



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Crime subjacente ao Crime de Branqueamento

Murillo Magalhães Carrera

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2018

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Crime Subjacente ao Crime de Branqueamento

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito Criminal, na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, elaborada sob a orientação do Senhor Professor Doutor Germano Marques da Silva.

Murillo Magalhães Carrera

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2018

À minha família, à minha noiva.

“Quando um homem tem força de vontade, os deuses dão uma ajuda.”

Ésquilo

Resumo:

Introdução. O crime de branqueamento encontra-se previsto no livro II, título IV, capítulo III, artigo 368.º-A do Código Penal. Efetivamente trata-se de um crime contra a realização da justiça que se pode traduzir num processo de conversão, transferência, auxílio ou facilitação de alguma operação ou transferência de vantagens com o fim de dissimular a sua origem ilícita. O crime de branqueamento também pode consistir no processo de ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens ou os direitos a ela relativos.

Objectivo. O crime de branqueamento constitui um fenómeno à escala mundial, sendo que a sua punição está intrinsecamente ligada à prática de um crime precedente que lhe serve de base. Com efeito, através da realização da presente dissertação, pretendeu-se aflorar as consequências jurídicas do crime subjacente ao branqueamento quando aquele é perpetrado fora do ordenamento jurídico interno.

Palavras-Chave. Branqueamento, Crime Subjacente, Crime Precedente.

Abstract:

Introduction. The crime of laundering is in the book II, title IV, chapter III, article 368° - A of the Penal Code. In fact, it's a crime against the implementation of justice that can be translated into a process of conversion, transfer, aid or facilitation of some operation or transfer of advantages in order to conceal its illicit origin. The crime of laundering may also consist of the process of hiding or concealment of the true nature, origin, location, disposition, movement or ownership of the advantages or the rights.

Objective. The crime of money laundering is a phenomenon on a worldwide scale, and its punishment is intrinsically linked to the practice of a previous crime on which it's based. In fact, through the preparation of this dissertation, it was intended to highlight the legal consequences of the crime underlying money laundering when it is perpetrated outside the domestic legal system.

Keywords. Money laundering, underlying crime, precedent crime.

Índice:

Introdução:	10
Instrumentos Internacionais:	11
Tipo Objectivo:	14
As Fases do Processo de Branqueamento:	16
Colocação:	16
Circulação:	16
Integração:	16
Natureza do Crime:	17
Tipo Subjectivo:	18
O Crime Subjacente:	19
O catálogo de crimes subjacentes:	22
A autonomia do crime de branqueamento face ao crime subjacente:	23
O crime subjacente praticado fora do território português:	25
O princípio da territorialidade:	25
Princípios complementares:	27
O princípio da nacionalidade:	27
O princípio da defesa dos interesses nacionais:	30
O princípio da universalidade:	32
O princípio da administração supletiva:	33
O princípio da aplicação convencional da lei penal:	33
Restrições:	34
A Lei da Amnistia e o Crime Subjacente:	35
O Ac. Tribunal da Relação de Lisboa:	41
As vantagens:	43
Direito Comparado:	46
Espanha:	46
Suíça:	47
Brasil:	47
Conclusão:	48
Bibliografia:	50

Lista de Siglas e Abreviaturas:

Ac. - Acórdão

Art. - Artigo

N.º - Número

Pág. - Página

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

Introdução:

A ciência jurídica reflete o pensamento de uma determinada comunidade inserida numa qualquer parcela do globo terrestre onde habitamos.

Com efeito, a conduta censurável pelo pensamento de uma concreta comunidade poderá corresponder em outra comunidade a prática de um ato lícito.

Um bom exemplo do exposto é o caso peculiar do estado suíço onde a evasão fiscal se traduz apenas num ilícito administrativo.

Assim sendo, através da presente dissertação pretendemos analisar as consequências jurídicas do crime subjacente ao branqueamento dentro do ordenamento jurídico interno quando aquele é perpetrado em território estrangeiro, sem descurar o conceito do crime de branqueamento ainda que de forma sumária.

Efetivamente o crime de branqueamento consubstancia um fenómeno à escala mundial, cuja punição depende da prática de um facto ilícito e típico precedente que na realidade poderá ocorrer num estado terceiro.

Neste sentido, importa atentar que a punição pelo crime de branqueamento tem lugar ainda que se ignore o local da prática do facto ou a identidade dos seus autores, ou ainda que os factos que integram a infração subjacente tenham sido praticados fora do território nacional, primeira parte do n.º 4 do art. 368.º-A do Código Penal.

Por outras palavras, verificar-se-á a punição pelo crime de branqueamento desde que pelo menos umas das suas fases ocorra dentro do ordenamento jurídico português, não revelando o local da prática do crime precedente nem a identidade dos seus autores.

A lei 83/2017 de 18 de Agosto veio estabelecer medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento e transpôs parcialmente para a ordem jurídica interna a Diretiva 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro e das atividades e profissões especialmente designadas para efeitos de branqueamento, bem como, a Diretiva 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016.

A mencionada Lei alterou o n.º 4 do art. 368.º-A do Código Penal ao acrescentar que a punição pelo crime de branqueamento ocorre ainda que o facto precedente seja lícito perante a lei do local onde foram praticados e desde que seja aplicável a lei portuguesa nos termos do art. 5.º do Código Penal.

No dia 11 de Novembro de 2015, celebrou-se o quadragésimo aniversário da proclamação de independência da república de Angola, tendo em conta o interesse do

facto comemorativo, foi aprovado pela Assembleia Nacional de Angola a 13 de Agosto de 2016 a Lei n.º 11/16 designada como Lei da Amnistia.

Nos termos do n.º 1 do art.º 1 da mencionada Lei, foram amnistiados todos os crimes comuns puníveis com pena de prisão até 12 anos, cometidos por cidadãos nacionais ou estrangeiros até 11 de Novembro de 2015.

A Lei da Amnistia levanta algumas questões no que respeita a punição pelo crime de branqueamento, nomeadamente nos casos em que o facto precedente que lhe serve de base se enquadra dentro do âmbito de aplicação da mencionada Lei.

Em suma, o presente tema de dissertação também se propõe a abordar as questões que podem ser levantadas entre o confronto da Lei da Amnistia com o n.º 4 do art. 368.º-A do Código Penal.

Instrumentos Internacionais:

A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, designada como Convenção de Viena, constitui o primeiro instrumento internacional adotado pela comunidade internacional, que tinha como objetivo o combate à conversão ou transferências de bens, com o conhecimento de que os mesmos pudessem provir de atividades criminosas, ligadas ao tráfico.

Os seus signatários convencionaram que seriam adotadas, no âmbito do respetivo direito interno, as medidas necessárias de modo a tipificar enquanto crime as condutas que visassem, intencionalmente, operações de conversão ou transferência de bens, de forma a ocultar ou dissimular a sua origem ilícita ou de auxílio à pessoa implicada na prática do tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas; operações de ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação, propriedade de bens provenientes do tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas.

Resulta da mencionada Convenção uma visão basilar sobre o crime de branqueamento que até aos dias de hoje permanece inalterada, traduzida na circunstância de que o crime de branqueamento apenas adquire a sua autonomia material e formal mediante a prática de um crime base, subjacente ou precedente.

Convém referir que ainda antes da mencionada Convenção de Viena, em Julho de 1983, Ronald Reagan, à época Presidente dos Estados Unidos da América, promoveu a *President's Commission on Organized Crime* designada como "*Money laundering - the*

*process by which one conceals the existence, illegal source, or illegal application of income, and then disguises that income to make it appear legitimate (...)*¹

Assim, o Crime de Branqueamento consiste no processo através do qual alguém esconde a existência, origem ilegal ou a utilização ilegal de um rendimento e depois encobre esse rendimento para o fazer parecer legítimo.

A mencionada *President's Commission on Organized Crime* vai mais longe, expondo que na década de 60 o uso de contas bancárias, no estado da Suíça, por parte de figuras ligadas ao crime organizado, era um uso recorrente, sendo os autores encobertos e protegidos pelas leis daquele Estado.

Atualmente, a legislação dos Estados Unidos da América contém uma panóplia de leis, quer a nível estadual, quer a nível federal, no que respeita ao combate ao Crime de Branqueamento, sendo a mais significativa a Lei, "*USA patriot Act of 2011, the Patriot Act*", emanada imediatamente após os ataques de 11 de Setembro de 2001.

A *Patriot Act* foi criada com a intenção de melhorar a *Bank Secrecy Act*² e a *The Money Laundering Control Act of 1986*³, no sentido de dotar e reforçar os poderes do governo Americano para prevenir, detetar e julgar criminalmente e internacionalmente o branqueamento de capitais e o financiamento ao terrorismo.

Na mesma ordem de ideias, o Conselho da Europa promoveu o segundo instrumento internacional de combate às operações de conversão, transferências, ocultação e dissimulação da natureza de bens provenientes de atividades criminosas, através da Convenção relativa ao Branqueamento, Deteção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, no ano de 1990, designada como *Convenção de Estrasburgo*, que entrou em vigor em Setembro de 1993.

Importa determo-nos neste ponto para referir dois factos que não se devem olvidar. Por um lado, foi esta convenção que serviu de base ao regime legal português sobre o crime de branqueamento; por outro lado, a alínea b), n.º 2, do art.º 6.º, da mencionada Convenção expunha que "*Pode ser previsto que as infrações enumeradas no presente n.º apenas se aplicam aos autores da infração principal.*"

Ora, por um lado, dir-se-á que esta não foi a opção do legislador português, por outro lado, tratava-se de uma questão que suscitava alguma querela na doutrina.

¹<https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=pur1.32754078076803;view=1up;seq=1;size=125>

²Bank Secrecy Act, estabelece a obrigatoriedade das instituições financeiras prestarem informações, quando requeridas, de forma a prevenir o crime de branqueamento a nível federal.

³The Money Laundering Control Act of 1986, trata-se da lei que criminaliza, pela primeira vez, a nível federal, o crime de Branqueamento

Neste âmbito, questionava-se se o agente do crime subjacente deveria ser punido em concurso real e efetivo com o crime de branqueamento quando reunia na sua esfera jurídica a prática das duas condutas criminosas.

A questão hoje encontra-se ultrapassada, prevalecendo a tese da doutrina maioritária, tendo em conta que o crime de branqueamento protege um bem jurídico distinto daqueles previstos nos crimes subjacentes. A verdade é que o autor do crime subjacente quando reúna na sua figura também a prática do Crime de Branqueamento, deve ser julgado em concurso efetivo e real pela prática dos dois crimes, não havendo qualquer violação do princípio constitucional do *ne bis in idem* ou *non bis in idem*⁴, argumentação apregoada pela tese minoritária.

Importa referir ainda um outro instrumento internacional no que respeita à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais a Diretiva n.º 91/308/CEE de 10 de Junho de 1991.

A mencionada Diretiva no seu art.º 1.º estabelece como branqueamento as operações, efetuadas intencionalmente, de conversão ou transferência de bens, com o conhecimento por parte daquele que as efetua de que esses bens provêm de uma atividade criminosa, com o fim de encobrir ou dissimular a origem ilícita dos mesmos, ou as operações de dissimulação ou encobrimento da verdadeira, origem, localização, circulação ou posse de determinados bens ou de direitos, relativos a esses bens, com conhecimento pelo autor de que os mesmos provêm de uma atividade criminosa.

Nos termos do art.º 1.º da Diretiva n.º 91/308/CEE de 10 de Junho de 1991, verifica-se a punição pelo crime branqueamento, mesmo que o crime subjacente que esteja na origem dos bens a branquear ocorra no território de outro Estado membro ou de um país terceiro.

Por fim, foi o Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, também conhecido como a “Lei da Droga”, que operou a tipificação das condutas ilícitas precedentes ao Crime de Branqueamento, mas apenas as relacionadas com o tráfico de estupefacientes, por força da ratificação da Convenção de Viena pelo Estado Português.

Através do Decreto-Lei n.º 325/95, de 02 de Dezembro, surge a tipificação de outras condutas ilícitas, sob qualquer forma de participação, nomeadamente o terrorismo, o tráfico de armas, extorsão de fundos, rapto, lenocínio, corrupção, peculato, participação económica em negócio, administração danosa em unidade económica do

⁴N.º 5, do art.º 29.º, da Constituição da República Portuguesa, “Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime.”

sector público, fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito, infrações económico-financeiras de forma organizada, com recurso à tecnologia informática e infrações económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional.

Posteriormente, foram consideradas como condutas ilícitas, para além do lenocínio, o tráfico de menores, tráfico de pessoas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, pornografia envolvendo menores, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal e demais crimes punidos por lei com pena de prisão cujo limite máximo seja superior a cinco anos.

Atualmente, para além das condutas supra mencionadas, constituem infrações precedentes ao branqueamento o abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráfico de armas, tráfico de influência, as infrações referidas no n.º 1 da Lei n.º 36/94 de 29 de Setembro, e no art.º 324.º do Código de Propriedade Industrial, e dos factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos, bem como os bens que com eles se obtenham.

Tipo Objetivo:

O tipo objetivo do ilícito criminal é constituído por um agente, uma pessoa humana, ou coletiva, pela conduta, nomeadamente a ação desencadeada suscetível de lesar o valor tutelado, o objeto da conduta, ou seja, a pessoa ou coisa sobre a qual recai a ação e, por fim, o bem jurídico protegido pelo respetivo tipo legal.

O tipo objetivo do Crime de Branqueamento encontra-se previsto no n.º 2 e 3 do art.º 368.º-A do Código Penal.

Com efeito, o crime de branqueamento pode consistir em 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 criminal, n.º 2 do art.º 368.º-A do Código Penal.

O tipo também compreende a conduta daquele que ocultar, dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens ou os direitos a ela relativos, n.º 3 do art.º 368.º-A do Código Penal.

Portanto, trata-se de um crime de conexão, uma vez que a conduta precedente do agente, o facto típico e ilícito, fundamenta a posterior perseguição criminal, em virtude do cometimento do ilícito criminal de branqueamento.

Por operação de conversão entende-se a conduta que altera a natureza jurídica das vantagens obtidas com a prática do crime precedente, como por exemplo, comprar um bem móvel ou imóvel com dinheiro obtido através do tráfico de estupefacientes.

A operação de transferência traduz a conduta em que o agente movimenta uma coisa móvel ou valores, mormente, dinheiro, de uma conta bancária para outra.

No que respeita ao auxílio e a facilitação, importa atentar aos ensinamentos do Professor Germano Marques da Silva ao expor “(...) o n.º, descrevendo os modos de execução do crime, refere o auxílio ou facilitação de alguma operação de conversão ou transferência, sendo que o auxílio, matéria ou moral, é a forma de atuação do cúmplice (art.º 27.º). Cremos, porém, que há que distinguir o auxílio ou facilitação causais do auxílio ou facilitação não causais, sendo naqueles casos uma forma de autoria e nestes de cumplicidade.”

Conclui mais à frente o mencionado autor “Por isso que, aliás em coerência com o sistema do Código, o art.º 368.º -A enuncie apenas formas de autoria e que o auxílio ou facilitação da conversão ou transferência das vantagens dos crimes subjacentes, referidos no n.º 2 do art.º 368.º -A, sejam necessariamente causais, ou seja, sejam atos de execução do crime (auxílio ou facilitação materiais) ou de instigação) auxílio ou facilitação morais). Quando os atos de auxílio ou facilitação não são causais da conversão ou transferência estaremos então em face da cumplicidade, conforme dispõe o art.º 27.º do Código Penal.”

Por fim, as operações de “(...) ocultação ou dissimulação são ações de encobrimento da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade dos valores patrimoniais (...), os conceitos de ocultação e dissimulação são muito amplos, incluindo toda a ação que dificulte o acesso a qualquer aspeto ou informação (any aspect or for informaion) sobre os valores patrimoniais.”

No que respeita ao agente do crime, dir-se-á que qualquer pessoa pode cometer o crime de branqueamento, mesmo que o agente em causa tenha sido aquele que perpetrado o crime subjacente. Trata-se de um crime comum por contraposição aos crimes específicos próprios e impróprios cuja qualidade do agente fundamenta ou agrava a incriminação.

As Fases do Processo de Branqueamento:

O processo de Branqueamento, “*A three stage process*”, costuma obedecer a três fases, a saber, colocação, “*placement*”; circulação, “*layering*”; integração, “*integration*”.

Colocação:

A colocação das vantagens tende a ser identificada pela doutrina como a fase mais crítica do processo de branqueamento, uma vez que o autor do facto ilícito e típico precedente encontra-se com quantias avultadas de dinheiro em sua posse.

Falamos em dinheiro, tendo em conta ser difícil imaginar outras formas de pagamento do tráfico de droga, armas, ou do lenocínio, contudo é preciso especificar que as vantagens obtidas do facto típico e ilícito podem apresentar outra forma para além do dinheiro “em mão”, como será o caso da fraude fiscal, onde a evasão do imposto não irá gerar um valor monetário na “mão” do agente.

Podemos enumerar as formas mais comuns de branquear as vantagens ilicitamente obtidas, nomeadamente o recurso a depósitos bancários, casinos, casas de câmbio e aquisição de bens no comércio.

Verdadeiramente o que está em causa é dissimular de forma célere a origem da vantagem proporcionada pelo facto ilícito subjacente. Por outras palavras, o agente pretende retirar da equação o rasto da vantagem obtida.

Circulação:

Se a generalidade dos autores apregoa um entendimento, segundo o qual a primeira fase do processo de branqueamento consubstancia o momento mais crítico do processo de branqueamento, no mesmo sentido corroboram a ideia de que a fase de circulação apresenta um carácter mais complexo.

Com efeito, trata-se da fase em que o agente demonstra a sua eficácia enquanto branqueador. Está em causa separar a vantagem obtida mediante a prática do facto ilícito da sua fonte ou origem, ou seja, impedir que se conheça o seu verdadeiro titular.

Integração:

A última fase do processo de branqueamento designa-se integração e implica a transferências das vantagens agora com natureza lícita para a esfera do agente criminoso.

Efetivamente, detetar um comportamento dúbio que possa consubstanciar uma tentativa de branquear as vantagens afigura-se uma tarefa árdua, tendo em conta a atual sofisticação que estas práticas apresentam, principalmente quando já se atingiu uma fase do processo tão maturada.

Todavia, não é uma tarefa inexecutável, atente-se que o legislador está atento a este novo fenómeno de criminalidade à escala global.

A Lei n.º 83/2017 de 18 de Agosto referente às medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo que transpõe parcialmente as Diretivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de Dezembro de 2016, é um bom exemplo da atenção depositada pelo legislador.

Trata-se de uma Lei que impõe diversos deveres às entidades que atuam em campos intrinsecamente ligados ao processo de branqueamento. A título de exemplo, salienta-se o dever de identificação, art.º 23.º, comunicação, art.º 43.º, e abstenção art.º 47.º, todos da Lei n.º 83/2017 de 18 de Agosto.

Natureza do Crime:

O Crime de Branqueamento, por um lado, consubstancia um crime de perigo abstrato, por contraposição ao crime de dano que pressupõe a efetiva lesão do bem jurídico, protegido pela incriminação. Assim, a punição não reclama a colocação em perigo do bem jurídico. A mera possibilidade de existência desse perigo motiva a incriminação.

Por outro lado, relativamente ao objeto da ação, é preciso diferenciar as condutas que se traduzem em operações de conversão, transferência, ocultação e dissimulação, n.º 2 e 3, do art.º 368.º-A do Código Penal., das outras que configuram operações de auxílio e facilitação, n.º 3 do art.º 368.º-A do Código Penal.

No primeiro caso, as ditas operações configuram crimes de resultado e necessariamente terá de se verificar um efeito sobre o objeto da ação, as vantagens, distintas da própria ação em si, colocando-se o problema do nexo causal entre o resultado e o desvalor da conduta do agente. No segundo caso, as operações mencionadas traduzem crimes de mera atividade, bastando assim a execução de um mero comportamento pelo agente.

Tipo Subjetivo:

O tipo subjetivo do crime encontra-se intrinsecamente ligado ao dolo do tipo que regra geral é comum a todos os tipos de crime, ou seja, ao conhecimento de todas as circunstâncias de facto e de direito, elemento cognitivo, do tipo objetivo e a vontade, elemento volitivo, de produzir o resultado típico.

Contudo, o dolo do tipo previsto no n.º 2 do art.º 368.º-A do Código Penal não é comum a todos os tipos de crime, exige-se algo mais por força da expressão “(...) *com o fim de (...)*”, ou seja, a punição pressupõe que o autor pratique as condutas descritas naquele n.º 2 com intenção, o *dolus specialis* de dissimular a origem ilícita dos bens, ou de evitar que o autor ou participante das infrações previstas no n.º 1 do art.º 368.º-A do Código Penal seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação criminal.

Decaindo⁵ a exigência deste elemento subjetivo, específico no que concerne a incriminação prevista no n.º 3 do art.º 386.º-A do Código Penal.

Por norma, só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência, art.º 13.º do Código Penal.

O branqueamento é um crime doloso, “ (...) *exigindo sempre que o agente saiba que os produtos são provenientes de certo tipo de atividade criminosa.*”⁶, “ (...) *não estando prevista nenhuma forma de negligência, não tendo acolhido a lei a possibilidade de punir a negligência grosseira quanto à proveniência dos bens (...).*”⁷

Assim, para além de se exigir a vontade do agente em praticar a ação típica, a punição pelo crime de branqueamento pressupõe que o agente tenha conhecimento que a vantagem a branquear provenha de um fato típico e ilícito, caso contrário estaria em falta o elemento cognitivo do dolo tipo.

No que respeita ao grau de conhecimento do agente, “*Não é de exigir um conhecimento detalhado e pormenorizado do crime de onde derivam os bens – caso contrário, só poucas condutas seriam puníveis.*”⁸

No que concerne as modalidades do dolo, este pode assumir as seguintes formas, dolo direto, dolo necessário e dolo eventual, n.º 1, 2 e 3 do art.º 14.º do Código Penal respetivamente.

Suscita dúvidas a punição do Crime de Branqueamento a título de dolo eventual, nos termos do Ac. STJ processo n.º 14/07.0TRLSB.S1 “*A exigência do conhecimento*

⁵Pedro Caeiro entende que a imposição do *dolus specialis* aplicar-se a incriminação do n.º 3.

⁶Ac. TRL Processo n.º 14/07.0TRLSB.S1

⁷Ibidem.

⁸Ibidem.

por parte do agente da proveniência criminosa dos bens ou produtos sobre os quais, ou em relação aos quais atua, deve ser entendida como abrangendo o dolo típico em todas as suas formas, incluído o dolo eventual.”

Jorge Dias reflete o pensamento da doutrina maioritária, “ (...) o elemento intelectual do dolo encontrar-se-á preenchido não apenas nos casos em que o agente atua com intenção de realizar um determinado facto que sabe preencher o tipo de crime do art.º 368.º-A do Código Penal, ou representa esse preenchimento como consequência necessária da sua conduta, mas também nos casos em que o agente atua representando como possível que em resultado da sua conduta pode preencher aquele tipo de crime e persiste nesse comportamento, conformando-se com aquela realização.”⁹

Paulo Pinto de Albuquerque apresenta um entendimento oposto à doutrina maioritária. De acordo com o mencionado autor “ (...) não basta que ele configure a possibilidade da proveniência ilícita da vantagem (...). Quem quer esconder a origem ilícita da vantagem é porque sabe que essa vantagem tem proveniência ilícita. Esta é uma verdade lapalissada que se impõe na interpretação do tipo subjetivo do n. 3. Portanto, o dolo de dissimular ou esconder a origem da vantagem é incompatível com o dolo eventual. (...) Por maioria de razão, a intenção de dissimular a origem da vantagem, prevista no n.º 2, é incompatível com o dolo eventual.”¹⁰

O Crime Subjacente:

O facto ilícito e típico não se confunde com o ilícito criminal, “ (...) o conceito de facto ilícito típico é introduzido no Código Penal, aquando da terceira alteração, operada pelo DL n.º 48/95, de 15 de Março, surgindo associado ao pós delito, na definição dos crimes de recetação e auxílio material (art.º 231.º e 232.º), e em consideração a jusante, ao aproveitamento dos resultados do crime, na declaração de perda a favor do Estado dos producta sceleris (art.º 109.º, 110.º e 111.º), ou numa outra perspetiva relacionada com medidas de segurança (art.º 91.º em conexão com art.º 20.º). ”¹¹

Assim, o ilícito criminal é constituído por quatro categorias autónomas, a tipicidade, a ilicitude, a culpa e a punibilidade.

⁹Monteiro Dias,2002:149 a 150.

¹⁰Albuquerque, 2015:1155.

¹¹Ac. STJ Processo n.º 14/07.0TRLSB.S1.

No que respeita as duas primeiras categorias, dir-se-á apenas que a tipicidade antecede a ilicitude por uma lógica de posituação do direito, corolário do princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Só é crime a conduta que se encontrar prevista ou tipificada.

A culpa pode assumir uma de duas modalidades, a culpa dolosa e a culpa negligente. A negligência só é punível nos casos especialmente previstos na lei, sendo que o legislador português decidiu afastar a punição do crime de branqueamento a título de culpa negligente,¹² pelo que para efeitos da presente dissertação não será tratada.

É comum afirmar-se que a culpa dolosa apresenta uma dupla estrutura, o dolo do tipo e o dolo ético. O dolo do tipo é constituído por dois elementos, o elemento cognitivo ou intelectual e o elemento volitivo.

O primeiro traduz-se no conhecimento de todas as circunstâncias de facto e de direito do tipo objetivo. O segundo consiste na vontade do agente em praticar a ação típica.

Com efeito, o dolo do tipo compreende o conhecimento de todas as circunstâncias de facto e de direito do tipo objetivo, do crime e a vontade do agente em produzir a ação típica.

Por sua vez, o dolo ético ou o elemento emocional, construção doutrinal cuja autoria é atribuída ao Professor Figueiredo Dias, consiste na indiferença do agente perante o bem jurídico lesado ou posto em perigo.

Trata-se de uma culpa dirigida à própria personalidade ético jurídica do agente, não por não ter exercido de forma correta o seu livre arbítrio, mas sim, porque ao longo do seu mandato existencial, da existência do seu ser, a sua personalidade não se conformou com os bens jurídicos ético sociais, considerados relevantes para a comunidade em geral, na qual se encontra inserido.

Por fim, são pressupostos adicionais de punibilidade as causas materiais de exclusão da pena ou as condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena ou as condições subjetivas de punibilidade.

Alguma parte da doutrina entende que o facto subjacente ao crime de branqueamento consiste numa condição objetiva de punibilidade. O conceito de condição objetiva de punibilidade é uma construção doutrinária, de acordo com

¹²Com entendimento diverso o STGB § 261 (5) alemão e o n.º 3 do art.º 301 do Código Penal espanhol.

Cavaleiro Ferreira trata-se de “ (...) *um elemento estranho ao facto ilícito e culpável.*”¹³ Ou seja, é algo exterior ou diverso do próprio crime.

Por sua vez, Eduardo Correia qualifica as condições objetivas de punibilidade como elementos adicionais requeridos para a punibilidade da conduta.

Figueiredo Dias e Pinto de Albuquerque, ensinam que as condições objetivas de punibilidade importam à dignidade da pena, uma vez que no caso destes pressupostos não serem abrangidos pela conduta do agente, não é atingido o limiar mínimo para a intervenção do Direito Penal, cuja aplicação apenas se deverá verificar em ultima ratio.

No entanto, saliente-se o entendimento de Taipa de Carvalho que nesta sede se transcreve, “*As características ou categorias jurídico-penais de todo qualquer crime são a tipicidade, a ilicitude e a culpa. Assim uma conduta (ativa ou omissiva, dolosa ou negligente) que seja típica, ilícita e culposa é, no geral, punível. Pode, contudo, suceder – e sucede – que, em certos casos, o legislador estabeleça que, além dos pressupostos essenciais, comuns e (no geral) suficientes para a punibilidade do facto (que são a tipicidade, a ilicitude e a culpa), se tenham de verificar determinadas circunstâncias. É a estas eventuais circunstâncias que se costuma chamar pressupostos adicionais da punibilidade. Porém, em nosso entender, estes eventuais pressupostos não justificam que se possa construir uma nova categoria dogmática do crime (e, portanto, da teoria geral do crime) que seria a punibilidade.*”¹⁴

Independentemente do conceito adotado para designar a condição objetiva de punibilidade, importa salientar que a maior parte da doutrina considera que o crime subjacente ao crime de branqueamento faz parte integrante do seu tipo, ou seja, não constitui um fenómeno ou um elemento adicional a punição.

De acordo com o Professor Germano Marques da Silva cujos ensinamentos vimos beber e aderir na sua totalidade “*O crime de branqueamento é praticado para ocultar ou garantir o proveito do crime antecedente, havendo entre eles uma conexão material de tal modo que o crime subjacente compõe a própria estrutura do branqueamento;*”¹⁵

O estudo sobre o conceito do ilícito penal serviu para expor que o crime subjacente não apresenta a estrutura clássica do ilícito criminal.

Neste sentido, o Ac. STJ, processo n.º 14/07.0TRLSB.S1, “*A punição do branqueamento de vantagens, prescindindo do território nacional como lugar único da*

¹³Cavaleiro Ferreira,2010:6 e 7.

¹⁴Taipa de Carvalho,2008:262.

¹⁵Marques da Silva:2007, Pág. 459.

prática dos factos que integram a infracção subjacente, prescinde igualmente da punição do autor do facto precedente ou mesmo do conhecimento da sua identidade. A punição do branqueamento não pressupõe que tenha de existir agente determinado ou condenação pelo crime subjacente. A lei exige apenas o conhecimento da prática da infracção principal, e não a sua punição. Assim, não importa que este último não tenha sido efectivamente punido, por exemplo por inimputabilidade penal do agente, morte deste, prescrição, ou simplesmente, impossibilidade de determinar quem o praticou e em que circunstâncias. O tipo do branqueamento exige apenas que as vantagens provenham de um facto ilícito-típico, não de um crime, donde a punição do branqueamento não depende de efectiva punição pelo facto precedente. Actualmente o facto precedente não tem que constituir um crime em sentido técnico (um ilícito - típico culposo e punível), mas um simples ilícito - típico, prescindindo, pois, do carácter culposo e punível.”

O catálogo de crimes subjacentes:

De acordo com o n.º 1 do art.º 368.º-A do Código Penal, são factos ilícitos e típicos subjacentes ao crime de branqueamento o lenocínio, o abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, a extorsão, o tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, o tráfico de armas, o tráfico de órgãos ou tecidos humanos, o tráfico de espécies protegidas, a fraude fiscal, o tráfico de influência, a corrupção, as infrações referidas no n.º 1 do art.º 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, a venda, circulação ou ocultação de produtos ou art.s, e os factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos, assim como os bens que com eles se obtenham.

Parafraseando Paulo Pinto de Albuquerque “*O facto ilícito e típico de que decorre a vantagem é definido de acordo com um critério misto, que conjuga uma cláusula geral (todos os factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a 6 meses ou de duração máxima superior a 5 anos), um catálogo de crimes e uma remissão para um elenco constante de uma lei extravagante.*”¹⁶

No mesmo sentido o Ac. STJ, processo n.º 14/07.0TRLSB.S1 “*O critério actual de definição do facto ilícito e típico de que decorre a vantagem é misto, conjugando um catálogo de crimes, uma cláusula geral reportada à gravidade da infracção principal, valorada pela pena aplicável (puníveis com pena de prisão de duração mínima superior*

¹⁶Albuquerque, 2015:1153.

a 6 meses ou de duração máxima superior a 5 anos) e ainda uma remissão (já presente desde 1995 – art.º 2.º, corpo, do DL n.º 325/95) para um elenco de infracções constante de lei avulsa (Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro).”

duA Lei n.º 83/2017 de 18 de Agosto veio acrescentar ao catálogo de crimes previstos no n.º 1 do art.º 368.º-A do Código Penal o facto ilícito e típico de venda, circulação ou ocultação de produtos ou art.º, consagrado no art.º 324.º do Código da Propriedade Industrial.

A autonomia do crime de branqueamento face ao crime subjacente:

A punição pelo crime de branqueamento pressupõe a prática de um crime base, querendo-se com isto dizer que o crime de branqueamento apenas adquire a sua autonomia material e formal mediante a ocultação ou dissimulação, conversão, transferência, auxílio ou facilitação de alguma operação de conversão ou transferência das vantagens, proporcionadas pela prática do facto ilícito e típico precedente.

Por outras palavras, o crime de branqueamento é acessório ao crime subjacente, isto é, trata-se de um pós-delito ao facto ilícito e típico precedente.

No entanto, os dois crimes apesar de estarem intrinsecamente ligados não se confundem, estamos perante factos distintos, sendo certo que do mero aproveitamento das vantagens proporcionadas pelo facto ilícito e típico precedente não resulta a punição pelo crime de branqueamento.

Precisamente por estarmos perante factos ou condutas estruturalmente distintas, suscetíveis de lesar bens jurídico, também eles diversos, é que nada impede a punição em concurso efetivo e real do facto ilícito e típico subjacente com o crime de branqueamento quando perpetrados pelo mesmo agente.

Neste sentido “(...) a concretização do que é um “tipo de crime” para efeitos do concurso de crimes faz-se por referência ao critério da identidade do bem jurídico protegido pelo tipo, corrigido pelo critério da “conexão situacional” entre diversas realizações típicas homogêneas. (...) Assim, há concurso (efectivo) de crimes quando os factos se subsumem a crimes que protejam bens jurídicos distintos ou, sendo subsumíveis a crimes que protejam o mesmo bem jurídico, as violações tenham tido lugar em situações históricas distintas.”¹⁷

O entendimento supra explanado também vale para afastar uma suposta violação do princípio do *ne bis in idem* ou *non bis in idem* (efeito negativo do caso julgado).

¹⁷Albuquerque,2015:218 e 219.

De acordo com o mencionado princípio com consagração constitucional expressa no n.º 5 do art.º 29.º da Constituição da República Portuguesa, ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime.

Trata-se de um princípio de grande tradição no direito português, “(...) é proclamado como princípio basilar do Estado de Direito e encontra também consagração nos textos internacionais pertinentes à salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, nomeadamente no art.º 14.º, n.º 7, do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos e no art.º 4.º do Protocolo n.º 7 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.”¹⁸

Ensina Germano Marques da Silva que “Este princípio é geralmente expresso segundo uma de duas fórmulas: uma de sentido material refere-se à sanção penal (ninguém pode ser castigado várias vezes pelo mesmo facto) e outra de sentido processual como é a utilizada pela Constituição portuguesa.”¹⁹

Continua o mencionado autor que “Consideramos que a ideia fundamental que o n.º 5 do art.º 29.º da CRP traduz é a de garantia das pessoas contra arbitrarias perseguições, não permitindo que o Estado, com todos os seus recursos e poder, faça repetidos esforços para condenar uma pessoa, submetendo-a assim a incómodos, gastos e sofrimentos e obrigando-a a viver num contínuo estado de ansiedade e insegurança.”²⁰

O efeito negativo do caso julgado consiste em “(...) impedir qualquer novo julgamento da mesma questão. É o princípio conhecido pelo brocardo *non bis in idem*, consagrado como garantia fundamental pelo art.º 29.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa: ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime. (...) A existência de caso julgado impede novo julgamento sobre o mesmo crime. Por isso, a existência de caso julgado é um pressuposto negativo, impede novo procedimento.”²¹

Ora, como estamos perante crimes materialmente e formalmente autónomos também não se verifica a violação do princípio do *ne bis in idem* ou *non bis in idem*.

¹⁸Marques da Silva,2008:43.

¹⁹Silva,2010:106.

²⁰Ibidem, Pág. 107

²¹Marques da Silva,2008:42 e 43.

O crime subjacente praticado fora do território português:

A punição pelo branqueamento tem lugar ainda que se ignore o local da prática do facto ou a identidade dos seus autores, ou ainda que os factos que integram a infração subjacente tenham sido praticados fora do território nacional, salvo se se tratar de factos lícitos perante a lei do local onde foram praticados e aos quais não seja aplicável a lei portuguesa, n.º 4 do art.º 368.º-A do Código Penal.

A punição do crime subjacente e do crime de branqueamento, quando praticado dentro do território nacional não comporta questões de grande relevo. O mesmo já não se pode dizer quando o facto ilícito e precedente ocorre território estrangeiro.

O princípio da territorialidade:

Assim, a maioria dos Estados acolheu o princípio da territorialidade como o princípio fundamental para a aplicação da lei penal no espaço, em desfavor do princípio da nacionalidade ativa.

A favor desta escolha concorrem quer razões substantivas quer razões adjetivas, com bem salienta Taipa de Carvalho a propósito das primeiras *“É no território do Estado, onde foi praticado o crime, que mais se fazem sentir as necessidades de prevenção geral positiva de pacificação social e de reafirmação da ordem jurídico-penal e da importância dos bens jurídicos por esta protegidos, e de prevenção geral negativa de dissuasão dos potenciais infractores.”*

No que concerne as razões adjetivas podemos afirmar que *“(…) é no território, onde o crime foi praticado, que a investigação e a prova do crime é mais fácil de realizar-se e, portanto, são maiores as garantias de uma decisão eficaz e justa.”*

Por conseguinte, salvo tratado ou convenção internacional em contrário, a lei penal portuguesa é aplicável aos factos praticados em território português, seja qual for a nacionalidade do agente ou a bordo de navios ou aeronaves portuguesas, alíneas a) e b) do art. 4.º do Código Penal.

Como corolário do princípio basilar da territorialidade em direito penal surge o princípio da bandeira ou do pavilhão, *“(…) nos termos do qual o Estado pune todos os factos juridicamente relevantes cometidos a bordo de navios ou aeronaves portuguesas, desde que não sejam praticados em espaço marítimo ou aéreo estrangeiro ou em portos ou aeroportos estrangeiros.”*

No mesmo sentido, Paulo Pinto de Albuquerque expõe que *“Os factos praticados a bordo de navios ou aeronaves portuguesas em espaço marítimo aéreo estrangeiro ou*

em portos ou aeroportos estrangeiros são considerados como tendo sido praticados no estrangeiro, pelo que a lei portuguesa só é aplicável se os crimes não forem julgados no país da prática do facto.”²²

Resulta do princípio da bandeira ou do pavilhão que a lei penal portuguesa é aplicável quando o crime subjacente ao branqueamento é praticado a bordo de navios ou aeronaves portuguesas.

De igual forma, a lei penal portuguesa é aplicável ao crime de branqueamento cometido a bordo de navios ou aeronaves portuguesas.

Ressalva-se do exposto a hipótese em que os navios ou aeronaves portuguesas encontrem-se em espaço marítimo ou aéreo estrangeiro ou em portos ou aeroportos estrangeiros.

Discorda deste entendimento Taipa de Carvalho, o autor considera que a lei penal portuguesa aplica-se ainda que o facto seja cometido em espaço marítimo ou aéreo estrangeiro ou em portos ou aeroportos estrangeiros, desde que perpetrados a bordo de navios ou aeronaves portuguesas.

Expõe o mencionado autor que “(...) a verdade é que o art.º 4.º-b) não distingue e, assim, parece que a solução que se impõe é a de considerar aplicável a lei penal portuguesa também nestas hipóteses de crimes praticados a bordo de navios ou aeronaves comerciais portuguesas, mesmo que se encontrem em espaço marítimo ou aéreo estrangeiro ou em portos ou aeroportos estrangeiros.”²³

No entanto, a lei penal portuguesa é aplicável quando o crime subjacente ou o crime de branqueamento é praticado a bordo de navios ou aeronaves portuguesas militares, ainda que se encontrem em espaço marítimo ou aéreo estrangeiro ou em portos ou aeroportos estrangeiros.

De acordo com Américo Taipa de Carvalho, “(...) segundo o direito internacional público, os navios ou aeronaves de guerra são considerados território do Estado a que pertencem, então a lei penal portuguesa não pode ser aplicada aos crimes praticados no interior de navios ou aeronaves de guerra estrangeiros, quando se encontrem nas águas ou espaço aéreo portuguesas ou em portos ou aeroportos portuguesas.”²⁴

²²Ibidem.

²³Taipa de Carvalho, 2008:215.

²⁴Ibidem, Pág. 216.

Princípios complementares:

O princípio basilar da territorialidade é completado por outros cinco princípios complementares ou subsidiários, “(...) complementares, na medida em que vêm acrescentar às situações abrangidas pela eficácia positiva absoluta do princípio da territorialidade (...) novas situações de crimes cometidos no estrangeiro. Subsidiários uma vez que tais princípios só funcionam em relação a situações que, mesmo que afectem os interesses por eles protegidos, não ocorram em Portugal.”²⁵

Podemos enumerar os seguintes princípios complementares ou subsidiários ao princípio basilar da territorialidade, a saber, o princípio da nacionalidade, o princípio da defesa dos interesses nacionais, o princípio da universalidade, o princípio da administração supletiva da lei nacional, e o princípio da aplicação convencional.

O princípio da nacionalidade:

O princípio da nacionalidade impõe a prossecução penal dos factos juridicamente relevantes perpetrados fora do território português por cidadãos com nacionalidade portuguesa, - princípio da nacionalidade ativa - ou contra cidadãos de nacionalidade portuguesa, - princípio da nacionalidade passiva - alínea e) n.º 1 do art. 5.º do Código Penal.

Os pressupostos para a aplicação do(s) princípio(s) são três, o agente tem de se encontrar em território nacional; punição do facto também pela legislação do lugar em que tiver sido praticado, salvo quando nesse lugar não se exercer o poder punitivo; e constituírem crime que admita a extradição e esta não possa ser concedida ou seja decidida a não entrega do agente em execução de mandado de detenção europeu ou de outro instrumento de cooperação internacional que vincule o Estado português.

O pressuposto da existência do pedido de extradição não é uma questão pacífica. Assim, de acordo com Paulo Pinto de Albuquerque, em ambos os casos a lei penal supõe a existência do pedido de extradição ou mandado de detenção europeu ou de outro instrumento de cooperação internacional que vincule o Estado Português, bem como a sua recusa.

Taipa de Carvalho referindo-se ao princípio da nacionalidade ativa e passiva aponta três argumentos a favor da tese da não exigência de um pedido de extradição, “Em favor da posição que não exige um pedido de extradição, está o facto de o legislador, ao referir-se ao pressuposto da punibilidade segundo a lei do lugar onde o

²⁵Ibidem, Pág. 216 a 217.

facto foi praticado, dizer que a lei penal portuguesa se aplica, mesmo que, no lugar do crime, não funcione a justiça penal. Ora, se não funciona a justiça penal, como poderá pensar-se num pedido de extradição?! (...) um outro argumento, que é o seguinte: confrontando este n.º III da al. e) com a al. f), vemos que, enquanto na primeira disposição se lê: «crime que admite extradição e esta não possa ser concedida», já na al. f) lê-se «cuja extradição haja sido requerida [...] e esta não possa ser concedida». Logo, parece que, diferentemente da situação prevista na al. f), no caso do princípio da nacionalidade activa, não se exige que tenha sido pedida a extradição para que o infractor possa ser julgado em Portugal. (...) há, ainda, um terceiro e forte argumento em favor da tese da não exigência de um pedido de extradição. (...) Esta al. e) contém dois princípios e torna a sua aplicação dependente dos mesmos pressupostos. São eles o princípio da nacionalidade activa, (...) e o princípio da nacionalidade passiva, (...) Ora, considerando o princípio da nacionalidade passiva (crime cometido, num Estado estrangeiro, por um cidadão estrangeiro contra um cidadão português), não tem sentido fazer depender o julgamento, em Portugal, do cidadão estrangeiro de um pedido de extradição pelo Estado onde um seu nacional (ou nacional de um qualquer outro Estado, que não o português) cometeu um crime contra um português.»²⁶

Com efeito, imagine-se a seguinte hipótese prática. Um cidadão português residente no Estado suíço comete um crime de fraude fiscal naquele estado para em momento posterior branquear a vantagem produzida no ordenamento jurídico português. Poderá verificar-se a punição deste cidadão pela prática do crime de branqueamento?

Desde logo, importa salientar que a evasão fiscal, segundo a legislação daquele Estado, não consubstancia a prática de um ilícito criminal, apenas traduz um mero ilícito administrativo.

De acordo com o n.º 4 do art.º 368.º-A do Código Penal, verifica-se a punição pelo crime de branqueamento independentemente da natureza lícita do facto precedente, desde que seja aplicável a lei portuguesa nos termos do art.º 5.º do Código Penal.

No entanto, do exposto no da alínea e) do n.º 1 do art.º 5.º do Código Penal, resulta que a lei penal portuguesa é aplicável apenas aos factos cometidos fora do território nacional por portugueses, desde que esses factos também sejam puníveis pela legislação do lugar em que tiverem sido praticados.

²⁶Taipa de Carvalho,2008:228.

Assim, tendo em conta que o crime de fraude fiscal no Estado suíço não consubstancia um ilícito criminal, fica arredada a punição do agente português pela prática do crime de Branqueamento.

O princípio da nacionalidade permite ainda a aplicação da lei penal portuguesa aos factos cometidos fora do território nacional contra portugueses, por portugueses habitualmente residentes em Portugal, ao tempo da sua prática e dentro do território nacional forem encontrados, alínea b) do n.º 1 do art.º 5.º do Código Penal, acrescentando Paulo Pinto de Albuquerque, “(...) *mesmo que a lei do lugar da prática do facto não puna o facto.*”

Para Taipa de Carvalho, a aplicação do preceito reclama uma conduta premeditada ou planeada por parte do agente do crime, excluindo a hipótese em que um cidadão português cometa o crime contra outro da mesma nacionalidade, sem que se tenha dirigido a território estrangeiro para esse efeito.

“Ao mencionar e considerar a residência habitual em Portugal como pressuposto da aplicabilidade deste princípio, o legislador está a exigir, implicitamente, que o português se desloque ao estrangeiro com o objectivo principal de aí praticar o facto. É esta preordenação (“criminosa”) da deslocação ao estrangeiro – que configura uma fraude ou forma de contornar a lei penal nacional – o que constitui a ratio e determina o âmbito da eficácia normativa deste princípio.”²⁷

Discorda do entendimento exposto Paulo Pinto de Albuquerque ressaltando que, “(...) *este elemento implícito não tem correspondência na ratio do preceito, que visa incluir não apenas as situações de fuga preordenada à jurisdição portuguesa, mas também de aproveitamento de permanência da vítima no estrangeiro para cometimento de crimes que seriam puníveis no território nacional.*”

Assim, por força da alínea b) do n.º 1 do art.º 5.º do Código Penal, a punição pelo crime de branqueamento tem lugar quando o crime subjacente ocorra fora do território nacional, ainda que o facto ilícito e típico apresente natureza lícita nesse ordenamento jurídico, desde que seja cometido por cidadão português contra outro cidadão português e desde que residam habitualmente em Portugal.

Por fim, importa ressaltar que o princípio da nacionalidade reclama a punição dos factos cometidos, em território estrangeiro, por pessoa coletiva ou contra pessoa

²⁷Taipa de Carvalho,2008:221.

coletiva que tenha sede em território português, nos termos da alínea g) n.º 1 do art. 5.º do Código Penal.

Efetivamente, o preceito da alínea g) do n.º 1 do art.º 5.º poderá ter grande importância para a punição do branqueamento de capitais.

Voltando ao nosso exemplo do cidadão de nacionalidade portuguesa, residente no Estado da Suíça, imagine-se que a evasão fiscal é perpetrada através de uma sociedade comercial da qual este cidadão é titular, e cuja sede esteja localizada em território português. Neste caso, uma vez que o preceito mencionado não faz depender a aplicação da lei penal portuguesa, a prática de factos que também sejam puníveis no local onde ocorreu o facto ilícito e típico, nada obsta a punição pelo crime de branqueamento.

O princípio da defesa dos interesses nacionais:

O princípio da defesa dos interesses nacionais está consagrado na alínea a) do n.º 1 do art.º. 5.º do Código Penal, e reclama a punição dos crimes praticados fora do território nacional, independentemente da nacionalidade do agente, contra os interesses nacionais.

Com efeito, salvo tratado ou convenção internacional em contrário, a lei penal portuguesa é ainda aplicável a factos cometidos fora de território nacional, quando constituírem os crimes previstos nos art.º 221.º, 262.º a 271.º, 308.º a 321.º e 325.º a 345.º todos do Código Penal.

Assim, a punição pelo crime de branqueamento tem lugar quando o crime subjacente é praticado contra os interesses nacionais do estado português, em território estrangeiro, ainda que neste ordenamento jurídico o facto ilícito e típico precedente apresente natureza lícita.

Pinto de Albuquerque parafraseando Figueiredo Dias expõe que o elenco de crimes configurado no artigo é taxativo²⁸, no mesmo sentido Taipa de Carvalho menciona que *“A referida alínea contém uma enumeração taxativa dos artigos da parte especial do código penal, onde vêm descritos os respectivos crimes.”*²⁹

O princípio da defesa dos interesses nacionais encontra-se ainda consagrado na alínea a) do n.º 1 do art. 8.º da Lei de Combate ao Terrorismo e no n.º 3 do art. 2.º do Código de Justiça Militar.

²⁸Albuquerque,2015:100.

²⁹Taipa de Carvalho,2008:218.

“(...) vê-se, claramente, que o critério do legislador para delimitar o âmbito deste princípio foi o de natureza fundamental, para o Estado e para a sociedade no seu conjunto, dos bens jurídicos a proteger. (...) os bens jurídico-penais, protegidos pelos diversos artigos, reconduzem-se a quatro categorias: os alicerces e o funcionamento do Estado-de-Direito Democrático (...); os interesses do Estado na confiança da circulação fiduciária (...); os interesses da independência e da integridade nacionais (...); e os interesses da segurança das comunicações (...)”³⁰.

Como bem se depreende, por estarem em causa bens jurídicos com grau de importância elevado a nível nacional e estadual, o legislador dispensou a presença do agente em território português para aplicação da lei penal portuguesa, *“(...) quer o facto não seja considerado crime no Estado onde foi praticado, quer, sendo considerado crime, a lex loci seja mais favorável.”³¹*

Neste sentido, também joga a favor a conjugação do n.º 2 e 3 do art. 6.º do Código Penal. Nos termos do n.º do mencionado art., embora seja aplicável a lei portuguesa, quando o agente não tiver sido julgado no país da prática do facto ou se houver subtraído ao cumprimento total ou parcial da condenação, o facto é julgado segundo a lei do país em que tiver sido praticado, sempre que esta seja concretamente mais favorável ao agente, sendo que o disposto não se aplica quando esteja em causa o princípio da defesa dos interesses nacionais, n.º 3 do art. 6.º do Código Penal.

No entanto, Taipa de Carvalho faz uma ressalva, *“(...) entendo que há que distinguir, dentro dos artigos referidos na al. a), aqueles que cujas disposições visam, directa e exclusivamente, a tutela penal de interesses do Estado Português (...) e aqueles cujas disposições, embora visem a tutela penal de interesses portugueses, também estendem essa tutela aos interesses estrangeiros (...) A competência para o julgamento da primeira categoria de crimes cabe aos tribunais portugueses, a título principal (e exclusivo, quando tais factos não constituírem crime (...)) relativamente à segunda categoria de crimes, dever-se-á distinguir a situação em que o crime lesa, directamente, os interesses portugueses (...), dos casos em que o crime lesa, directamente, interesses estrangeiros (...) A competência penal internacional para o julgamento dos primeiros cabe, a título principal, aos tribunais portugueses (...)*

³⁰Ibidem, Pág. 218

³¹Ibidem, Pág. 219

relativamente aos segundos, a competência dos tribunais portugueses é subsidiária e a lei aplicável é a que for concretamente mais favorável ao infractor.”³²

O princípio da universalidade:

O princípio da universalidade ou da aplicação universal encontra-se consagrado no art.º 5.º alíneas c) e d) e no n.º 2 do Código Penal.

Os preceitos mencionados abrangem crimes perpetrados contra “(...) *a tutela de interesses ou bens que importa a toda a Humanidade (...) sejam quais forem os seus agentes.*”, “(...) *os chamados crimes contra a paz e a humanidade.*”³³

A aplicação do princípio fundamenta-se “(...) *quando estão em causa bens ou interesses que não admitem a impunidade da respectiva ofensa (...) que tem na cooperação internacional a sua mais lídima expressão.*”³⁴

Assim, a punição pelo crime de branqueamento tem lugar quando o crime subjacente é praticado contra os interesses ou bens que importam a toda a Humanidade, em território estrangeiro, ainda que neste ordenamento jurídico o facto ilícito e típico base apresente natureza lícita.

Ao contrário do princípio da nacionalidade³⁵, o princípio da universalidade ou da aplicação universal não exige a existência do pedido de extradição, nem que esta tenha sido requerida.

Neste sentido, Taipa de Carvalho “(...) *tendo em conta que estão em causas bens jurídicos considerados universais, deve interpretar-se a expressão «não possa ser extraditado» como abrangendo não só a hipótese em que a extradição foi solicitada e negada, como também aquela em que a extradição não foi pedida.*”³⁶, e Paulo Pinto de Albuquerque, “*O princípio vale quer a extradição tenha sido requerida e não possa ser concedida quer não tenha sido requerida.*”³⁷

A aplicação da lei penal portuguesa mediante o princípio da universalidade ou da aplicação universal a nacionalidade do agente que praticou o facto típico, ilícito e culposo exige que o agente seja encontrado em Portugal, alínea c) e d) do n.º 1 do art. 5.º do Código Penal.

³²Taipa de Carvalho,2008:219.

³³Ibidem, Pág. 223.

³⁴Ac. STJ, Processo n.º 75/10.4YRLSB.S1

³⁵Taipa de Carvalho não partilha deste entendimento.

³⁶Taipa de Carvalho,2008: 223

³⁷Albuquerque,2015:100.

O princípio da administração supletiva:

Salvo tratado ou convenção internacional, a lei penal portuguesa é ainda aplicável a factos cometidos fora do território nacional, por estrangeiros que forem encontrados em Portugal e cuja extradição haja sido requerida, quando constituírem crimes que admitam a extradição e esta não possa ser concedida ou seja decidida a não entrega do agente em execução de mandado de detenção europeu ou de outro instrumento de cooperação internacional que vincule o Estado Português, alínea f) n.º 1 do art.º 5.º

O preceito consagra o princípio da administração supletiva da lei nacional. De acordo com o princípio mencionado, os estrangeiros encontrados em Portugal, “ (...) *mas que não podem ser extraditados.*”³⁸, que tenham cometido crimes contra outros estrangeiros, fora do território nacional, são punidos pela lei penal portuguesa.

Com efeito, a punição pelo crime de branqueamento tem lugar quando o crime subjacente é praticado no território de um outro estado, por cidadão estrangeiro, desde que este seja encontrado em Portugal e cuja extradição haja sido requerida.

O facto ilícito e subjacente tem de constituir crime que admita a extradição e esta não possa ser concedida ou seja decidida a não entrega do agente em execução do mandado de detenção europeu ou de outro instrumento de cooperação internacional que vincule o estado português, independente da natureza lícita do crime subjacente perpetrado naquele ordenamento jurídico.

Taipa de Carvalho expõe relativamente ao pressuposto da existência do pedido de extradição que “ (...) *não me parece razoável que se exija o pedido de extradição. Pois, se em relação aos crimes referidos nas als. c) e) (e também tendo em conta a al. e) que abrange qualquer crime) não se exige que tenha havido o pedido de extradição ou de entrega, não há razão para que, p. ex., estando em causa um crime de homicídio, se exija este pedido.*”³⁹

O princípio da aplicação convencional da lei penal:

Por fim, o princípio da aplicação convencional da lei penal nacional impõe a aplicação da lei penal portuguesa quando o Estado português “ (...) *se vincule, por tratado ou convenção internacional, a julgar certos factos pela lei penal nacional.*”, N.º 2 do art.º 5.º do Código Penal.

³⁸Ibidem Pág.100.

³⁹Taipa de Carvalho,2008:232

Face ao exposto, a punição pelo Crime de Branqueamento tem lugar quando o crime subjacente é praticado em território estrangeiro, independentemente da natureza lícita do facto ilícito e subjacente perpetrado neste ordenamento jurídico, desde que o estado português esteja vinculado por tratado ou convenção internacional a julgar o facto.

Saliente-se, que o Estado português também mediante tratado ou convenção internacional pode vincular-se a julgar determinados factos ainda que praticados em território nacional de acordo a lei penal estrangeiro, art.º 4.º a contrário sensu.

No mesmo sentido, Taipa de Carvalho refere que “(...) *o Estado Português pode, por tratado ou convenção internacional, vincular-se a aceitar a aplicação da lei penal estrangeira a factos praticados em Portugal (desde que a Constituição o permita).*”⁴⁰

Restrições:

De acordo com o n.º 1 do art.º 6.º do Código Penal, a aplicação da lei portuguesa a factos praticados fora do território nacional só tem lugar quando o agente não tiver sido julgado no país da prática do facto ou se houver subtraído ao cumprimento total ou parcial da condenação.

A primeira parte do n.º 1 do art.º 6.º do Código Penal visa garantir o princípio do *ne bis in idem* ou *do non bis in idem*, no entanto, nos casos em que o agente foi julgado no país da prática do facto e se houver subtraído ao cumprimento total ou parcial da condenação, verifica-se a aplicação da lei penal portuguesa, segunda parte do n.º 1 do art.º 6.º do Código Penal.

Salienta Paulo Pinto de Albuquerque “*Caso o agente tenha sido julgado e absolvido no país da prática do facto, ele não pode, em regra, ser julgado de novo em Portugal. Contudo, esse julgamento em Portugal pode ter lugar, por interpretação extensiva assente no sentido possível das palavras do art.º6.º, quando o arguido absolvido tenha sido submetido a medida de segurança e se tenha subtraído ao cumprimento total ou parcial desta.*”⁴¹

Embora seja aplicável a lei portuguesa, nos termos do n.º 1 do art.º 6.º do Código Penal, o facto é julgado segundo a lei do país no qual tiver sido praticado, sempre que esta seja concretamente mais favorável ao agente, primeira parte do n.º 2 do art.º 6.º do Código Penal.

⁴⁰Taipa de Carvalho,2008:233

⁴¹Albuquerque,2015:101

“A imposição deste dever implica, portanto, que o tribunal conheça necessariamente a lei estrangeira nos casos das als. c) a g) do n.º 1 do art.º 5.º e proceda à aplicação comparativa da lei estrangeira e da lei nacional ao caso sub judice, de molde a apurar qual delas é mais favorável.”⁴²

A pena aplicável é convertida naquela que lhe corresponder no sistema português, ou, não havendo correspondência direta, naquela que a lei portuguesa previr para o facto, segunda parte do n.º 2 do art.º 6.º do Código Penal.

Contudo, sempre que esteja em causa os crimes previstos nas alíneas a) e b) do n.º 1 do art.º 5.º do Código Penal aplica-se a lei penal portuguesa, tudo nos termos do n.º 3 do art.º 6.º do Código Penal.

No que respeita a punição pelo Crime de Branqueamento, entendemos que o art.º 6.º do Código Penal deve ser interpretado no sentido de que está vedado ao estado português o julgamento do agente em concurso efetivo e real pela prática do crime subjacente, sem prejuízo do n.º 3 do art.º 6.º do Código Penal.

Por outras palavras, apesar do agente ter sido julgado pela prática do crime subjacente em estado estrangeiro, nada impede uma vez verificados os pressupostos do art.º 5.º conjugado n.º 4 do art.º 368.º-A, ambos do Código Penal, a punição pelo crime de branqueamento ocorrido em Portugal.

A Lei da Amnistia e o Crime Subjacente:

Como salientado supra, o crime subjacente perpetrado em território estrangeiro comporta questões complexas, no que respeita a punição do branqueamento.

Vimos, que nos termos do atual n.º 4 do art.º 368.º-A, do Código Penal, a punição branqueamento tem lugar ainda que os factos que integram a infração subjacente tenham sido praticados fora do território nacional, mesmo que se tratem de factos lícitos perante a lei do local onde foram praticados e desde que seja aplicável a lei portuguesa nos termos do art.º 5.º do Código Penal.

Vimos também que o art.º 5.º do Código Penal consagra os princípios complementares ou subsidiários ao princípio da territorialidade e que se trata de um preceito com um escopo de aplicação bastante abrangente, o que facilita a punição em virtude do crime de branqueamento quando pelo menos uma das suas fases ocorre dentro do ordenamento jurídico português.

⁴²Ibidem Pág. 102

No entanto, apesar da amplitude do preceito consagrado no art.º 5.º do Código Penal, naturalmente alguns casos não são abrangidos.

Atente-se a seguinte hipótese prática. O cidadão A de nacionalidade angolana, residente no estado de Angola, devido a obscuridade dos seus negócios, foi julgado e condenado pela prática de um crime de corrupção passiva em 11 de Setembro de 2015, uma vez que em 05 de Fevereiro de 2015 aceitou verbas ilícitas pela prática de determinados atos.

Contudo, o cidadão A, de forma a ocultar ou a obscurecer a origem das vantagens adquiridas mediante a prática daquele ilícito criminal, transferiu as mesmas, no dia 06 de Fevereiro do ano de 2015, para contas bancárias, sediadas em instituições bancárias portuguesas, sendo das quais titular.

As autoridades judiciais portuguesas durante a investigação realizada em sede de inquérito contra o agente A concluem que as quantias por ele transferidas provêm da prática de um facto ilícito e típico, e que este apenas as transferiu para instituições bancárias portuguesas de forma a ocultar a sua origem ou natureza.

Com efeito, o Ministério Público português acusa o agente A pela autoria material de um crime de Branqueamento previsto e punido pelo art.º 368.º-A do Código Penal.

A solução parece simples, na verdade o n.º 4 do art.º 368.º-A, do Código Penal, consagra que a punição pelo crime de branqueamento tem lugar ainda que se ignore o local da prática do facto ou a identidade dos seus autores, ou ainda que os factos que integram a infração subjacente tenham sido praticados fora do território nacional, salvo se se tratar de factos lícitos perante a lei do local onde foram praticados e aos quais não seja aplicável a lei portuguesa nos termos do art.º 5.º do Código Penal.

Assim, o crime de corrupção passiva está previsto no n.º 1 do art.º 345.º do Código Penal Angolano, onde se expõe “*O funcionário ou a pessoa especialmente obrigada à prestação de serviço público que solicite, exija ou aceite promessa de vantagem ou vantagem que não seja devida para praticar ou não praticar ato das suas funções é punido com pena de prisão até 2 anos ou com a de multa até 240 dias.*”

Portanto, como a punição do branqueamento tem lugar mesmo que o facto ilícito e típico tenha sido praticado fora do território nacional e sendo que não estamos perante um facto lícito de acordo com a lei angolana, parece que nada impede a punição do cidadão A pelo crime de branqueamento.

Também não se verifica a violação do princípio do *ne bis in idem* ou *non bis in idem*, nem de regras de competência internacional, uma vez que o ministério público

deduziu acusação contra o cidadão A pela prática do crime de branqueamento e não pela prática do crime de corrupção.

O crime de corrupção passiva angolano é um crime específico próprio, uma vez que a qualidade do agente, nomeadamente alguém adstrito à prestação de um serviço público, fundamenta a ilicitude da conduta.⁴³

O tipo objetivo do crime de corrupção passiva angolano consiste em exigir ou aceitar a promessa de vantagem ou a vantagem que não seja devida para praticar ou abster-se de praticar um ato inerente as suas funções, ou seja, a conduta que se censura por parte do agente é a aceitação de uma vantagem para este praticar ou não praticar um determinado ato.

A conduta supramencionada não se imiscua nem se confunde com o crime de branqueamento, assim, não estamos perante a prática do mesmo crime, mas sim perante a prática de crimes distintos.

Por conseguinte, não se vislumbra nenhuma violação do princípio do *ne bis in idem* ou *non bis in idem*, sendo os tribunais portugueses competentes para julgarem pelo Crime de Branqueamento quando aqui iniciado ou consumado, ainda que já se tenha verificado a condenação ou absolvição pelo prática do crime subjacente.

Se é verdade que o Crime de Branqueamento depende da prática do facto ilícito e típico precedente também é verdade que a partir do momento em que o agente pratica o facto base e posteriormente branqueia as vantagens obtidas, neste momento o crime de branqueamento adquire a sua autonomia material e formal, diferenciando-se do crime subjacente.

A solução exposta à primeira vista parece correta.

Ora, importa atentar que não foi inocente o nosso exemplo configurado no âmbito de um crime subjacente, cometido no dia 05 de Fevereiro de 2015, no Estado Angolano, por um cidadão de nacionalidade angolana.

Assim, no dia 11 de Novembro de 2015, celebrou-se o quadragésimo aniversário da proclamação de independência da república de Angola.

Em virtude das comemorações que a data acarretava, o Presidente da República de Angola decidiu conceder um perdão mediante indulto, através do decreto presidencial n.º 173/15 de 15 de Setembro, aos cidadãos angolanos, condenados em pena não superior a 12 anos de prisão, que tivessem cumprido metade da pena.

⁴³Ressalva-se que a aplicação da Lei da Amnistia estaria afastada, a Lei aplica-se apenas aos crimes comuns.

No interesse de que o facto comemorativo não excluísse nenhum cidadão angolano privado da sua liberdade e de modo a conceder-lhes novas oportunidades políticas, sociais e de reintegração pessoal e familiar, foi aprovado pela Assembleia Nacional de Angola a 13 de Agosto de 2016 a Lei n.º 11/16 designada como *Lei da Amnistia*.

Nos termos do n.º 1 do art.º 1 da mencionada Lei, são amnistiados todos os crimes comuns puníveis com pena de prisão até 12 anos, cometidos por cidadãos nacionais ou estrangeiros até 11 de Novembro de 2015.

Os agentes dos crimes não abrangidos pela Lei da Amnistia viram as suas penas perdoadas em um quarto, nos termos do n.º 1 do art.º 2 da Lei n.º 11/16, sendo o mesmo aplicável aos agentes cujos processos se encontram pendentes até 11 de Novembro de 2015, n.º 2 do art.º 2.º da Lei n.º 11/16.

Ficam excluídos do âmbito de aplicação da Lei n.º 11/16 os crimes dolosos cometidos com violência ou ameaça a pessoas de que resultou a morte ou quando praticados com recurso a arma de fogo; os crimes de tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas; os crimes de tráfico de pessoas e órgãos de seres humanos; os crimes de estupro, violação, violação de menores, o rapto fraudulento ou violento; os crimes de promoção ou auxílio a imigração ilegal.

Ora, apesar da bondade vertida na Lei n.º 11/16, não se pode deixar de notar que a *Lei da Amnistia* comporta efeitos dentro do ordenamento jurídico português, no que respeita a punição pela prática do Crime de Branqueamento.

Neste âmbito, a principal questão que se deve colocar é a de saber quais são os efeitos da *Lei da Amnistia*, nomeadamente se transforma a natureza ilícita do facto precedente para lícita.

Efetivamente, uma vez analisados todos os princípios complementares ao princípio da territorialidade, é possível concluir-se que o crime subjacente praticado pelo cidadão A não tem campo de aplicação com base naqueles princípios.

Com efeito, importa colocar a seguinte questão. Será correto afirmar com toda a certeza que a amnistia concedida pelo poder político de um estado converte os factos anteriormente ilícitos em lícitos?

Vejam, o Código Penal português expõe no n.º 1 do art.º127.º que “*A responsabilidade criminal extingue-se ainda pela morte, pela amnistia, pelo perdão genérico e pelo indulto.*”

Nos termos do n.º 2 do art.º 128.º do Código Penal português “*A amnistia extingue o procedimento criminal e, no caso de ter havido condenação, faz cessar a sua execução tanto da pena e dos seus efeitos como da medida de segurança.*”

O Código Penal angolano refere no art.º 124.º que “*A responsabilidade criminal extingue-se (...), ainda, pela morte, pela amnistia, pelo perdão genérico e pelo indulto*”

Quanto aos efeitos da amnistia o n.º 2 do art.º 125.º do Código Penal angolano expõe “*A amnistia extingue o procedimento criminal e, no caso de ter havido condenação, faz cessar a execução tanto da pena e dos seus efeitos como da medida de segurança.*”

A amnistia “*(...) é o ato de graça pelo qual o poder político (a Assembleia da República) declara, por uma lei formal, geral e abstrata, extinta a responsabilidade criminal derivada de factos cometidos dentro de um período de tempo, por uma categoria geral de pessoas.*”⁴⁴

Por sua vez, o perdão “*(...) (também conhecido por amnistia imprópria) é um ato de graça pelo qual o poder político (Assembleia da república) declara extinta toda ou parte da pena aplicada a uma categoria de pessoas)*”⁴⁵

O indulto “*(...) é um ato de graça pelo qual o poder político (o Presidente da República, ouvido o Governo) modifica, suspende ou declara extinta a pena aplicada a uma pessoa que já tenha transitado.*”⁴⁶

Ora, os preceitos são praticamente semelhantes, quase idênticos, inclusive a própria colocação sistemática dos preceitos no âmbito do título V, sob a epígrafe Extinção da Responsabilidade criminal, no capítulo III do livro I do Código Penal.

Resulta da análise de ambos os preceitos que a amnistia quer no ordenamento jurídico português quer no ordenamento jurídico angolano têm como efeito a extinção da responsabilidade criminal do agente.

A responsabilidade criminal encontra-se intrinsecamente ligada à prática de um ilícito criminal, o agente apenas será responsável criminalmente pela lesão do bem jurídico, quando a sua conduta é típica, ilícita, culposa e punível, isto é, quando preenche os pressupostos do ilícito criminal. No entanto, a extinção da responsabilidade criminal não implica necessariamente a exclusão da ilicitude da conduta do agente.

⁴⁴Albuquerque,2015:495

⁴⁵Ibidem, Pág. 495

⁴⁶Ibidem, Pág. 495

De acordo com o nosso Código Penal a ilicitude da conduta do agente é excluída quando o facto é praticado em legítima defesa, no exercício de um direito, no cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade, ou com o consentimento do titular do interesse lesado, respetivamente alíneas a), b), c) e d), do n.º 2 do art.º 31.º do Código Penal.

Naturalmente, as causas de exclusão de ilicitude não obedecem ao princípio da legalidade como os tipos legais de crime e, atendendo as circunstâncias do caso concreto, poderão existir causas supralegais de exclusão da ilicitude.

Nos termos do n.º 1 do art.º 16.º do Código Penal o erro sobre os elementos de facto ou de direito de um tipo de crime ou sobre proibições cujo conhecimento for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto, exclui o dolo, e se for afastada a punição a título de negligência, não se verifica a responsabilidade penal do agente.

Em ambos os casos supramencionados, não se verifica a responsabilidade penal do agente, todavia a conduta deste ao abrigo do art.º 31.º do Código Penal afasta a ilicitude da sua conduta, enquanto que o facto praticado ao abrigo do art.º 16.º do Código Penal afasta apenas a punição do agente, não transforma o facto ilícito em lícito.

Assim, a amnistia tal como a prescrição do procedimento criminal, a morte do agente, o perdão genérico, o indulto e a extinção da pessoa coletiva, não são causas de exclusão da ilicitude da conduta do agente, mas antes pressupostos negativos da sua punição.

Importa atentar que os pressupostos negativos da punição são aferidos apenas no momento de determinação da necessidade da pena, ou seja, a apreciação destes pressupostos é realizada no último momento de um correto julgamento do caso penal.

Portanto, os pressupostos negativos da punição não se traduzem *ab initio* numa causa de exclusão da ilicitude, uma vez que esta é aferida cronologicamente em momento precedente ao da determinação da necessidade da pena.

Obviamente, o pressuposto negativo da punição poderá ser avaliado desde logo numa primeira fase, mais das vezes será invocado pela parte que dele beneficia, contudo tal pressuposto não deixa de se reportar a necessidade de se aplicar uma pena. Por outras palavras, o pressuposto negativo da punição acarreta o juízo da necessidade da pena, não se imiscua com a aferição da dignidade da pena que continua a existir independente da “necessidade penal”. Por outro lado, casos há em não são atingidos os limiares mínimos para a aplicação do direito penal, nomeadamente quando não se verificam os

pressupostos adicionais da punição. Nestas situações, a conduta do agente não se consubstancia na prática de um facto ilícito tendo em conta que a sua atuação não é suscetível de implicar a intervenção do direito penal.

Por esta lógica de ideias, configurada a amnistia como um pressuposto negativo da punição, sendo que este pressuposto importa à necessidade de aplicação de uma pena e não à dignidade da pena, cuja omissão implicaria a licitude da conduta perpetrada, pode-se afirmar que a amnistia atribuída ao crime subjacente não transforma o facto praticado em lícito, logo deve verificar-se a punição do cidadão, pela prática do crime de branqueamento.

O Ac. Tribunal da Relação de Lisboa:

No âmbito do processo de Inquérito n.º 208/13.9TELSB foi deduzida acusação pública pela autoria material de um Crime de Branqueamento previsto e punido pelo art.º 368.º-A do código penal, contra uma cidadã de nacionalidade angolana, designada como WS, uma vez que esta “(...) *por via do exercício de influência indevida junto dos órgãos decisores do governo angolano*”⁴⁷, terá utilizado o sistema financeiro português para branquear a origem das quantias indevidamente obtidas naquele ordenamento jurídico estrangeiro.

Requerida a abertura de instrução pela arguida, foi proferido o despacho pelo Juiz de Instrução Criminal no sentido de julgar procedente á exceção de incompetência absoluta daquele tribunal português, por violação das regras de competência internacional.

De acordo com a fundamentação do despacho do tribunal *a quo* o Mesmíssimo Juiz de Direito começa por explicar que a punição pelo Crime de Branqueamento abrange “*expressamente os casos em que os factos que integram a infração principal tenham sido praticados fora do território nacional.*”⁴⁸

Trata-se de uma conclusão que resulta do corpo normativo do n.º 4 do art.º 368.º-A, onde se expõe que a punição pelo Crime de Branqueamento tem lugar ainda que os factos que integram a infração subjacente tenham sido praticados fora do território nacional.

Com efeito, para que se verifique a punição do Crime de Branqueamento basta que uma das suas fases ocorra em território nacional. Neste sentido Paulo Pinto de

⁴⁷Ac. TRL Processo n.º 208/13.9TELSB.G. L1-5

⁴⁸Ibidem.

Albuquerque defende que *“Para fundar a competência dos tribunais nacionais é suficiente que uma das fases do processo de branqueamento tenha lugar no território nacional ou ocorra através de instituições instaladas em território nacional.”*⁴⁹

Sendo que o despacho proferido pelo Juiz de Instrução Criminal partilha do entendimento supramencionado *“ (...) quanto ao crime de branqueamento, as regras de aplicação espacial da lei penal portuguesa permanecem inalteradas, sendo necessário que os atos de conversão, transferência ou ocultação ocorram, ao menos parcialmente, em território nacional ou a bordo de navio ou aeronave portuguesas (...).”*⁵⁰

No entanto, o mesmíssimo Juiz de Direito, olvidando toda a sapiência mencionada, expõe que *“Tendo em conta (...) a estreita relação entre os atos de branqueamento e o facto ilícito precedente e tendo estes factos precedentes, alegadamente, sido consumados num outro país soberano que, apesar de já ter tomado conhecimento dos alegados ilícitos subjacentes, não exerceu investigação quanto aos mesmos, faz com que os tribunais portugueses, neste caso o M^o P^o, careçam de competência para a prossecução da investigação por não estarem verificados os requisitos do art.º 5o do CP.”*⁵¹

Cumprido, portanto, analisar a fundamentação do despacho do excelentíssimo Juiz de Direito.

Vimos acima que o tipo do Crime de Branqueamento consiste em converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens obtidas pelo agente ou por terceiro, n.º 2 do art.º 368.º-A do Código Penal. Na mesma pena incorre quem ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou os direitos a ela relativos, n.º 3 do art.º 368.º-A.

A vantagem mencionada decorre da existência de um facto ilícito e típico subjacente ao branqueamento, todavia a punição pelo Crime de Branqueamento não pressupõe a prossecução criminal da infração precedente nem a sua condenação.

Da mesma forma, verificar-se-á a punição do Crime de Branqueamento, ainda que os factos que integram a infração subjacente tenham sido praticados fora do território nacional, ou ainda que se ignore o local da prática dos factos ou a identidade dos seus autores.

⁴⁹Ac. TRL Processo n.º 208/13.9TELSB.G. L1-5

⁵⁰Ibidem.

⁵¹Ibidem.

Verdadeiramente o que está em causa resume-se, pois, à competência do tribunal *a quo* para julgar pelos fatos que ocorreram em território português nos termos do art.º 4.º do Código Penal.

Na verdade, o Ministério Público não pretendeu julgar o arguido pelos fatos supostamente consumados no ordenamento jurídico angolano, sendo que nestes casos só o poderia fazer quando observados os pressupostos do art.º 5.º do Código Penal.

Interposto recurso pelo Ministério Público com base nos entendimentos expostos, decidiu o Ac. TRL no sentido de que “(...) *o crime de branqueamento de capitais pressupõe, efetivamente, uma ilicitude prévia, mas não depende de uma condenação pelo crime anterior, nem sequer da sua perseguição criminal, no país de origem das produzidas vantagens, bens ou direitos, porque assim resulta o princípio da autonomia do crime de branqueamento de capitais previsto no art.º 368º A do Código Penal. (...) Por isso mal andou a decisão recorrida ao concluir pela incompetência internacional dos tribunais portugueses para perseguir o crime de branqueamento de capitais, perpetrado em Portugal, com fundamento em que os crimes precedentes ocorreram fora do território nacional, no caso em Angola, como ao entender aplicável o art.º 5º do Código Penal.*”⁵²

Com efeito, como bem expõe o Ac. TRL “*Não se trata, por isso, de uma questão de competência internacional dos tribunais portugueses em matéria penal, mas tão só da competência dos tribunais portugueses para perseguir um crime perpetrado no território nacional, nos termos dos art.º 4º alínea a) e 368º - A, ambos do Código Penal.*”⁵³

Face ao exposto decidiu o tribunal da Relação de Lisboa revogar o despacho recorrido, “ (...) *substituindo-o pela declaração de competência dos tribunais portugueses para perseguir o crime de branqueamento de capitais pelo qual foi denunciada WS., por força do art.º 4º alínea a) do Código Penal.*”⁵⁴

As vantagens:

O Código Penal português consagrou dois tipos de penas que visam necessariamente a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade, sendo elas a pena de prisão e a pena de multa.

⁵²Ac. TRL Processo n.º 208/13.9TELSB.G. L1-5

⁵³Ibidem.

⁵⁴Ac. TRL Processo n.º 208/13.9TELSB.G. L1-5

Apesar de ter sido uma opção bastante criticada⁵⁵, determinados tipos de crime permitem a aplicação em simultâneo da pena de prisão e de multa, nomeadamente o crime de usurpação previsto no art.º 195.º do Código do Direito do Autor e dos Direitos Conexos, por remissão para o art.º 197.º do mencionado Código, onde se expõe que o crime de usurpação é punido com pena de prisão até três anos e multa de 150 a 250 dias.

A aplicação da pena de prisão ou da pena de multa pode ser cumulada com outras penas de carácter acessório, intrinsecamente ligadas ao grau de culpa do agente, como são os casos típicos de afastamento e proibição de contacto com a vítima de violência doméstica, ou a proibição de condução de veículos automóveis nos crimes de condução sob o estado de embriaguez. A aplicação de penas acessórias visa prevenir a perigosidade do agente.

Para além das penas supramencionadas, o legislador português consagrou ainda no livro I no capítulo IX do código Penal a perda de instrumentos, produtos e vantagens do crime, sendo que o respetivo regime foi reformulado pela Lei n.º 30/2017, de 30 de Maio.

Parafraseando Paulo Pinto de Albuquerque a perda de vantagens *“Não se trata de uma pena acessória, porque não tem relação com a culpa do agente, nem de um efeito da condenação, porque também não depende de uma condenação. Trata-se de uma medida sancionatória análoga à medida de segurança, pois baseia-se na necessidade de prevenção do perigo da prática de crimes (...).”*⁵⁶

Assim, são declarados perdidos a favor do estado os produtos de um facto ilícito típico, considerando-se como tal todos os objetos que tiverem sido produzidos pela sua prática.

Ainda, são declarados perdidos a favor do estado as vantagens do facto ilícito típico, considerando-se como tal todas as coisas, direitos ou vantagens que constituam vantagem económica, direta ou indiretamente resultante desse facto, para o agente ou para outrem, alíneas a) e b) respetivamente do n.º 1 do art.º 110.º do Código Penal.

Face ao exposto, a prática de um facto ilícito e típico pode acarretar cumulativamente a perda a favor do estado do produto do facto perpetrado e da vantagem por ele proporcionada.

Exemplificando, o traficante de droga julgado e condenado pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes ao abrigo do art.º 21.º da Legislação de Combate á

⁵⁵Dias,1993:154

⁵⁶Albuquerque,2015: 460.

Droga, vulgo Lei da Droga, vê todo o produto do crime declarado perdido a favor do estado, bem como o lucro logrado mediante o tráfico.

As vantagens declaradas perdidas a favor do estado abrangem ainda a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, já cometido ou a cometer, para eles ou para outrem, n.º 2 do art.º 110.º do Código Penal.

Saliente-se, o disposto no n.º 3 do art.º 110.º do Código Penal nos termos do qual a perda dos produtos e das vantagens referentes ao facto ilícito e subjacente tem lugar ainda que os mesmos tenham sido objeto de eventual transformação ou reinvestimento posterior, abrangendo igualmente quaisquer ganhos quantificáveis que daí tenham resultado.

Atente-se a seguinte hipótese prática. O agente A é julgado e condenado em concurso efetivo e real pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes e por outro de branqueamento.

Face ao exposto o tribunal *a quo* julgou declarar perdido a favor do estado quer o lucro obtido mediante a prática do crime de tráfico de estupefacientes, quer a vantagem obtida mediante o Crime de Branqueamento.

Como salientado supra, o facto ilícito e típico subjacente ao branqueamento não se confunde com este último, a prática do facto ilícito e típico precedente conjugado com o branqueamento das vantagens por aquele produzidas são factos e crimes distintos e autónomos, pelo que cada um dos crimes materialmente e formalmente considerados terá como consequência a perda das respetivas vantagens por eles produzidas.

Como também vimos, o entendimento exposto não implica a violação do princípio do *ne bis in idem* ou *non bis in idem*, uma vez que tal princípio apenas impede o julgamento do agente pela prática do mesmo crime, o que não é o caso.

A mesma linha de raciocínio deve ser sufragada quando a prática do crime subjacente ocorra em território estrangeiro. Assim, se um determinado cidadão pratica um crime subjacente ao branqueamento em ordenamento jurídico estrangeiro, o tribunal materialmente competente para julgar o crime será o tribunal do estado onde ocorreu a infração.

Voltando ao nosso exemplo configurado supra através do cidadão A, de nacionalidade angolana, julgado e punido pela prática de um crime de corrupção passiva perpetrado em território angolano. Importa salientar que a Lei da Amnistia de acordo com o seu art.º 6.º expõe que são declarados perdidos a favor do estado os objetos de crime que tiverem sido apreendidos, quando pela sua natureza ou pelas circunstâncias

do caso, oferecerem sério risco no cometimento de novas infrações, bem como os frutos produzido pela prática de tais crimes.

Nos termos do art.º 108.º do Código Penal angolano, são perdidos a favor do Estado, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiro de boa-fé, as coisas, direitos ou vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido diretamente adquiridos, para si ou para outrem, pelos agentes e representem uma vantagem patrimonial de qualquer espécie.

Face ao exposto o tribunal angolano, pode declarar perdido a favor do estado todas as vantagens patrimoniais resultantes da prática do crime de corrupção passiva, que no caso exemplificado, consubstancia-se no facto ilícito e típico precedente ao crime de branqueamento, perpetrado em território português.

Sendo certo que a declaração de perda das vantagens pela prática do crime de corrupção passiva em Angola, não impede que o tribunal português, materialmente competente para julgar o cidadão A, use da mesma faculdade, nos termos do art.º 110.º do Código Penal, como consequência da prática do crime de branqueamento.

Direito Comparado:

Espanha:

O crime de branqueamento no ordenamento jurídico espanhol está consagrado no art.º 301.º do Código Penal espanhol.

De salientar que o mencionado artigo no seu parágrafo segundo faz depender a medida da pena aplicada ao agente consoante o tipo de crime subjacente em causa. Com efeito, a pena será aplicada em metade superior à moldura penal do branqueamento quando as vantagens adquiridas tenham a sua origem na prática do crime de tráfico de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas.

De igual forma a pena será aplicada em metade superior à moldura penal configurada para o crime de branqueamento quando ao crime subjacente corresponda um dos crimes previstos nos Capítulos V, VI, VII, VIII, IX e X do Título XIX ou em algum dos crimes previstos no Capítulo I do Título XVI do Código Penal espanhol.

Uma última nota para frisar que nos termos do n.º 3 do art.º 301.º do Código Penal espanhol, a punição pelo crime de branqueamento ocorre mesmo que o agente atue com culpa negligente.

Suíça:

O Estado suíço é porventura um dos casos mais paradoxais face a legislação europeia e internacional, em vigor no que respeita a punição pelo crime de branqueamento de capitais.

Desde logo, como vimos supra a evasão fiscal, segundo a legislação daquele Estado, não consubstancia a prática de um ilícito criminal, apenas traduz um mero ilícito administrativo, o que não se pode deixar de considerar surpreendente.

Face ao exposto, o cidadão português que comete naquele estado um crime de fraude fiscal com o propósito de, em momento posterior, branquear as vantagens obtidas no sistema financeiro português, não poderá ser julgado pela prática de um crime de branqueamento, uma vez que a conduta precedente não consubstancia um facto de natureza ilícita à luz da legislação do ordenamento jurídico onde foi perpetrado.

No entanto, ficam ressalvadas as hipóteses em que o crime subjacente de evasão fiscal é praticado por sociedade comercial, com sede em território português.

O crime de branqueamento encontra-se previsto no art.º 305.º bis do Código Penal suíço, sendo que da sua leitura não resulta a tipificação dos factos ilícitos e subjacentes ao branqueamento.

Por fim, saliente-se que a Suíça aderiu à norma do *Common Reporting Standard*, aprovada e desenvolvida pela OCDE, no âmbito do regime da troca automática de informações fiscais.

A norma do *Common Reporting Standard* entrou em vigor no dia 1 de Janeiro de 2016, sendo que a sua principal finalidade é permitir a troca de informações acerca das pessoas singulares e coletivas entre estados membros da União Europeia.

Brasil:

O crime de branqueamento de capitais no ordenamento jurídico brasileiro adota a designação de Lavagem de Dinheiro e está consagrado na Lei 9.613/1998 – Crimes de Lavagem de Dinheiro.

Nos termos do art.º 1.º da mencionada lei, quem ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, dos crimes de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins, de terrorismo, de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção, de extorsão mediante sequestro, contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou

indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos, contra o sistema financeiro nacional, praticado por organização criminosa, é punido com pena de prisão de três a dez anos e multa.

Sendo que incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos, os converte em ativos lícitos, adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere, importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros, parágrafo 1.º do art.º 1.º.

Incorre, ainda, na mesma pena quem utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos, participa de grupo, associação ou escritório, tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos na Lei, parágrafo 2.º do art.º 1.º.

Conclusão:

Chegados aqui concluímos que o art. 5.º do Código Penal apresenta um vasto campo de aplicação.

Neste sentido, o princípio da nacionalidade reclama a punição do branqueamento ainda que o facto que lhe serve de base seja perpetrado fora do território português por cidadãos com nacionalidade portuguesa ou contra cidadãos de nacionalidade portuguesa.

No entanto, o mencionado princípio pressupõe a natureza ilícita do facto no estado onde foi consumado, sendo certo que este requisito decai quando o facto seja perpetrado por cidadão português contra português, habitualmente residentes em Portugal.

Nos termos do princípio da nacionalidade a lei penal portuguesa é ainda aplicável aos factos cometidos em território estrangeiro por pessoa coletiva ou contra pessoa coletiva cuja sede se situe em território português.

O princípio da defesa dos interesses nacionais reclama a punição do branqueamento quando o crime subjacente ainda que praticado fora do território nacional configure um crime contra os interesses nacionais do estado português.

Através do princípio da universalidade a punição pelo crime de branqueamento tem lugar quando o crime subjacente é praticado contra os interesses ou bens que importam a toda a Humanidade em território estrangeiro.

O princípio da administração supletiva da lei nacional permite a aplicação da lei penal portuguesa aos factos cometidos fora do território nacional, por estrangeiros que forem encontrados em Portugal e cuja extradição haja sido requerida, quando constituírem crimes que admitam a extradição e esta não possa ser concedida ou seja decidida a não entrega do agente em execução de mandado de detenção europeu ou de outro instrumento de cooperação internacional que vincule o Estado Português.

Por último, o princípio da aplicação convencional impõe a aplicação da lei penal portuguesa aos factos nos quais o Estado português se encontre vinculado, por tratado ou convenção internacional a julgar.

No que respeita a Lei da Amnistia vimos que a mesma não altera a natureza ilícita do facto, uma vez que esta se traduz apenas num pressuposto negativo da punição, sendo que este pressuposto importa à necessidade da pena e não se confunde com a dignidade da pena.

De igual forma vimos que são declarados perdidos a favor do estado as vantagens do facto ilícito típico, considerando-se como tal todas as coisas, direitos ou vantagens que constituam vantagem económica, direta ou indiretamente resultante desse facto, para o agente ou para outrem, alíneas a) e b) do n.º 1 do art.º 110.º do Código Penal.

Como foi salientado, o facto ilícito e típico subjacente ao branqueamento não se confunde com este último, são factos e crimes autónomos, pelo que a prática de cada um dos crimes terá como consequência a perda das respetivas vantagens por eles produzidas.

Bibliografia:

- Cavaleiro de Ferreira, Manuel, Lições de Direito Penal, Parte Geral II, Almedina, 2010.
- Dias, Jorge de Figueiredo, Direito Penal Português, As Consequências jurídicas do Crime, Lisboa, 1993.
- Marques da Silva, Germano, Curso de Processo Penal I, Noções Gerais Elemento do Processo Penal, 6.º Edição, Verbo, 2010.
- Marques da Silva, Germano, Curso de Processo Penal II, Vol. II, 5º Edição, Verbo, 2010.
- Marques da Silva, Germano, Curso de Processo Penal III, 3.º Edição, Verbo, 2009.
- Marques da Silva, Germano, Direito Penal Tributário, Sobre as Responsabilidades das Sociedades e dos seus Administradores Conexas com o Crime Tributário, Universidade Católica Editora, 2009.
- Marques da Silva, Germano, Notas Sobre Branqueamento de Capitais em Especial das Vantagens Provenientes da Fraude Fiscal, Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos, Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, 2007.
- Monteiro Dias, Jorge Manuel Vaz, Branqueamento de Capitais, O Regime do D.L 15/93, de 22 de Janeiro e a Normativa Internacional, 2002.
- Pinto de Albuquerque, Paulo, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 3.º Edição Atualizada, Universidade Católica Portuguesa, 2015.
- Taipa de Carvalho, Américo, Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime, 2º Edição, Coimbra Editora, 2008.