

A incriminação do branqueamento em Portugal à luz do direito comunitário - A questão das vantagens lícitamente adquiridas no estrangeiro

Rafael Cheniaux

Abstract

The present paper focuses on money laundering in Portuguese and European criminal law. In regard to the recycling of property derived from predicate offences committed abroad not constituting illegal activity in the light of the *lex loci*, the Portuguese Criminal Code seems to present a solution which is incompatible with the impositions of the Directive (EU) 2018/1673. This study

will discuss the discrepancies between the two systems of law in the matter, giving particular attention to the recent transposition of the aforementioned directive by the Portuguese Parliament, and will conclude that Portugal is not in violation of the European Union law.

Palavras-chave: branqueamento de capitais; direito penal europeu; princípio da proporcionalidade; vantagens do crime; subsidiariedade do direito da União Europeia.

Introdução

O branqueamento de capitais é um fenómeno com grande presença nas sociedades contemporâneas, e o Direito não foi indiferente à necessidade – e às dificuldades – de combatê-lo eficazmente. Ele constituiu um dos primeiros domínios tocados pelo direito penal europeu, e o seu tratamento no Código Penal Português (art. 368.º-A CP) é visivelmente tributário desse direito supranacional.

Visamos, com o presente trabalho, ao estudo do branqueamento-crime em Portugal, com atenção às imposições do direito da

União Europeia, e no que respeita à relevância típica das vantagens lícitamente adquiridas no estrangeiro. Para tanto, será mister não só compreender os contornos da competência comunitária em matéria penal, especificamente quanto ao branqueamento de capitais, mas também analisar a novelíssima (e recentemente transposta) diretiva (UE) 2018/1673, do Parlamento e do Conselho – contrapondo-a ao ordenamento português vigente –.

2. O branqueamento de capitais no direito penal europeu

Algo sinuosa foi a evolução do direito penal da União Europeia, em especial no que tange à matéria do branqueamento de capitais. Entre avanços e recuos, luzes e sombras, foi se afirmando um quadro incriminador abrangente para as atividades branqueadoras no contexto comunitário. Partindo de um “ponto zero”, em que ao legislador europeu não era reconhecida nenhuma competência explícita para a harmonização das disposições penais estaduais, encontramos, poucas décadas volvidas, perante um quadro complexo de regras comunitárias concernentes ao branqueamento-crime. Abordamos, nas linhas que se seguem, (i) o sentido geral da expansão penal europeia e, mais detalhadamente, (ii) a questão específica do branqueamento de capitais, mormente no que toca às inovações impulsionadas pela recente diretiva (UE) 2018/1673, do Parlamento e do Conselho – transposta em Portugal pela Lei n.º 58/2020, de 31 de agosto –.

2.1 A evolução e os limites do direito penal europeu

O direito penal europeu, sendo aquele criado pelos órgãos da União Europeia dotados de competência legislativa penal, teve o seu desenvolvimento marcado por transformações significativas no plano da jurisprudência e dos Tratados. Por um lado, o artigo 31.º/e) TUE, que permitia a adoção pela União de “regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infrações penais e às sanções aplicáveis” em alguns domínios, foi substituído pelo mais ambicioso 83.º/1 TFUE com o advento do Tratado de Lisboa. Por outro lado, esse mesmo diploma, na esteira dos acórdãos Ambiente¹, de 2005, e sobre a Poluição causada por navios², de 2007, atribuiu expressamente à União competência penal para efeitos de assegurar a eficácia do direito comunitário no 83.º/2 TFUE. Aprofundemos esses pontos. O Tratado de Amsterdão, assinado em 2 de outubro de 1997 – com entrada em vigor em 1 de maio de 1999 –, previa a aproximação gradual

dos direitos penais estaduais no âmbito do chamado terceiro pilar.³ À luz dos arts. 29.º in fine e 31.º/e) do Tratado da União Europeia, seriam instituídas, quando necessárias, medidas para o estabelecimento de um standard mínimo das sanções aplicáveis e dos elementos constitutivos dos crimes atinentes ao terrorismo, ao tráfico ilícito de droga e à criminalidade organizada. Caberia, assim, ao Conselho – deliberando por unanimidade – adotar, nos termos do 34.º/2/b) TUE, decisões-quadro para esse efeito. Os referidos instrumentos legislativos, vinculativos quanto ao resultado, mas não quanto à forma ou aos meios empregues para conseguir-lo, aproximavam-se, dessa sorte, das diretivas – atualmente consagradas no 288.º TFUE –, embora conservando uma diferença fundamental: “os Estados membros excluíram expressamente que pudessem gozar de efeito direto”⁴. O Tratado de Amsterdão, em síntese, dotava pela primeira vez a União Europeia de uma ferramenta de grande eficácia para a aproximação das legislações penais dos Estados membros, dado que, preteritamente, as suas intervenções nessa matéria eram extremamente limitadas.⁵ O que se nota, então, é o início de uma verdadeira “desterritorialização do direito penal”⁶, iluminada pelo compromisso da reconstrução da União como um “espaço de liberdade, segurança e justiça” capaz de oferecer aos cidadãos “um nível elevado de proteção”, nos termos do recém-introduzido artigo 29.º TUE (atual 67.º TFUE).

E nessa ótica, a europeização penal surgiu como resposta a uma nova criminalidade, mais complexa e globalizada (e mais apta a atuar em um espaço de livre circulação de pessoas, capitais, mercadorias e serviços) que aquela que era tradicionalmente combatida pelos Estados. Para além de servir à consolidação da própria União e da sua ordem jurídica, favoreceu a segurança no interior de uma região – sem fronteiras internas – que, em princípio, estaria mais vulnerável ao crime transnacionalizado, manifestado em fenómenos como o do terrorismo e o da criminalidade organizada. Um novo, e mais radical, passo nesse sentido foi dado pelo Tratado de Lisboa (assinado em 18 de outubro de 2007, em vigor desde 1 de dezembro de 2009) que, em matéria de direito penal substantivo, passou a permitir ao Parlamento Europeu e ao Conselho adotar, normalmente por via do processo legislativo ordinário, diretivas para a aproximação das legislações estaduais – prevendo regras mínimas quanto à definição quer das infrações penais, quer das sanções – em dois distintos âmbitos: Primo, o atual art. 83.º/1 TFUE – que conserva, no geral, a estrutura do art. 31.º/1/e) TUE – regista uma lista taxativa de domínios da criminalidade nos quais é permitida a aproximação penal. Não obstante, acrescenta expressamente às áreas previstas no seu antecessor a criminalidade informática, a corrupção, a contrafação de meios de pagamento, os tráficos de armas e de seres humanos e exploração sexual de

¹ TJUE, Acórdão de 13 de setembro de 2005 (C-176/03).

² TJUE, Acórdão de 23 de outubro de 2007 (C-440-05).

³ Miguel Gorjão-Henriques, *Direito da União Europeia*. 9.ed. Reimpressão (Coimbra: Edições Almedina, 2021), 73.

⁴ *Ibid.*, 74.

mulheres e crianças, e, por fim, o branqueamento de capitais. Com efeito, muitos desses “eurocrimes” já haviam sido tratados em decisões-quadro do Conselho, que atuava ao abrigo das disposições antigas do TUE. O branqueamento, por exemplo, foi objeto de um instrumento desse tipo em 2001, pela recondução ao conceito aberto da criminalidade organizada do 31.º /e). O âmbito da aproximação em causa é, como refere a parte inicial do 83.º/1 TFUE, a “criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça”. Para além dos domínios já mencionados, o Conselho poderá, à luz da “evolução da criminalidade”, e deliberando por unanimidade em sequência da aprovação pelo Parlamento, identificar outros. Precisarão, contudo, de atender àquela dimensão internacional, seja por sua natureza, pelos seus efeitos ou por a aproximação penal no nível comunitário ser especialmente necessária (em respeito a uma ideia de subsidiariedade)⁷, e, outrossim, àquela particular gravidade. Secundo, uma área que tenha sido objeto de medidas de harmonização prévias, quando a aproximação em matéria penal se mostrar indispensável para assegurar a execução de uma política da União no domínio, releva para o

83.º/2 TFUE. A lógica em causa é a do funcionalismo, e o fim almejado é a eficácia das políticas comunitárias. A disposição é, assim, inovadora, por não ter correspondente nos Tratados anteriores, a malgrado de desenvolver algumas linhas mestras traçadas previamente pelo Tribunal de Justiça. Refira-se, a talho de foice, que a questão da legitimidade de uma aproximação das legislações estaduais penais nesses moldes foi, ainda nos tempos da Comunidade, vivamente discutida. A Comissão chegou a defender, quando da discussão das diretivas 89/592/CEE⁸ e 91/308/CEE⁹ (esta última sobre o problema do branqueamento), que esses instrumentos podiam prever sanções penais se tal fosse necessário para a execução eficaz de uma política comunitária.¹⁰ Esse ponto de vista, todavia, não colheu o apoio do Conselho, pelo que a verdadeira origem da competência comunitária para a harmonização parcial das legislações penais dos Estados membros reconduz-se aos acórdãos Ambiente e sobre a Poluição causada por navios, produzidos pelo Tribunal de Justiça em 2005 e 2007 respetivamente.¹¹ Não obstante alguns anteriores passos “sub-reptícios”¹² no sentido da europeização penal segundo

⁵ No âmbito do combate às organizações criminosas (UE, Acção Comum 98/733/JAI, de 21 de Dezembro de 1998), por exemplo, apenas se exigia o compromisso dos Estados em prever “sanções penais efetivas, proporcionadas e dissuasoras” para os comportamentos em causa, sem se indicar um limite mínimo objetivo para essas sanções – em outros domínios (cf. UE, Acção Comum 96/750/JAI, de 17 de Dezembro de 1996), nada se dizia sobre as penas aplicáveis, limitando-se o instrumento legislativo a impor uma dada incriminação –. Em casos contados, ia-se mais longe e estabelecia-se, para os crimes mais graves, a punição por meio de penas privativas de liberdade que pudessem dar origem a extradição (cf. UE, Acção Comum 98/742/JAI, de 22 de Dezembro de 1998; UE, Acção Comum 97/154/JAI, de 24 de Fevereiro de 1997; e também a Convenção relativa à proteção dos interesses financeiros da União, de 26 de julho de 1995). Anabela Miranda Rodrigues, “Um sistema sancionatório penal para a União Europeia – entre a unidade e a diversidade ou os caminhos da harmonização” in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, org. Emilio Dolcini e Carlo Enrico Palier (Milano: A. Giuffrè Editore, 2006), 1229-1230.

⁶ Sónia Fidalgo, “Direito Penal Europeu – entre uma Europa securitária e uma Europa solidária”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (2005): 934.

⁷ Anabela Miranda Rodrigues, “Artigo 83.º TFUE” in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coord. Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio (1. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2012), 437.

⁸ UE, Directiva 89/592/CEE do Conselho, de 13 de Novembro de 1989.⁷ Anabela Miranda Rodrigues, “Artigo 83.º TFUE” in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coord. Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio (1. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2012), 437.

⁹ CEE, Directiva 91/308/CEE do Conselho, de 10 de Junho de 1991.

¹⁰ Anabela Miranda Rodrigues, *Direito Penal Económico – Uma Política Criminal na Era Compliance*. (1. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2019), 76-77. Konstantinos Magliveras, “The European Community’s combat against money laundering: analysis and evaluation”, *ILSA Journal of International & Comparative Law Vol. 5* (1998): 100-101.

No primeiro desses acórdãos os juízes esclareceram que era permitido a esse órgão comunitário tomar medidas nesse sentido se as considerasse “necessárias para garantir a plena efectividade” das normas que ele mesmo emanasse para a proteção ambiental, e se a aplicação de sanções penais fosse “indispensável para lutar contra atentados graves ao ambiente”. TJUE, Acórdão de 13 de setembro de 2005 (C-176/03), para. 48. Na decisão do caso sobre a Poluição causada por navios, o Tribunal voltou a afirmar a competência penal da Comunidade à luz de uma abordagem funcionalista. Todavia, acrescentou que, sendo possível ao legislador comunitário “impor aos Estados-membros a obrigação de instituir” “sanções penais efetivas, proporcionadas e dissuasivas”, não lhe era permitido fixar o tipo e o grau dessas sanções. A exigência legítima, assim, era a do sancionamento, por um lado, dissuasor e eficaz e, por outro, proporcional. TJUE, Acórdão de 23 de outubro de 2007 (C-440-05), paras. 66, 70.

¹¹ No primeiro desses acórdãos os juízes esclareceram que era permitido a esse órgão comunitário tomar medidas nesse sentido se as considerasse “necessárias para garantir a plena efectividade” das normas que ele mesmo emanasse para a proteção ambiental, e se a aplicação de sanções penais fosse “indispensável para lutar contra atentados graves ao ambiente”. TJUE, Acórdão de 13 de setembro de 2005 (C-176/03), para. 48. Na decisão do caso sobre a Poluição causada por navios, o Tribunal voltou a afirmar a competência penal da Comunidade à luz de uma abordagem funcionalista. Todavia, acrescentou que, sendo possível ao legislador comunitário “impor aos Estados-membros a obrigação de instituir” “sanções penais efetivas, proporcionadas e dissuasivas”, não lhe era permitido fixar o tipo e o grau dessas sanções. A exigência legítima, assim, era a do sancionamento, por um lado, dissuasor e eficaz e, por outro, proporcional. TJUE, Acórdão de 23 de outubro de 2007 (C-440-05), paras. 66, 70.

uma lógica de integração supranacional, típica do primeiro pilar,¹² o direito penal europeu até então encontrava-se confinado ao âmbito cooperativo e intergovernamental da União. Posto isso, o que significa dizer, então, que, em se tratando de matéria do 83.º/1 ou do 83.º/2, a intervenção da União se rege pelos princípios da proporcionalidade em sentido amplo do direito penal e da subsidiariedade do direito comunitário? Na verdade, uma vez que a competência penal comunitária é apenas concorrente com aquela que permanece com cada um dos Estados membros, o princípio geral da subsidiariedade, consagrado no art. 5.º/3 TUE (e desenvolvido ao longo do Protocolo N.º2 anexo ao Tratado), há de ser necessariamente respeitado. Dessarte, a atuação no nível da União Europeia só estará de facto legitimada se o objetivo pretendido não puder ser alcançado de modo mais eficaz no nível nacional, regional ou local. Por consequência, parte significativa dos comportamentos criminosos verificados nos Estados não relevará para o direito da União, porquanto o poder estadual já estará suficientemente apetrechado para combatê-los eficazmente, sem prejuízo para os interesses comunitários, e com maior proximidade dos indivíduos. A este princípio liga-se aquele chamado da necessidade, ou da proporcionalidade em sentido amplo. Com efeito, a União Europeia só poderá exercer as suas competências no domínio penal se se verificar que tal é necessário (ou, em uma hipótese

do 83.º/2, essencial – obedecendo aqui a uma formulação mais exigente do princípio –) para tutelar um interesse fundamental que não pode ser suficientemente protegido de outra forma, consoante uma ideia de ultima ratio característica desse ramo do direito. Dessa sorte, observa-se um caráter subsidiário da intervenção do direito penal, por exemplo, em face de medidas do âmbito civil ou administrativo. Dada a maior onerosidade para os direitos e liberdades dos indivíduos afetados, o recurso à repressão penal só se admite enquanto *ultimum remedium* da política social e está, portanto, sujeito a um rigoroso teste de proporcionalidade *lato sensu*.¹⁴ Assim, o legislador da União Europeia, tendo em vista esse limite material dos seus poderes de harmonização, não poderá se eximir de demonstrar, por meio de elementos factuais claros (o que implica, desde já, que tenha acesso aos dados estatísticos relevantes) , a necessidade de novas disposições penais: o crime em causa deve ser particularmente grave, com “danos significativos” aos indivíduos ou à sociedade; é preciso que exista “uma mais-valia na adoção de uma abordagem comum” no domínio; não pode haver “medidas menos drásticas” que também sejam “adequadas para lidar com a conduta”; e, por fim, as sanções devem ser proporcionais à infração, segundo o que dispõe o art. 49.º /3 da Carta dos Direitos Fundamentais da UE. Com efeito, os direitos fundamentais das pessoas suspeitas,

¹² Rodrigues, *Direito Penal*, 76.

¹³ Assim, a diretiva 89/592/CEE, contra o abuso de informações privilegiadas: CEE, Directiva 89/592/CEE do Conselho, de 13 de Novembro de 1989.

acusadas ou condenadas que encontram consagração no referido diploma, à luz do seu art. 52.º/1, só podem sofrer as limitações “necessárias” que correspondam “a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros”. O simples intuito harmonizador, no entanto, não pode servir como um fim em si mesmo que legitime o recurso ao direito penal da União. Discorridas essas linhas iniciais sobre os limites da atuação penal europeia – e sobre o seu iter histórico –, é tempo de passarmos para a questão específica do branqueamento:

2.2 O caso particular do branqueamento

No que respeita ao branqueamento de capitais no campo do direito penal europeu, importa analisar o conteúdo e o contexto do aparecimento da decisão-quadro 2001/500/JAI, e, posteriormente compará-la com a diretiva (UE) 2018/1673, já transposta em Portugal. O ponto central desse estudo localizar-se-á na evolução produzida no universo da relevância típica das vantagens obtidas no estrangeiro. O branqueamento, na sua essência, procura ser o elo entre os ganhos gerados por atividades criminosas e a economia legítima. Com a reciclagem dos bens e das vantagens conseguidos, os autores de crimes graves, como o tráfico ilícito de drogas, a corrupção ou o terrorismo, veem-se

possibilitados de participar nos fluxos financeiros globais na (aparente) qualidade de manuseadores de “dinheiro limpo” – não maculado pelo miasma da sua procedência ilícita. Dessa sorte, o comportamento penalmente proibido acaba por ser-lhes, muitas vezes, economicamente favorável, permitindo que intensifiquem, ou ao menos mantenham, as suas operações criminosas – será assim, em especial, no quadro das grandes organizações transnacionais que, “dentro dos pressupostos de uma forte cadeia hierárquica”, visam a aumentar o seu poder com o recurso à acumulação exponencial de capitais de origem ilícita –¹⁸. É nesse ponto, com efeito, que a criminalidade organizada, (“negra”) se liga à criminalidade “branca”, de empresa.¹⁹ Esta última é fundamental para o fomento e para a sustentação daquela primeira. Dessarte, o branqueamento, especialmente nas suas manifestações mais graves, motivou uma ação concertada da comunidade internacional no sentido quer da sua prevenção quer da sua repressão. É pela primeira vez definido, e compreendido como uma ameaça global a ser combatida enquanto crime pelos Estados, na Convenção de Viena das Nações Unidas de 1988²⁰, inaugurando-se assim a fase primeva²¹ (associada à luta contra o tráfico de estupefacientes) da evolução desse tipo penal, que irá continuar a transformar-se e a expandir-se nos anos vindouros. Inspirados por esse primeiro passo, os chefes de Estado e de governo dos sete países mais industrializados – G7 – optaram pela criação de um grupo de ação financeira que tratasse do

¹³ Assim, a diretiva 89/592/CEE, contra o abuso de informações privilegiadas: CEE, Directiva 89/592/CEE do Conselho, de 13 de Novembro de 1989.

¹⁴ Perrine Simon, “The criminalisation power of the European Union after Lisbon and the principle of democratic legitimacy”, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 3, 3-3 (2012): 254-256. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal: Parte Geral – Tomo I*, (3. ed. Coimbra: Gestlegal, 2019), 146-148. Ester Herlin-Karnell, “Chapter XX – General Principles and EU Criminal Law”, Draft version of a chapter forthcoming in K Zeigler, V Moreno-Lax and P Neuvonen (eds), *Handbook on EU general Principles* (2020), 16-17. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3483526 (consultado em 21 de agosto de 2021).

¹⁴ Manes, “Il contrasto”, 438.

¹⁵ Cf. UE, COM (2011) 573 final, de 20 de setembro de 2011, ponto 2.2.2.

¹⁶ UE, Resolução do Parlamento Europeu, de 22 de maio de 2012, ponto Q, 2.3. Cf. Rodrigues, *Direito Penal*, 87-91. Também: Marta Miglietti, “The first exercise of article 83 (2) TFUE under review: an assessment of the essential need of introducing criminal sanctions,” *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 5, 1 (2014): 8-12.

¹⁷ Rodrigues, *Direito Penal*, 89.

¹⁸ José de Faria Costa, “O branqueamento de capitais (algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal)”, *Boletim da Faculdade de Direito a Universidade de Coimbra* (1992): 66.

problema das atividades branqueadoras. Essa é a gênese do muito relevante GAFI, cujas primeiras orientações, em 1990, foram no sentido de instar os países a criminalizar o branqueamento pelo menos nos termos da Convenção de Viena.²² Embora não vinculativas, as Recomendações do Grupo, que seriam revisadas em 1996, em 2001, em 2003 e em 2012, alcançaram uma grande aceitação na comunidade internacional. Por um lado, hoje mais de 200 Estados comprometem-se a respeitá-las²³, por outro, a sua inobservância pode conduzir a importantes consequências negativas (refira-se, por exemplo, à “lista negra” mantida pelo organismo de países não cooperantes, “em aplicação do princípio “name and shame”²⁴), e, ainda por outro, foram vários os instrumentos de hard law que reproduziram os seus preceitos.²⁵ No nível europeu, quer a Ação Comum 98/699/JAI, de 1998²⁶ quer as Conclusões do Conselho Europeu de Tampere, de 1999²⁷ deram enfoque às Recomendações do GAFI, na sua versão de 1996. Aquelas, todavia não obrigatórias, precederam à decisão-quadro do Conselho de 26 de junho de 2001, que consistiu no primeiro instrumento de direito da União a impor, com efeito vinculativo, a incriminação de atividades branqueadoras.²⁸ Em termos mais precisos, o diploma, adotado durante a vigência do Tratado de Amsterdão, instava, no seu artigo 1.º/b), os Estados membros a não formular ou manter reservas ao artigo 6.º da Convenção de Estrasburgo do Conselho da Europa de 1990, na

medida em que as vantagens branqueadas fossem provenientes de “infrações graves” (consoante os critérios dados pela decisão-quadro, no caso português, seriam os crimes puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a 6 meses).³⁰ Ora, o artigo em causa recuperava, no essencial, a definição de branqueamento da Convenção das Nações Unidas de 1988. Os Estados, portanto, deveriam criminalizar (i) a conversão e transferência de bens com o fim de dissimular ou de ocultar a sua origem ilícita ou de auxiliar qualquer pessoa implicada no cometimento do crime antecedente a fugir às consequências jurídicas do seu ato, (ii) a ocultação ou dissimulação da natureza, localização, disposição, movimentação, origem ou titularidade de bens ou de direitos a eles relativos, e, por fim, (iii) “sob reserva dos seus princípios constitucionais e conceitos fundamentais do seu sistema jurídico”, a aquisição, detenção ou utilização de bens – com o conhecimento, em qualquer um desses casos, de que provêm de um crime relevante para a punição do branqueamento.³¹ Distinguindo três fases de execução, as primeiras operações a que nos referimos correspondem ao (i) “placement”, em que as vantagens da atividade criminosa são passadas para a esfera jurídica de outrem, ou simplesmente realocizadas (“transferência”), ou – em uma hipótese de “conversão” – sofrem uma alteração na sua natureza jurídica ou fáctica, a exemplo do depósito de uma quantia de dinheiro sob a forma de papel-moeda

¹⁹ Vittorio Manes, “Il contrasto al riciclaggio, tra repressione e prevenzione: alcuni nodi problematici” in *Infrações Económicas e Financeiras: Estudos de Criminologia e Direito*, coord. José N. Cruz, Carla S. Cardoso, José Lamas Leite e Rita Faria (1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013), 437-438.

²⁰ ONU. *Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et des substances psychotropes*. 1988. Artigo 3.º/1/b).

²¹ Daniel Flore, *Droit pénal européen: Les enjeux d’une justice pénale européenne*. (2. ed. Bruxelles: Grupe Lacier, 2014), 219-221. Rodrigues, *Direito Penal*, 112.

²² FATF. *The Forty Recommendations*. 1990.

²³ FATF. *Financial Action Force – 30 Years*. 2019. p.70. Disponível em: [https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/brochuresannualreports/FATF30-\(1989-2019\).pdf](https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/brochuresannualreports/FATF30-(1989-2019).pdf) (consultado em 21 de agosto de 2021).

²⁴ Manes, “Il contrasto”, 438.

²⁵ Leonardo Borlini. “Regulating Criminal Finance in the EU in the Light of the International Instruments”, *Yearbook of European Law*, Vol. 36, No. 1 (2017): 566-567. Stavros Gadnis. “Three pathways to global standards: private, regulator, and ministry networks”, *The American Journal of International Law* Vol. 109 (2015): 32-33. Todor Koralov, “Confronting money laundering in the European Union”, *e-Journal Varna Free University*. Vol. 6 (2013): 4. Disponível em: https://ejournal.vfu.bg/en/pdfs/todor_koralov_confronting_money_laundering_in_the_european_union.pdf (consultado em 21 de agosto de 2021).

em uma instituição bancária. Por outro lado, as atividades de “ocultação” ou de “dissimulação” supramencionadas constituem o (ii) “layering”, em que se usam criar várias camadas, ou “layers”, entre a origem verídica dos bens e aquela “que se pretende visível”. Finalmente, chamamos (iii) “integration” à “aquisição, detenção ou utilização” das vantagens, em que o branqueador entra na posse dos bens de origem criminosa, mas, em princípio, não opera nenhuma transformação das suas qualidades.³³ No que respeita ao branqueamento de vantagens adquiridas no estrangeiro de maneira lícita à luz da lei local, não estava prevista a possibilidade de se contornar a exigência de criminalização. Com efeito, segundo o art. 6.º/2/a) da Convenção, o facto de a “infração principal ser ou não da competência das jurisdições penais da Parte” não haveria de ser relevado, pelo que se impunha aos Estados a perseguição penal relativamente à reciclagem de vantagens obtidas fora do seu território, ainda que a atividade geradora desses

bens escapasse ao âmbito de aplicação da sua lei penal, e mesmo que o facto fosse lícito para a *lex loci*. (Nessa linha, na legislação portuguesa – quer nas disposições pioneiras do antigo art. 23.º/3 do decreto-lei 15/93³⁴ e do art. 2.º/3 do decreto-lei 325/95³⁵, quer nas diferentes versões do art. 368.º A/4 do Código Penal³⁶, com exceção das posteriores à lei 83/2017, – não era feita distinção entre o branqueamento de vantagens obtidas ilícita ou licitamente à luz da lei do local.) Entretanto, nessa hipótese, a infração subjacente – um comportamento ilícito e típico consoante a legislação do Estado que pretende punir o branqueamento de capitais (a *lex fori*) – deveria necessariamente integrar-se na esfera de competência da lei penal de um outro Estado parte da Convenção.³⁷ Atendendo-se ao bem jurídico tutelado pelo crime em questão, a administração da justiça – ou, de maneira mais precisa, o “interesse do aparelho judiciário na deteção e perda das vantagens de certos crimes” –, um bem jurídico, dessa sorte, essencialmente

²⁶ UE, Ação Comum 98/699/JAI, de 3 de Dezembro de 1998.

²⁷ UE, Conclusões da Presidência – Conselho Europeu de Tampere, 15 e 16 de outubro de 1999. Conclusões 52 e 57.

²⁸ A legitimidade do Conselho para emanar – socorrendo-se da base jurídica do artigo 31.º/e) e do 34.º/2/b) TUE (a que importaria ainda associar o 29.º TUE in fine, todavia não mencionado no instrumento legislativo, e em que é referida a possibilidade da aproximação das legislações penais dos Estados membros, “quando necessário”, nos termos do art. 31.º/e) – a decisão-quadro em causa parece-nos sólida. Implicou, antes de tudo, a recondução do branqueamento ao domínio da criminalidade organizada, o que, com efeito, se apresenta coerente com a conclusão 51.º do Conselho de Tampere, segundo a qual aquele fenómeno estaria no cerne deste tipo de criminalidade. Pedro Caetano, “A Decisão-Quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a Relação do Branqueamento e o Facto Precedente: Necessidade e Oportunidade de uma Reforma Legislativa,” *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias. (Coimbra: Coimbra Editora, 2003), 1070-1072. Rodrigues, Anabela Miranda, *Direito Penal*, 102-103. Rodrigues, “Artigo 83.º”, 436.²⁹ “Infrações puníveis com uma pena privativa de liberdade ou com uma medida de segurança de uma duração máxima superior a um ano, ou, nos Estados cujo sistema jurídico preveja sanções com um limite mínimo, as infrações puníveis com uma pena privativa de liberdade ou uma medida de segurança de uma duração mínima superior a seis meses”. UE, Decisão-Quadro 2001/500/JAI do Conselho, de 26 de junho de 2001. Artigo 1.º/b) segunda parte. Para uma análise aprofundada: Caetano, “A Decisão-Quadro”, 1075-1080.

²⁹ “Infrações puníveis com uma pena privativa de liberdade ou com uma medida de segurança de uma duração máxima superior a um ano, ou, nos Estados cujo sistema jurídico preveja sanções com um limite mínimo, as infrações puníveis com uma pena privativa de liberdade ou uma medida de segurança de uma duração mínima superior a seis meses”. UE, Decisão-Quadro 2001/500/JAI do Conselho, de 26 de junho de 2001. Artigo 1.º/b) segunda parte. Para uma análise aprofundada: Caetano, “A Decisão-Quadro”, 1075-1080.

³⁰ *Ibid.*. Artigo 1.º/b).

³¹ Na convenção de Estrasburgo, “qualquer crime”, admitindo-se, porém, a elaboração pelos Estados de uma declaração (dirigida ao Secretário-Geral do Conselho da Europa) com o intuito de restringir o universo dos factos precedentes (artigo 6.º/4). Todavia, na Convenção de Viena, apenas eram consideradas as infrações ligadas ao tráfico ilícito de droga (artigo 3.º).

³² Jorge Alexandre Fernandes Godinho, *Do crime de «branqueamento» de capitais – introdução e tipicidade* (1. ed. Coimbra: Almedina, 2001), 41.

³³ Klaus Tiedmann, *Wirtschaftsstrafrecht* (5. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2017), 385-386.

Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (3. ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015), 1154. Godinho, *Do crime*, 39-42, 187-203. Rodrigues, *Direito Penal*, 110.

³⁴ Decreto-lei 15/93, de 22 de janeiro. (Versão desatualizada). Artigo 23.º.

³⁵ Decreto-lei 325/95, de 2 de dezembro. (Revogado).

³⁶ Código Penal português. Artigo 368.º-A. Disponível, com as versões anteriores, em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230100/73474327/diploma/indice> (consultado em 21 de agosto de 2021).

³⁷ Assim: Caetano, “A Decisão-Quadro”, 1094-1101.

estadual,³⁸ não seria defensável uma interpretação que conduzisse à obrigatoriedade de tutelar, sem uma garantia de reciprocidade, a “realização da justiça de todo e qualquer Estado”.³⁹ Dessa maneira, a par da “realização da sua justiça”, os Estados haveriam de salvaguardar, com a criminalização das atividades branqueadoras, “as pretensões análogas” das demais partes da Convenção de 1990⁴⁰, ainda que perante hipóteses em que a infração precedente consistisse em facto lícito para a *lex loci delicti*, e a lei penal do foro não lhe fosse aplicável.

Essa argumentação parte da compreensão de que o objeto da tutela é sempre a administração da justiça, nacional ou estrangeira. Há, contudo, propostas alternativas para a questão do bem jurídico protegido, mas com as quais não estamos em concordância. Ora, vejamos: Em primeiro lugar, não pensamos ser de colher a tese segundo a qual o interesse protegido pelo crime subjacente (a “predicate offence”, como usualmente lê-se na doutrina especializada) seja idêntico àquele que o branqueamento tutela. Do contrário, admitir-se-ia um quadro demasiado heterogêneo de bens jurídicos salvaguardados (todos os ofendidos pelo cometimento de qualquer crime grave, pelo menos), o que redundaria em uma “resposta punitiva desproporcionada”; sem contar que é “altamente discutível”, em termos do princípio da pessoalidade das penas, punir o branqueador, enquanto pessoa distinta do autor da infração antecedente, para defender o bem

jurídico atacado por um comportamento deste último.⁴¹ Tampouco a proteção de interesses ligados à concorrência, aos sistemas financeiros ou a uma determinada conceção de “pureza da economia”, ligada à licitude dos bens com circulação no mercado, deve prevalecer sobre a administração da justiça como bem jurídico do branqueamento. Somente a reciclagem de somas consideravelmente avultadas teria a potencialidade de gerar distorções importantes para a igualdade de oportunidades dos operadores económicos ou para a estabilidade das instituições financeiras. Inexiste, entretanto, um patamar mínimo de valor para as vantagens branqueadas que motive a incriminação. As operações de ocultação de cem euros de dinheiro “sujo”, ou, em alternativa, de cem mil euros, reconduzem-se indistintamente a um mesmo tipo penal. De outro modo, o branqueamento-crime, tal como assumido pela decisão-quadro e por outros instrumentos internacionais⁴², tem por objeto os bens provenientes das infrações penais de maior gravidade. Dessa sorte, o que se busca garantir não é a expurgação de qualquer vantagem ilícita dos círculos económicos, mas apenas daquelas procedentes de práticas especialmente gravosas.⁴³ Assim, o interesse salvaguardado pela incriminação é o da perseguição e do confisco pelo aparelho estadual dos proventos de atividades criminosas graves, um objetivo, portanto, atinente à administração da justiça, e que é substancialmente

³⁸ *Ibid.*, 1086. Rodrigues, *Direito Penal*, 119.

³⁹ Caeiro, “A Decisão-Quadro”, 1099.

⁴⁰ *Ibid.*, 1097.

⁴¹ Isidoro Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales* (4. ed. Cizur. Aranzadi, 2015), 296-298.

⁴² A começar pela Convenção de Viena, mas também as Convenções das Nações Unidas de Palermo, de 2000, (contra a criminalidade organizada transnacional) e contra a Corrupção, de 2003, e, no plano da União Europeia, a diretiva 2018/1673. ONU, *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*. 2000. ONU, *Convention des Nations Unies contre la corruption*. 2003. UE, *Diretiva (UE) 2018/1673 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2018*.

dificultado pelo recurso a manobras branqueadoras. Como refere o Professor GODINHO, “não se trata proteger de um novo bem jurídico [...] mas sim de uma nova estratégia com vista a melhor aplicar, em termos práticos, um bastante antigo princípio político jurídico” (itálicos do Autor). Fundamentalmente, a ideia de que o “crime não compensa” – e de que, por maioria de razão, os crimes graves não compensam.⁴⁴ Assim, mesmo vantagens obtidas licitamente à luz da lei do local da prática do ato poderiam – em casos raros – dar ensejo a um branqueamento-crime, desde que aquela atividade constituísse um facto ilícito-típico para a *lex fori* (relevante para o tipo do branqueamento) e que a lei penal de algum Estado parte da Convenção fosse aplicável a essa infração subjacente (o que poderia suceder, por exemplo, quando a conexão se fizesse a partir de um critério de defesa do interesse nacional).⁴⁵ Sem embargo, a diretiva (UE) 2018/1673 do Parlamento e do Conselho, de 23 de outubro de 2018, cujo prazo de transposição pelos Estados membros terminou em 3 de dezembro de 2020, vem apresentar um elemento inovador nesse âmbito. À imagem da Convenção do Conselho da Europa de 2005, relativa ao branqueamento, deteção, apreensão e perda dos produtos do crime e ao financiamento do terrorismo (a Convenção de Varsóvia, que substitui a Convenção de Estrasburgo)⁴⁶ e das Recomendações do GAFI atualizadas⁴⁷, abriu-se a possibilidade de os Estados membros não incriminarem a reciclagem das vantagens

obtidas no estrangeiro de maneira lícita perante a lei local.

3. A incompatibilidade aparente do direito português com a nova diretiva

Indiscutivelmente, a diretiva (UE) 2018/1673 apresenta-se como um marco importante do direito penal europeu e do movimento regional de combate ao branqueamento de capitais. O diploma, que se socorre de uma base jurídica sólida no número 1 do artigo 83.º do TFUE, vem introduzir inovações significativas nos planos preventivo e criminal-repressivo das condutas branqueadoras. Consiste, ademais, no primeiro instrumento desse tipo a incidir, nesse domínio, sobre a matéria do direito penal substantivo, porquanto as diretivas anteriores sobre o branqueamento de capitais (em 1991,⁴⁸ ainda no âmbito da Comunidade Económica Europeia, mas também em 2001,⁴⁹ em 2005⁵⁰, em 2015,⁵¹ e, finalmente, em 2018⁵²) limitaram-se a tratar do sistema de prevenção dessas condutas, não contendo as “injunções obrigatórias de criminalização”⁵³ que, no que respeita aos instrumentos elaborados pós-Lisboa, poderiam legitimamente conter à luz do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.⁵⁴ Todavia, mesmo na vigência do Tratado de Lisboa, durante muito tempo o único instrumento obrigatório para os Estados membros de aproximação penal nesse âmbito permaneceu sendo a decisão-quadro de 2001, a qual, nas palavras da Comissão em 2016 – na sua proposta de diretiva –, não

⁴³ Rodrigues, *Direito Penal*, 118-120. Caeiro, “A Decisão-Quadro”, 1082-1086. Cordero, *El delito*, 289ss.

⁴⁴ Godinho, *Do crime*, 142-143.

⁴⁵ Pedro Caeiro, “Contra uma Política Criminal “à Flor da Pele”: A Autonomia do Branqueamento Punível em Face do Branqueamento Proibido” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade* (Coimbra: Instituto Jurídico, 2017), 295-296. Caeiro, “A Decisão-Quadro”, 1095-1101.

⁴⁶ Conselho da Europa. *Convention relative au blanchiment, au dépiage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme*, 1990. Artigo 9º/7 in fine.

⁴⁷ GAFI. *Les quarante recommandations*. 2012. Nota interpretativa da 3.ª Recomendação, ponto 5.

⁴⁸ CEE. *Diretiva do Conselho 91/308/CEE*, de 10 de junho de 1991.

⁴⁹ CE. *Diretiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 4 de dezembro de 2001.

assegurava mais “uma criminalização abrangente dos crimes de branqueamento”.⁵⁵ Na mesma linha, já haviam apontado para a necessidade de maior harmonização das legislações penais nesse domínio, por exemplo, o Plano de Ação de Estocolmo (2010)⁵⁶ e o Plano de Ação de reforço da luta contra o financiamento do terrorismo (2016).⁵⁷ No que diz respeito ao conteúdo da diretiva (UE) 2018/1673, o seu artigo 12.º ⁵⁸ revoga expressamente a alínea b) do artigo 1.º da decisão-quadro 2001/500/JAI, que limitava os poderes dos Estados na formulação de reservas ao artigo 6.º da Convenção de Estrasburgo. Pelo que, em consequência, no concernente à questão da criminalização da reciclagem de vantagens obtidas no estrangeiro de modo lícito perante a *lex loci delicti*, as disposições que deverão ser relevadas passam a ser (na medida em que os Estados transponham o instrumento) os números 4 e 3/c) do artigo 3.º, para além das alíneas a) a e) e h) do ponto 1 do artigo 2.º da diretiva. No entanto, daqui parece advir uma incompatibilidade do direito português com o direito penal da União Europeia, em particular à luz do art. 3.º/4 *in fine*.

3.1 A parte final do art. 3.º/4

Com efeito, esse artigo dispõe que:

“Nos casos do n.º 3, alínea c), do presente artigo, os Estados-Membros podem ainda exigir que o comportamento pertinente constitua uma infração penal nos termos do direito nacional do outro Estado-Membro ou do país terceiro em que a infração foi cometida, exceto nos casos em que esse comportamento constitua uma das infrações referidas no artigo 2.º, ponto 1, alíneas a) a e) e h), tal como estabelecido no direito da União aplicável.” Os “casos do n.º 3, alínea c)” reconduzem-se às hipóteses em que as vantagens são obtidas a partir de atividades realizadas no território de outro Estado membro ou de um país terceiro. As infrações mencionadas nas alíneas referidas do ponto 1 do artigo 2.º são bem diversas e incluem, entre tantas, “o terrorismo, incluindo as infrações definidas na Diretiva (UE) 2017/541”, al. b), o tráfico ilícito de droga, al. e), e a corrupção, al. h). São atividades criminosas particularmente graves, que encontram correspondência nos crimes mencionados – mas não definidos – no Apêndice da Convenção de Varsóvia ⁵⁹, e

⁵⁰ CE, Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005.

⁵¹ UE, Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015.

⁵² UE, Diretiva (UE) 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2018.

⁵³ Rodrigues, *Direito Penal*, 107.

⁵⁴ De facto, desde a primeira diretiva, os representantes dos Estados reconheciam implicitamente que não estavam vinculados no plano do direito penal pelos diplomas emanados do seio da Comunidade. Assim compreende-se a declaração anexa à diretiva de 1991, em que os representantes dos governos dos Estados membros manifestavam o compromisso na elaboração de legislação penal para o cumprimento dos deveres decorrentes das Convenções de Estrasburgo e da Viena. Nuno Brandão, *Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção* (1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002), 61.

⁵⁵ UE, COM (2016) 826 final, de 21 de dezembro de 2016. Ponto 1. O texto prossegue nestes termos: “Todos os Estados Membros criminalizam o branqueamento de capitais, mas são significativas as diferenças [...]. O atual quadro legislativo não é abrangente nem suficientemente coerente para ser totalmente eficaz.” Com efeito, se pensarmos no caso da reciclagem de proventos de uma atividade extraterritorial lícita à luz da *lex loci*, a mesma conduta poderá constituir ou não branqueamento se praticada em um Estado membro que recuse ou em um que aplique a regra da dupla incriminação nesse âmbito.

⁵⁶ UE, COM (2010) 171 final, de 20 de abril de 2010.

⁵⁷ UE, COM (2016) 50 final, de 2 de fevereiro de 2016.

⁵⁸ UE, Diretiva (UE) 2018/1673 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2018. Artigo 12.º.

⁵⁹ Conselho da Europa. *Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism*. 2005. Appendix.

cujo conteúdo o legislador comunitário quis densificar por meio da remissão para outros instrumentos de direito comunitário. De facto, em todas as alíneas relevantes há a referência a diretivas ou a decisões-quadro de harmonização prévias, pelo que parece esse ter sido um critério fundamental para a distinção entre infrações precedentes as quais os Estados poderiam ou não submeter a um teste de dupla incriminação. (Dessarte, crimes bastante graves, mas sem definição em instrumentos da União anteriores, como o homicídio, na al. m), ou a pirataria, na al. t), permanecem de fora da lista de infrações da parte final do 3.º/4).⁶⁰ Ademais, refira-se que o catálogo adotado, proposto pelo Parlamento europeu em primeira leitura⁶¹, distingue-se, em maior ou menor medida, daqueles sugeridos nos diferentes pareceres das Comissões especializadas do órgão legislativo.⁶² Por exemplo, a criminalidade ambiental, da al. l), acabou por não passar para aquela lista de infrações, apesar de já existirem instrumentos legislativos da União de aproximação penal nesse domínio.⁶³ Em suma, o princípio aventado pela nova diretiva é o da liberdade dos Estados na escolha por um universo de vantagens relevantes para o tipo mais ou menos extenso. Nunca obstante, o legislador comunitário impõe, a título de exceção, que sempre se incrimine o branqueamento a que esteja subjacente uma atividade realizada no estrangeiro tida como “criminosa” para efeitos da diretiva⁶⁴ e, ainda que lícita perante a *lex loci*, quando se integre em uma das alíneas referidas no catálogo.

3.2. O artigo 368.º-A/6 in fine do Código Penal

Prossigamos. Na sua versão atual, o artigo 368.ºA do Código Penal português, dispõe, no seu número seis, que 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 nos termos do artigo 5.º.” [Itálicos nossos]. A formulação permite, desde já, abranger um leque maior de casos do que os cabíveis, por exemplo, no tipo do código penal alemão,⁶⁵ no qual é exigido que a infração antecedente seja realmente um crime para a *lex loci*⁶⁶; Porém, a legislação portuguesa em vigor não contempla as exceções previstas no art. 3.º/4 in fine da diretiva da União Europeia, na medida em que não se verifiquem as circunstâncias do artigo 5.º – que trata das hipóteses de aplicação do direito penal a factos cometidos fora do território nacional –. Dessa sorte, há aqui uma diferença de relevo entre os resultados queridos pelo instrumento de direito comunitário e a lei penal portuguesa atual. Importa, então, o questionamento: Uma vez que o prazo de transposição da diretiva já está ultrapassado, está Portugal a descumprir as suas obrigações decorrentes do direito penal europeu? Com efeito, a recente Lei 58/2020, de 31 de agosto (em vigor desde 30 de setembro de 2020), que visou expressamente à transposição daquele instrumento comunitário, não oferece solução para os possíveis problemas que

⁶⁰ Refira-se que esse catálogo não se encontrava na proposta da Comissão, segundo a qual os Estados teriam sempre a discricionariedade para limitar a incriminação do branqueamento de vantagens obtidas no estrangeiro aos casos em que o facto antecedente fosse “uma infração penal nos termos do direito nacional do Estado Membro ou do país terceiro em que o comportamento foi cometido.” UE, COM (2016) 826 final, de 21 de dezembro. Artigo 3.º/2/c).

⁶¹ UE, Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 12 de setembro de 2018.

⁶² Assim, os pareceres das Comissões do Desenvolvimento, Alteração 12, dos Assuntos Económicos e Monetários, Alteração 12, e o relatório da Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos, Alteração 32, sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao combate ao branqueamento de capitais. Ressalve-se que neste último também se recomendava que a regra da dupla incriminação não se aplicasse a factos praticados em países terceiros identificados como de “risco elevado”, no sentido do art. 9.º da Diretiva 2015/849: Estados fora da União Europeia cujos regimes antibranqueamento e de combate ao financiamento do terrorismo (ABC-CFT) “apresentem deficiências estratégicas que constituam uma ameaça significativa para o sistema financeiro da União.” É de criticar-se a valia dessa recomendação, desde já porquanto uma regra desse tipo poderia conduzir a resultados altamente questionáveis. Por exemplo, se em Portugal o homicídio a pedido da vítima é sempre punível, em outras partes do mundo a chamada “eutanásia” é lícita e regulada pela lei. Assim, se fora do espaço comunitário um médico realiza esse procedimento, lícito segundo a *lex loci*, e posteriormente decide movimentar em Portugal as vantagens daí resultantes, a sua conduta poderia ou não constituir um branqueamento punível nos termos da diretiva, consoante a simples circunstância (pouco relevante para o caso concreto) de o país de origem dos proventos ser ou não de “risco elevado” no que toca ao seu regime ABC-CFT. UE, Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015.

emerjam do confronto entre o direito estadual e europeu. Entre as alterações que esse diploma trouxe para o Código Penal, nenhuma atingiu o conteúdo das disposições do antigo artigo 368.ºA/4, limitando-se a transportá-las para o número 6⁶⁷. Tampouco a Declaração de Retificação n.º 41/2020, de 30 de outubro, referente a esse ato legislativo, tocou nesse ponto.⁶⁸ Apesar de uma boa parte dos crimes (particularmente graves) referidos no catálogo desse instrumento da União poder ativar a competência extraterritorial portuguesa, mormente pela via de um critério da universalidade⁶⁹ do bem jurídico atingido, há situações em que o direito português não punirá o branqueamento que, nos termos das disposições da diretiva, deveria ser punido.

3.2.1. A apresentação de um caso prático problemático

Consideremos, por exemplo, a seguinte situação hipotética: X, de nacionalidade moçambicana, auferiu 50.000 € com a organização de viagens com destino à Tanzânia ocorridas no primeiro semestre de 2018. Alguns dos seus clientes foram moçambicanos, residentes da região de Niassa (MO), que tinham a intenção não oculta de integrar grupos terroristas no país vizinho. Para dissimular a origem do dinheiro, simula hoje com Y a venda de um imóvel em Portugal.

Quid iuris, quanto ao crime de branqueamento de capitais? Em se aplicando o disposto na diretiva (UE) 2018/1673, Portugal estaria claramente obrigado a tratar o caso como um crime de branqueamento. Conquanto o facto precedente (a organização das viagens) tenha ocorrido em um país terceiro onde, na altura, a sua conduta não era ilícita⁷⁰ – o que, em princípio, permitiria aos Estados decidir livremente sobre incriminação das atividades branqueadoras –, em aplicação do art. 3.º/4 in fine da diretiva, a simulação há de necessariamente ser considerada branqueamento-crime. Isso porque a “organização ou facilitação de deslocações para fins de terrorismo”, nos termos do art. 10.º da diretiva (UE) 2017/541⁷¹, se insere no conceito de terrorismo da alínea b) do instrumento, de modo que deve cessar a discricionariedade dos Estados membros nesse ponto. Ao revés, para o direito português, a conduta não tem relevância típica. De facto, não só o facto antecedente praticado no estrangeiro é lícito perante a *lex loci*, senão também a lei penal portuguesa não lhe é aplicável. Essa infração subjacente (qualificada como terrorismo internacional em Portugal, por força dos artigos 5.º e 4.º/12 da lei de combate ao terrorismo⁷²), só cairia na esfera de aplicabilidade do direito penal interno se o agente fosse encontrado em território nacional – o que não ocorre aqui – e não pudesse ser extraditado ou

⁶³ UE, Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho 2008/99/CE, de 19 de novembro de 2008. UE, Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho 2009/123/CE, de 21 de outubro de 2009.

⁶⁴ Assim, os comportamentos que à luz da *lex fori* sejam puníveis com pena ou medida de segurança privativa de liberdade com duração máxima superior a um ano, ou nos Estados com um “liminar mínimo para as infrações”, como Portugal, com duração mínima superior a seis meses, para além das atividades listadas nas alíneas a) a v) do ponto 1 do artigo 2.º da diretiva. UE, Diretiva (UE) 2018/1673 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2018

⁶⁵ O §268 (8) do Strafgesetzbuch. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/> (consultado em 21 de agosto de 2021).

⁶⁶ Caeiro, “Contra”, 296.

⁶⁷ Lei 58/2020, de 31 de agosto. Artigos 12.º, 191.º. Refira-se ainda que, nessa matéria, o Parlamento não destou da proposta de lei que lhe fora apresentada. Cf. Governo. Proposta de Lei n.º 16/XIV. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=44542> (consultado em 21 de agosto de 2021).

⁶⁸ Declaração de Retificação n.º 41/2020, de 30 de outubro.

entregue em execução de mandado de detenção europeu.⁷³

3.2.2 A solução respeitadora do direito comunitário

Consideremos, por exemplo, a seguinte situação hipotética: Com efeito, a persistência dessa desigualdade de soluções cria um impasse, com grande relevância prática. Em casos como aquele que apresentamos supra, o direito estadual e o comunitário parecem dar respostas contraditórias. Dessa sorte, é necessário determinar se Portugal se encontra em uma situação de incumprimento do direito da União, decorrente da não transposição completa da diretiva (UE) 2018/1673.

Antes de mais, é essencial perceber se a disposição do art. 3.º/4 in fine da referida diretiva não viola, ela própria, o direito originário da União Europeia, no que toca ao respeito pelos princípios da subsidiariedade e da necessidade da intervenção do direito penal. As normas da diretiva, decorrentes de um ato de direito derivado da União, isto é, um instrumento adotado por um órgão comunitário em “desenvolvimento das competências que os tratados [lhe] conferem”,⁷⁴ devem obediência, sob pena de invalidade, aos Tratados e demais fontes de direito originário, como a

Carta dos direitos fundamentais da UE. Ademais, o art. 83.º TFUE deve ser interpretado de modo restritivo⁷⁵, atendendo ao facto de que as medidas de direito penal podem levar a “consequências dramáticas, como a prisão e o estigma social”⁷⁶.

O Considerando (21) da diretiva aponta mesmo para o respeito dos direitos e liberdades fundamentais (nomeadamente os previstos na Carta) e insta a que essa seja aplicada em conformidade com esses direitos e princípios, e “tendo em conta” diferentes convenções de direito internacional sobre a matéria dos direitos humanos, ao passo que o Considerando seguinte faz referência expressa aos princípios em questão, sublinhando que a diretiva “não excede o necessário” para atingir os seus objetivos legítimos, em particular os de um combate eficiente ao branqueamento de capitais.⁷⁷

Não obstante, atendendo-se ao bem jurídico tutelado pelo branqueamento de capitais – a administração da justiça –, deve-se concluir que a imposição da incriminação do branqueamento de proventos obtidos no estrangeiro de modo lícito perante a *lex loci*, mesmo nas hipóteses de infrações consideradas especialmente graves nos Estados membros da União Europeia, não protege nenhum interesse legítimo, e, portanto, é incoerente com um direito penal de *ultima ratio*.

⁶⁹ Será, em geral, assim quando o agente se encontrar em Portugal e não puder ser extraditado ou entregue. Código Penal português. Artigo 5.º/1/c).

⁷⁰ Com efeito, a organização de viagens de indivíduos para um território diverso do seu país de residência, nacionalidade ou origem com intenção de lá praticar atividades ligadas ao terrorismo só passou a ser considerada um facto ilícito (e típico) na República de Moçambique no dia 17 de agosto de 2018, à luz da Lei n.º 5/2018, de 2 de agosto (artigo 8.º/4/c). Boletim da República – publicação oficial da República de Moçambique, I Série, N. 151, 2 de agosto de 2018.

⁷¹ UE, Diretiva (UE) 2017/541 do Parlamento europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017.

⁷² Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto.

⁷³ *Ibid.*. Artigo 8.º/1/b).

⁷⁴ Gorção-Henriques, Direito, 287.

⁷⁵ Assim, o Tribunal Constitucional alemão, em 30 de junho de 2009: Bundesverfassungsgericht, Case 2 BvE 2/08, BvE 5/08, BvR 1022/08, BvR 182/09, 2009. Números 358, 363.

⁷⁶ Em consequência, “criminal law should not be regarded as just another instrument in the EU legal toolbox”. Herlin-Karnell, Chapter, 17.

⁷⁷ UE, Diretiva (UE) 2017/541 do Parlamento europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017. Considerandos (21), (22).

⁷⁸ Parecer da Comissão do Desenvolvimento sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao combate ao branqueamento de capitais através do direito penal. 13 de outubro de 2017. Alteração 12.

Na verdade, a criminalização não salvaguarda nenhuma pretensão de deteção e de confisco de vantagens, pois nem a *lex fori*, nem a *lex loci delicti* se consideram aplicáveis ao facto antecedente.

Não será de colher a posição advogada pela Comissão de Desenvolvimento do Parlamento, que, em seu Parecer, defendeu a aprovação de exceções à regra dupla incriminação com o argumento de que esta favoreceria a atividade de criminosos “que exploram as lacunas regulamentares de alguns países terceiros” na comissão de infrações cuja ilegalidade, em alguns casos, seria “incontestável”.⁷⁸

De facto, não cabe aos Estados membros da UE impor aos demais os seus próprios juízos de ilicitude⁷⁹ especialmente no tocante a condutas (como a da facilitação à deslocação com fins terroristas) que o direito comunitário não exige que, quando cometidas no estrangeiro e sem o envolvimento de nacionais, integrem a esfera de competência penal estadual.⁸⁰

Somente uma visão diferenciada do bem jurídico protegido poderia, à luz do direito originário da União Europeia, justificar uma restrição dessa ordem, pela via do direito penal, de direitos fundamentais, como a liberdade (art. 6.º da Carta) ou a propriedade (art. 17.º). Contudo, mesmo que se admitisse que “a integridade, a estabilidade e a reputação do setor financeiro” (citadas na diretiva)⁸¹ pudessem constituir o bem jurídico relevante para as infrações branqueadoras, não

parece admissível compreender que a reciclagem de proventos lícitos (segundo a *lex loci*) ofenda a esses interesses.

Apenas uma certa compreensão da “pureza da economia”, a que seja sempre repudiável a circulação de vantagens obtidas no estrangeiro por meio de atividades que, ainda que não caiam na esfera de aplicabilidade da *lex fori* e sejam lícitas para a lei local, sejam incriminadas em território nacional, – uma conceção, portanto, de que esses proventos constituiriam um “dinheiro sujo”, com o qual não se deve entrar em contato, e que se aproxima inaceitavelmente de uma tutela contra simples violações morais – explicaria tal disposição.

Dessa sorte, a parte final do art. 3.º/4 mostra-se incompatível com as exigências de um direito penal de *ultima ratio*, uma vez que não oferece proteção à administração da justiça, ou a um outro bem com dignidade jurídico-penal, e, por conseguinte, desrespeita o direito originário da União Europeia.

Em consequência, a disposição deve ser considerada inválida, ou, ao menos, pela via de uma interpretação conforme aqueles princípios, ter o seu âmbito restringido aos casos em que a *lex fori* seja aplicável aos factos precedentes, porquanto aí ainda se tutelaria uma pretensão legítima estadual na deteção e no confisco de vantagens. De qualquer um dos modos, em resumo, não está o Estado português em uma situação de incumprimento do direito comunitário.

⁷⁹ Caeiro, “Contra”, 296.

⁸⁰ Diretiva (UE) 2017/541 do Parlamento europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017. Artigo 19.º.

⁸¹ Diretiva (UE) 2017/541 do Parlamento europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017. Considerando (1).

4. Conclusão

Dessa maneira, é mister concluir que:

1) O direito penal europeu encontra-se limitado pelo princípio da necessidade da intervenção penal (a que se liga o princípio geral de subsidiariedade), reconhecido no nível do direito originário, e segundo o qual o recurso a medidas de direito penal deve ser feito apenas em último recurso.

2) O branqueamento de capitais, objeto de instrumentos de direito da União Europeia de aproximação penal desde a decisão-quadro do Conselho de 26 de junho de 2001, consiste em um crime contra a administração da justiça, porquanto tutela a pretensão do aparelho estadual à deteção e ao confisco dos proventos de crimes graves.

3) A parte final do art. 3.º/4 da nova diretiva (UE) 2018/1673, do Parlamento e do Conselho, na medida em que exige em determinadas circunstâncias a incriminação do

branqueamento de vantagens obtidas licitamente no estrangeiro, independentemente da aplicabilidade da *lex fori* à infração subjacente, não procura tutelar a administração da justiça de nenhum Estado, visando antes à defesa de uma certa conceção de pureza da economia, desprovida de dignidade jurídico-penal.

4) Dessa maneira, a disposição não respeita as exigências de um direito penal de *ultima ratio*, pelo que deverá ser considerada inválida, por violação do direito originário.

5) Em alternativa, poderá ser objeto de uma interpretação restritiva, no sentido de só se aplicar aos casos em que a infração subjacente caia na esfera de competência da *lex fori*.

6) Em qualquer uma das hipóteses, o direito português – que afasta a incriminação do branqueamento nos casos de licitude da conduta perante a lei do local, salvo se a lei portuguesa for aplicávelaofactoanterior–nãonecessita deseralteradonesse ponto, porque não se violou o dever de transposição da diretiva.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, PAULO PINTO de. Comentário do Código penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 3. ed.. Lisboa. Universidade Católica Editora, 2015.o
- BORLINI, LEONARDO. "Regulating Criminal Finance in the EU in the Light of the International Instruments". *Yearbook of European Law*, Vol. 36, No. 1 (2017): 553-598.
- BRANDÃO, NUNO. Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- CAEIRO, PEDRO. "Contra uma Política Criminal "à Flor da Pele": A Autonomia do Branqueamento Punível em Face do Branqueamento Proibido". *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, 267-301. Coimbra: Instituto Jurídico, 2017.
- "A Decisão-Quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a Relação do Branqueamento e o Facto Precedente: Necessidade e Oportunidade de uma Reforma Legislativa". *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, 1067-1132. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- CORDERO, ISIDORO BLANCO. El delito de blanqueo de capitales. 4. ed. Cizur: Aranzadi, 2015.
- COSTA, JOSÉ DE FARIA. "O branqueamento de capitais (algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal)". *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1992: 59-86.
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO. *Direito Penal: Parte Geral – Tomo I*. 3. ed. Coimbra: Gestlegal, 2019.
- FLORE, DANIEL. *Droit pénal européen: Les enjeux d'une justice pénale européenne*. 2. ed. Bruxelles: Grupe Lacier, 2014.
- GODINHO, JORGE ALEXANDRE FERNANDES. *Do crime de «branqueamento» de capitais – introdução e tipicidade*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL. *DIREITO DA UNIÃO*. 9 ed. Reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2021.
- HERLIN-KARNELL, ESTER. Chapter XX – General Principles and EU Criminal Law, Draft version of a chapter forthcoming in K ZEIGLER, V MORENO-LAX AND P NEUVONEN (eds), *Handbook on EU general Principles*. 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3483526
- MAGLIVERAS, KONSTANTINOS. "The European Community's Combat against money laundering: analysis and evaluation". *ILSA Journal of International & Comparative Law* Vol. 5 (1998): 93-122.
- MANES, VITTORIO. "Il contrasto al riciclaggio, tra repressione e prevenzione: alcuni nodi problematici". In *Infrações Económicas e Financeiras: Estudos de Criminologia e Direito.*, coord. JOSÉ N. CRUZ, CARLA S. CARDOSO, JOSÉ LAMAS LEITE E RITA FARIA, 437-460. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- MIGLIETTI, MARTA. "The first exercise of article 83 (2) TFUE under review: an assessment of the essential need of introducing criminal sanctions". *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 5, 1 (2014): 5-25.

RODRIGUES, ANABELA MIRANDA. *Direito Penal Económico – Uma Política Criminal na Era Compliance*. 1. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2019.

— “Artigo 83.º TFUE”. In *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coord. Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, 434-438. 1. ed. Coimbra. Edições Almedina, S.A. 2012.

— “Um sistema sancionatório penal para a União Europeia – entre a unidade e a diversidade ou os caminhos da harmonização”. In *Studi in onore di GIORGIO MARINUCCI*, ORG. EMILIO DOLCINI E CARLO ENRICO PALIERO, 1213-1258. Milano: A. Giuffrè Editore, 2006.

SIMON, PERRINE. “The criminalisation power of the European Union after Lisbon and the principle of democratic legitimacy”. *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 3. 3-3, (2012): 242-257.

TIEDMANN, KLAUS. *WIRTSCHAFTSSTRAFRECHT*. 5. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2017.

Bibliografia online

Financial Action Task Force (FATF). *Financial Action Force – 30 Years*. 2019. Disponível em:

[https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/brochuresannualreports/FATF30-\(1989-2019\).pdf](https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/brochuresannualreports/FATF30-(1989-2019).pdf) (consultado em 21 de agosto de 2021).

KORALOV, TODOR. “Confronting money laundering in the European Union”, *e-Journal Varna Free University*. Vol. 6, 2013. p. 4. Disponível em: https://ejournal.vfu.bg/en/pdfs/todor_kolarov_confronting_money_laundering_in_the_european_union.pdf (consultado em 21 de agosto de 2021).

Jurisprudência

Bundesverfassungsgericht, Case 2 BvE 2/08, BvE 5/08, BvR 1022/08, BvR 182/09, 2009.

Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), Acórdão de 23 de outubro de 2007 (C-440-05).

Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), Acórdão de 13 de setembro de 2005 (C-176/03).