

# REPRESSÃO DA LAVAGEM DO DINHEIRO EM PORTUGAL

**J. OLIVEIRA ASCENSÃO**

*Professor da Faculdade de Direito de Lisboa*

## II - INTRODUÇÃO

### 1. O CARÁCTER COMPLEMENTAR DA REPRESSÃO

O combate ao branqueamento de capitais – expressão mais empregada em Portugal que lavagem de dinheiro – é um meio complementar do combate a certas formas particularmente gravosas de criminalidade.

O branqueamento de capitais nunca é pois o crime que se pretende atingir primacialmente, mas um crime teleologicamente subordinado a outras finalidades.

Isso não cerceia porém a importância da figura. Desde logo, porque a repressão permite atingir a actividade criminosa num ponto particularmente sensível.

Se tomarmos o caso paradigmático do tráfico de estupefacientes, verificamos que são os “pequenos” que caem prevalentemente na rede. É uma guerra infundável e sem esperança, não porque esses pequenos em geral mereçam particular compaixão, mas porque são fungíveis. Os “grandes” ficam de fora.

Seguindo-se a pista do dinheiro pode chegar-se às cúpulas, conseguindo-se assim um flanco de ataque privilegiado.

### 2. O ENVENENAMENTO DO SISTEMA FINANCEIRO

Mas o branqueamento de capitais é ainda um mal por si. O combate ao branqueamento de capitais é decisivo, porque previne o envenenamento de todo o sistema económico-financeiro.

Numa altura em que está à vista a vulnerabilidade dos políticos, mesmo perante quantias pequenas, a fome insaciável dos governos, esses men-

dicantes-ricos da era neo-liberal e o apetite dos partidos, por mais nobres que sejam as causas que geram esse apetite.

– os milhões da droga, que levam a potentados financeiros que ultrapassam muito os orçamentos de muitos países, trazem o espectro da subordinação geral de um país ao domínio de organizações criminosas e à sua corrupção.

E que esse espectro não é produto da fantasia ou privilégio do terceiro mundo, exemplos como o da Itália, em que a guerra contra a máfia está longe de ter sido ganha, atestam-no eloquentemente<sup>1</sup>.

Por outro lado, justamente pelas grandes quantias implicadas, a repressão ao branqueamento de capitais conhece tergiversações.

E cria um ambiente de constante suspeita sobre tudo o que se faz e as razões por que se não faz neste domínio.

### 3. A LEI PORTUGUESA

A legislação portuguesa na matéria reflecte os movimentos internacionais.

Há a assinalar três etapas fundamentais.

I – Dec.-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro.

É o diploma geral sobre estupefacientes e substâncias psicotrópicas, emitido em consequência de autorização legislativa contida na Lei n.º 27/92, de 31 de agosto.

No art. 23, sob a epígrafe “conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos”, surge a incriminação do branqueamento de capitais<sup>2</sup>. Era limitada aos bens provenientes das infracções previstas nos arts. 21 e 22, 24 e 25 daquele diploma – portanto, ao domínio da droga.

II – Dec.-Lei n.º 313/93, de 15 de setembro

É precedido da autorização legislativa n.º 16/93, de 3 de junho, e respeita à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais.

---

<sup>1</sup> Num relatório do Governador do Banco de Itália de 1983 observava-se que o crescimento dos balcões bancários na Sicília fora de 124,9%, contra uma média nacional de 63,9%: cfr. Piero Isgro, “La crescita dei sportelli bancari in Sicilia”, em **II diritto penale delle banche**, Giuffrè, 1985, coordenado por Carlo Paterniti.

<sup>2</sup> Nesta expressão abrange-se, como é habitual, não só o branqueamento de capitais propriamente ditos mas também o de outros bens provenientes da prática de crimes.

A infracção que se tem em vista é, exclusivamente, a prevista no art. 23 do Dec.-Lei n.º 15/93 – branqueamento de capitais provenientes do tráfico da droga.

Estabelecem-se, nos arts. 8 e seguintes, deveres das entidades financeiras perante transacções suspeitas. Entre esses encontram-se o dever de informar a autoridade judiciária competente.

O ilícito derivado da infracção destes preceitos é de *mera ordenação social*<sup>3</sup>. Estabelecem-se coimas, cuja aplicação compete ao Ministério das Finanças.

III – Dec.-Lei n.º 325/95, de 2 de dezembro

É emitido no seguimento da autorização legislativa contida na Lei n.º 32/95, de 18 de agosto.

Unifica (relativamente) esta matéria e generaliza-a em dois sentidos, um relativo ao crime e outro ao ilícito de mera ordenação social:

1) O branqueamento de capitais é estendido aos proventos originados por outros crimes, além dos relativos à droga.

2) Os deveres acessórios das entidades de abrigo estendem-se a outras entidades, além das financeiras.

Mas os diplomas anteriores não foram revogados. A articulação entre estes e a nova lei é complexa.

Podemos dizer que o sistema repressivo tem dois hemisférios, um relativo ao crime e outro ao ilícito de mera ordenação social.

1) No que respeita ao *crime*, o Dec.-Lei n.º 15/93 não é atingido, é até expressamente ressalvado.

O tipo do branqueamento relativo ao tráfico de droga, do art. 23, é praticamente reproduzido no art. 2/1 do novo diploma, com diferenças menores.

Não obstante, o regime complementar estabelecido pelos dois diplomas diverge. Cria-se assim a necessidade de distinguir constantemente a disciplina do branqueamento de capitais provenientes da droga da do branqueamento de capitais de proveniência diversa.

2) No que respeita ao *ilícito de mera ordenação social*, o novo diploma não só não revoga o Dec.-Lei n.º 313/93 como o considera vastamente subsidiário. Há uma articulação mais perfeita.

---

<sup>3</sup> Portanto é ilícito administrativo, correspondente à *Ordnungswidrigkeiten* alemãs.

Mesmo assim não deixa de haver divergências. Não só a entidade supervisora é agora o “Ministro do Comércio e Turismo”, como o regime concreto a seguir estabelecido diverge em mais de um ponto. A tarefa de conciliação torna-se assim delicada.

A cobertura legal desta matéria parece assim corresponder mais a impulsos díspares que a um pensamento unitário.

Ao estudar a seguir a reacção criminal ao branqueamento de capitais abrangeremos, quer a reacção criminal propriamente dita, quer a relativa ao ilícito de mera ordenação social.

#### 4. CARÁCTER COMPLEMENTAR DOS TIPOS

O branqueamento de capitais tem carácter complementar em relação a outros tipos criminais. Esta afirmação é também válida para o ilícito de mera ordenação social, pois ele é justificado sempre pela existência de indícios de um crime desta ordem<sup>4</sup>.

A acessoriedade em relação a um crime, a que a previsão está teleologicamente subordinada, torna-se expressa nos arts. 2/2 e 3 do Dec.-Lei n.º 325/95, em que se refere expressamente a “*infracção principal*”.

Portanto, a criminalização é *também* instrumental em relação a outras infracções, que se pretendem combater. Há aqui algo de semelhante à criminalização de crimes de perigo ou à incriminação de fases anteriores do *iter criminis*, quando é a defesa em relação ao crime definitivo que as justifica essencialmente. A diferença está que neste caso o facto incriminado não se situa antes, mas sim após consumada a infracção.

Na construção deste nexo de complementariedade observa-se um movimento de *internacionalização*. Poderia reprimir-se unicamente o branqueamento de capitais provenientes de factos delituosos praticados no território nacional. Mas isso seria desconhecer o carácter internacional da criminalidade em causa, que potencia a sua perigosidade.

Por isso, o art. 2/3 do Dec. Lei n.º 325/95 abrange expressamente os casos em que os factos que integram a infracção principal tenham sido praticados fora do território nacional. Já ia neste sentido o art. 23/3 do Dec.-Lei n.º 15/93.

---

<sup>4</sup> O art. 10 do Dec.-Lei n.º 313/93 remete ainda para o próprio art. 23 (branqueamento de capitais) como um dos crimes que poderiam estar na origem das obrigações que estabelece.

Não encontramos regra análoga no respeitante ao ilícito de mera ordenação social. Mas devemos chegar à análoga conclusão, porque a subsidiariedade desta se estabelece directamente em relação ao crime de branqueamento de capitais, que é o que está sob suspeita, e esta se verifica mesmo que a infracção principal tenha sido praticada fora do território nacional.

A repressão das actividades configuradas como ilícito de mera ordenação social não suscita grandes dificuldades de justificação. Mas já pode haver restrições ao próprio tipo criminal de branqueamento de capitais.

Considerar-se-á que o Direito Penal é um domínio por demais delicado para que se admita a criminalização de condutas apenas porque complementares de outras condutas criminosas. O fundamento ético da incriminação ficaria neste caso perdido.

Mas não é assim, porque as condutas reprimidas têm significado suficiente para justificar a repressão penal. E a defesa contra o “envenenamento da vida financeira” dá por si base substancial.

Não parece que a indispensabilidade deste meio de defesa social possa ser seriamente contestada. E o sentido ético dos tipos não é menor que dos tipos de favorecimento pessoal e de receptação, de que por muitos aspectos se aproximam, e cuja justificação não é questionada.

O problema está em legislar com a determinação que a gravidade da situação impõe e com a consciência do recurso aos meios excepcionais justificados, sem perder o sentido do equilíbrio e o amparo dos princípios gerais.

Se assim se fez ou não, só se pode concluir através da análise do regime instituído.

Passemos por isso à análise do crime de branqueamento de capitais, a que se seguirá a do ilícito de mera ordenação social instituído.

## **II - O CRIME DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS**

### **5. O TIPO E A INFRACÇÃO PRINCIPAL**

Como dissemos, o crime de branqueamento de capitais pressupõe uma “infracção principal”.

Essa infracção principal era, nos termos do Dec.-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, o tráfico de estupefacientes e precursores.

Manifestou-se entretanto orientação internacional no sentido de entender a incriminação ao branqueamento de capitais com origem noutras actividades criminosas<sup>5</sup>.

Nessa sequência, o Dec.-Lei n.º 325/95, de 2 de dezembro, além de ressaltar o estabelecido quanto a bens provenientes do tráfico de drogas e percursores (art. 1.º), determina: “Quem, sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática, sob qualquer forma de participação, de crimes de terrorismo, tráfico de armas, extorsão de fundos, rapto, lenocínio, corrupção e das demais infracções referidas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro...”.

Este último preceito enumera os seguintes crimes:

- “a) Corrupção, peculato e participação económica em negócio;
- b) Administração danosa em unidade económica do sector público;
- c) Fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito;
- d) Infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada, com recurso à tecnologia informática;
- e) Infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional”.

Aparentemente, haveria aqui um grande progresso, com a amplitude que a lei deu, indirectamente, ao crime de branqueamento de capitais.

Mas a realidade não é conforme à aparência.

O crime de branqueamento de capitais supõe uma situação excepcional, à qual seja necessário reagir com meios excepcionais também.

Alargar o círculo, de maneira a fazer abranger crimes que não têm já nada que ver com a preocupação que está na origem da incriminação é confundir tudo, admitir reacções desproporcionadas e pôr em causa os resultados que se pretendiam atingir.

Quando se incluem tipos como a “fraude na obtenção de subsídio”, por exemplo, que são infracções de todo alheias à problemática financeira que está na base do branqueamento de capitais, o sistema repressivo perde sentido.

E mais: vai permitir desvios, debaixo de um zelo aparente e de fácil boa consciência.

---

<sup>5</sup> Assim, a definição de “actividade criminosa” do art. 1.º da Directiva n.º 91/300/CEE, de 10 de junho (entretanto transporta para o direito português), abrangia “qualquer outra actividade definida como tal para efeitos da presente directiva por cada Estado-membro”.

Tenho observado, com uma boa dose de pessimismo, que o sistema repressivo tende a deslocar-se dos culpados para os inocentes. Neste caso, em vez da tarefa, tão perigosa, de pesquisar grandes potentados financeiros, a lei permite que se investiguem factos domésticos de cada um, criando a insegurança generalizada e a dependência dos órgãos repressores.

O empolamento dos objectivos é um meio seguro de os não atingir. Assim nunca se chegará às grandes pistas.

A lista das infracções principais deve ser revista. Terá de se limitar às que criam a necessidade de reciclar dinheiro sujo. Só elas justificam que meios como o levantamento do segredo bancário pelas próprias instituições financeiras sejam utilizados.

Mas o relacionamento com a infracção principal suscita ainda outros problemas complexos.

A punição por branqueamento de capitais está dependente da punição pela infracção principal?

Afirmou-o Faria Costa, considerando que em termos doutrinários só se verifica uma infracção depois de estabelecidos judicialmente os juízos de ilicitude e de culpabilidade. E reforça com o aceno à regra de que a punição por branqueamento de capitais não excederá a aplicável às correspondentes infracções principais<sup>6</sup>.

Mas a lei exige apenas o conhecimento da prática da infracção principal, e não a sua punição. Pode mesmo acontecer que a infracção tenha sido realizada no estrangeiro; ou até em país que não reprima efectivamente o branqueamento de capitais.

Daqui resulta que o que interessa é apenas a prova da prática do facto correspondente à infracção principal, e não a condenação por ela. E interessará o acto ilícito, mas não a culpabilidade, que respeita exclusivamente ao agente.

O facto de a punição não poder exceder “os limites máximo e mínimo previstos para as correspondentes infracções principais” (art. 2/2 do Dec.-Lei n.º 325/95) é hoje elucidativo no sentido de que o que interessa é uma pena aplicável ou penalidade, e não a pena que eventualmente tenha sido aplicada.

Esta interpretação salva praticamente a lei e sua intencionalidade de internacionalização. Doutro modo qualquer reacção ficaria dependente da

---

<sup>6</sup> Lug. cit., 678-679.

notícia de uma eventual punição realizada no exterior, ou até da eficácia da repressão à infracção principal conseguida no país.

## **6. RELACIONAMENTO COM A CRIMINALIDADE ALTAMENTE ORGANIZADA**

Há que perguntar qual o relacionamento desta matéria com a da “criminalidade altamente organizada”.

Este conceito tem progressivamente ocupado um plano importante na Política Criminal. E passou já para a lei interna, embora a sua maior relevância se verifique no domínio processual penal. Assim, o art. 1/2 do Código de Processo Penal dá a noção de “criminalidade violenta ou altamente organizada”; dela se fazem aplicações nos arts. 143, 174 e 187.

É seguro que o branqueamento de capitais se situa numa zona de confluência com a da criminalidade altamente organizada. As máfias, as tríades, os clãs da droga, as associações terroristas, tudo isto e muito mais está paredes-meias com o branqueamento de capitais.

Há porém que negar que qualquer forma de organização, mesmo qualquer forma de associação criminosa, tenha sido elevada a elemento típico deste crime.

Tal como os arts. 23 do Dec.-Lei n.º 15/93 e 2 do Dec.-Lei n.º 325/95 o descrevem, o crime pode ser praticado por agente individual. Basta que, por qualquer forma, este esteja em contacto com os bens e conheça a sua proveniência criminosa.

O proêmio do art. 2/1 do Dec.-Lei n.º 325/95 incrimina a actividade “sob qualquer forma de participação”. Mas isto não tem que ver com um crime plurissubjectivo. A participação é referida ao crime principal: os capitais provêm de esse crime, qualquer que tenha sido a forma de participação que tenha havido nele. É uma referência generalizadora, destinada a impedir a escapatória de qualquer participante. Nada tem que ver com a autoria do crime de branqueamento de capitais<sup>7</sup>.

Diríamos assim que a criminalidade altamente organizada não pode deixar de ter estado na mente do legislador, num momento pré-legislativo.

---

<sup>7</sup> O art. 28 do Dec.-Lei n.º 15/93 prevê as “associações criminosas” no domínio da droga. Mas são referidas à prática dos crimes dos arts. 20 e 21. Não à do crime de branqueamento de capitais, que consta do art. 23.

Mas não passou para a *ratio* do preceito. Este funciona igualmente, haja ou não associação criminosa.

## 7. OS TIPOS PENAIIS

Prossigamos com a análise do tipo objectivo.

Este tipo é complexo. A lei portuguesa seguiu demasiado servilmente o elenco de operações que constituiriam branqueamento de capitais segundo a directriz (art. 1.º).

Podemos distinguir três figuras, que enunciamos sumariamente:

- a conversão de bens ou produtos
- a ocultação desses bens ou produtos
- a recepção desses bens ou produtos.

Verdadeiramente, o tipo de branqueamento de capitais é o primeiro. Será ele que nos ocupará em especial. Os restantes serão agora objecto de referências mais breves.

### *I. – Ocultação de bens ou produtos*

O art. 2/1 *b* do Dec.-Lei n.º 325/95 prevê a actividade de quem, sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática de um crime, ocultar ou dissimular a sua verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação, propriedade ou direitos a eles relativos.

A pena cominada é a de prisão de 2 a 10 anos.

Não se prevê uma intenção de aproveitamento, mas a ocultação ou dissimulação implica um favorecimento do agente: por isso se fala em favorecimento real ou encobrimento real<sup>8</sup>. Mas enquanto a pena do *favorecimento pessoal* é a de prisão até 3 anos ou multa (art. 367/1 C.P.), aqui é *a de prisão de 2 a 10 anos*, o que é *desproporcionado*.

### *II. – Recepção dos bens ou produtos*

Com a mesma referência subjectiva ao conhecimento da origem criminosa, quem “adquirir ou receber tais bens ou produtos a qualquer título, os utilizar, detiver ou conservar, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos” (art. 2/1 *c*).

---

<sup>8</sup> Rodrigo Santiago, ob. cit., 552.

Aqui aproximamo-nos muito do tipo de receptação do art. 231 C.P. Não se refere à intenção de obter vantagem patrimonial, mas esse aparente alargamento é pouco relevante, porque o fim de aproveitamento parece estar implícito.

Há porém uma surpreendente benevolência na penalidade. O art. 231/1 do Código Penal prevê a prisão de até 5 anos ou multa. O n.º 4 manda mesmo punir com prisão de 1 a 8 anos quem fizer da receptação modo de vida. A previsão do Dec.-Lei n.º 325/95 é assim praticamente inócua.

Confrontando esta suavidade com o brutal agravamento da al. *b*, devemos concluir que o legislador mostra muito pouca coerência. É incompreensível que à receptação, em que há um fim de aproveitamento, corresponda metade da pena da simples ocultação.

## **8. O TIPO BÁSICO DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS**

O tipo básico a que nos vamos dedicar é, como dissemos, o do art. 2 *a* do Dec.-Lei n.º 325/95, que dispõe que quem “converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência desses bens ou produtos, no todo ou em parte, directa ou indirectamente, com o fim de ocultar ou dissimular a sua origem ilícita ou de ajudar uma pessoa implicada na prática de qualquer dessas infracções a eximir-se às consequências jurídicas dos seus actos, é punido com pena de prisão de 4 a 12 anos”.

Estão pois compreendidas todas as operações que permitam que o dinheiro ou outros produtos venham a ser reciclados como bens limpos. Mas acrescenta-se um elemento subjectivo da ilicitude. Não basta assim o conhecimento da origem criminosa, é ainda necessário aquele fim específico do agente.

O tipo subjectivo será estudado posteriormente. Mas a referência ao “fim de ajudar” um implicado a subtrair-se à acção da justiça aproxima-nos do favorecimento pessoal, regulado nos arts. 367 e 368 do Código Penal.

Porém, a diferença de penalidades é muito grande. Enquanto em geral se prevê a pena de prisão até 3 anos e multa, no presente diploma a pena sobe de 4 a 12 anos de prisão.

Esta desproporção de penas é de certo modo mitigada pelo correctivo do art. 1/2 do Dec.-Lei n.º 325/95: a punição por estes crimes não deve exceder os limites mínimo e máximo previstos para as correspondentes infracções principais.

De todo o modo, este tipo não pode ser reduzido a uma modalidade de favorecimento pessoal. E isto porque é paralelamente previsto o “fim de ocultar ou dissimular a sua origem ilícita”. O que quer dizer que pode não haver o fim de favorecer o agente.

Na medida em que corresponde a um favorecimento pessoal, o branqueamento de capitais tem um agente que é necessariamente diferente do agente da infracção principal.

Porém, quando o fim é o de “ocultar ou dissimular a origem ilícita”, pode o agente ser simultaneamente o agente da infracção principal?<sup>9</sup>

A ser assim, haveria concurso real de infracções.

Mas isso traria uma excepção às regras gerais. Normalmente, o aproveitamento do produto de uma infracção patrimonial é consumido pela punição da própria infracção. Quem furta um peru, não recebe condenação específica por o ter comido.

O art. 2 *a* do Dec.-Lei n.º 325/95 autonomizará o aproveitamento como novo crime?

Supomos que não.

O sentido do branqueamento de capitais não é o de atingir o agente da infracção principal. A situação deste foi já considerada com a penalização desta infracção.

Quem se pretende atingir agora são outras pessoas que estejam na rota do dinheiro. Ao mesmo tempo propicia-se que se chegue ao agente da infracção principal.

Somos assim de parecer que o agente da infracção principal nunca responde simultaneamente por esta e pelo branqueamento de capitais. Se for detectado, o branqueamento que realizou representa um facto posterior não punível.

## **9. O TIPO SUBJECTIVO**

O relatório GAFI, II *B* 6, prevê que sejam reprimidas pelo menos as actividades intencionais de branqueamento de capitais, “ficando entendido que o elemento intencional poderá ser inferido de circunstâncias fácticas objectivas”. Mas anota que alguns Estados aceitariam aplicar sanções penais ao branqueamento cometido por negligência.

---

<sup>9</sup> Pronuncia-se expressamente no sentido afirmativo Rodrigo Santiago, ob. cit., 5.2.2.

A lei portuguesa não prevê a negligência. Segue mesmo o caminho de tudo subordinar a um elemento de conhecimento: “sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática, sob qualquer forma de participação, ...”.

Aproximando esta figura da receptação, vemos uma diferença em relação ao estatuído no art. 231/2 do Código Penal. Aí, pune-se “quem, sem previamente se ter assegurado da sua legítima proveniência..., receba coisa em condições de fazer razoavelmente suspeitar que provém de facto ilícito típico contra o património...”. Aqui estabelece-se um regime mais restritivo. É muito difícil entender por que deve o branqueamento de capitais ser previsto *mais restritivamente que a mera receptação*, quando a relevância social daquele é muito maior.

A problemática do significado, para o dolo, do conhecimento de circunstâncias que concorrem no ofendido ou no facto é antiga. Na falta de previsão especial, tende-se hoje a remeter esta matéria para o *dolo eventual*, o que aliás não é isento de objecções. Assim, no caso do crime de estupro, dir-se-á que, se o agente versa em dúvida sobre a idade da ofendida e não obstante não desiste do acto, pode configurar-se dolo eventual, verificando-se os restantes pressupostos.

Mas no caso presente o “sabendo” do art. 2/1 do Dec.-Lei n.º 325/95 parece excluir esta via, pois conterà uma exigência positiva de conhecimento<sup>10</sup>. Ao exigir o conhecimento efectivo exclui a relevância do estado de dúvida, afastando-se assim da situação normal.

A ser assim, a lei portuguesa reveste-se de fragilidade.

A exclusão da negligência ainda se compreende, pela preocupação de dar certeza ao funcionamento do sistema financeiro.

Mas a exigência de que o agente tenha conhecimento da infracção principal esvazia o sistema. Não só é um elemento quase impossível de demonstrar como deixa de fora todos os casos em que o agente tenha tido o cuidado de nada perguntar, quando lhe apresentam um baú de dólares para reciclar.

Mais ainda: a lei exige o conhecimento do crime concreto de que provêm os capitais. Se alguém, abordado por bando criminoso conhecido, branqueia dinheiro que não sabe se é proveniente de extorsão ou de rapto,

---

<sup>10</sup> Exclui radicalmente a possibilidade de dolo eventual Faria Costa, El blanqueo de capitales, em “Hacia um Derecho Penal Economico Europeu”, **Boletín Oficial del Estado** (Madrid), 1995, 655 e segs..

pareceria que não será atingido, pois falta o conhecimento positivo da infracção principal.

Esta indulgência legal é suspeita. Põe em causa todo o complexo sistema elaborado, subordinando-o a factores casuais.

Para além desta exigência geral de conhecimento, há no tipo concretamente em causa um elemento subjectivo da ilicitude, sob a forma de dolo específico<sup>11</sup>.

É necessário que a conversão tenha sido feita, como vimos, “com o fim de ocultar ou dissimular a sua origem ilícita ou de ajudar uma pessoa implicada na prática de qualquer destas infracções a eximir-se às consequências jurídicas dos seus actos”.

Que acrescentarão ao tipo estes elementos?

Se alguém converte dinheiro que sabe proveniente de um dos crimes especificados por lei, sem ter a intenção de favorecer, não procedeu ilicitamente?

Dir-se-ia que sim, e que o dolo específico poderá ser uma circunstância, mas não um elemento do tipo.

Se o não fez para favorecer, que acrescenta o fim de ocultar ou dissimular a origem ilícita?

Porventura não bastaria prever que o agente conhecesse a origem ilícita e voluntariamente convertesse?

Afigura-se que sim, e que esta especificação de um dolo específico não tem sentido. Se o agente não soubesse que era proibido converter (reciclar) dinheiro sujo, o problema seria de falta de consciência da ilicitude.

A nossa impressão é a de que o tipo subjectivo está delineado de maneira que abre vastos e injustificados alçapões na aplicação da lei.

## **10. A PERDA DOS RESULTADOS DO CRIME**

A Convenção de Viena e o relatório GAFI prevêm medidas provisórias e de confisco que recaem sobre os resultados do crime, destinadas a reduzir o atractivo do branqueamento de capitais<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Rodrigo Santiago, *lug. cit.*, 5.4.2, considerando a previsão do art. 23/1 a do Dec.-Lei n.º 15/93, em que se fala do fim de ocultar ou dissimular, afirma que a referência ao “fim” é compatível, não só com o dolo directo, como ainda com o dolo necessário e o dolo eventual. Na realidade, a ocorrência de dolo eventual sofre a limitação que acabamos de acentuar, provinda da exigência positiva de conhecimento.

<sup>12</sup> Cfr. o Relatório GAFI *cit.*, III B 2.

A legislação portuguesa sobre branqueamento de capitais sofre da assimetria atrás assinalada.

O Dec.-Lei n.º 15/93 prevê nos arts. 35 a 39 a perda de objectos e benefícios.

Mas estes preceitos não encontram correspondente no Dec.-Lei n.º 325/95. O que significa que em todos os casos de branqueamento de capitais, que não sejam os provenientes do tráfico de droga, se aplicam os princípios gerais dos arts. 111 e 112 do Código Penal.

Inversamente, o Dec.-Lei n.º 325/95 contém no art. 17 uma previsão especial sobre a defesa de direitos de terceiros de boa-fé. Já para o tráfico de drogas não há previsão correspondente, pelo que se aplicam os princípios gerais, nomeadamente o art. 110 do Código Penal.

Estas assimetrias são lamentáveis, traduzindo a falta de unidade do sistema português.

No que respeita ao branqueamento de capitais provenientes do tráfico de drogas, a especialidade trazida não é afinal tão intensa como se poderia supor. Os arts. 36 a 39, que são os que interessam, apenas esclarecem alguns aspectos, como a inclusão de “móveis, imóveis, aeronaves, barcos, veículos, depósitos bancários ou de valores ou quaisquer outros bens de fortuna” (art. 36/5). Por outro lado, disciplina-se o destino dos bens declarados perdidos a favor do Estado (art. 39).

Há porém uma deficiência muito mais grave.

Os bens perdidos são os resultantes de infracção consistente no tráfico de droga.

Nunca se declararam por si perdidos os bens objecto da operação ou tentativa de operação de branqueamento de capitais.

Mas era necessário fazê-lo, pois doutro modo os resultados atingidos são muito duvidosos.

Já vimos atrás as dificuldades que se suscitam na conjugação com a infracção principal (*supra*, n.º 5).

Se não há uma disciplina especial de perda dos bens ou produtos objecto de tentativa de branqueamento, a perda dos objectos só poderia ser efeito da condenação pela infracção principal – que é meramente eventual.

O único caminho alternativo seria o de considerar esses produtos o próprio objecto do crime de branqueamento de capitais.

Mas então encontrar-se-ia uma dificuldade particular, justamente no branqueamento de capitais proveniente do tráfico de droga.

O art. 35 do Dec.-Lei n.º 15/93 prevê a perda dos objectos relacionados com a infracção prevista naquele diploma.

Porém, afastando-se do regime geral ao tempo vigente, só a determina “quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo a segurança das pessoas ou a ordem pública, ou oferecerem sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos” (art. 35/1).

É um regime claramente desadaptado à realidade que se tem em vista.

A perda dos benefícios ou produtos do crime deveria poder ser decretada perante prova suficiente da sua proveniência delituosa, não se exigindo uma condenação penal<sup>13</sup>.

### **III. - O ILÍCITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL**

#### **11. OS DEVERES DE ENTIDADES PERANTE AS QUAIS SE PROCEDE À RECICLAGEM DOS CAPITAIS**

A outra parte do sistema é representada pelos deveres impostos a entidades financeiras e não-financeiras, perante as quais pode ser realizado o branqueamento de capitais, e pelo corpo de contra-ordenações correspondentes.

Estabelecem-se vários deveres, respeitantes nomeadamente à identificação de clientes e à conservação de documentação, que nos não cabe examinar em particular.

Como dissemos, neste domínio a legislação especial sobre droga (Dec.-Lei n.º 313/93, de 15 de dezembro) é declarada subsidiariamente aplicável “à responsabilização individual e colectiva pelas infracções previstas no presente capítulo”, com as necessárias adaptações – ou seja, o regime da responsabilização dessas entidades pelo branqueamento de capitais provenientes da droga é o regime subsidiário.

Esta remissão em matéria de responsabilização é ainda reforçada pela remissão especial do art. 9/2 do Dec.-Lei n.º 325/95, relativo à importante matéria da prestação de informações e da isenção de responsabilidade em consequência destas. Remete-se para o disposto no art. 10/3 e 4 e no art. 13 do Dec.-Lei n.º 313/93.

---

<sup>13</sup> Sobre a equação do problema na Alemanha, cfr. Fulbier/Aepfelbach, **Das Geldwäschegesetz**, 3.ª ed., Kommunikationsforum (Colónia), 1995, 19-29.

A matéria do segredo profissional foi considerada essencial neste domínio.

O Relatório GAFI prevê que as regras sobre o segredo profissional das instituições financeiras sejam concebidas de maneira a não entravar a aplicação das recomendações do grupo<sup>14</sup>.

A Directriz n.º 91/108/CEE, nos arts. 5 a 10, regula pormenorizadamente o dever de informação. Esse dever é acolhido com certa amplitude na lei portuguesa.

Podemos dizer que o objectivo do combate ao branqueamento de capitais prevalece sempre sobre o segredo profissional, nomeadamente o segredo bancário.

Poderia este segredo apenas ser ultrapassado, por exemplo, por ordem judicial.

Mas vai-se muito mais longe, pois se prevê que as entidades devem fornecer, por sua iniciativa, informações sobre transacções suspeitas. Fala-se repetidamente na “comunicação à entidade judiciária competente de operações que, pelos valores envolvidos ou pela sua repetição, pela situação económico-financeira dos intervenientes, ou pelos meios de pagamento utilizados, façam suspeitar da prática de actividades de branqueamento de capitais” (art. 6/1 *d* do Dec.-Lei n.º 325/95, por exemplo).

As entidades financeiras não podem comunicar a informação ao cliente ou a terceiros (arts. 10/3 do Dec.-Lei n.º 313/93 e 9/2 do Dec.-Lei n.º 325/95). Há assim uma prevalência do combate ao branqueamento de capitais sobre a própria relação de lealdade que deve ligar o banco e o seu cliente.

E há uma exclusão de responsabilidade, constante dos arts. 13 do Dec.-Lei n.º 313/93 e 9/2 do Dec.-Lei n.º 325/95. Dispõe o primeiro: “As informações prestadas de boa fé, nos termos dos artigos 10, 11 e 12, não constituem violação de qualquer dever de segredo, nem implicam, para quem as preste, responsabilidade de qualquer tipo”.

Este preceito é rigorosamente inútil. É claro que o cumprimento de um dever legal não pode implicar a violação de um dever; e que se não há ilícito não pode haver responsabilidade. Mas o preceito corresponde à farfalhada legislação comunitária: consta do art. 9 da Directriz e foi subservientemente incluído na lei interna.

---

<sup>14</sup> Relatório cit., III A.

De toda a maneira, não há hoje qualquer tipo de segredo profissional que prevaleça sobre o combate ao branqueamento de capitais; pelo contrário, são as preocupações desta ordem que prevalecem sempre. O que parece correcto, desde que a fundamentação nos indícios de uma actividade criminosa seja atentamente mantida.

Mas há uma restrição, constante dos arts. 10/3 do Dec.-Lei n.º 313/93 e 9/2 do Dec.-Lei n.º 325/95: estas informações só podem ser utilizadas para investigação e punição dos crimes tipificados por lei. É bom que esta restrição seja também seriamente observada, pois doutra maneira abre-se uma porta fácil à devassa ilimitada dos movimentos de cada um, sem causa bastante.

## 12. O SISTEMA DAS CONTRA-ORDENAÇÕES

O ilícito resultante da violação dos deveres impostos a estas “entidades de abrigo” dos capitais sujos é configurado como ilícito de mera ordenação social.

A opção é certa, uma vez que não há aqui a densidade ética que justifique a reacção criminal.

A negligência é punida<sup>15</sup>, o que parece igualmente certo.

A determinação dos responsáveis é realizada pelos arts. 17 e seguintes do Dec.-Lei n.º 313/93, para que remete o art. 14 do Dec.-Lei n.º 325/95.

A responsabilização abrange, quer as próprias entidades (financeiras ou não), bem como as pessoas singulares que sejam órgãos, agentes, representantes e até, em certos casos, meros empregados dessas entidades (art. 17). A responsabilidade das entidades não exclui a dos agentes individuais (art. 19) e a destes não exclui a responsabilização das entidades (art. 18). Mas parece haver aqui sobretudo uma repetição do que representa o regime geral do ilícito de mera ordenação social (Dec.-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro).

Em todo o caso, a responsabilização da entidade esclarece pelo menos o entendimento do art. 7/2 daquele diploma, ao estabelecer a responsabilidade das pessoas colectivas e equiparadas. O texto poderia ser interpretado no sentido de que haveria uma mera responsabilidade patrimonial, pelo pagamento da coima, por exemplo. Mas essa responsabilidade consta já do art. 29 do Dec.-Lei n.º 313/93. À previsão do art. 18 do mesmo diploma, da

---

<sup>15</sup> Art. 22 do Dec.-Lei n.º 313/93 e arts. 12 a 14 do Dec.-Lei 325/95.

responsabilidade das entidades por actos praticados pelos seus membros, deve ser atribuído um sentido mais amplo, que leva no caminho de uma verdadeira responsabilidade contra-ordenacional das pessoas colectivas.

O art. 27 prevê ainda sanções acessórias. Essas são particularmente dirigidas às pessoas singulares: seja o caso da inibição do exercício de cargos sociais e de chefia.

### 13. APRECIÇÃO DO SISTEMA INSTITUÍDO

Que valoração nos merece este sistema?

Não parece que o seu êxito esteja assegurado.

Por estatística que nos foi gentilmente fornecida, de 1993 até hoje ocorreram os seguintes casos de comunicação de suspeita de branqueamento de capitais à Procuradoria-Geral da República:

1993	3
1994	24
1995	31
1996	38
1997	<u>41</u> <sup>16</sup>
Total	137

O número em si seria razoável, porque grandes movimentos anômalos não são freqüentes. Porém, a grande maioria das participações são manifestamente irrelevantes. E são muito escassos os processos judiciais no final resultantes.

Há que contar com uma grande resistência das instituições, que só têm aparentemente a perder se os capitais forem retirados do seu âmbito.

A própria deficiente tipificação do crime de branqueamento de capitais se irá reflectir sobre estes deveres de informação, pois as “fundadas suspeitas” de um crime de branqueamento de capitais esmorecem se o crime é definido em termos de rara ocorrência.

Surge assim o receio de que o instituto seja desviado da sua função, aplicando-se a objectivos outros, e perdendo de vista aqueles que o comandaram.

---

<sup>16</sup> Até hoje.

Para além disso, parece haver nesta tipificação uma deficiência grave. Dissemos já que também o ilícito de mera ordenação social é colocado *na dependência da suspeita de uma infracção principal* (supra, n.º 4). Mesmo quando a lei se basta com a suspeita de um crime de branqueamento de capitais remete indirectamente para uma daquelas infracções, porque só subordinadamente a estas há branqueamento da capitais.

Esta subordinação de informação da entidade a uma infracção principal não resulta da directriz (cfr. o art. 6 desta) e não tem nenhum sentido.

O dever das entidades não pode estar ligado a um dever de denunciar crimes ou a indícios destes.

Deve estar ligado simplesmente à anomalia das circunstâncias. As entidades comunicam circunstâncias que, pela sua anomalia, possam estar ligadas a um branqueamento de capitais. Às autoridades policiais cabe verificar se há ligação com algum dos crimes previstos por lei.

Esta divisão de funções restituiria clareza ao sistema, e contribuiria para lhe atribuir uma eficácia que não possui.

#### **14. ENTIDADES INTEGRADAS NA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA**

Há um ponto que merece ainda uma consideração particular.

Podem surgir sociedades integradas na própria organização criminosa. São instrumentalizadas para a função de branqueamento de capitais. Podem ser sociedades fantasmas, como sociedades *off-shore* que se limitam a justificar o circuito dos capitais; mas podem ser também sociedades efectivamente actuantes, mas que são utilizadas como escala na lavagem do dinheiro.

Como ponto de escala, parece não lhes poder ser imputado o próprio branqueamento de capitais. Não podem ser agentes do crime<sup>17</sup>.

E no que respeita ao ilícito de mera ordenação social? Seguramente que o praticam. O problema está em saber se a sanção contra-ordenacional é nesses casos suficiente.

Não há porém na legislação portuguesa nada que permita reagir contra uma entidade que tenha uma posição activa e não apenas passiva na cadeira criminosa.

---

<sup>17</sup> O Relatório do GAFI, III B 1, recomenda, na medida do possível, a responsabilidade penal das próprias sociedades. Mas esta previsão não teve seguimento na demarcação do tipo de branqueamento de capitais na lei portuguesa.

O art. 28 do Dec.-Lei n.º 15/93 (em matéria de droga, portanto) prevê um crime de associações criminosas. Mas é para o caso de se visar a prática do tráfico: não se abrange o branqueamento por si.

O nosso objectivo é apurar em que termos estas entidades podem ser combatidas através da própria disciplina das contra-ordenações.

O problema é grave, porque deveria haver maneira de reagir contra estas peças de um xadrez mais vasto, permitindo a aplicação de medidas como a suspensão de actividade e a dissolução.

O Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro, sobre infracções contra a economia e contra a saúde pública, prevê no art. 7/1 a aplicação às pessoas colectivas das penas de:

- admoestação
- multa
- dissolução.

Não prevê a suspensão, infelizmente.

Mas este preceito não é aqui aplicável, porque se trata de contra-ordenação e está fora do âmbito de aplicação daquele diploma.

Parece assim que nem a possibilidade de responsabilizar contra-ordenacionalmente as próprias pessoas colectivas e equiparadas, a que chegámos no número anterior, permite uma reacção adequada contra estas entidades de especial perigosidade.

Do sistema jurídico em geral resultam providências dispersas, como o encerramento de estabelecimento sujeito a licença em caso de prática de contra-ordenação (art. 21 *f* do Dec.-Lei n.º 433/82), mas não meios de defesa sistemática contra estas entidades.

## **15. A PESSOA JURÍDICA OU COLECTIVA COMO AGENTE DO CRIME**

Supomos que deveria ser considerada criminosa a conduta da própria pessoa colectiva que sistematicamente se dedica ao branqueamento de capitais.

E que em consequência deveriam ser previstas penas adequadas à situação, como a dissolução ou a suspensão de actividade.

Isto significa que recorreríamos aqui à figura de pessoa colectiva como sujeito passivo de crime.

Consideramo-la em geral uma figura errada e dispensável. Mas está consagrada, e enquanto estiver é um instrumento a que há que recorrer.

A pessoa colectiva é ontologicamente incapaz de crime. Para admitirmos esta incriminação temos de supor um análogo da acção, que se construiria com a vontade imputada à pessoa colectiva.

O ponto de maior gravidade encontra-se na culpa. É inadmissível construir tão aprofundadamente uma culpa finamente recortada, que funciona como limite substancial à pena (art. 40/2 do Código Penal) e afinal bastar-se, no que respeita aos crimes das pessoas colectivas, com a mera imputação formal dos actos dos seus órgãos ou agentes.

Se a lei impõe que recorramos à culpa, temos de procurar aqui também um *análogo*.

Esse análogo não está na mera imputação de vontades, com que se bastará o Direito Civil. É impossível encontrar uma culpa da pessoa colectiva logo que houver facto delituoso de um seu membro.

Concretizemos. Se há um acto de branqueamento de que é responsável um administrador duma sociedade, o acto é imputável civilmente à pessoa colectiva. Mas não lhe será criminalmente imputado, enquanto o acto for um acto pessoal desse administrador, que se não estenda aos restantes.

Para haver *culpa* da sociedade será necessário que ao órgão, em si, seja imputável aquele facto. A culpa da pessoa colectiva aproxima-se assim mais da visão social da culpa do que da visão civilística da imputação orgânica: porque a visão social distingue quando o culpado é uma pessoa determinada, e quando a culpa é da sociedade.

Com esta correcção, a figura do crime da pessoa colectiva branqueadora de capitais é operacional. Porque na realidade só interessa atingir estas situações quando há uma entidade profissionalmente dedicada ao branqueamento de capitais. Se a actuação se limita a pessoas determinadas, os meios gerais são suficientes.

Diríamos assim que o sistema de defesa contra o branqueamento de capitais deveria ser completado com uma incriminação das entidades colectivas que procedam sistematicamente a essa actividade. ◆