

INTERVENÇÃO PUNITIVA EM TEMPOS DE CRISE: A PARADIGMÁTICA QUESTÃO DA PUNIBILIDADE DO “AUTOBRANQUEAMENTO”

(ou a relevância da valoração criminológica do facto na
definição do concurso aparente de crimes)

Fernando Torrão

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito
Universidade Lusíada – Norte (Porto), Portugal
Doutor em Direito (Ciências Jurídico-Criminais)
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal

Resumo: Em tempos de crise –de valores e económico-financeira– é recorrente o apelo a maior intervenção punitiva, como se fosse o direito penal a principal cura para os males sociais.

No presente artigo, a reflexão centra-se na intervenção punitiva em situações de “*autobranqueamento*” de capitais.

Palavras-chave: Intervenção punitiva, crise de valores, autobranqueamento de capitais, direito penal liberal.

Recibido: mayo 2016. Aceptado: octubre 2016

Abstract: In economic and financial and of values crisis times, the demand for greater punitive intervention is recurring, as if the criminal law was the main cure for social ills. In this article, the reflection focuses on punitive intervention in *own funds money laundering* situations.

Keywords: Punitive intervention, values crisis, own funds money laundering, liberal criminal law.

1. Introdução

Os tempos de crise suscitam, por via de regra, maior intervenção punitiva. Situações paradigmáticas de uma História relativamente recente encontram-se nos ciclos imediatamente posteriores às duas Guerras Mundiais e à crise de 1929-30.

Vivemos hoje novamente em crise; uma crise que antes de ser económico-financeira era já “crise de valores”.

Anselmo de Borges realçava, no virar de século, esta crise de valores em que o lucro ascende a valor supremo da sociedade de consumo, potenciando a ocorrência de maior volume de crimes económicos e fomentando, conseqüentemente, uma “economia de corrupção” apta a contribuir para a crise económico-financeira.

Como deve reagir o direito penal?

Dever-se-á manter fiel ao paradigma liberal clássico que o acompanha há mais de dois séculos?

Ou, na ânsia de combater eficaz e eficientemente a criminalidade económico-financeira, deverá promover maior intervenção punitiva?

A nossa reflexão terá como exemplo paradigmático, neste âmbito, a criminalização do branqueamento de capitais e a inerente questão da punibilidade do chamado “autobranqueamento”.

2. Crise de valores e crise económico-financeira

Na “vertigem da relatividade” (João Paulo II)¹ que vai caracterizando a nossa época (por muitos catalogada de “pós-moderna”), Anselmo de Borges destacava, na viragem de século, o predomínio da «razão *tecno-instrumental* coisificadora, orientada essencialmente pelo interesse de domínio»² (do “outro” e da natureza).

Neste enquadramento ético-racional, tem vindo o *homo oeconomicus* a servir-se calculisticamente dos meios ao seu alcance (incluindo meios científicos e, mais recentemente, tecnológicos) para atingir a maximização do lucro e a consequente acumulação de riqueza, assumindo, desse jeito, as sociedades do mundo Ocidental, um cariz exasperadamente economicista, competitivo e consumista. Ao observar este modelo de sociedade que vai marcando a contemporaneidade, Anselmo de Borges realça o facto de o valor da pessoa nele inserido se não mostrar já «pelo que é, mas pelo que tem», evidenciando o Autor a circunstância de as «novas catedrais» parecerem ser «os hipermercados» na lógica de uma das máximas do «hedonismo consumista: *consumo, logo existo*»³. Em conformidade, a própria identidade individual aparenta depender, em muito, dos bens que são consumidos. “*To be or not to be myself*” é a dúvida existencial que parece poder ser solucionada, como ressalta Jean Baudrillard, pelos bens de consumo que consigam satisfazer os

1 A “vertigem da relatividade” constitui um dos pontos fulcrais das reflexões de João Paulo II que invoca algumas das correntes de pensamento pós-modernas para assinalar o seu traço definidor comum assente na ideia de que «o tempo das certezas teria» de facto «passado» e de que «o homem deveria finalmente aprender a viver num horizonte de ausência total de sentido, sob o signo do provisório e do efémero» (JOÃO PAULO II: *A Fé e a Razão* (carta encíclica *Fides et Ratio*), Lisboa, 2003, Cap. VII, nota de margem 91).

2 [Itálico nosso] BORGES, A.: “O crime económico na perspectiva filosófico-teológica”, em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 10 (2000), p. 13.

3 BORGES, A. “O crime económico na perspectiva filosófico-teológica”, em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 10 (2000), p. 19.

gostos e os desejos da própria personalidade⁴. Numa tão consumista sociedade, a competitividade economicista assume, obviamente, desmesuradas proporções, dependendo fundamentalmente o estatuto social, as características da personalidade individual ou a admiração pelo *modus vivendi* de cada um do sucesso económico obtido.

A “vertigem da relatividade” denunciada por João Paulo II leva a uma crise de valores conducente ao endeusamento do sucesso económico que, ao imperar como valor fundamental, pressagia comportamentos ilícitos em busca do lucro concretizados em diversos tipos de criminalidade, tais como corrupção, fraude fiscal, tráfico de estupefacientes, de pessoas, de armas, lenocínio, etc. Estes comportamentos ligam-se, amiúde, aos centros de poder, afetando, inexoravelmente, a estabilidade política e o desenvolvimento económico, acabando por corroer o sistema político e as estruturas sobre as quais imperam os princípios universais das nações civilizadas que alicerçam as democracias liberais.

4 Jean Baudrillard concretiza esta definição de personalidade através de bens de consumo relatando dois textos exemplificativos, o primeiro extraído do *Le Monde*, que aqui reproduzimos: «Não há mulher, por mais exigente que seja, que não consiga satisfazer os gostos e os desejos da própria personalidade com um Mercedes-Benz! Desde a cor do couro, o guarnecimento e a cor da carroçaria até aos tampões das rodas e às inúmeras comodidades que os equipamentos *standardizados ou preferenciais oferecem*»; o segundo de um pequeno hebdomadário feminino: «Ter encontrado a própria personalidade e saber afirmá-la é descobrir o prazer da *autenticidade* pessoal. Muitas vezes, *basta bem pouco*. Busquei durante longo tempo e apercebi-me de que um pequeno tom claro nos cabelos era o bastante para criar a perfeita harmonia com a cor do rosto e dos olhos. A cor loira encontrei-a na gama do “shampoo” corante “Récital”... Com o dourado de “Récital”, de matiz muito natural, não mudei: *mais do que nunca* sou eu mesma». Estes exemplos apontam para duas mulheres de estatutos sociais completamente diferentes, «mas» —como aponta Jean Baudrillard— «o esquema do valor “pessoal” é o mesmo para ambas e para todos nós que abrimos caminho na selva “personalizada” da mercadoria “preferencial”, buscando desesperadamente o fundo de tez que revelará a naturalidade do nosso rosto, o truque que ilustrará a nossa idiosincrasia profunda, a diferença que nos fará ser nós mesmos» (cf. BAUDRILLARD, J.: *A Sociedade de Consumo* [tradução de Artur Mourão], Lisboa, 1981, p. 99).

Daí que, v.g., a luta anticorrupção tenha vindo a ser considerada uma das prioridades da União Europeia «tendo em vista reagir contra um fenómeno crescente em intensidade e em complexidade, contendo em si um potencial destrutivo das economias e sociedades democráticas e seus valores fundamentais»⁵.

Sendo diminuta a eficácia desta luta e continuando a pre-valecter um modelo de sociedade sob a égide de que “tudo vale” na busca da maximização do lucro, a crise de valores potencia crises de vária índole, nomeadamente a económico-financeira, como, de resto, terá sucedido nos últimos anos.

3. Intervenção punitiva: a criminalização do branqueamento de capitais

Depara-se-nos um contexto económico-social em que, tomando de empréstimo as palavras de Faria Costa, «olhando à nossa volta [...] vemos sem grande dificuldade, que o que se vangloria e se erigiu em regra de ouro são os êxitos fáceis, as formas atrabiliárias de comportamentos, descosidas de quaisquer pontos referenciais, a lógica do lucro a qualquer custo»⁶, tendente a uma “cultura de corrupção”⁷. Acresce que os mecanismos económico-financeiros se vão sofisticando a uma escala global, promovendo-se rápidas circulações de capitais (a que não é, obviamente, alheio o fenómeno da informática). Todo este enquadramento levou, enfim, a que diversos países mostrassem

5 ABREU, C.: “Introdução”, em Cristina de Abreu (coordenação), *A Economia da Corrupção nas Sociedades Desenvolvidas Contemporâneas*, Porto, 2011, p. 13.

6 FARIA COSTA, J.: “O branqueamento de capitais (algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal)”, em *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, volume II, Problemas Especiais, Coimbra, 1999, p. 307.

7 FARIA COSTA, J.: “O branqueamento de capitais (algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal)”, em *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, volume II, Problemas Especiais, Coimbra, 1999, v.g., p. 307 e 308.

preocupação com os avultados lucros provenientes de certas atividades ilícitas, designadamente do tráfico de droga.

Sendo a luta contra este flagelo particularmente difícil e (não obstante alguns sucessos localizados) sem grandes resultados globais, mudou-se, em dado momento, a estratégia. Para evitar, fundamentalmente, a generalização da ideia de que o “crime compensa” (com todas as nefastas consequências que tal cenário é suscetível de acarretar, principalmente ao nível da prevenção geral), decidiu-se (também) atacar o problema através da «asfixia dos lucros ilicitamente obtidos»⁸; ou seja, através da criminalização de comportamentos que, através de operações mais ou menos complexas, visem, aparentemente, justificar fluxos financeiros que, na realidade, provenham de atividades ilícitas.

Vários instrumentos internacionais propugnaram, assim, a criminalização do chamado “branqueamento de capitais”. Destacam-se, neste particular, as Convenções de Viena e de Estrasburgo, respetivamente de 19 de Dezembro de 1988 e de 8 de Novembro de 1990, bem como a Diretiva do Conselho 91/308/CEE de 10 de Junho de 1991, que tiveram repercussão em diversos países, entre os quais Portugal que ratificou tais Convenções. O nosso direito interno começou a ser adaptado através do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, cujo artigo 23.º punia o branqueamento de capitais provenientes do tráfico de droga (tal como se referia na Convenção de Viena) e, mais tarde, através do Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de Dezembro, que, no artigo 2.º, n.º 1, alarga o âmbito dos crimes precedentes (em sintonia com o teor, desta feita, da Convenção de Estrasburgo de 1990). Em 2004 (Lei n.º 11/2004, de 27 de Março), o tipo legal de crime de “branqueamento de capitais” passa a constar do próprio Código Penal (artigo 368.º-A, inserido no capítulo “dos crimes contra a realização da justiça”), em transposição da Diretiva

8 FÁRIA COSTA, J.: “O branqueamento de capitais (algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal)”, em *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, volume II, Problemas Especiais, Coimbra, 1999, p. 309.

do Parlamento Europeu e do Conselho n.º 2001/97/CE de 4 de Dezembro de 2001, revogando os mencionados artigos 23.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, e 2.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de Dezembro. O artigo 368.º-A do Código Penal (doravante: CP) sofreu ligeiras alterações em 2008 (*ex vi* da Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho).

Configurando-se a criminalização do branqueamento de capitais como paradigmático exemplo de intervenção punitiva em tempos de crise (“crise de valores”, num primeiro momento, mas iminentemente apta a transformar-se em “crise económico-financeira”), não devem deixar de ser suscitadas reflexões sobre o paradigma penal dominante na atualidade. Designadamente, se em causa estará o modelo liberal clássico de mínima intervenção.

Tendo como referência a criminalização do “branqueamento de capitais” (que, em si, não será propriamente incompatível com um direito penal de matriz liberal), destacamos (toda-via) a questão da punibilidade do “autobranqueamento”.

4. A punibilidade do “autobranqueamento”

Até à entrada em vigor da Lei n.º 11/2004, de 27 de março (e, portanto, face à redação do artigo 2.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de dezembro), suscitavam-se dúvidas acerca de saber se o autor do crime precedente estaria excluído do possível círculo de autores do crime de branqueamento de capitais, vale por dizer, se não deveriam ser punidas as situações de “autobranqueamento”⁹.

9 Foram estas dúvidas suscitadas por entendimentos contraditórios (não só da jurisprudência (mas também da doutrina) que levaram à fixação de jurisprudência pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 13/2007, de 22 de Março (Relator: SOUSA FONTE), publicado em *Diário da República, I Série*, 240, de 13 de dezembro de 2007, pp. 8903 ss. O aresto decidiu duas questões: *prima*, se o agente do crime precedente podia ser autor do crime de branqueamento; *altera*, se, a ser admitida tal possibilidade, esse

No próprio direito estrangeiro existem diferenças de regime no que toca a este problema.

Nos países anglo-saxónicos (nomeadamente nos Estados Unidos, no Reino Unido e na Austrália), a tendência é a da admissão da punibilidade do chamado *own founds money laundering*, o “autobranqueamento”, admitindo-se expressamente o concurso efetivo entre crime precedente e branqueamento de capitais¹⁰.

Já muitos dos países de raiz jurídica romano-germânica (v.g., Itália, Alemanha, Áustria ou Argentina) propendem para excluir do círculo da autoria do branqueamento de capitais os participantes do crime precedente. O argumento fundamental desta posição jurídica é o de que o conteúdo da ilicitude do branqueamento de capitais é abrangido pelo ilícito do facto principal, donde seria o branqueamento de capitais um *facto posterior não punível*, sob pena de violação do conteúdo material do *non bis in idem*¹¹.

No que tange ao direito internacional, não existe posição claramente dominante nesta matéria. As convenções impendem a remeter a questão para o direito interno dos respetivos Estados-Parte, prevendo-se mesmo em algumas dessas convenções (como nas da ONU de Palermo de 2000 e de Nova York de

agente cometeria os dois crimes em concurso real (assim, CAEIRO, P.: “A consunção do branqueamento pelo facto precedente (em especial: (i) as implicações do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 13/2007, de 22 de Março; (ii) a punição da consunção impura”, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, Coimbra, 2010, pp. 187-8).

10 Cf. GODINHO, J.: “Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens dele resultantes”, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, Coimbra, 2010, p. 370.

11 Cf. GODINHO, J.: “Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens dele resultantes”, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, Coimbra, 2010, pp. 370-1.

2003) a possibilidade de exclusão do autobranqueamento se os Estados-Parte assim o entenderem¹².

Em Portugal, como se referiu, o direito positivo não tomava posição antes de 2004 (da Lei n.º 11/2004, de 27 de março).

A principal razão invocada para se não prever expressamente o “autobranqueamento” (como constava de Proposta de Lei¹³ do Governo liderado por Durão Barroso) era a de não levar o julgador a punir a mera *utilização normal* das vantagens obtidas pelo próprio autor do facto precedente. Admitir expressamente a punibilidade do “autobranqueamento” poderia, neste entendimento, ser interpretado como criminalização da mera detenção ou fruição das vantagens ilícitas.

Um anterior Projeto de Lei¹⁴ do partido da oposição ao Governo com maior representatividade na Assembleia da República (Partido Socialista) sustentava, por outro lado, a admissibilidade expressa do “autobranqueamento” de capitais, como, de resto, acabou por prevalecer no texto definitivo do artigo 368º-A, n.º 2 do CP (redação da Lei n.º 11/2004, de 11 de março). Ficou legalmente definido a partir de então que o autor do crime precedente pode ser também autor do branqueamento de capitais e ser por ambos os crimes punido.

Uma solução jurídica que, como refere Jorge Godinho, acabou por se revelar definitiva e concludente, «atendendo a múltiplos factores de sentido unívoco: o amplo consenso político-parlamentar obtido em seu redor; a posição da doutrina maio-

12 Cf. GODINHO, J.: “Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens dele resultantes”, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, Coimbra, 2010, pp. 371-2.

13 Proposta de Lei n.º 73/IX, “Estabelece o regime de prevenção e repressão do branqueamento de vantagens de proveniência ilícita”, in *Diário da Assembleia da República, II Série A, de 5 de junho de 2003*.

14 Projeto 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 *Diário da Assembleia da República, II Série A, de 12 de dezembro de 2002*.

ritária; 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»¹⁵.

Posto isto (ou seja, admitida a punibilidade do “autobranqueamento” pela nossa lei), a questão (criminológica e) jurídica não se encontra encerrada. Não excluir, do possível círculo de autores do crime de branqueamento, o autor do crime precedente, não resolve a questão do concurso (efetivo ou aparente) de crimes¹⁶. Impõe-se, então, que questionemos: será sempre legítima e adequada a punição do “autobranqueamento”, uma vez subsumido gramaticalmente nos respetivos tipos legais de crime o fenómeno criminológico em causa (que pressupõe, na realidade, uma atividade enquadrável em, pelo menos, dois tipos legais de crime)? Ou deverá tal subsunção, considerando a valoração (criminológica e político-criminal) concreta de cada caso, admitir situações de concurso aparente e, em tais casos, a sequente exclusão da punibilidade do “autobranqueamento”? Qual a posição mais adequada a tomar nesta matéria?

Em perspetiva político-criminal, não se justifica o entendimento de que a punição do crime precedente esgotaria sempre a necessidade de punição do (auto)branqueamento de capitais. Seria enveredar, na prática, pelo caminho da referida exclusão do autor do crime precedente do possível círculo de autores do branqueamento que só se poderia fundamentar na ideia de que o crime precedente abrangeria, (logo e sempre) em abstrato, o autobranqueamento. Só a assunção de uma postura exasperadamente liberal clássica incompatível com a realidade social contemporânea poderia justificar tal entendimento que implicaria

15 Cf. GODINHO, J.: “Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens dele resultantes”, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, Coimbra, 2010, p. 369.

16 Como se constata no mencionado Acórdão de fixação de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 13/2007, de 22 de março que abordou ambas as questões (cf. *supra*, nota 9).

defender a inconstitucionalidade da punição do autobranqueamento por violação dos princípios da *proibição do excesso* (ou da *mínima intervenção penal*) e do *non bis in idem*, sufragados pelos artigos 18.º, n.º 2 e 29.º, n.º 5 da Lei Fundamental. Esta perspetiva foi já, como se viu, superada, considerando, sobretudo, a autonomia do bem jurídico tutelado pelo tipo legal de branqueamento (“realização da justiça”) face ao crime precedente¹⁷.

Aderir, porém, a perspetiva político-criminal diametralmente oposta e admitir, em qualquer caso, a punibilidade do autobranqueamento por interpretação puramente literal do tipo legal em causa, seria, por outro lado, assumir a lógica da máxima intervenção penal, como se fosse o direito penal a melhor cura para os males sociais. Implicaria punir qualquer comportamento sequente à obtenção de rendimentos ilícitos que colocasse os capitais no sistema económico ou os fizesse permanecer em local oculto. Em concreto, dar-se-ia razão, em muitos casos, às vozes que proclamam a violação da *proibição do excesso* e do *non bis in idem*. Não se afigura, igualmente, o melhor dos rumos de política criminal.

Uma tendência intermédia (neoliberal?) que admita a punibilidade do autobranqueamento cingida a certos casos, quais sejam, os que, do ponto de vista político-criminal, impliquem, em concreto, uma premente reação punitiva, afigura-se a melhor perspetiva neste problema. Aproximamo-nos aqui da posição de Autores como Pedro Caeiro¹⁸ ou André Lamas Leite¹⁹, o que nos remete para o tema do concurso (efetivo e aparente) de crimes.

17 Mantendo, no entanto, tal posição, veja-se Cf. GODINHO, J.: “Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens dele resultantes”, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, Coimbra, 2010, pp. 396-399.

18 Nas próprias palavras: «[...] cremos que o sentido do *AcFixJ* não pode ser o de excluir possíveis hipóteses de consunção – porque se trata sempre de um *problema do caso*, insusceptível de uma decisão abstracta por via da interpretação dos tipos legais e, portanto, subtraído aos poderes que permitem ao Supremo Tribunal de Justiça fixar jurisprudência –, mas antes o de afirmar que entre o tráfico de estupefacientes (ou outro crime precedente)

5. A punibilidade do “autobranqueamento” no artigo 368.º-A do Código Penal

5.1 Concurso de normas ou aparente de crimes: “unidade de lei”, “consunção” e “facto posterior não punível”

O problema da punibilidade do “autobranqueamento” deve, pois, ser solucionado em sede concurso efetivo e aparente de crimes.

Sem dúvida que o artigo 368.º-A, n.º 2 do CP admite a punibilidade do “autobranqueamento”²⁰. Mas, considerando o artigo 30.º, n.º 1 do mesmo diploma, a relação entre crime precedente e branqueamento de capitais será de concurso efetivo? É que, não obstante corresponder este preceito à Parte Geral do Código Penal e aquele à Parte Especial, se a relação for de mero concurso aparente, a consequente dupla punição do agente implica dupla reprovação pelo mesmo conteúdo de ilícito e, por consequência, violação do mencionado princípio do *non bis in idem* (imanente ao artigo 29.º, n.º 5 da CRP) que deve ser, natu-

e o branqueamento existe “concurso de crimes”; efetivo (puro) ou aparente (impuro), é algo que só o juiz do caso pode determinar» (CAEIRO, P.: “A consunção do branqueamento pelo facto precedente (em especial: (i) as implicações do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 13/2007, de 22 de Março; (ii) a punição da consunção impura”, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, Coimbra, 2010, p. 203).

19 Posição assumida ao afirmar: «[...] entendemos que, apesar da alteração legislativa efetuada pela Lei n.º 11/2004, de 27 de março, em virtude do específico regime distintivo entre o concurso efetivo e aparente, a solução reside em exigir-se uma *análise casuística da situação fáctica* (LAMAS LEITE, A.: «Do crime antecedente e do delito de branqueamento praticado pelo mesmo agente: regresso ao passado?», em José Neves Cruz, André Lamas Leite, Rita Ferreira, Carla Cardoso, *Infrações Económicas e Financieiras – Estudos de Criminologia e Direito*, Coimbra, 2014, p. 464).

20 Redação do artigo 368º-A, n.º 2 do CP: «Quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas *por si* ou por terceiro, direta ou indiretamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infrações seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação penal, é punido com pena de prisão de dois a doze anos» [itálico nosso].

ral e materialmente, entendido como *proibição de dupla reprovação pelo mesmo crime*.

Figueiredo Dias exclui, desde logo, (o que designa por) “unidade de lei” (“mero concurso de normas”) do “concurso de crimes aparente” (concurso de crimes impuro ou impróprio). “Unidade de lei” reporta-se a situações em que determinado comportamento, sendo subsumível em duas ou mais normas, apenas uma ou algumas delas são aplicáveis (normas prevalentes), em detrimento da(s) restante(s) (normas preteridas), pela mera relação *lógico-jurídica* entre a previsibilidade das mesmas que logo permite, em abstrato, determinar essa aplicabilidade²¹. Figueiredo Dias exclui, assim, a *consunção* das formas assumidas pela “unidade de lei”²² que, desse jeito, se reduzem à *especialidade e subsidiariedade*²³. Já “concurso de crimes aparente” implica «um problema *axiológico e teleológico* de relacionamento de sentidos e de conteúdos do ilícito»²⁴ que só em *concreto* pode ser dilucidado. São as situações de *consunção*.

Por razões de metodologia jurídica e considerando o elemento gramatical enquanto ponto de partida da interpretação jurídica²⁵ dever-se-á, todavia, discernir duas constelações de casos

21 Cf. FIGUEIREDO DIAS, J.: *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, Coimbra, 2012, p. 992.

22 Cf. FIGUEIREDO DIAS, J.: *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, Coimbra, 2012, p. 1002.

23 Cf. FIGUEIREDO DIAS, J.: *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, Coimbra, 2012, pp. 994-1000.

24 FIGUEIREDO DIAS, J.: *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, Coimbra, 2012, p. 1002.

25 Sem dúvida que nos situamos no âmbito da corrente dominante da metodologia jurídica contemporânea que, sob inspiração, sobretudo, de Robert Alexy ou Karl Larenz, encara a técnica de subsunção como algo mais do que a mera demonstração baseada no raciocínio lógico-formal (silogístico) de cunho positivista ao jeito de Kelsen (desenvolvida, sobretudo, em KELSEN, H.: *Teoria Pura do Direito* [tradução de Baptista Machado da edição original alemã de 1960], São Paulo, 1999, pp. 12 ss.) –e, portanto, desprovido de elementos exteriores ao Direito–, devendo, de outro modo, envolver uma interpretação dos conceitos normativos adaptados às circunstâncias e

inseridas em duas modalidades tidas como de consunção: (1) situações em que, com recurso ao elemento gramatical de interpretação das normas, a previsão normativa de um tipo legal de crime abrange outro tipo legal (v.g., relação entre *roubo* e *furto*, entre *roubo* e *ofensa à integridade física* ou entre *furto qualificado*, por referência ao arrombamento nos termos do artigo 204.º, n.º 2, e) do CP, e *dano*); (2) casos em que o elemento gramatical não indicia relação de concurso aparente (de consunção), mas em que o desvalor concreto da prática de um crime é suscetível de levar à perda de relevância (concreta) de um outro subsequente pelo mesmo agente (por exemplo, a relação entre *homicídio* e *ocultação de cadáver* ou entre *furto* e *dano* em casos em que o dano não é instrumental do furto, mas uma sua consequência normal por se tratar, a coisa móvel subtraída, de bem consumível).

Em ambas as constelações de casos (e diferentemente do que se passa nas situações de “unidade de lei”), a concreta valoração criminológica dos factos é fundamental para que o sentido lógico da interpretação das previsões normativas dos tipos legais de crime os relacione em consunção. Só que em (1), o elemento

valores de que cada caso concreto (veja-se, por exemplo e com referência a Larenz, ALEXY, R.: *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*, [tradução de Zilda Schild Silva da edição original alemã de 1983], São Paulo, 2008, p. 17). Vale por dizer: uma interpretação jurídica que não prescinde, na arguta classificação de Antunes Varela, dos “juízos [de valor] de facto”, dos “juízos de valor arrancados do mundo exterior ao direito” e dos “juízos de valor radicados no próprio terreno do direito” (cf. VARELA, A.: “Os juízos de valor da lei substantiva, o apuramento dos factos na acção e o recurso de revista”, em *Coleção de Jurisprudência*, Ano XX, Coimbra, 1995, pp. 12-13). Assim se pode adequar a interpretação jurídica a cada caso, à concreta realidade social. Mas sem nunca perder a noção de que, como referia Francesco Ferrara, a «interpretação literal é o primeiro estágio de interpretação», uma vez que «o texto da lei forma o substrato de que deve partir e em que deve repousar o intérprete» (cf. FERRARA, F.: “Interpretação e Aplicação das Leis” [tradução de Manuel de Andrade], em *Manuel de Andrade*, «*Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*»/Francesco Ferrara, «*Interpretação e Aplicação das Leis*», Coimbra, 1987, p. 139).

gramatical das previsões normativas já as aproxima (ao jeito da “unidade de lei”) e em (2), não.

Com efeito, na primeira constelação de casos (1), existe, em abstrato, uma interferência de previsões normativas. Considerando os exemplos utilizados, o ladrão que parte o vidro do carro para subtrair valores do seu interior, comete crime de *furto qualificado*, nos termos do artigo 204.º, n.º 2, e) do CP, sendo o *dano* (artigo 212.ª também do CP) consumido pelo *furto* por se referir esta alínea e) ao *arrombamento* que implica o *dano*, conforme se retira do artigo 202.º, d) do mesmo diploma; o assaltante que desfere um murro na vítima e lhe subtrai o relógio preenche o tipo legal de *roubo*, sendo a *ofensa à integridade física* (artigo 143.º do CP) consumida, uma vez que a *violência* é um dos elementos (alternativos) típicos previstos no artigo 210.º, n.º 1 do CP para a consumação do roubo. A norma consuntiva (insistimos) prevê gramaticalmente a norma consunta. Trata-se dos chamados “crimes complexos”²⁶.

26 Em nossa perspetiva e diferentemente do referido por Figueiredo Dias ou Paulo de Sousa Mendes (cf. FIGUEIREDO DIAS, J.: *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, Coimbra, 2012, p. 994; SOUSA MENDES, P.: *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra, 2015, p. 150), os crimes complexos não se reduzem à relação de especialidade, ainda que nesta encontrem a sua génese. Entre *roubo* e *furto* ou entre *roubo* e *ofensa à integridade física* não existe, em rigor, relação de especialidade, uma vez que não está presente a implicação conceitual de inclusão (não ser possível realizar o tipo especial sem realizar o tipo geral) que a caracteriza. Na verdade, é possível roubar sem subtrair (se o agente constranger a vítima a entregar a coisa) ou sem ofender a integridade física (utilizando coação psicológica relativa). Ademais, mal se compreenderia que o *roubo* fosse encarado como *furto* agravado, até porque as circunstâncias qualificativas do *furto* também se aplicam ao *roubo* (nos termos do artigo 210.º, n.º 2, b) do CP), o que traduz a autonomia jurídica que os distingue. Entre *roubo* e *furto* existe relação de consunção, não de especialidade. Significa isto que os crimes complexos abrangem, também, relações de consunção, nas situações em que um tipo legal de crime (consuntivo) abrange, na sua previsão normativa, vários outros tipos legais (consuntos) alternativamente. Concordamos, no essencial, com Teresa Beleza ao definir relação de consunção como a que existe «quando de um tipo de crime faça parte [...] a realização de outro tipo de crime» (BELEZA, T.: *Direito Penal*, 1.º volume, Lisboa, 1985, p. 532), dando como exemplo a re-

Já na segunda constelação de casos (2), não existe, em abstrato, a interferência de previsões normativas. Ponderando os exemplos enunciados, a *ocultação de cadáver*, p.p. pelo artigo 254.º, n.º 1, *a*) do CP, não é consumida em abstrato pelo crime de *homicídio* (artigo 131.º do CP), nem o crime de *dano* (artigo 212.º, n.º 1 do CP) é consumido (em abstrato) pelo de *furto* (artigo 203.º, n.º 1 do CP), por nas previsões normativas dos tipos legais dos crimes posteriores, em cada exemplo, se não incluírem (em abstrato) as previsões normativas dos tipos legais precedentes. E, não obstante, a concreta valoração criminológica da unidade natural de cada ação que abrange ambos os comportamentos nos dois exemplos pode conduzir ao resultado interpretativo da consunção da *ocultação de cadáver* pelo *homicídio* e, bem assim, do *dano* pelo *furto*.

Em nossa perspetiva e por razões metodológicas (voltamos a referi-lo), estes dois modos de consunção devem ser distinguidos. O primeiro, corresponde a “consunção em sentido técnico ou próprio” e, o segundo, a “consunção em sentido amplo”, “impróprio” ou mesmo (em designação que se nos afigura mais adequada) “figura afim da consunção”. Não significa isto que a consunção em sentido técnico corresponda a “unidade de lei”. Na verdade e pese embora o elemento gramatical dos tipos legais de crime em causa ser o seu ponto de partida, esta relação de consunção implica, necessariamente (aproximando-se

lação entre *furto qualificado* e *violação de domicílio* (na época: *introdução em casa alheia*) nas situações em que o agente, para consumir o furto, se introduz ilegitimamente em habitação alheia (no atual Código, a relação entre os artigos 204.º, n.º 1, *f*) – ou n.2, *e*) – e 190.º) e, bem assim, entre *rapto* e *ameaça* (artigos 161.º, n.º 1 e 153.º) quando o consentimento do raptado foi obtido através de ameaça (cf. BELEZA, T.: *Direito Penal*, 1.º volume, Lisboa, 1985, pp. 533 e 535 respetivamente). Trata-se, *nemine discrepante*, de crimes complexos. Adianta a Autora – referindo-se à relação entre *furto* e *violação de domicílio* (mas igualmente aplicável à relação entre *rapto* e *ameaça*) – que não existe aqui relação de especialidade, uma vez que pode haver *furto* sem *violação de domicílio* (cf. BELEZA, T.: *Direito Penal*, 1.º volume, Lisboa, 1985, p. 533), não havendo, pois, implicação conceitual de inclusão.

aqui da consunção em sentido impróprio), “um problema *axiológico* e *teleológico* de relacionamento de sentidos de ilícito”, normalmente traduzido em relação de *instrumentalidade* entre crime consunto e crime consuntivo, pelo que se não prescinde, na sua interpretação, da valoração criminológica do(s) facto(s) em causa. Considerando um dos exemplos supra enunciados, o da consumação do roubo através de violência física, é no estabelecimento da relação de instrumentalidade entre a ofensa à integridade física e a subtração de coisa móvel alheia que se materializa a consunção entre as normas num dado caso concreto, posto que se a violência física for desnecessária para tal subtração já o concurso será efetivo²⁷. Quanto à consunção em sentido amplo, esta já não encontra no elemento gramatical dos tipos legais de crime o ponto de partida para a relação de concurso aparente, alicerçando-se, por conseguinte, em exclusivo na valoração da unidade de sentido do fenómeno criminológico em causa, constituindo-se como puro “problema *axiológico* e *teleológico* de relacionamento de sentidos de ilícito”.

Todas as situações descritas nesta sede acabam por se reconduzir a “concurso de normas” ou “aparente de crimes”. A diferença é que para apurá-lo, basta, em algumas delas, considerar (as previsões normativas d) os tipos legais em abstrato (“unidade de lei”), noutras, valorar o concreto caso à luz do elemento gramatical das normas aplicáveis (“consunção em sentido próprio”)²⁸ e noutras, ainda, determinar a pura unidade de sentido valorativo dos comportamentos e das normas, isto é, a

27 É o caso, v.g., de o agente subtrair coisa móvel à vítima mediante a ameaça de uma arma de fogo e, por maldade ou acesso de raiva, acabar por espancá-la violentamente.

28 A referência à valoração do caso concreto à luz do elemento gramatical (ou literal) admite, bem entendido, que o elemento literal se possa corporizar em conceitos indeterminados (dentro, obviamente, dos limites do princípio da legalidade) de onde se infira o crime consunto. Colocar, v.g., a vítima «na impossibilidade de resistir» para consumir um roubo (artigo 210.º, n.º 1 do CP) pode envolver *ofensa à integridade física* (imobilizando a vítima, por hipótese, com um pano embebido em clorofórmio) ou até privação de liberdade (*sequestro*).

unidade de sentido valorativo que se não arrima na interferência abstrata das previsões normativas pela simples razão de esta, em interpretação gramatical, não existir (“consunção em sentido impróprio”).

Se estas duas últimas situações são consideradas por Figueiredo Dias (que as não distingue) “curso aparente de crimes”, preferimos (não rejeitando esta classificação), no entanto (e, desde logo, por razões, metodológicas), diferenciá-las. A primeira, classificando-a como *relação* de, pura e simples, *consunção*; a segunda e recuperando o conceito de *facto posterior* (concretamente atípico e, enquanto tal,) *não punível*, catalogando-a como *figura afim da consunção*. Sublinhe-se, porém, quanto a esta última (*facto posterior não punível*), que se não trata de mera não punibilidade do segundo facto, mas de *atipicidade concreta*. Vale por dizer: é em função da valoração (criminológica e) político-criminal de um caso constituído por dois factos (gramatical e) indiciariamente típicos e da sequente desnecessidade de punição do (cronologicamente) segundo, que este se interpreta como, a final, atípico. Assim, a designação de *facto posterior não punível* não se refere a mera não-punibilidade, mas a não-punibilidade por atipicidade em razão de resultado interpretativo obtido pela concreta valoração do facto²⁹.

5.2. O regime jurídico do artigo 368.º-A do Código Penal

Posto isto, e no que respeita ao problema do autobranqueamento de capitais, deverão ser mantidos, em nosso entendimento, os entraves político-criminais materialmente liberais que fundamentam o facto posterior não punível³⁰ e, consequen-

29 A figura afim da consunção abrangerá também situações de ante facto não punível e de facto concomitante não punível, desde que tais factos se tornem, tal como o facto posterior não punível, concretamente atípicos, em razão da valoração do facto.

30 Entraves político-criminais que (se não colocam, insistimos, apenas no quadro da punibilidade mas, desde logo) condicionam a interpretação jurídica do tipo legal de crime no contexto de uma teoria da infração penal de cariz teleológico-funcional racional.

temente, não deverá ser punido o (auto)branqueamento nas situações em que corresponda a uma utilização *normal* das vantagens.

Na descrição típica do crime de branqueamento de capitais, o legislador começa por se referir (artigo 368.º-A, n.º 2 do CP) à conversão de rendimentos ilícitos. Concedam-se dois exemplos: (1) *A* guarda em casa dinheiro que obteve por IVA indevidamente recebido em razão de fraude fiscal e, atendendo ao enriquecimento obtido, vai despendendo-o normalmente (compra um novo automóvel para substituir o antigo, faz reservas em hotéis de luxo para as férias, compra uma mota aquática, etc.); (2) *B* vai depositando na sua conta bancária ganhos que reiteradamente vai obtendo por efeito de corrupção passiva.

Nestes dois casos existem situações de conversão («modificação da natureza jurídica ou fáctica de valores patrimoniais»³¹) de rendimentos ilicitamente obtidos, mas tratar-se-á de utilização *normal* dessas vantagens indevidas (despender dinheiro obtido ou depositá-lo em conta bancária são comportamentos que, sem dúvida, correspondem ao padrão normal do homem médio). Valoradas as condutas, haverá, neste enquadramento, uma unidade global de sentido entre ambas (em cada um dos exemplos, a segunda conduta é altamente previsível face à primeira), não existindo, face a cada uma das primeiras dessas condutas, valoração e energia criminosa autónoma nas segundas, constituindo-se, estas últimas, como concretamente atípicas e, por conseguinte, como factos posteriores não puníveis³².

31 ALBUQUERQUE, P.: *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, 2015, p. 1154.

32 Basicamente assim, ao referir que, nas situações de “auto-encobrimento” em geral, a punição pelo crime posterior implica que este «integre certas formas *específicas* de ofensa ao bem jurídico», CAEIRO, P.: “A consunção do branqueamento pelo facto precedente (em especial: (i) as implicações do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 13/2007, de 22 de Março; (ii) a punição da consunção impura”, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jor-

Não obstante se fundar, antes de mais, num critério metodológico, não é (dogmática e político-criminalmente) despicien- da a circunstância de se qualificarem estas situações como “facto posterior não punível”, retirando-as dos limites da consunção. Nesta qualificação (consunção), existem (pelo menos) duas con- dutas autonomamente desvaliosas, mas abrangidas por um tipo legal complexo; no “facto posterior não punível”, a segunda conduta não é, em concreto, autonomamente desvaliosa. Assim, ao circunscreverem-se estas situações de “autobranqueamento” (como as que se acabaram de exemplificar) ao conceito de “facto posterior não punível”, com os fundamentos atrás enunciados, não se coloca o problema em relação técnica de consunção, di- ferentemente do que perspetiva Pedro Caeiro, na linha de Fi- gueiredo Dias³³. O que significa que o problema da consunção impura suscitado por Pedro Caeiro³⁴ – pertinentemente, ao partir do pressuposto da relação de consunção, uma vez que a moldura penal do tipo legal de crime de “branqueamento de capitais” é normalmente mais elevada do que a da generalidade dos crimes

ge de Figueiredo Dias, Volume III, Coimbra, 2010, p. 190. Também neste sentido, referindo-se ao branqueamento como crime que «só existe porque houve [...] crime precedente e dele não tem, como regra, autonomia, pois trata-se de uma espécie de seu “prolongamento”, de um verdadeiro “favorecimento real” que, quando praticado pelo próprio agente, pode ser atípico», LAMAS LEITE, A.: «Do crime antecedente e do delito de branqueamento praticado pelo mesmo agente: regresso ao passado?». In José Neves Cruz, André Lamas Leite, Rita Ferreira, Carla Cardoso, *Infrações Económicas e Financeiras – Estudos de Criminologia e Direito*, Coimbra, 2014, p. 465.

- 33 Veja-se CAEIRO, P.: “A consunção do branqueamento pelo facto prece- dente (em especial: (i) as implicações do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 13/2007, de 22 de Março; (ii) a punição da consunção impura”, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, Coimbra, 2010, pp. 192 ss.
- 34 Veja-se CAEIRO, P.: “A consunção do branqueamento pelo facto prece- dente (em especial: (i) as implicações do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 13/2007, de 22 de Março; (ii) a punição da consunção impura”, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, Coimbra, 2010, pp. 203 ss.

precedentes – deixa, também e por consequência, de se colocar. Com efeito, ao enquadrar-se o “autobranqueamento” (gramaticalmente típico, mas) valorativamente atípico na categoria de “facto posterior não punível”, já a questão da consunção impura deixa de existir. Na valoração (de toda a unidade de sentido) do caso concreto, este não corresponde à *fatispecie* do (auto)branqueamento de capitais, tornando-se, nessa medida (não consumido pelo crime precedente, mas), pura e simplesmente, atípico e, enquanto tal, não punível³⁵.

35 A nossa posição coincide, no essencial, com a de André Lamas Leite que perspetiva o autobranqueamento em situações desta natureza como «*facto posterior copunido*» (cf. LAMAS LEITE, A.: «Do crime antecedente e do delito de branqueamento praticado pelo mesmo agente: regresso ao passado?», em José Neves Cruz, André Lamas Leite, Rita Ferreira, Carla Cardoso, *Infrações Económicas e Financeiras –Estudos de Criminologia e Direito*, Coimbra, 2014, p. 464). Dois tópicos são, porém, suscetíveis de implicar algum afastamento: (1) continuamos a preferir a designação “facto posterior não punível” a “facto posterior copunido”, até porque (ao implicar que do comportamento posterior do agente se não infere qualquer desvalor ou censura) aquela se nos afigura mais adequada a ser harmonizada com o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*– que André Lamas Leite invoca, e bem, enquanto razão processual para fundamentar a não punição autónoma do autobranqueamento nas situações de «*prolongamento típico*» do crime precedente (cf. LAMAS LEITE, A.: «Do crime antecedente e do delito de branqueamento praticado pelo mesmo agente: regresso ao passado?», em José Neves Cruz, André Lamas Leite, Rita Ferreira, Carla Cardoso, *Infrações Económicas e Financeiras –Estudos de Criminologia e Direito*, Coimbra, 2014, p. 465)–; (2) Ao admitir tratar-se (no caso, a figura do “facto posterior copunido”) de «sub-modalidade de consunção (ou elemento constituinte)» e ao não afastá-la tecnicamente dos limites desta, fica a dúvida se André Lamas Leite acompanhará Pedro Caeiro na questão da consunção impura. Ademais, a própria designação “facto posterior copunido” é mais propensa a enquadrar-se na consunção. Significa que o desvalor do “facto posterior copunido” é consumido pelo desvalor da *predicate offense*. Como refere o Autor, esta é «a terminologia que hoje faz mais curso na doutrina nacional e estrangeira (*máxime*, germânica), pela circunstância exata de que *se não trata, em absoluto, de uma total impunidade do agente por esse facto posterior*, mas sim de uma “copunção”, no sentido de que, apesar de ele não deter autonomia quanto ao facto anterior [...], deve ser tido em conta para a determinação da medida concreta da pena» (LAMAS LEITE, A.: «Do crime antecedente e do delito de branqueamento praticado pelo mesmo agente: regresso ao passado?». In José Neves Cruz, André Lamas Leite, Rita

Mas nem sempre o “autobranqueamento” perde relevância face ao crime precedente.

Conceda-se, por exemplo, que *A* é titular de uma conta bancária que ascende ao montante de €200.000 e que adquire em notas, por tráfico de droga, mais €200.000. Supondo que compra um imóvel a *B* por €400.000, mas que na escritura apenas são declarados €200.000, percebe-se aqui a existência de uma *encenação* que visa dar aparência lícita às vantagens pecuniárias provenientes do tráfico de droga (utilizadas na compra do imóvel), tornando bem mais difícil às autoridades provar o primeiro crime, dado terem “desaparecido” essas vantagens ilícitas.

O mesmo se diga no caso de *B*, obtendo dinheiro “sujo” do crime, *v.g.*, de peculato, se deslocar a um casino em várias ocasiões e aí adquirir, com esse dinheiro “sujo”, fichas de jogo com o intuito de, após algumas apostas em que utiliza um número reduzido de fichas, devolver as restantes em troca do dinheiro respetivo. Se assim o fizer, também aqui é dada aparência lícita (dinheiro de jogo) às vantagens ilicitamente obtidas (no caso, por crime de peculato), constituindo a compra e posterior devolução das fichas a *encenação* que permite aparentar a proveniência lícita das vantagens.

Ora, é exatamente esta energia criminosa expendida ao encenar uma aparência lícita à utilização de vantagens ilícitas (e, nessa medida, dificultar a prova do primeiro crime) que constitui a pedra de toque da legitimidade material de incriminação e punibilidade do branqueamento de capitais. Nestes dois exemplos apontados, tal encenação não corresponde, na verdade, a uma

Ferreira, Carla Cardoso, *Infrações Económicas e Financeiras – Estudos de Criminologia e Direito*, Coimbra, 2014, p. 468). Ora, em nossa perspectiva o “facto posterior não punível” constitui-se como figura afim da consunção, situado fora dos limites desta (por se consubstanciar em comportamento que perde relevância típica), sendo essa é a razão pela qual não acompanhamos Pedro Caeiro na questão da consunção impura (no que se refere a ser considerado na medida concreta da pena, o “facto posterior não punível” sê-lo-á apenas no horizonte compreensivo dos termos gerais do artigo 72.º, n.º 2, e) do CP por implicar um não arrependimento do crime).

utilização normal dos proventos (ilícitos), tratando-se, ao invés, de um procedimento realizado segundo uma lógica criminosa (e não segundo o padrão de comportamento do homem médio). Não esgota, assim, o primeiro dos crimes a energia criminosa do segundo, o que implica a existência de concurso efetivo de crimes, e, nessa medida, a punibilidade do (auto)branqueamento de capitais.

Na maior parte dos casos de grande relevo, a *encenação* referida, enquanto expressão de uma lógica criminosa tendente a dar aparência lícita a rendimento ilícito, entronca, de resto, em comportamentos enquadrados (no todo ou em parte) nas três fases classicamente atribuídas ao processo de branqueamento de capitais³⁶: (1) *colocação* do dinheiro ilicitamente obtido no sistema financeiro (“playcement”); (2) *circulação* (“layering”) através da realização de várias transações financeiras que criam camadas (“layers”) entre a origem real dos fundos e a que se quer visível, dificultando a reconstrução dos movimentos financeiros; (3) *integração* (“integration”) dos fundos *lavados* através de investimento em bens ou direitos aparentemente lícitos.

Ilustremos, com um exemplo prático e simples para facilidade de exposição: *C* deposita numa instituição bancária dinheiro “sujo” proveniente de tráfico de droga (*colocação*), transferindo, algumas semanas depois, esse dinheiro para um banco suíço e, posteriormente, para um outro banco sediado numa *off shore* em nome de *X*, empresa fictícia (*circulação*). *E*, “testa-de-ferro” tailandês e “administrador” de *X* investe o dinheiro em Portugal no setor do turismo em pareceria com *C*, conseguindo, ainda, um subsídio financiado pelo Estado (*integração*).

Em abstrato, e para efeitos de punibilidade do autobranqueamento, a fase da *circulação*, ao criar camadas entre a origem real dos fundos e a que se quer visível, corresponde à supra

36 Quanto às três fases clássicas do processo de branqueamento de capitais, veja-se, por último, TAVARES DA SILVA, D.: *Criminalidade Organizada e Económico-Financeira. Conceitos e Regimes Fundamentais: ONU, Conselho da Europa, União Europeia e Portugal*, Lisboa, 2015, p. 81, nota 323.

mencionada *encenação* que visa encobrir a proveniência ilícita dos bens; ainda que a consolidação da aparência lícita desses bens apenas surja na *integração*. Em concreto pode, todavia, tal *encenação* ocorrer logo na fase da *colocação* se, por exemplo, forem utilizados documentos falsos ou outros artifícios que a permitam. Decisivo para que o (auto)branqueamento seja punível (em concurso efetivo com o crime precedente) é que envolva a *encenação*, dado que, só assim, se pode conceber a existência de um comportamento *autonomamente desvalioso* (face ao crime precedente) *contra a realização da justiça*.

É verdade que a lei nacional compreende a (mera) intenção de dissimulação da origem ilícita dos bens configurada em simples elemento subjetivo específico no n.º 2 do artigo 368.º-A do CP. É, sem dúvida, um sinal positivo, mas não suficiente. No caso do “autobranqueamento” (que neste n.º 2 está incluído³⁷) a sua autonomização face ao crime precedente depende (antes de mais) da própria existência *objetiva* da dissimulação enquanto comportamento situado para além dos limites da *utilização normal* dos proventos económicos (para além, v.g., da mera compra de um bem ou do mero depósito bancário). Só assim temos um comportamento socialmente inadequado, distinto do crime precedente, destinado a dificultar seriamente a deteção do dinheiro “sujo”, atentando, por conseguinte, contra a realização da justiça. E só assim se poderá falar de um novo dolo racional (do tipo) e emocional (da culpa) para além do respeitante ao crime precedente. Trata-se, ao fim e ao cabo, de interpretar o n.º 2 do artigo 368.º-A do CP com respeito por uma cláusula de inadequação social autónoma, ao menos na parte respeitante ao próprio “autobranqueamento”. Mas talvez seja mais ajustada (ainda que porventura insuficiente) à dignidade punitiva do branqueamento de capitais, a redação do correspondente tipo legal no Código Penal suíço que pressupõe, no artigo 305.º, n.º 1, a prática de «ato adequado a impedir o apuramento da origem, a deteção ou o confisco de valores patrimoniais [...] provenientes de um crime».

37 *Ut supra*, nota 18.

6. Conclusão

Em tempo de crise (desde logo, de valores), de endeusamento do lucro e de sofisticação dos mecanismos económico-financeiros, criminalizou-se, em finais do século passado, um nova conduta, o branqueamento de capitais, com o intuito de combater, antes de mais, o crime precedente.

Trata-se de uma criminalização discutível à luz do paradigma liberal clássico, mas que se impõe por razões de combate à criminalidade organizada e económico-financeira.

Com o agravamento da crise e a expansão da criminalidade organizada foi aumentando o leque dos crimes precedentes e assumiu-se expressamente a punibilidade do autobranqueamento. Não se questiona a necessidade de tais soluções. Mas não deve o cerco legal ao crime organizado perder o norte das referências liberais e da mínima intervenção penal.

No que respeita ao autobranqueamento, refutamos o entendimento de ser este punível em qualquer sorte de colocação de vantagens como sugerem certas tendências doutrinárias e jurisprudenciais. Esse seria já um caminho perigoso apto a desviar-se do ideário herdado da Ilustração com todos os perigos de retrocesso a concepções pré-iluministas. Mas não seguimos também a posição de Jorge Godinho de que «o branqueador terá de ser pessoa diversa da que cometeu a infracção geradora de vantagens»³⁸, ou qualquer perspectiva que exclua, em abstrato, a punibilidade do autobranqueamento. É na valoração criminológica concreta de cada caso que se deve apurar a punibilidade (ou não) do autobranqueamento, vale por dizer, que se define se estamos perante “concurso efetivo” ou “facto posterior não punível”³⁹.

38 GODINHO, J.: “Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens dele resultantes”, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, Coimbra, 2010, p. 398.

39 “Facto posterior não punível” que, como se referiu (*supra*, pp. 16-17), em nosso entendimento se não confunde tecnicamente com relação de consun-

Significa isto que se, por um lado, não devemos ficar reféns de um direito penal liberal clássico, exasperadamente mínimo, que se alheia das novas formas de criminalidade, não devemos também, por outro e no combate a essas novas formas de criminalidade, perder as aludidas referências liberais legitimadoras do direito penal democrático.

A este posicionamento de um direito penal (que se pretende) ajustado aos “novos crimes”, mas que não perde o norte liberal, poder-se-á chamar “direito penal de matriz liberal”, “novo liberalismo penal” ou, como se nos afigura mais adequado, “direito penal neoliberal”.

A designação não é, contudo e naturalmente, o mais importante. Deve, porém, ser enunciada para arrimar a perseverança das traves mestras do paradigma liberal numa época em que muitas vozes, face à crescente sofisticação e complexidade do crime, vão proclamando a “máxima intervenção penal”.

ção e, enquanto tal, não coloca o problema da consunção impura desenvolvida, nesta sede, por Pedro Caeiro (Cf. CAEIRO, P.: “A consunção do branqueamento pelo facto precedente (em especial: (i) as implicações do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 13/2007, de 22 de Março; (ii) a punição da consunção impura”, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, Coimbra, 2010, pp. 203 ss).