÍS MORAES ROCHA⁽⁵⁶⁾, HENRIQUES GASPAR⁽⁵⁷⁾, A. G. LOURENÇO MARTINS⁽⁵⁸⁾ e JORGE DIAS DUARTE⁽⁵⁹⁾.

Na jurisprudência, o critério do bem jurídico foi afirmado pelo Tribunal Constitucional, que abordou a questão em 2004 num aresto relativo ao concurso entre tráfico de droga e branqueamento de capitais, tendo decidido que não há violação do princípio *ne bis in idem* na punição do mesmo agente pelos dois crimes em concurso efectivo, por serem *distintos* os bens jurídicos⁽⁶⁰⁾.

2007, pp. 451 ss., maxime p. 457: «É a dupla violação de bens jurídicos que justifica que o agente seja também punível pelo aproveitamento das vantagens produzidas pelo crime subjacente por ele próprio perpetrado; trata-se da lesão de um outro bem jurídico — a realização da justiça — e não apenas do aproveitamento das vantagens do crime subjacente». Esta forma de conceber as coisas está de acordo com a abordagem feita pelo autor ao problema do concurso em geral, designadamente aos casos de facto posterior co-punido, em que o critério afirmado é o de saber se a conduta posterior lesa um bem jurídico diverso; cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito penal português. Parte Geral. I. Introdução e teoria da lei penal*, Verbo, Lisboa, 1997, pp. 320 s.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. GONÇALO SOPAS DE MELO BANDEIRA, «O crime de “branqueamento” e a criminalidade organizada no ordenamento jurídico português», in GONÇALO SOPAS DE MELO BANDEIRA, ROGÉRIO GONÇALVES e FREDERICO RODRIGUES (orgs.), *Ciências jurídicas. Civilísticas; Comparatísticas; Comunitárias; Criminais; Económicas; Empresariais; Filosóficas; Históricas; Políticas; Processuais*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 271 ss.; cfr. pp. 316 ss.

⁽⁵⁵⁾ Embora, como vimos, apenas de modo implícito; cfr. *supra* nota 10.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. JOÃO LUÍS MORAES ROCHA, *Droga. Regime jurídico*, Livraria Petrony, Lisboa, 1994, p. 78.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. HENRIQUES GASPAR, «Branqueamento de capitais», in *Droga e Sociedade. O Novo Enquadramento Legal*, Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga, Ministério da Justiça, Lisboa 1994, pp. 124 e 133, cit. in Ac. STJ n.º 13/2007.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. A. G. LOURENÇO MARTINS, *Droga e Direito*, Aequitas e Ed. Notícias, Lisboa, 1994, p. 137.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. JORGE DIAS DUARTE, *Branqueamento de capitais. O regime do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e a normativa internacional* (como na nota 20), pp. 108 ss. O Autor não discute a questão no seu escrito publicado imediatamente após a aprovação da lei de 2004 (cfr. JORGE DUARTE, «Lei n.º 11/2004, de 27 de Março. O novo crime de branqueamento de capitais consagrado no artigo 368.º-A do Código Penal», *Revista do Ministério Público*, Abril-Junho de 2004, pp. 129 ss., apenas a mencionando de passagem: p. 133, nota 11).

⁽⁶⁰⁾ Acórdão n.º 566/04, processo n.º 675/04, 1.ª Secção (ARTUR MAURÍCIO). O aresto louva-se inteiramente na doutrina da diversidade de bens jurídicos. A questão foi aliás considerada «simples» para efeitos processuais. Indesmentível é que, se colocada nestes termos, a questão é efectivamente bastante fácil.

No mesmo sentido se pronunciou o Ac. STJ n.º 13/2007⁽⁶¹⁾, que fixou jurisprudência sobre esta questão precisa, no âmbito da legislação anterior, nos seguintes termos:

Na vigência do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, o agente do crime previsto e punido pelo artigo 21.º, n.º 1, do mesmo diploma, cuja conduta posterior preenchesse o tipo de ilícito da alínea a) do seu n.º 1, cometeria os dois crimes, em concurso real.

O aresto, no essencial, após fazer um resumo do pensamento de EDUARDO CORREIA, coloca a questão em termos de «saber se é o mesmo o bem jurídico protegido pelos crimes de tráfico de estupefacientes e de branqueamento de capitais»⁽⁶²⁾. Passa de seguida a fazer a extremamente fácil demonstração de que há diversidade de bens jurídicos — que é obviamente incontestável —, concluindo pelo concurso efectivo. Refira-se a existência de outras matérias, como em tema de falsificação de documentos e burla, em que o problema do concurso se coloca exactamente da mesma forma e em que o mesmo critério foi afirmado⁽⁶³⁾.

Como ficou já profusamente detalhado, cremos que a questão não pode ser resolvida com apelo ao conveniente e quase mecânico critério de solução que seria a mera observação da existência de diversos bens jurídicos nas normas *prima facie* convocadas, um critério que dispensaria mais aprofundamentos, valorações ou conjugações de normas e factos.

No entanto, esta visão acabou por se generalizar em alguma doutrina e muita jurisprudência. A sua genealogia deve-se provavelmente a uma leitura da obra de EDUARDO CORREIA — que, como vimos, deslocou o centro de gravidade do problema da unidade ou pluralidade de infracções da contagem das acções para a contagem

⁽⁶¹⁾ Ac. STJ n.º 13/2007, de 22 de Março de 2007, in *Diário da República*, 1.ª série, n.º 240, 13 de Dezembro de 2007.

⁽⁶²⁾ Cfr. p. 8910.

⁽⁶³⁾ Cfr. Assento STJ n.º 8/2000, in *Diário da República*, 1.ª série, n.º 119, 23 de Maio de 2000, com anotação discordante de HELENA MONIZ, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2000, pp. 462 ss., defendendo que não cabe punir autonomamente a burla, sendo para o efeito irrelevante a diversidade de bens jurídicos protegidos; cfr. ainda HELENA MONIZ, *O crime de falsificação de documentos. Da falsificação intelectual e da falsidade em documento*, Almedina, Coimbra, 1993, pp. 73 ss.

dos tipos de crime cometidos — no sentido de que a identificação de vários bens jurídicos deveria conduzir inexoravelmente a um concurso efectivo. Porém, EDUARDO CORREIA deixou claramente indicado que pode haver consumpção nos casos em que certas disposições «punem certas condutas, quando estas traduzem, em certas condições, uma vontade de aproveitar, garantir ou assegurar a impunidade de outro crime»⁽⁶⁴⁾ ou quando há relações de mais e de menos entre tipos legais de crime. Em especial, o Autor assinala situações de «facto prévio ou posterior não punível» (*Straflose Vor- und Nachtat*), que haviam sobretudo sido teorizadas por HONIG em 1927, como casos de concurso aparente (ou «hierarquia entre preceitos») em que há pluralidade de acções⁽⁶⁵⁾. EDUARDO CORREIA refere aliás que «parece impossível admitir que dois preceitos possam visar a protecção do mesmo valor ou bem jurídico. Toda a norma jurídica, que por qualquer elemento se distingue doutra, pressupõe, cria, no sentido que temos dado a este preceito, um valor ou bem jurídico com individualidade própria. Mas sendo assim só relações de mais e menos entre bens jurídicos diversos podem estar na base da consunção, nunca a sua identidade (...) também entre bens jurídicos *diversos*, que se compreendem uns nos outros, se pode estabelecer uma relação de consunção»⁽⁶⁶⁾.

Como já foi referido, EDUARDO CORREIA teve sobretudo em vista a rejeição de concepções naturalísticas do crime e a afirmação de um modo de conceber o concurso em base normativa e, como corolário, a abolição da distinção, então consagrada no Código Penal de 1886, entre concurso real e ideal. Não deve porém, nesta base, ler-se EDUARDO CORREIA como afirmando que bastaria em todos os casos a observação de uma diversidade de bens jurídicos nos tipos convocados para afirmar um concurso efectivo, prescindindo-se sem mais de uma análise das relações «de hierarquia» ou

⁽⁶⁴⁾ EDUARDO CORREIA, *Direito criminal*, (como na nota 33), vol. II, p. 205, nota 2; EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso em direito criminal* (como na nota 23), pp. 121 ss., esp. pp. 138 ss.

⁽⁶⁵⁾ EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso em direito criminal* (como na nota 23), pp. 125 ss.

⁽⁶⁶⁾ EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso em direito criminal*, (como na nota 23), p. 134 (itálico no original).

«de mais e de menos» dos tipos da parte especial. Porém, qualquer que fosse a leitura mais adequada da doutrina de EDUARDO CORREIA, foi desta forma que veio a ser entendido, em termos correntes, o seu pensamento.

Feito este percurso, afastámos o bem jurídico como critério suficiente do concurso efectivo. Cremos que a capacidade explicativa de uma análise baseada sobretudo no «sistema» termina por aqui, cabendo criticar a pretensão de tudo querer resolver ao nível da Parte Geral. Não é possível encontrar o fundamento material de solução da questão na base de considerações genéricas. De resto, como observou VASSALI faz meio século, a doutrina do concurso de crimes tem elaborado alguns critérios que podem auxiliar na resolução do problema, vista alguma frequência de certo tipo de constelações, sem que em todo o caso seja viável a elaboração de uma doutrina geral detalhada e completa sobre o tema⁽⁶⁷⁾. Tudo o que pudémos concluir até agora é que os casos de facto posterior copunido devem ser resolvidos de acordo com critérios axiógicos e político-criminais, atendendo à «unidade de sentido do acontecimento ilícito global-final», na expressão de FIGUEIREDO DIAS, para o que importa indagar das conexões objectivas e subjectivas presentes nos factos da vida em análise.

Assim sendo, uma análise cabal do problema passa necessariamente por uma consideração detalhada de vários aspectos cuja captação se faz sobretudo ao nível da Parte Especial, bem como do processo penal.

7. O panorama subsequente à prática de crimes

O ponto de arranque num tratamento na especialidade da matéria deve ser, segundo cremos, a constatação de que o tipo de crime de branqueamento de capitais pressupõe um outro tipo legal de crime prévio ou anterior: o facto principal⁽⁶⁸⁾. Tal resulta, de

⁽⁶⁷⁾ GIULIANO VASSALI, «Antefatto non punibile, postfatto non punibile», *Enciclopedia del Diritto*, vol. II, 1958, pp. 505 ss.

⁽⁶⁸⁾ O ponto resulta com toda a clareza do texto da lei, que exige, no n.º 1 do art. 368.º-A, a presença de vantagens resultantes de «factos ilícitos típicos».

modo inapelável, da circunstância de que se os bens em causa não têm efectiva origem num ilícito-típico constante do «catálogo», não existe crime de branqueamento de capitais.

O branqueamento de capitais pode pois ser caracterizado como um tipo derivativo, secundário, acessório ou «de conexão»⁽⁶⁹⁾. É, neste ponto, em tudo análogo ao favorecimento pessoal, à receptação e ao auxílio material ao criminoso, visto que todos estes tipos legais de crime fazem em parte derivar o seu conteúdo de ilicitude, embora nem sempre da mesma forma, do facto principal. Podemos denominar todos estes tipos que pressupõem um ilícito-típico anterior de «adesões posteriores» ou «pós-factos».

A conturbada evolução do tratamento doutrinal e legislativo das adesões posteriores oscilou entre a sua consideração como *encobrimento*, regulado na Parte Geral, e a criminalização autónoma na Parte Especial. Tal evolução foi concluída com o Código Penal de 1982⁽⁷⁰⁾. É sabido que após o seu tratamento como formas de participação, a doutrina e a lei evoluíram para a consideração da receptação e do favorecimento como tipos de crime autónomos, previstos na Parte Especial, atendendo ao dado essencial — da «natureza das coisas», posto em destaque pelo pensamento da causalidade — de que não é possível contribuir ou participar num facto já ocorrido: «não parece poder haver, por não ser nem normativamente adequada, nem em rigor facticamente pensável, uma comparticipação *ex post facto*»⁽⁷¹⁾.

Entende-se hoje que o *iter criminis* não compreende, após a consumação, uma fase subsequente que seria o *encobrimento*,

⁽⁶⁹⁾ J. GODINHO, *Do crime de «branqueamento de capitais»*. Introdução e tipicidade (como na nota 1), p. 15, nota 3.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. PEDRO CAEIRO, in JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (org.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. I, nótula antes do art. 231.º, § 6, pp. 471 ss. Em Espanha o ponto de chegada do mesmo processo é ainda mais tardio: o Código Penal de 1995. Cfr., para um conspecto geral, a importante obra de P. SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Encubridores o cómplices. Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

⁽⁷¹⁾ Nestes termos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime* (como na nota 23), p. 758. Mais indicações em A. MEDINA DE SEIÇA, in JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (org.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. III, sub art. 367.º, § 3-4, pp. 576 ss.

como constava do Código Penal de 1886⁽⁷²⁾. Mas tal alteração dos quadros *dogmáticos* não importou uma radical alteração de índole *político-criminal*: continua a fazer sentido a criminalização das adesões posteriores. A eliminação do encobrimento foi acompanhada da criminalização da receptação, do auxílio material ao criminoso, e do favorecimento pessoal (geral e praticado por funcionário), corolários da deslocação destas questões da Parte Geral para a Parte Especial. Porém, tal fez-se com exclusão do agente do facto principal: em todos estes tipos o «auto-encobrimento» é atípico e a lei *expressamente* exclui a possibilidade de concurso efectivo. Tal resulta com clareza dos textos legais, que cabe recordar.

Assim, a receptação respeita a «coisa que foi obtida *por outrem* mediante facto ilícito típico contra o património» (artigo 231.º, n.º 1, CP). Quanto ao auxílio material ao criminoso, consiste este em «auxiliar *outra pessoa* a aproveitar-se do benefício de coisa obtida por meio de facto ilícito típico contra o património» (artigo 232.º)⁽⁷³⁾. Já o favorecimento pessoal exige uma actuação com «intenção ou com consciência de evitar que *outra pessoa*, que praticou um crime, seja submetida a pena ou medida de segurança» (artigo 367.º, n.º 1; *idem*, no caso do n.º 2).

Com efeito, nestes casos, a punição do agente do crime principal também pelo facto posterior seria uma dupla punição, ou seja, uma redundância, visto que a necessidade político-criminal só ocorre em relação a terceiros. É a estes que se proíbe o «encobrimento» ou «não adesão» ao facto praticado, pois tal conduta pode

(72) Em que o artigo 19.º proclamava que «Os agentes dos crimes são autores, cúmplices ou encobridores» e o artigo 23.º discriminava cinco tipos de encobrimento, abrangendo: 1) a alteração de vestígios do crime com o propósito de impedir ou prejudicar a formação do corpo de delito; 2) a ocultação ou inutilização das provas, instrumentos ou objectos do crime com o intuito de concorrer para a impunidade; 3) os actos de pessoas que, estando obrigadas funcionalmente a fazer qualquer exame, alteram ou ocultam a verdade do facto com o propósito de favorecer o agente; 4) a conduta de quem, por compra, penhor, dádiva ou outro meio, se aproveita ou auxilia o criminoso para que se aproveite dos produtos do crime, com conhecimento da origem dos bens; 5) e os que dão coito ao criminoso ou lhe facilitam a fuga, com o propósito de o subtraírem à acção da justiça.

(73) Segundo PEDRO CAEIRO, «o aproveitamento do benefício da coisa ilicitamente obtida é, para o autor do facto referencial, um **facto posterior não punível**», in JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (org.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. I, *sub art.* 232.º, § 6, p. 505 (negrito no original). Melhor diríamos que é um facto posterior *co-punido*.

nomeadamente dificultar a prova em processo penal, a aplicação das reacções penais, e a satisfação dos interesses da vítima.

Já em relação ao próprio agente a atitude da lei é outra.

No âmbito da *receptação*, a punição em concurso efectivo do agente do facto principal contra o património de que resultaram os bens representaria uma sua penalização quer pela violação da norma primária em causa — p. ex., a que proíbe o furto — quer pela norma secundária que proíbe as condutas que consistem no aproveitamento das utilidades económicas da coisa furtada⁽⁷⁴⁾. Este último aspecto — o exaurimento subsequente à consumação formal — já é considerado na proibição do crime principal, como de resto sempre se entendeu, em termos pacíficos, sendo a venda (bem como o consumo ou a destruição) da coisa furtada um dos exemplos mais correntes de facto posterior co-punido⁽⁷⁵⁾. Sendo este pacífico entendimento a razão da sua recolha expressa no texto da lei.

No âmbito do *favorecimento* tem aplicação o mesmo tipo de considerações. A punibilidade, em concurso efectivo, do facto principal e do auto-favorecimento, representaria uma punição do agente quer pela infracção da norma primária que proíbe o crime precedente praticado, quer pela infracção da norma secundária que visa assegurar a possibilidade de as autoridade competentes levarem a cabo actividades probatórias ou preventivas ou a execução de penas ou de medidas de segurança⁽⁷⁶⁾ (e desde logo a descoberta e captura do agente) — tudo aspectos de realização da justiça penal. De onde resulta que a não colaboração para a própria condenação — desde logo, através da *fuga* — não tem valor jurídico autónomo para efeitos punitivos, sendo uma redundância e uma desproporção punir o agente também a este título.

⁽⁷⁴⁾ Nestes termos, P. SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Encubridores o cómplices. Contribución a una teoria global de las adhesiones post-ejecutivas* (como na nota 70), pp. 356 s., que seguimos de perto neste ponto.

⁽⁷⁵⁾ A que acresce o facto de que existe contiguidade do bem jurídico, o património, o que coloca a questão «a salvo» das disputas acima referenciadas sobre a possibilidade de um facto posterior co-punido dizer respeito a um bem jurídico diverso.

⁽⁷⁶⁾ Sobre a construção dual do tipo de crime de favorecimento pessoal, cfr. A. MEDINA DE SEIÇA, in JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (org.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. III, sub art. 367.º, § 12 ss., pp. 581 ss.

Estes dados, recolhidos no Código Penal em termos expressos e inequívocos, indicam que os factos posteriores à consumação não são puníveis quando realizados pelo agente do ilícito-típico precedente. Constituem revelações de um pensamento político-criminal mais geral, tendente a excluir a punibilidade das condutas pós-executivas do agente. A necessidade de explicitação da atipicidade deve-se, no plano dogmático, à desconexão formal destes crimes com a teoria da comparticipação, de que foram «expurgados», mas com a qual têm atinências materiais, que assim sobrevivem de um modo mais adequado às representações correntes sobre a causalidade.

O fundamento de tal atipicidade deve também ser observado do ângulo político-criminal da realização ou funcionamento da justiça penal, em que, como já aludimos, é opção geral de base a não exigência ao agente de uma colaboração para a sua própria condenação. Este é um ângulo que enfatiza aspectos directamente ligados ao processo penal, cabendo aclarar o que se pode ou não exigir do agente com vista ao funcionamento da justiça penal.

Assim, cabe atentar em que, em termos materiais, uma vez consumada a lesão do bem jurídico tutelado pelo crime principal, surge, num momento cronológico imediatamente *posterior*, a pretensão de realização da justiça, a levar a cabo nos quadros do monopólio estatal da justiça penal⁽⁷⁷⁾. Tal pretensão traduz-se designadamente na ambição estadual de: encontrar, deter (se necessário), acusar (se para tal houver fundamento), julgar e (caso haja condenação) punir o agente; provar os factos; indemnizar a vítima ou desfazer o dano; e localizar, apreender e confiscar as vantagens obtidas por meios ilícitos. Assim, para referir um exemplo simples, após um homicídio a soldo, consumada a morte da vítima e pago o montante prometido ao agente do crime, perdeu-se o bem jurídico vida; surge, em seu lugar, a pretensão da aplicação de uma pena de prisão ao agente e a pretensão de confiscar o dinheiro por ele recebido, aspectos de realiza-

(77) Que exclui, em via de regra, a actuação dos privados, salvo situações p. ex. de legítima defesa, que porém exige a actualidade da agressão, após o que já não é possível a defesa, devendo a situação ser resolvida exclusivamente pelo Estado.

ção da justiça penal e de concretização do *jus puniendi* estatal⁽⁷⁸⁾.

Importa, neste quadro, diferenciar a posição substantiva e processual dos terceiros e a posição em que se encontra o agente.

Após o cometimento de um crime, aos *terceiros* se exige que não coloquem entraves ao funcionamento da justiça penal e não agravem a lesão do bem jurídico já ocorrida, por exemplo não colaborando no seu exaurimento. É por esta razão que são puníveis o favorecimento pessoal praticado por outrem (com pena de prisão até 3 anos ou multa) e o branqueamento de capitais (com pena de prisão de 2 a 12 anos, que não pode exceder a pena do facto principal), pois colocam obstáculos à aplicação de reacções penais⁽⁷⁹⁾. Dos terceiros se exige igualmente que colaborem com a justiça penal, nomeadamente dizendo a verdade em tribunal.

Porém, importa agora sobretudo salientar que, neste quadro — repita-se, no estágio posterior ao cometimento de um crime de que resultaram ganhos patrimoniais, em que surge a pretensão à punição do agente e ao confisco das vantagens por ele obtidas, a levar a cabo pelos agentes do Estado especialmente encarregues desta tarefa —, já a situação é bastante diversa *em relação ao agente* de crime. Este não tem uma obrigação de se auto-denunciar

⁽⁷⁸⁾ «Los tipos intentan prevenir conductas calificadas por poner en peligro bienes jurídicos. Una vez que esto ya se ha producido (...), el interés en la protección no decae, sino se ve transformado en otro: el interés en que la Administración de Justicia actúe, para aportar a los bienes jurídicos la tutela que desde entonces quepa prestarles (resolución del objecto, sanción del autor, etc)»: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, n.º 22. O Autor traça um quadro geral na sua obra de 2004 já várias vezes citada: cfr. P. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Encubridores o cómplices. Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas* (como na nota 70; uma obra particularmente interessante por discutir temas que estão num ponto de transição entre a parte geral, a parte especial e o processo penal). A afirmação de que consumada a lesão do bem jurídico tutelado pelo crime precedente surge em seu lugar o bem jurídico que é a realização da justiça penal é para nós relativamente óbvia. Seria talvez desnecessário aclarar com mais detalhe o ponto. Porém, foi já observado — nos arestos do Tribunal Constitucional e do STJ citados (cfr. *supra*, notas 60 e 61) — que tal afirmação é «tese algo artificiosa, aliás não suficientemente demonstrada». Como procurámos explicitar, tal resulta do mero encadeamento temporal em qualquer crime.

⁽⁷⁹⁾ O facto de a pena prevista para o branqueamento de capitais poder ser *quatro* vezes mais alta do que a pena do favorecimento pessoal constitui um desequilíbrio valorativo evidente.

ou de colaborar com a justiça para a sua própria condenação — recorde-se o direito ao silêncio e a impunidade da fuga e da mentira, como exemplos⁽⁸⁰⁾, bem como a impunidade da ocultação ou destruição de provas que o incriminam⁽⁸¹⁾ salvo se constituir crime de dano⁽⁸²⁾. Essa é igualmente a razão material pela qual são atípicas as condutas de exaurimento, consolidação e garantia — receptação e favorecimento —, quando levadas a cabo pelo próprio agente. Assim, o agente que cometa um homicídio a soldo, de seguida escape à justiça, e por fim falte à verdade em tribunal não deve ser punido em concurso efectivo por homicídio, favorecimento pessoal

⁽⁸⁰⁾ Cfr. art. 61.º, n.º 1, d) (direito a não responder a perguntas sobre os factos imputados), art. 140.º, n.º 3 (o arguido não presta juramento), Código de Processo Penal. Cfr., com pormenor, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código de Processo Penal*, 2.ª ed., Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2008, p. 48, nota 27 ao art. 4.º do CPP.

⁽⁸¹⁾ Foi já afirmado por vários Autores que apesar da solução legal consagrada poderão em todo o caso ocorrer situações de «auto-encobrimento não punível» em que o concurso efectivo deva ser negado, ao menos no caso exemplar do «traficante que tem em sua casa uma elevada quantia em dinheiro proveniente dessa actividade, e sabendo que está iminente uma busca, transfere tais bens para um local longínquo, com vista a que as autoridades vejam frustrada a sua actividade de recolha de provas contra si». A afirmação é de LUÍS SILVA PEREIRA, *O combate ao crime organizado e ao branqueamento de capitais*, comunicação apresentada no seminário hispano-português «O espaço judicial português», Cáceres, 27-29 Outubro 1997, cit. in JORGE DIAS DUARTE, *Branqueamento de capitais. O regime do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e a normativa internacional* (como na nota 20), p. 112 (com adesão), seguido ainda por VITALINO CANAS, *O crime de branqueamento: regime de prevenção e de repressão* (como na nota 8), p. 157 (igualmente com adesão). Neste tipo de situações, afirma-se que «não seria exigível que o agente actuasse de forma diversa, já que não se requer que o autor de um crime se apresente a confessá-lo ou seja obrigado a manter consigo elementos que constituam prova indiciária de que na realidade o cometeu» (LUÍS SILVA PEREIRA, cit. in JORGE DUARTE, loc. cit., p. 112). Parece pois perceber-se que, no pensamento destes Autores, o concurso efectivo não é em todos os casos uma conclusão necessária, podendo, em certas situações, não ocorrer. Neste caso, em nome de uma não exigibilidade levando a um «auto-encobrimento não punível». O estatuto dogmático da figura assim convocada não é clarificado pelos Autores, parecendo tratar-se de uma causa de justificação ou de exculpação, baseadas no pensamento da inexistência. Cremos que não parece possível configurar aqui os pressupostos de qualquer causa de justificação, vg. estado de necessidade, por ter sido criada pelo agente a situação em causa e por ser difícil conceber a actuação do *ius puniendi* como um perigo ou a ameaça de um mal. Assim, JOSÉ MANUEL PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales* (como na nota 11), p. 379. É correcta a afirmação de que não cabe punir a destruição de provas (salvo se constituírem outro crime) — mas tal pensamento deve conduzir à atipicidade das condutas em causa, não à mera justificação ou desculpa.

⁽⁸²⁾ Sobre o ponto, cfr. *infra*, nota 90.

e falsidade de depoimento ou declaração. É punido apenas por homicídio, sendo atípicas as restantes condutas, que se analisam numa óbvia e inteiramente normal não colaboração com a justiça, inerente à natureza humana, um facto totalmente transparente para qualquer não jurista. Poderá haver lugar a um prémio por colaboração com a justiça, a levar à conta no crime principal, mas não já uma sanção adicional por não colaboração⁽⁸³⁾. Não há um dever de contribuir para a própria condenação, ou qualquer dever geral de denunciar crimes cometidos pelo próprio, pois tal converteria os cidadãos em colaboradores ao serviço permanente do Estado⁽⁸⁴⁾.

A questão que surge é pois a seguinte: uma vez que o branqueamento de capitais não passa de um crime de favorecimento real (relativo a bens), a todos os títulos análogo ao favorecimento pessoal, porque deveria ser tratado de modo diverso? Não se entende porque razão deveria ser o único caso de facto posterior punível em concurso efectivo, diversamente de casos em tudo paralelos como o homicídio+ocultação de cadáver, o furto+recepção ou a violação+encobrimento, para dar só alguns exemplos. Tal *tratamento excepcional* relevaria apenas de um empolamento artificial da danosidade social do crime de branqueamento de capitais, algo a que se assiste com alguma frequência, mas que, segundo cremos, numa análise fria e objectiva, deve ser rejeitado. Relevaria ainda de um «patrimonialismo» cego, mais empenhado no confisco das vantagens e mais atento aos aspectos financeiros do que à punição dos agentes do crime, que não toleraria a dissimulação da origem das vantagens mas já toleraria a fuga do agente. Parece óbvio, se bem vemos as prioridades político-criminais, que se o agente devesse ser punido por branqueamento das vantagens então, por maioria de razão deveria ser punido por fugir à justiça. O que não ocorre, em nome de um pensamento liberal.

(83) Diga-se de resto que o regime premial agora previsto para o branqueamento de capitais no n.º 9 do art. 368.º -A só parece fazer sentido se referido a crimes principais cometidos por outrem: «9. *A pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens*».

(84) Assim, P. SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Encubridores o cómplices. Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas* (como na nota 70), pp. 213 ss., p. 312.

8. Conclusões

Se é certo que a solução adequada ao caso concreto, em termos justos e comportáveis pelo sistema, tem de ser obtida «por apelo ou com referência teleológica a finalidades valorativas e ordenadoras de natureza político-criminal, numa palavra, a *valorações político-criminais co-naturais ao sistema*»⁽⁸⁵⁾, verifica-se, pelas várias ordens de razões que ficaram expostas, que tais valorações, contrariamente ao que se defende com frequência na jurisprudência, jogam na verdade o seu peso *contra* o concurso efectivo entre branqueamento de capitais e crime principal. Só vários factores têm permitido chegar ao resultado contrário, que sintetizamos em três pontos.

a) Em primeiro lugar, e no plano geral da unidade ou pluralidade de infracções, uma concepção simplista e distorcida da metodologia da resolução de casos de concurso plurinormativo, que pretende reduzir a questão a uma mera observação da diversidade de bens jurídicos.

b) Em segundo lugar, no plano do *iter criminis* e processual penal em que surge a pretensão de realização da justiça penal, uma cisão não justificada entre o branqueamento de capitais e os restantes «pós-delitos», ou seja, uma compreensão sem as necessárias ligações ao quadro em que as «adesões pós-executivas» se movem, no qual é regra de base a não exigência ao agente de uma contribuição para a aplicação de reacções penais contra si próprio, que logo leva a que não possa um agente ser punido por ter dificultado o trabalho das autoridades competentes na sua actuação com vista à apreensão e confisco das vantagens por ele próprio obtidas, algo que põe em causa postulados fundamentais de um direito penal de base liberal. Com efeito, são atípicas as condutas de «auto-receptação», «auto-auxílio» ou «auto-favorecimento»: o legislador recusa ver aqui um novo crime, determinando a atipicidade destas condutas. As condutas tendentes a evitar a aplicação de reacções penais — a fuga, a dissimulação das vantagens, a mentira em tribunal —

⁽⁸⁵⁾ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001. p. 17 (itálico no original).

devem pois ser todas consideradas como factos posteriores co-punidos, se praticados pelo agente do crime principal⁽⁸⁶⁾. Punir por ambas representaria uma repressão do facto de se ter prejudicado a aplicação da norma secundária ou de sanção, que acresceria à repressão do facto principal, no que constituiria uma dupla punição carecida de qualquer fundamento material⁽⁸⁷⁾.

c) Em terceiro lugar, no plano do contexto mais amplo em que nos movemos, cabe recordar que se assiste com frequência à defesa de uma compreensão a todos os títulos exagerada da real danosidade do branqueamento de capitais. Tal resulta de um caldo de «ruído», endurecimento e populismo penal, a que se liga a sua chegada pela via do direito internacional e europeu, sob influência anglo-saxónica⁽⁸⁸⁾. Será provavelmente alimentada por múltiplos

(86) Neste sentido se pronunciou J. OLIVEIRA ASCENSÃO, «Branqueamento de capitais: reacção criminal», in *Estudos de direito bancário*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 337 ss. (pp. 347 s.); o Autor afirma que «[o] sentido do branqueamento de capitais não é o de atingir o agente da infracção principal. A situação deste já foi considerada com a penalidade desta infracção». Em Itália, avulta sobretudo no facto de que o trecho legal de onde decorre esta solução é directamente moldado sobre o crime de receptação, tipo em relação ao qual se não colocam dúvidas sobre a qualificação da «auto-receptação» como facto posterior co-punido. Estes dados não consentem a adopção de solução diferente para o «auto-branqueamento». Cfr. MARIO ZANCHETTI, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Giuffrè, Milão, 1997, pp. 352 ss.; ENZO MUSCO, «Il riciclaggio nel diritto penale italiano», in J. FERRÉ OLIVÉ (ed.), *Blanqueo de dinero y corrupcion en el sistema bancario*, vol. II, Universidade de Salamanca, Salamanca, 2002, pp. 25 ss., p. 30.

(87) Assim, JOSÉ MANUEL PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales* (como na nota 11), pp. 389. Em termos político-criminais, deve ainda ser rejeitado o argumento de que esta conclusão traria consigo um notório enfraquecimento do dispositivo de prevenção e repressão da criminalidade pelo ângulo patrimonial, uma alegação por vezes aventada. Pode ler-se num acórdão do Tribunal Constitucional que tal tese «deixaria o sistema indefeso perante a colocação nos circuitos económicos-financeiros de dinheiro sujo, desde que tal feito lograsse a autoria singular do autor do crime-base»; ac. TC n.º 566/04, processo n.º 675/04, 1.ª Secção (ARTUR MAURÍCIO). Cremos que tal releva de alguma incompreensão da conjugação de vários institutos penais. Designadamente, o facto de não haver aqui lugar à punição autónoma do crime de branqueamento de capitais não significa que as vantagens que comprovadamente tenham sido obtidas com a prática do crime precedente (p. ex., corrupção) não possam ser confiscadas: seguramente que podem, posto que se comprova a sua origem ilícita.

(88) Num fenómeno de «americanização» do direito penal (cfr. AAVV, *L'américanisation du droit*, Archives de philosophie du droit, tomo 45, 2001), que poderá ser, neste caso, uma *desaprendizagem*. Com efeito, no âmbito do mais interessante ponto de encontro penal entre *common law* e direito continental — o direito internacional penal — assinala-se com toda a clareza que as questões do concurso se acham muito mais desenvolvidas no

jogos de interesses conexos⁽⁸⁹⁾ que tendem a querer ver aqui fontes de perigos indizíveis, qualitativamente muito superiores aos antes conhecidos, mas que não devem perturbar a sua correcta — fria e objectiva — consideração político-criminal. A criminalização de condutas que visam evitar a detecção e o confisco de vantagens obtidas por meios ilícitos representa não mais do que uma redescoberta de uma certa forma de favorecimento real, cujo fundamento tem sido apreendido de modo que reputamos deficiente. Em termos de normalidade das situações, o intuito de evitar a descoberta, apreensão e confisco de bens ilicitamente adquiridos é conatural a qualquer crime de que resultaram vantagens ilícitas⁽⁹⁰⁾. Todo o

âmbito da tradição romano-germânica. Assim, ANTONIO CASSESE, *International criminal law*, 2.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 178 ss.

(⁸⁹) Com efeito, o contexto mais amplo em que nos movemos — no sentido da *law in context*, que cabe não ignorar — não pode deixar de ser acenado, ainda que só muito brevemente. Assim, o tema do branqueamento de capitais surge na agenda internacional por mão dos principais centros financeiros e a questão sempre foi bastante politizada, girando múltiplos interesses à sua volta: de certos Estados, de organizações internacionais actuantes na matéria (que procuram mais competências e orçamentos), de departamentos governamentais criados para o efeito, de Governos que pretendem anunciar resultados aos seus públicos, entre outros actores do que se transformou numa verdadeira indústria. De todos resulta, de modo unívoco, uma certa tendência para exagerar os reais riscos em causa com a questão do branqueamento de capitais.

(⁹⁰) PEDRO CAEIRO pretende divisar o fundamento da criminalização do branqueamento de capitais apenas e exclusivamente num «especial grau de perigosidade» ou «modo particularmente eficiente» das condutas branqueadoras, que, assim, não podem ser vistas como um prolongamento socialmente tido como «natural» do facto principal, diferentemente do que se passaria com a receptação, o auxílio material e o favorecimento pessoal. Neste sentido, PEDRO CAEIRO, «A Decisão-Quadro, do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa» (como na nota 39), p. 1107. O Autor rejeita o concurso aparente com o crime principal nesta base, salvo nos casos da antiga al. c) — hoje revogada —, onde considerava haver uma utilização ou aproveitamento normal das vantagens obtidas, conduzindo a um concurso aparente. Cremos poder objectar que, como deixámos mencionado em texto, a *ocorrência* de condutas mais ou menos sofisticadas de branqueamento de capitais é inteiramente previsível ou expectável por parte de qualquer agente que lucrou com um crime, pelo que devem tais condutas ser tidas como um prolongamento «natural» do facto principal e, assim, incluídas no conteúdo de ilicitude do facto principal. Já quanto ao *modo de execução* do próprio branqueamento de capitais, cabe diferenciar. A consideração do auto-branqueamento como facto posterior co-punido abrange as condutas de dissimulação da origem ilícita que sejam, em si, socialmente adequadas (p. ex., transferências bancárias). Já porém onde as condutas de branqueamento de capitais *consistam noutros crimes* (p. ex. falsificação de documentos ou ameaças), poderá

agente que lucrou com um crime pretende não ser desapossado desses lucros. A fuga à acção da justiça é um «estádio posterior» de todos conhecido: sempre existiu e sempre existirá. Se a fuga da pessoa do agente é atípica, porque não deveria suceder o mesmo com a fuga dos capitais?

Concluimos que o branqueador terá de ser pessoa diversa da que cometeu a infracção geradora das vantagens, pelo que se deve considerar como co-punido, logo não dotado de autonomia o branqueamento de capitais obtidos pelo próprio através do facto principal. A solução contrária levaria a uma dupla punição destituída de fundamento material.

Neste contexto, a solução adoptada pelo legislador português em 2004 aponta para uma injustificada e desproporcional dupla⁽⁹¹⁾ punição de factos que, a nosso ver, e pelas razões expostas, não deveriam dar lugar a múltiplos crimes. Tal alteração legislativa — precipitada e imprudente, a revogar rapidamente, visto o seu ele-

haver aí (ou não) um facto a valorar de modo autónomo. Assim, no âmbito do favorecimento pessoal refere A. MEDINA DE SEIÇA (in JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (org.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. III, sub art. 367.º, § 39, p. 595), que quem realiza uma acção que preenche o tipo legal de crime de favorecimento pessoal com a intenção de se auto-favorecer não preenche o tipo *salvo se os concretos meios utilizados forem penalmente ilícitos*. No mesmo sentido, cfr. JOSÉ MANUEL PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales* (como na nota 11), pp. 394 s. Assim, o autor do facto principal poderá ser eventualmente considerado, nestes casos particulares, como autor, em concurso efectivo, de um facto subsequente. Mas este é já, atente-se, um problema outro, diverso do que vimos discutindo. Com efeito, cabe distinguir entre o concurso *com o facto principal ou precedente* (problema que versámos neste escrito) e o concurso *com o facto-meio* (ou *concomitante*) do branqueamento de capitais, ou seja, com os meios empregues para branquear (problema versado apenas nesta nota).

⁽⁹¹⁾ Com logo no início apontámos, são relativamente invulgares os casos em que um agente é acusado isoladamente da prática do crime de branqueamento de capitais, ou seja, divorciado do tipo de crime que gerou os proventos ilícitos. Por outras palavras: não abundam os casos de «puro» branqueamento de capitais. Este facto revela que, na prática, o crime tem vindo essencialmente a servir para agravar a pena do autor do facto principal. Parece-nos assim inteiramente acertada a observação, colhida na jurisprudência, de que «se correcta fosse a incriminação assumida pelo Tribunal Colectivo [no sentido do concurso efectivo], todos os traficantes de estupefacientes incorreriam na prática do crime do artigo 23.º [...], pois de um modo geral com a venda de estupefacientes o agente consegue proventos económicos, proventos esses que não guarda intactos para serem apreendidos e declarados perdidos a favor do Estado, antes os gasta no seu sustento e na aquisição de bens e em depósitos bancários, muitas vezes uns e outros em nome de familiares ou terceiras pessoas, o que não impede [...] a sua perda para o Estado». Cfr. Ac. STJ n.º 13/2007.

vado potencial de perturbação — é claramente contraditória com a inserção do crime no capítulo dos crimes contra a realização da justiça⁽⁹²⁾, levada a cabo pela mesma reforma, e que aponta directamente para a conclusão contrária. Parece pois evidente que se trata de uma intervenção legislativa pouco ponderada, vista a antinomia existente entre estas duas inovações. A punição de um agente por dificultar a aplicação de reacções penais contra si próprio é uma indevida dupla punição, com pena particularmente grave no caso do branqueamento de capitais, violadora do princípio *ne bis in idem*, que conflitua com as valorações fundamentais de um direito penal de base liberal, sendo pois desnecessária e desproporcional.

Fevereiro de 2009

(92) Pode ler-se na Proposta de Lei n.º 73/IX (como na nota 5): «Introduz-se o tipo de branqueamento no Capítulo III do Código Penal. A inserção sistemática escolhida fica a dever-se ao facto de o branqueamento ser, em primeira linha, um crime contra a administração da justiça, na medida em que a actividade do branqueador dificulta a actuação da investigação criminal relativamente ao facto ilícito subjacente». O que só reforça a semelhança do branqueamento de capitais com os outros «pós-delitos».