Lusíada
Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

Conceição, Ana Raquel Oliveira Pereira da

O branqueamento de capitais e o estatuto do arrependido colaborador : as novas exigências investigatórias no (ainda) admirável mundo novo

http://hdl.handle.net/11067/4340

Metadados

Data de Publicação 2018

Resumo Resumo: O presente trabalho tem por objeto a análise do crime de branqueamento de capitais, enquanto epicentro da criminalidade organizada, e dos seus crimes conexos, em especial os crimes informáticos e o terrorismo. A análise é feita em perspetiva dogmática e adjetiva, considerando os principais problemas que, a estes dois níveis, se evidenciam e correlacionam. No âmbito dogmático, o estudo incidirá sobre a estrutura do tipo legal de crime, suscitando as dificuldades implicadas, sobretudo n...

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the crime of money laundering, as an epicenter of organized crime, and its related crimes, especially cybercrime and terrorism. The analysis will be made in a dogmatic and adjective perspective, considering the main problems that, at these two levels, are evidenced and correlated. In the dogmatic scope, the study will focus on the structure of the legal type of the crime, enfacycing the difficulties involved, especially regarding the concourse...

Palavras Chave Direito, Direito penal, Direito penal económico, Branqueamento de capitais, Politica criminal, Terrorismo informático, Estatuto de arrependido colaborador - Proposta

Tipo doctoralThesis

Revisão de Pares Não

Coleções [ULP-FD] Teses

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-26T23:04:51Z com informação proveniente do Repositório

UNIVERSIDADE LUSÍADA - NORTE PORTO

O BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS E O *ESTATUTO DO ARREPENDIDO COLABORADOR*

AS NOVAS EXIGÊNCIAS INVESTIGATÓRIAS NO (AINDA) *ADMIRÁVEL MUNDO NOVO*

Ana Raquel Oliveira Pereira da Conceição

Tese para obtenção do Grau de Doutor

Porto, 2017

UNIVERSIDADE LUSÍADA - NORTE PORTO

O BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS E O *ESTATUTO DO ARREPENDIDO COLABORADOR*

AS NOVAS EXIGÊNCIAS INVESTIGATÓRIAS NO (AINDA) *ADMIRÁVEL MUNDO NOVO*

Ana Raquel Oliveira Pereira da Conceição

Tese para obtenção do Grau de Doutor

Sob Orientação do Senhor Professor Doutor Fernando Torrão

Porto, 2017

“ Livraram-se deles. Sim, é bem o modo dos senhores procederem. Livrar-se de tudo o que é desagradável, em vez de aprender a suportá-lo. Se é mais nobre para a alma sofrer os golpes de funda e as flechas da fortuna adversa, ou pegar em armas contra um oceano de desgraças e, fazendo-lhes frente, destruí-las... Mas os senhores não fazem nem uma coisa nem outra. Não sofrem e não enfrentam. Suprimem, simplesmente, as pedras e as flechas. É fácil demais.”

Admirável mundo novo. Aldous Huxley

“ Os bons vão ao passo certo; os outros ignorando-os inteiramente, dançam à volta deles a coreografia da hora que passa.”
Franz Kafka.

Para o meu pai.

Agradecimentos

Dado por terminado este trabalho resta deixar registado os meus agradecimentos a todos aqueles que, de forma direta ou indireta, foram essenciais à sua concretização. Peço, antecipadamente, desculpa a todos aqueles que apesar de não estarem aqui referidos, bem sabem o quanto auxiliaram a que conseguisse chegar ao fim.

Em primeiro lugar quero agradecer ao meu orientador o Senhor Professor Doutor Fernando Torrão, Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada-Norte (Porto), pelas palavras de incentivo e pela forma como, com as suas apreciações, tornou este trabalho muito mais rico e esclarecedor.

Não posso descurar, nunca, os meus colegas e amigos: Mestre Augusto Meireis e Mestre Marisa Araújo. Agradeço-lhes a paciência em ouvir as minhas dúvidas e anseios e por estarem sempre prontos a transformá-los em fontes do saber.

Quero agradecer também ao Senhor Professor Doutor António José Moreira, vice-chanceler das Universidades Lusíada pela disponibilidade demonstrada no auxílio da concretização deste trabalho e ao Magnífico Reitor das Universidades Lusíada o Senhor Professor Doutor Afonso de Oliveira Martins.

Agradeço também à Biblioteca da Universidade Lusíada Norte, na pessoa da Senhora Bibliotecária Dr.ª Olinda Martins e a todos os seus funcionários, em especial à Mestre Clara Vieira, pela prontidão e solicitude com que me auxiliaram na recolha das fontes bibliográficas.

Os meus agradecimentos também à Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e à Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Não posso também deixar de agradecer ao Senhor Dr. Francesco Camilleri, *mui* ilustre advogado, por tão fundamental ajuda na recolha de fontes doutrinárias e legais italianas.

No mesmo sentido agradeço ao Senhor Procurador da República e um grande amigo das terras de Vera Cruz, Mestre Isaac Sabbá, por todas as notas e indicações bibliográficas que me fez chegar, fundamentais para o estudo e análise do sistema jurídico brasileiro.

O meu muito obrigado também à Senhora Dr.ª Rosinda Maria da Silva Bento

Lucas Pimentel, licenciada em filologia românica pela Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, pelo seu trabalho e dedicação no auxílio de revisão do escrito da nossa língua *mater*.

Quero também agradecer, muito, aos meus queridos alunos, pois é também por eles que investigo e que tento, sempre, melhorar a forma de ensinar o direito.

Não posso também deixar de agradecer de forma muito emotiva aos meus colegas e amigos, e às colaboradoras e amigas, da equipa CMB pela ajuda, fundamental, no tratamento dos processos e na arte de advogar, enquanto me dedicava à elaboração desta dissertação.

Por fim, e de todo nunca o menos importante, um muito especial e emotivo agradecimento à minha família. Pela paciência nas horas mais difíceis e compreensão da minha ausência quando me dedicava a este trabalho. Sem o vosso, constante e gratuito, apoio nada do que faço seria possível.

A todos, o meu profundo agradecimento e respeito.

Índice

Resumo 16
Abstract 19
Palavras-chave 21
Lista de abreviaturas 23
Introdução 25
I. O branqueamento de capitais. 29
1. A razão de ser da criminalização do branqueamento de capitais. 35
1.1 Perspetiva criminológica. 37
1.2 Perspetiva histórica. 41
1.3 Implicações dogmáticas. 46
1.3.1 O bem jurídico. 46
1.3.2 A descrição típica. 51
1.3.3 O tipo subjetivo. 55
1.3.3.1 O tipo subjetivo específico. 63
2. Os crimes conexos 67
2.1 Dos crimes informáticos. 88
2.2 Dos crimes de terrorismo. 96
3. A criminalidade organizada. 111
3.1. A comparticipação criminosa. 117
3.2. A associação criminosa. 124
3.3. Considerações confluentes da distinção dos conceitos. 127
II As dificuldades do sistema processual português face à criminalidade organizada 130
1. As dificuldades da investigação no branqueamento de capitais. 134
1.1 As dificuldades implicadas por se tratar de crime de *colarinho branco*. 134
1.2 As dificuldades originadas por ser crime de 2º grau. 135
1.3 As dificuldades originadas pela evolução tecnológica e informacional. 137
1.4 As dificuldades originadas pela "comparticipação criminosa". 139
1.5 As dificuldades originadas pela atenção da comunicação social (os megaprocessos e os processos mediáticos). 139
2. Os entraves clássico 151

2.1 A prova como conceito polissémico. 154
2.2 Os princípios informadores. 157
2.3 Os meios de prova e de obtenção da prova (breve recensão). 163
2.3.1 Os exames. 164
2.3.2 As revistas e as buscas. 167
2.3.3 As apreensões. 169
2.3.4 As escutas telefónicas. 172
2.3.5 Os meios de obtenção da prova extravagantes. 175
2.3.6 Alguns casos especiais da prova associada à nova criminalidade. 178
3. As novas soluções. 185
3.1 O auxílio da tipicidade "aberta". 186
3.1.1 A tipicidade e a prova indiciária. 190
3.1.2 A especialização dos conteúdos multidisciplinares que o branqueamento de capitais comporta 196
3.2 As novas soluções no que concerne à sua prevenção 200
3.2.1 A lei de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo 200
3.2.2 A Lei de combate à criminalidade organizada. 215
3.2.3 A união entre os Estados. 217
3.2.3.1 A Eurojust e o Procurador Europeu. 219
3.2.3.2. O mandado de detenção europeu. 227
3.3 As novas soluções no que concerne à sua investigação. 230
3.3.1 A especificidade na investigação nos crimes informáticos. 232
3.3.2 A especificidade na investigação dos crimes de terrorismo. 247
3.3.3 A especificidade da Lei de combate à criminalidade organizada (a Lei 5/2002, de 11 de janeiro) 250
3.3.3.1 O segredo profissional. 251
3.3.3.2 O registo de voz e imagem. 254
3.3.3.3 O arresto preventivo com vista à perda alargada de bens a favor do Estado. 258
3.4 Breve referência à lei de proteção de testemunhas. 273
III A investigação criminal e o estatuto do arrependido colaborador. 281
1. Que outras respostas legais serão necessárias (369º-A, n.º 9 CP)? 283

1.1 As manifestações positivas, de relevância probatória, da colaboração de arguido na investigação criminal. 290
1.1.1 As figuras do arrependimento/desistência e as regras de determinação da medida concreta da pena. 291
1.1.2 As declarações de coarguido. 296
1.1.2.1 As declarações de arguido e a prova testemunhal. 297
1.1.2.2 As declarações de coarguido e as ações encobertas. 300
1.1.2.3 O valor probatório das declarações de coarguido. 303
1.1.2.4 As manifestações positivas da relevância das declarações de coarguido. 306
2. O modelo anglo-saxónico. 309
3. Breve referência ao estatuto do arrependido colaborador em países do modelo romano-germânico, em especial no Brasil e em Itália. 316
3.1 Itália……. 316
3.2 Brasil……323
4.O arrependido colaborador e os ditames constitucionais do processo penal português……331
4.1 O prémio a atribuir ao arrependido colaborador. 337
4.2 O perigo da relevância do arrependido colaborador na aferição das condições gerais de aplicação das medidas de coação. 340
4.3 A necessidade da positivação do estatuto de arrependido colaborador. 343
4.4 A proposta de estatuto de arrependido colaborador. 347
Conclusão 360
Referências Bibliográficas 367

Resumo

O presente trabalho tem por objeto a análise do crime de branqueamento de capitais, enquanto epicentro da criminalidade organizada, e dos seus crimes conexos, em especial os crimes informáticos e o terrorismo.

A análise é feita em perspetiva dogmática e adjetiva, considerando os principais problemas que, a estes dois níveis, se evidenciam e correlacionam.

No âmbito dogmático, o estudo incidirá sobre a estrutura do tipo legal de crime, suscitando as dificuldades implicadas, sobretudo no que concerne ao concurso de normas ou de crimes por se tratar de um crime de conexão ou de segundo grau.

No plano adjetivo, serão ponderadas as dificuldades colocadas ao nível da sua prevenção e repressão, analisando as correspondentes (novas) soluções que têm vindo a ser aplicadas.

Uma dessas soluções (que começa a generalizar-se no plano do combate à criminalidade organizada em geral e no branqueamento de capitais em especial) merece destaque particular: o arrependido colaborador.

Abordaremos as principais razões que levaram à sua positivação, bem como a sua (difícil) compatibilização com a estrutura essencialmente acusatória do modelo processual penal português.

A figura carece, porém, de regulamentação mais exaustiva.

Apresentaremos, nesse sentido e por fim, uma proposta de *lege ferenda* de estatuto de arrependido colaborador.

Abstract

The purpose of this paper is to analyze the crime of money laundering, as an epicenter of organized crime, and its related crimes, especially cybercrime and terrorism.

The analysis will be made in a dogmatic and adjective perspective, considering the main problems that, at these two levels, are evidenced and correlated.

In the dogmatic scope, the study will focus on the structure of the legal type of the crime, enfacycing the difficulties involved, especially regarding the concourse of norms or crimes attending it's a crime of connection or second degree.

In the adjective plan, the study attends the difficulties placed in the prevention and repression of the crime, analyzing the corresponding (new) solutions that have been applied.

One of these solutions (which is beginning to be generalized in terms of combating organized crime in general and money laundering in particular) deserves particular mention: the repentant-collaborator (cooperation agreements).

We will address the main reasons that led to its positivation, as well as its (difficult) compatibility with the accusatory structure of the Portuguese criminal procedure model.

The figure, however, needs more exhaustive regulation.

We will present, in this sense and finally, a proposal of *lege ferenda* of repentant status.

Palavras-chave

Branqueamento de capitais - crimes informáticos – financiamento do terrorismo - criminalidade organizada – política criminal - o arrependido colaborador.

Lista de abreviaturas

AR – Assembleia da República

CC- Código Civil

CP- Código Penal

CPP- Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DCIAP – Departamento Central de Investigação e Ação Penal

Dec. Lei – Decreto-lei.

GAB - Gabinete de Administração de Bens

GAFI - Grupo de Acão Financeira Internacional

GRA- Gabinete de Recuperação de Ativos

JIC – Juiz de Instrução Criminal

JJ - Juiz de Julgamento

MP – Ministério Público

OLAF - Organismo Europeu de luta antifraude

OPC- Órgão de Polícia Criminal

PPE – Pessoas Politicamente Expostas

RGIT – Regime Geral das Infracções Tributárias

TC – Tribunal Constitucional

TCIC – Tribunal Central de Instrução Criminal

Introdução

A par da era da mundialização que importa uma constante omnipresença - "vivemos sem tempo nem espaço, em que as coisas acontecem ao mesmo tempo e em todos os lugares" (Andrade, 2009, p.137) - e uma sofisticação da organização e funcionamento da criminalidade, o crime passou a ter uma notoriedade e divulgação exponenciais. Criando as condições para o aparecimento da, frequentemente, apelidada "sociedade de risco" de Ulrich Beck que Mário Ferreira Monte tão bem descreve no prefácio da obra de Paulo Silva Fernandes: "É certo que o direito penal é convocado a responder a vários desafios novos: responder aos perigos e aos danos, quase imprevisíveis e não inteiramente subsumíveis às coordenadas do tempo e do espaço; responder às exigências de globalização e de integração supranacional, reforçadas às exigências de uma efectiva responsabilização penal dos infractores, quantas vezes envolvendo pessoas/agentes tão diversos na actividade empresarial (desde o inventor, o que concebe, o que executa, o que produz, o que distribui, o que publicita, até ao que vende, etc.)." (Fernandes, 2001). Na definição de Faria Costa:" (…) poder-se-á dizer que a globalização se recorta do "mecanismo" social hiperdinâmico que torna globais os espaços económicos culturais e informativos que antes se estruturavam, primacialmente, a um nível nacional." (Costa, 2010, p.11).

Por outro lado, o mundo jornalístico, hoje, encara o crime e o seu procedimento judicial como uma boa e interessante fonte de notícias. Todos os dias o crime está nas televisões, nas rádios e jornais, onde se formulam debates, se apresentam pareceres, quer das decisões judiciais quer da forma de investigação e a sua resolução.

A sociedade sem limites e fronteiras, o uso de novas e mais avançadas formas de tecnologia permitem uma maior e melhor acessibilidade à informação que se traduz num grande benefício nas áreas da investigação e informação mas que, paralelamente, dotou a criminalidade de também novos e melhores métodos da prática do crime, tornando a sua descoberta mais complexa e difusa. A evolução tecnológica trouxe e continua a trazer grandes vantagens no mundo das ciências sociais e humanas, todavia permitiu uma maior sofisticação do crime.

Assim, a própria evolução societária trouxe consigo uma evolução das práticas criminosas a par de promoção de um maior interesse, generalizado, no seu conhecimento, ao nível da sua prevenção, investigação e juízo decisório. De facto, a temática do crime perpassa várias áreas de interesse, fazendo com que a linguagem técnica da ciência global do direito penal, hoje, se encontre nos filmes, nos debates televisivos e outros programas sobre o crime, nos livros não técnicos, nas rádios e nos jornais. É certo que o gosto pelo saber da origem do crime, a razão da sua prática e até a forma como os tribunais o perseguem e o julgam, sempre fez parte do interesse do cidadão, muitas vezes até por força de uma espécie de prazer inconsciente de saber do mal. Porém esse gosto ajuda também, a quem os pratica, a aperfeiçoar as suas técnicas e procedimentos, pois a informação é acessível a todos. Tecnicamente apetrechada e rápida.

Segundo Goes Pinheiro podemos apontar como três as modificações essenciais que levaram à globalização: a "democratização da tecnologia", a "democratização da finança" e a "democratização da informação". O autor na definição do conceito de " democratização da tecnologia" faz referência ao uso dos computadores, dos telemóveis, de *modems*, sistema de cabos e ligações à internet que permitem que os países possam negociar ao nível mundial. A "democratização da finança" verifica-se no sentido de que hoje as pessoas gerem livremente os seus dinheiros tentando a sua melhor rentabilização sob um controlo indireto da atuação das empresas e do governo. Por fim a " democratização da informação" permitiu o acesso à informação a todos, por força da internet, das televisões e outras formas de comunicação. Hoje, nenhum governo pode com grande sucesso isolar o seu povo, como no passado, da informação de como é a vida para lá das suas fronteiras. Conforme refere: " (…) Brevemente, com os casamentos anunciados entre a Internet, a televisão, os telemóveis e os processadores portáteis, quando num único dispositivo, do tamanho e peso de uma carteira de bolso, se reunir todas esta tecnologia, dar-se-á um novo e decisivo impulso na direção de um mundo cada vez mais plano, mais rápido, mais competitivo e mais homogeneizado". (Pinheiro, 2002, pp. 611-612).

Assim, devido aos descritos fenómenos, a criminalidade evoluiu, sofisticou-se e é plurilocalizada, dotada inclusive de uma espécie de dom de ubiquidade espacial e mesmo material. De todos os tipos de criminalidade aquela que mais "beneficiou" com as características deste "novo mundo" foi a criminalidade económico-financeira e é aqui que branqueamento de capitais se destaca. Funcionando como o elo de ligação entre todos os crimes que à referida criminalidade se encontram associados, quer sejam prévios ou

posteriores ao seu cometimento. O branqueamento de capitais impulsiona a criminalidade organizada, económica- financeira e serve como forma de dissimular os seus proveitos. Beneficiando e merecendo as mesmas consequências desta nova sociedade.

Já também Figueiredo Dias nos ensinava, referindo-se ao direito penal secundário, apesar do branqueamento de capitais nele não se encontrar inserido, ao nível sistemático, encontram-se muitos dos seus crimes precedentes e que necessariamente naquele terão repercussões, que a interdisciplinaridade destes novos crimes dificultam em grande monta a sua perseguição e demonstração judicial. Em suas palavras: " Eriçados de dificuldades especiais que, para a sua investigação, derivam da extensa interdisciplinaridade que lhe é conatural e que postula contributos dos direitos administrativo, económico, penal e constitucional e que exige a cada momento a intervenção de coordenadas políticas económicas e sociológicas." (Dias, 2009, p.26).

Contudo, como bem refere Ribeiro de Almeida, a sociedade do risco traz ainda uma outra consequência: "o que importa acentuar é uma nova compreensão ontológica consequência da ruptura com os modelos conferidores de segurança e estabilidade, como referimos." (Almeida, 2011, p.2). Uma nova compreensão do lugar do Homem numa nova sociedade em que os novos riscos que dela decorrem são por si originados.

É certo que, de todo, não é apenas esta a nova forma de criminalidade e nem sequer se pode dizer que seja um crime recente. Porém, os atuais contornos da sociedade em que vivemos propiciaram uma evolução na sua prática, engenho e participação e uma maior predominância em todos os lugares do mundo. Necessariamente, associados ao crime de branqueamento de capitais, estão os crimes informáticos e o terrorismo.

Os crimes informáticos beneficiaram da evolução tecnológica constante que se verifica a uma velocidade atroz e assim servem de instrumento à prática do branqueamento que, por sua vez, serve, recorrentemente, para financiar o terrorismo. A determinação da escolha assentou, essencialmente, nesta umbilical ligação entre o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo, bem como nas dificuldades investigatórias que se fazem sentir para a estabelecer. Centraremos no branqueamento de capitais a nossa atenção primordial, ainda que, pela ligação acabada de expor, não descuremos a sua ligação aos crimes informáticos e ao terrorismo.

Por força de todos os já descritos fenómenos surgiram novas práticas criminosas ou as pré-existentes tornaram-se mais complexas de investigar, fazendo com que os meios ocultos e dissimulados de investigação passassem a ser o método preferencial de recolha

da prova. A dificuldade da investigação leva à tentação do uso de meios e métodos de recolha de prova muitas vezes violadores ou até mesmo aniquiladores dos direitos fundamentais das pessoas e especialmente dos investigados.

Porém, desde já se refere que enfrentar as novas formas e expressões do crime organizado não se basta com a incriminação de novas condutas e a recorrente (e quase instintiva) aprovação legislativa de novas ferramentas de investigação. Carece, acima de tudo, da necessidade de se repensar uma nova forma de investigar, no sentido da formação de estratégias de ação no início da investigação criminal. Ou seja, a investigação carece de ser pensada e planeada desde o seu início quando em causa está a tentativa de recolha de prova das novas formas de criminalidade.

É premente dotar a investigação de novos meios, ou novas estratégias para investigar as novas formas de criminalidade ou as novas formas da prática da criminalidade. Contudo, o acento tónico deve estar sempre no respeito por esta frase, paradigmática quanto a nós: "A verdade é sempre bem-vinda desde que venha pelo caminho certo." (Meireis, 1999, p.125).

No presente trabalho optou-se por aprofundar a (des) necessidade de repensar a investigação criminal e a sua compaginação com as garantias de defesa, essencialmente no branqueamento de capitais e em especial na criação de um "novo" meio de obtenção da prova qual seja, o do arrependido colaborador.

O arrependido colaborador é hoje um instrumento de investigação utilizado em vários países da nossa e de outras famílias jurídicas, preferencialmente, no combate à criminalidade organizada - onde o branqueamento de capitais se destaca e a origina -. Restará saber se em Portugal a colaboração ativa na investigação criminal pelo arguido, com a outorga de um "prémio" por essa colaboração, será consentânea com o princípio da obrigatoriedade que enforma o nosso processo penal e que limita a liberdade estratégica de promoção e prossecução da ação penal ao Ministério Público e, bem assim, com as garantias do arguido, provindas de uma estrutura essencialmente acusatória do modelo processual penal português, que constitucionalmente se sufragam.

I. O branqueamento de capitais.

Neste capítulo começaremos por fazer uma breve nota sobre o branqueamento de capitais, salientando as principais questões dogmáticas que a este tipo de incriminação se encontram associadas, bem como a sua história jurídica que serão por nós tratadas com maior pormenor nos diversos pontos que o compõem.

O crime de branqueamento de capitais encontra-se tipificado no artigo 368º-A do Código Penal (doravante CP) que está inserido Título V dos crimes contra o Estado, no capítulo III dos crimes contra a realização da justiça.

A criminalização do referido tipo de ilícito foi imposta por vários instrumentos de Direito Internacional, com destaque para a Convenção de Viena de 1988[1], a Convenção de Palermo de 2000[2], e a Convenção de Mérida de 2003[3]. O Grupo de Ação Financeira

[1]" Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas", concluída em Viena, em 20 de Dezembro de 1988. Este é o primeiro instrumento legislativo internacional no combate ao tráfico de droga e substâncias psicotrópicas e do branqueamento de capitais oriundos do primeiro tipo de ilícito. Nesta convenção a preocupação era o combate internacional ao tráfico de droga e necessariamente a possibilidade de se dissimular os seus proveitos económicos. A presente convenção exige que os Estados não levem em conta o sigilo bancário quando algum país peça para poder investigar determinado processo de branqueamento de capitais, todavia a grande preocupação é o crime de tráfico de droga considerando como uma grave ameaça para a saúde, a economia, a cultura e a política. E foi com esta convenção, que associada à diretiva comunitária de 1991 que surgiu em Portugal a Lei da Droga. A lei 15/93, de 22 de Janeiro. Disponível em: http://pt.io.gov.mo/Legis/International/record/27.aspx. De seguida surgiu a Convenção de Estrasburgo de 1990 denominada " Convenção relativa ao branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime do Conselho da Europa", que alargou o tipo de crime ao branqueamento. Deixou de ser apenas o tráfico de droga e passaram também a fazer parte os crimes que têm benefícios económicos, crimes graves. Segundo o artigo 3º n.º 4 da presente convenção, infrações graves são aquelas que cada país definir, de acordo com o seu direito interno. Disponível em: http://www.gddc.pt/siii/docs/rar70-1997.pdf.

[2] "Convenção Internacional contra a Criminalidade Organizada Transnacional", concluída a 15 de novembro de 2000 em Nova Iorque. É nesta convenção que pela primeira vez se relaciona o branqueamento de capitais com a criminalidade organizada. A convenção determina aos Estados aderentes a criminalização do branqueamento regulação de mecanismos para detetar as formas de branqueamento de capitais, a autorizar a cooperação entre países e a troca de informações entre eles, promovendo a cooperação internacional. Nesta convenção também se prevê normas mínimas para os países adotarem regulamentação jurídica para a retenção de capitais suspeitos de terem origem ilícita, no momento da sua colocação nos sistemas financeiros. A retenção de bens é extremamente relevante no sentido de evitar o lucro que se pode obter com os tipos de ilícito. Disponível em: http://www.gddc.pt/siii/im.asp?id=1710.

[3]" Convenção das Nações Unidas contra a corrupção", concluída no México a 11 de dezembro de 2003, tem como finalidade " promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficazmente e eficientemente a corrupção; promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na

Internacional sugeriu a criminalização logo nas suas primeiras recomendações, emitidas em 1990. Não é, como se vê, uma preocupação incriminatória recente. Todavia a nova sociedade permitiu uma maior erudição no seu cometimento e o alargamento da sua prática a todos os cantos do mundo.

Em Portugal, a criminalização foi introduzida por lei em 1993, sob a influência da primeira Diretiva comunitária[4] em diploma legal, comumente conhecido como a Lei da Droga (lei relativa à incriminação do tráfico de droga e substâncias psicotrópicas). Em 2004 o crime foi introduzido no CP com a Lei n.º 11/2004, de 27 de Março, que aditou o artigo 368.º-A. A última alteração legislativa referente a este crime operou com a recente lei 83/2017, de 18 de agosto, a versão atual.[5]

---

prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de activos; e promover a integridade, a obrigação de reter contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos". Artigo 1º da Convenção. No que concerne ao branqueamento de capitais impõe que os Estados a nível interno estabeleçam medidas de regulamentação e supervisão de bancos, instituições não financeiras, entre outras, para a prevenção e deteção de casos de branqueamento de capitais. Disponível em: http://www.gddc.pt/siii/im.asp?id=1948.

[4] A primeira diretiva comunitária foi a diretiva do Conselho da União Europeia de 10 de Junho de 1991 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais **(91/308/CEE)**, disponível em http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31991L0308. Esta diretiva foi transposta para a legislação interna portuguesa pelo Dec. Lei n.º 15/98, de 22 de Janeiro relativa à incriminação do tráfico de droga e substâncias psicotrópicas (hoje a versão mais recente da lei da droga resulta da Lei n.º 77/2014, de 11 de Novembro) e pelo Dec. Lei n.º 313/93, de 22 de Janeiro (hoje desatualizada por forma da tipificação do branqueamento do código penal em 2004.
Após esta diretiva comunitária seguiu-se a diretiva **2001/97/CE,** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de dezembro, tornando-se uma das mais importantes pela tentativa de compêndio da legislação relativa ao branqueamento e por ser uma das diretivas que mais se aproxima dos elementos objetivos do tipo crime de branqueamento de capitais. E foi com base nela que se criou em 2004 o artigo 368º- A do código penal português. Foi com este diploma que os advogados e os solicitadores também ficam sujeitos aos deveres resultantes da lei de prevenção e combate do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo. De seguida surgiu a diretiva **2005/60/CE** do Parlamento Europeu e do Conselho que revogou a primeira de 91 pela falta de concretização e pormenor no procedimento de identificação dos clientes. Esta diretiva tinha como principal objetivo determinar que o combate ao branqueamento de capitais tivesse como pedra de toque o risco e não apenas as regras. Verificando-se uma transferência da responsabilidade neste combate que inicialmente era apenas do sector público e que agora passe também para o sector privado. De seguida surde a diretiva **2006/70/CE** do Parlamento Europeu e do Conselho, e que em bom rigor implementa medidas de execução da diretiva anterior. A diretiva da adaptação da vigilância de clientela estabelece várias regras; determina em função do grau de risco das instituições e das pessoas, tendo em atenção as pessoas politicamente expostas, residentes noutro Estado membro ou num país terceiro, e regula ainda os critérios para avaliação dos clientes e dos produtos de reduzido risco. Por fim, surge a diretiva 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, que vem revogar a anterior e que determina montantes mínimos para o cumprimento dos deveres das entidades financeiras. A qual merecerá a nossa atenção, também, no primeiro ponto, do presente capítulo.

[5] O qual tem a seguinte redação: 1 - Para efeitos do disposto nos números seguintes, consideram-se vantagens os bens provenientes da prática, sob qualquer forma de comparticipação, dos factos ilícitos típicos de

Traçamos, no imediato, uma resenha dogmática muito breve do branqueamento de capitais, pois no ponto seguinte do presente trabalho com a fundamentação da sua incriminação e os seus pressupostos dogmáticos, melhor se poderá aprofundar a correspondente investigação.

O crime de branqueamento de capitais é classificado como um crime de perigo abstrato[6] cujo bem jurídico protegido é a realização da justiça, na vertente da perseguição pelos

---

lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, tráfico de armas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal, tráfico de influência, corrupção e demais infracções referidas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, e no artigo 324º do Código da Propriedade Industrial e dos factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos, assim como os bens que com eles se obtenham. 2 - Quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, directa ou indirectamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infracções seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal, é punido com pena de prisão de dois a doze anos. 3 - Na mesma pena incorre quem ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou os direitos a ela relativos. 4 - A punição pelos crimes previstos nos n.ºº 2 e 3 tem lugar ainda que os factos que integram a infracção subjacente tenham sido praticados fora do território nacional, ou 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 5º. 5 - O facto é punível ainda que o procedimento criminal relativo aos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens depender de queixa e esta não tiver sido apresentada. 6 - A pena prevista nos n.ºº 2 e 3 é agravada de um terço se o agente praticar as condutas de forma habitual. 7 - Quando tiver lugar a reparação integral do dano causado ao ofendido pelo facto ilícito típico de cuja prática provêm as vantagens, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em 1.ª instância, a pena é especialmente atenuada. 8 - Verificados os requisitos previstos no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada se a reparação for parcial. 9 - **A pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens**. 10 - A pena aplicada nos termos dos números anteriores não pode ser superior ao limite máximo da pena mais elevada de entre as previstas para os factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens. (negrito nosso).

Importa referir que, a recente lei de 2017, veio acrescentar mais um crime precedente ao elenco do seu catálogo anterior definido pela lei 59/2007, de 4 de setembro, bem como clarificar o âmbito da sua punibilidade quando o lugar da pratica dos factos precedentes e do facto típico tenha acontecido fora do território português, e ainda, alterar, de modo totalmente oposto ao pré-existência, a possibilidade de punibilidade do crime de branqueamento mesmo que o crime precedente depender de queixa, em sentido lato, e a mesma não tenha sido apresentada. Conforme melhor apresentaremos no ponto seguinte, em especial no ponto 1.3.2, do presente capítulo, deste trabalho.

O número por nos salientado será objecto do nosso estudo, com toda a profundidade, em especial, no capítulo III, do presente trabalho.

[6] Crimes de perigo abstrato são aqueles que não exigem a lesão do bem jurídico protegido ou a colocação deste bem em risco real e concreto. Ou seja o perigo não é elemento objetivo do tipo mas a conduta típica é te tal forma perigosa para o bem jurídico que basta para legitimar a intervenção penal. Sobre o conceito de crimes de perigo vide por todos Faria Costa, (Costa,1992b).

tribunais da atividade criminosa. (Branco, 2015, p.9). A sua legitimidade penal assenta, também, no intuito do Estado poder apreender as vantagens do crime, ou melhor, o interesse do aparelho judiciário na deteção e perda das vantagens de certos crimes.[7]

É um tipo de ilícito que pressupõe a prática de outros tipos de crime, aquilo a que a doutrina denomina de crimes precedentes (Caeiro, 2003b, p.1123).[8] É um crime comum[9] e de mera atividade[10], como são na generalidade os crimes contra ao Estado com exceção dos crimes cometidos no exercício de funções públicas.[11] Os seus elementos objetivos reconduzem-se, às vantagens ou bens, incluindo os direitos e as coisas, alcançadas através de um facto ilícito típico antecedente, que constam do tipo incriminador especificamente, e bem assim, em nome de uma cláusula geral, dos factos ilícitos puníveis com prisão por mais de 6 meses ou de duração máxima superior a 5 anos de prisão, operando a nível

---

[7] Neste sentido o acórdão da Relação de Lisboa de 18-07-2013. Esclarece: *" Quanto mais eficiente e sofisticada for a conduta de branqueamento mais grave e perigoso é o atentado ao bem jurídico protegido com esta incriminação. Porém, mesmo a simples conduta do agente de apenas depositar na sua conta bancária quantias monetárias provenientes do crime precedente por si cometido, pode integrar a prática do crime de branqueamento*."
Disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/801de67a3093577580257be9003309a3?OpenDocument
Temática que abordaremos com maior pormenor no ponto 1.3.2, do presente capítulo, deste trabalho.

[8] Pedro Caeiro escreve a propósito da prescrição do branqueamento o seguinte: " *(...) parece indubitável que as vantagens deixem de ser tipicamente relevantes no momento em que prescreve o procedimento pelo facto precedente, pois aí extingue-se concomitantemente a pretensão estadual protegida, dado que o Estado não mais pode aspirar a decretar a perda das mesmas (...) se a conduta branqueadora for praticada após aquele momento, tudo deve passar-se como se as vantagens procedessem de um facto irrelevante para o tipo de branqueamento, excluindo-se a consumação do crime*." (Caeiro., 2003b, p. 1123).

[9] Crimes comuns são crimes que podem ser praticados pela generalidade das pessoas. Ao autor do crime não se exige uma determina qualidade em especial ao contrários dos crimes específicos em que essa qualidade é elemento objetivo do tipo, como por exemplo, ser funcionário público ou exercer funções equiparadas à função pública. Ver o artigo 386º do código penal.

[10] Os crimes de mera atividade distinguem-se dos crimes de resultado. É um crime de mera atividade ou formal, aquele em que a consumação do crime se verifica apenas pela mera execução de um comportamento humano, não se colocando o problema da imputação objetiva do resultado à ação.

[11] Capítulo V da CP Secção I; II; III e IV, onde a qualidade do agente é elemento objetivo do tipo incriminador. Quer seja no sentido de o agravar (crimes específicos impróprios- por exemplo o peculato artigo 375º CP ou no sentido de fundamento da própria incriminação (crimes específicos próprios – por exemplo. A corrupção passiva artigo 373º do código penal.) Sobre esta temática vide por todos Figueiredos Dias. Em suas palavras: " No âmbito dos crimes específicos distinguem-se entre crimes **específicos próprios ou puros** e **impróprios ou impuros.** Nos primeiros, a qualidade especial do autor ou o dever que sobre ele impende *fundamentam* a responsabilidade (…). Nos segundos, a qualidade do autor ou o dever que sobre ele impende não servem para fundamentar a responsabilidade, mas unicamente para a *agravar* (…) " (Dias, 2007, p.304)

instrumental aos já referidos crimes precedentes, muitos em concurso real com o de branqueamento tal como resulta de jurisprudência fixada, atenta a diversidade e autonomia de bens jurídicos protegidos.[12] Ao nível do tipo subjetivo trata-se de um crime doloso, que quanto a nós, não se bastará pelo dolo eventual, mas antes pelo dolo necessário ou o pelo dolo direto[13], atendendo ao facto de normalmente este crime pressupor a comparticipação

[12] Acórdão Uniformizador de jurisprudência n.º 13 de 2007, de 22 de junho. Disponível em http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b3054e9c1b1eb8b9802573b7003ad380?OpenDocument. De onde resulta claro o fundamento do concurso real do branqueamento com tráfico de droga: "*Um dos objectivos da Convenção de Viena, como vimos, foi o de «privar aqueles que se dedicam ao tráfico de estupefacientes do produto das suas actividades criminosas, suprimindo, deste modo, o seu móbil ou incentivo principal e evitando, do mesmo passo, que a utilização de fortunas ilicitamente acumuladas permita a organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas do Estado, as actividades comerciais e financeiras legítimas e a sociedade a todos os seus níveis» (sublinhado nosso). E também referimos que a repressão do branqueamento se diferencia dos normais post-delitos não puníveis em função da especial perigosidade das respectivas condutas que constituem uma das maiores ameaças ao Estado de direito. Estão aí em causa realidades como sofisticadas organizações criminosas, os elevadíssimos lucros proporcionados por actividades sistemáticas, facilitadores da infiltração dos respectivos agentes nas estruturas económicas, no sistema financeiro e, através dessa via, no próprio aparelho do Estado, perigosidade esta potenciada pelo fenómeno da globalização. Estas são inquestionavelmente realidades completamente diferentes das que andam ligadas ao fenómeno doméstico da receptação, do auxílio material e do favorecimento pessoal. Como escreveu Faria Costa, estas são actuações «que se processam dentro do sistema e que este, em princípio controla». No branqueamento, «não se está, …, perante um caso isolado de apropriação ilícita de capital; está-se defronte de uma estrutura poderosamente organizada que se infiltra aos mais diversos níveis da realidade social e que age, em qualquer circunstância, dentro dos pressupostos de uma forte cadeia hierárquica, cujo fito é sempre o de conseguir uma maior acumulação de capital para, desse jeito, directa ou mediatamente, aumentar também o poder da organização… uma organização que se anicha dentro do próprio Estado». E, continua o mesmo Autor, apesar da similitude material entre o branqueamento e a receptação (modus operandi) «o peso e as densidades normativas, quer do desvalor de intenção, quer do desvalor de resultado que acompanham as duas práticas, apresentam-se de jeito tão diferenciado que tudo aponta para que também se verifique uma diferenciação ao nível do tipo legal. Porque, convenhamos, em termos político-criminais, não é a mesma coisa ser receptador de rádios de automóveis ou se branqueador de capitais». Mas se há "fortes" razões para autonomizar o crime de branqueamento de capitais relativamente àqueles post-delitos, também nos parece que os apontamentos doutrinários que deixamos alinhados demonstram a bondade da possibilidade de concurso real entre o primeiro e o tráfico de estupefacientes."* Posição que será por nós analisada com maior pormenor no capítulo I, ponto 2, do presente trabalho.

[13] A regra geral consiste na exigência do dolo, enquanto a punibilidade da conduta negligente constitui uma exceção nos termos do disposto no artigo 13º do CP. O dolo como elemento subjetivo geral do tipo de ilícito doloso: o conhecimento e a vontade de realização dos elementos objetivos do tipo. O dolo tem de existir no momento do facto (o dolo precedente ou subsequente é irrelevante). O dolo tem assim dois elementos, o elemento cognitivo (o conhecer) e o elemento volitivo (o querer). No primeiro, o agente tem de conhecer a totalidade dos elementos objetivos do tipo (além de outros elementos que, não sendo descritos como elementos do tipo, fundamentam a pena e a sua medida). No segundo o agente tem de querer o resultado compreendido no tipo objetivo ou se o crime for de mera atividade tem de querer a realização dos elementos objetivos. A intensidade volitiva está prevista no artigo 16º da CP. E daqui retiram-se os três tipos de dolo: o dolo direto ou intenção (artigo 14.º, n.º 1, CP): o agente conhece e quer praticar o crime. Ou seja o crime é o fim que o agente visa alcançar; o dolo necessário (artigo 14.º, n.º 2, CP) o agente representa a prática do

criminosa, melhor a criminalidade organizada,[14] pois a mera conformação na verificação dos elementos objetivos do tipo de branqueamento de capital é difícil de se verificar no caso concreto atendendo à própria descrição típica do referido tipo de ilícito.

Toda esta temática é controversa na doutrina, por isso, e a referiremos e analisaremos com maior profundidade no ponto primeiro do presente capítulo.

---

crime como consequência necessária da sua conduta, ou seja, o crime é o meio necessário para o agente conseguir concretizar o seu fim último; o dolo eventual (artigo 14.º, n.º 3,CP) o agente representa a prática do crime como consequência possível da conduta e conforma-se com essa representação. Neste tipo de dolo premente é a distinção entre este e a negligência consciente que muitas das vezes é a distinção entre punir ou não o agente. Pois tal como já se referiu a negligência é um tipo subjetivo excecional. Neste âmbito determina Figueiredo Dias que se use a formulação de Roxin e se afaste as fórmulas de Frank seguidas pela escola de Lisboa. Em suas palavras: " O agente que revele uma absoluta indiferença pela violação do bem jurídico, *apesar de a ter representado a consequência como possível e a ter tomado a sério*, sobrepõe de uma forma clara satisfação do seu interesse ao desvalor do ilícito e por isso **decide-se** (se bem que não sob a forma de uma "resolução ponderada", ainda que só implicitamente, mas nem por isso de forma menos segura) pelo sério risco contido na conduta e, nesta acepção, *conforma-se* com a realização do tipo objetivo. (…) Na exemplar formulação de Roxin a propósito: " Quando a verificação de um resultado como possível é completamente indiferente, então tanto está bem a sua verificação como a sua não verificação; perante uma tal posição, uma decisão pela violação possível do bem jurídico existe já". (Dias, 2007, pp.375-376). Temática que abordaremos, com maior pormenor no ponto 1.3.3, do presente capítulo.

[14] Sobre esta temática vide, capítulo I, ponto 3, do presente trabalho.

1. A razão de ser da criminalização do branqueamento de capitais.

As fontes legislativas, como vimos supra não são recentes. A *ratio legis* deste tipo de crime e das suas penas serve, tal como todos os outros tipos incriminadores, para prevenir a prática de futuros crimes. Todavia, quanto a nós, esta prevenção geral e especial positiva, incitas às penas e às medidas de segurança, têm neste tipo legal de crime um pendor mais forte[15]. Se não, vejamos: conforme já referimos supra, os seus elementos objetivos típicos que se encontram descritos no n.º 2 e 3 do artigo 368º-A do CP, consistem na prática de factos humanos e voluntários que pressupõem uma atividade criminosa prévia. Ou seja, o branqueamento de capitais surge, necessariamente após a prática de outro tipo de crime e a sua incriminação serve para prevenir a sua própria prática mas também a prática dos seus crimes precedentes. A mensagem de proteção de bens jurídicos é quanto a nós mais forte neste tipo de crime, pois a ele estão, perentoriamente, associados outros crimes graves prévios. A comunidade sente, com a sua incriminação, que se protegem de tal ordem os bens jurídicos, pois a própria atividade de ocultar, dissimular, e outras atividades, os proveitos ou vantagens obtidos pela prática de crimes punidos com pena de prisão no mínimo superior 6 meses e no máximo superior a 5 anos é por si só crime. Transmitindo a comum mensagem de que o crime não compensa. Não descuremos que este tipo de crime é caracterizado por *crimes sem vítima* ou crimes de *vítima abstrata*. (Dias e Andrade, 1997, p.448). É um crime de direito penal secundário, apesar de sistematicamente inserido no direito penal clássico, onde é prevalente a função de proteger bens de caráter social, ou seja, o homem é visto no seu contexto, inserido na sociedade.

[15] Conforme dispõe o artigo 40º do CP: *1- A aplicação das penas e das medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.* Aqui estão as finalidades de prevenção geral e especial positivas, respetivamente. Na prevenção geral positiva ou de integração (as penas devem reforçar o sentimento de crença na vigência e validade do Direito). Neste sentido Durkheim, Jakobs e Figueiredo Dias. Na prevenção especial positiva ou de reintegração (a condenação em pena de prisão ou outra e muito em especial a execução da pena devem ter como objetivo fundamental a reintegração do delinquente na sociedade - artº 40º do CP). Neste sentido Figueiredo Dias e Claus Roxin.

Aqui a proteção seria secundária pelo fato de a primária versar sobre o homem na sua individualidade. A proteção secundária pressupõe assim um caráter protetivo e preventivo, já que os bens protegidos por ela têm uma importância vital para toda sociedade.

Mas será de facto assim? Será que a comunidade de hoje se sente tranquila porque a mensagem de pacificação social e proteção de bens jurídicos funciona e a atinge? Entendemos que não. Nos dias que correm, a comunidade não recebe essa mensagem, pelo menos não a recebe de forma tão clara como o fazia há uns anos atrás. Por força dessa insuficiente transmissão da mensagem da pena surgiram, principalmente veiculadas pela criminologia, preocupações sobre outras mensagens que a pena tem de ter, desde a importância da vitimologia, a legislação sobre a indemnização a vítimas de crimes violentos e as comissões de proteção às vítimas de crimes (Sani, 2011), às perspetivas mais radicais como o abolicionismo penal (Foucoult, 1975) e (Baratta,1983) e a justiça restaurativa e a mediação penal nos crimes menos graves (Santos,2014) e ainda, a insistência do discurso oficial nas penas "alternativas" (Santos, 2014). Também, o tipo de ilícito do branqueamento de capitais não escapa destas vozes e nessa medida no seu n.º 7 determina a atenuação especial da pena, quando até ao início do julgamento em 1ª instância tiver lugar a reparação integral dos danos causados ao ofendido pelo crime precedente. Quer o ofendido seja o Estado (como nos casos dos crimes fiscais) quer o ofendido seja um particular (como o caso da extorsão, furto ou burla qualificados). Solução que de facto garante o ressarcimento ao ofendido mas que, muitas vezes, traz consigo uma mensagem perversa. A mensagem de que os abastados não são presos, pois conseguem com o seu dinheiro garantir a liberdade. O que de facto, quanto a nós, não é verdade. A possibilidade de atenuação de pena com a reparação é algo que devemos enaltecer e ver aplicado com mais frequência. Estes novos crimes oriundos desta nova sociedade, onde o branqueamento de capitais se inclui, conforme já referimos supra, são crimes essencialmente de cariz económico-financeiro e nestes tipos de crime a reparação e o ressarcimento dos prejuízos é a finalidade última do direito penal, pois o bem jurídico fica reposto exatamente com essa reparação. Contudo, no branqueamento estão previstos como crimes precedentes crimes que atentam contra nem jurídicos de natureza pessoalíssima. Referimo-nos em especial aos crimes sexuais. Neste tipo de crimes não há compensação pecuniária possível de se aferir para estas vítimas, nem a própria pena clássica, a prisão, as conforma ou conforta, pois o dano que sofreram não pode ser compensado seja a que título for. E assim neste tipo de crimes não cremos que as novas mensagem da pena do

branqueamento de capitais com a reparação do ofendido e a atenuação da pena ao agente sejam profícuas na pacificação social.

Mas centremos na razão de ser da incriminação do branqueamento de capitais, do ponto de vista etiológico.

Neste âmbito iremos analisar a razão de ser da sua criminalização do ponto de vista criminológico, do ponto de vista histórico e por fim as implicações dogmáticas.

1.1 Perspetiva criminológica.

No que concerne aos fatores criminológicos que estão na origem da incriminação do branqueamento de capitais podemos apontar a globalização e a sociedade do risco, o crescimento da criminalidade organizada, como fatores exógenos aos agentes do crime, e uma gradual e rápida perda de valores, como fatores endógenos.

Os valores de respeito pela dignidade da pessoa humana vão perdendo o seu peso em função de uma conceção de valores cada vez mais ligada ao poder material e ao direito de propriedade sobre as coisas. As pessoas cada vez mais valoram o material em detrimento do que é eticamente acertado e de acordo com valores dos direitos humanos. [16] Conforme já referimos antes, não obstante o crime de branqueamento de capitais não ser novo, a sociedade globalizada, sem fronteiras, possibilitou que este crime passasse a ter uma dimensão global. E o uso de meios, cada vez mais, informática e tecnologicamente desenvolvidos dificulta perseguição e repressão criminal. Sem descurarmos que este tipo de ilícito é necessariamente praticado no âmbito da criminalidade organizada que também despoletou neste ainda *admirável mundo novo*.[17] [18] Assim, a sociedade criminógena global

[16] Sobre o paradigma etiológico-explicativo do crime, vide por todos, a obra base da criminologia portuguesa, da autoria de Figueiredo Dias e Costa Andrade (Dias & Andrade, 1997).

[17] A expressão *admirável mundo novo* surgiu no romance de Aldous Leonard Huxley de 1932, em inglês *Brave New World*. Onde se retrata um sociedade cujos indivíduos são pré-determinados a seguir as regras sociais estabelecidas, um mundo edílico ou utópico.

e do risco levou a um aumento exponencial da prática do crime de branqueamento de capitais e dos seus crimes precedentes, em especial os crimes económico-financeiros por um lado. Por outro lado, a perda de valores, o aumento do materialismo e a sobreadaptação, fez criar uma nova senda de agentes do crime. Conforme refere Januário Lourenço:“ (…) o materialismo vence o humanismo e outros valores importantes. Na passagem do Século XXI, muitos dos valores que supostamente estariam no inconsciente coletivo ficaram para trás. (…) pessoas que nunca actuaram de forma criminosa, contudo, e tendo acesso a um elevado rendimento rápido e de mãos limpas, se sentem atraídos para a criminalidade, porém, a de colarinho branco. São indivíduos sobreadaptados (…) membros influentes, de profissões liberais, que transformam a lavagem de dinheiro numa das maiores economias alternativas de mercado.” (Lourenço, 2002, p.3). Também neste sentido escreve Adriana Sousa: “ Os crimes de branqueamento de capitais podem ser associados aos do de colarinho branco. As pessoas com maiores poderes económicos e sociais é que podem ter a necessidade de branquear, por isso estes são crimes que não estão ao alcance de qualquer cidadão e que decorrem no exercício da sua atividade profissional: o branqueamento de capitais pode ser considerado como um crime de colarinho branco.” (Sousa A., 2015, p.7).

A referência aos crimes de colarinho branco é feita por Figueiredo Dias e Costa Andrade explicando que tais crimes encontram-se em múltiplas áreas como a saúde, a segurança social e a economia. “Daqui derivam as grandes manchas da neocriminalização da chamada *White-Collar Criminality* e que abrange ilícitos em áreas com a saúde, a segurança social, a economia etc. Daqui partem também aqueles autores que, numa perspectiva mais crítica e em nome de «política criminal alternativa», advogam uma

---

Não obstante ter surgido na década de trinta do século passado (nos alvores da modernidade) a expressão não deixa de ser atual, em razão dos períodos de modernidade, modernidade reflexiva e pós-modernidade que se seguiram. Expressão utilizada, tal como Anabela Miranda Rodrigues, constante da sua obra, *A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no admirável mundo novo* (Rodrigues, 2002). Esta expressão tende a ser utilizada no sentido das novas exigências de investigação criadas pela sociedade global e do risco, e às garantias de defesa do arguido, tema a que nos propomos tratar no capítulo II do presente trabalho.

[18] Sobre a criminalidade organizada no branqueamento de capitais vide capítulo I, ponto 3, do presente trabalho.

deslocação do centro de gravidade do direito penal no sentido do privilégio dos interesses colectivos." (Dias & Andrade, 1997, p.437).

Tendencialmente, atribui-se a autoria desta expressão a Edwin Sutherland, no seu discurso de tomada de posse como presidente da *American Sociological Society* em 1939. Contudo, como bem referem Gilda Santos e José Cruz, este conceito de crimes praticados por ricos e poderosos já vem de Beccaria em 1764. Conforme referem: " Já em 1764, Beccaria falava dos crimes cometidos pelos ricos e poderosos e que causavam grandes danos para a sociedade. No mesmo sentido, Marx e Engels, em 1948, reforçam a ideia de que os poderosos também cometem crimes." (Santos & Cruz, 2015, p.54).

João Conde Correia, analisando a origem do confisco das vantagens e proveitos com base na ilicitude material das condutas que o legitimem, refere que a incriminação do branqueamento de capitais foi o seu primeiro instrumento e que esta incriminação resultou da impossibilidade de se evitar ou reprimir o rendimento obtido através do tráfico de estupefacientes – como veremos infra, em Portugal a descrição típica originária do branqueamento encontrava-se na lei de combate à droga – que como se sabe traz grande e avultados rendimentos aos seus agentes surgindo a necessidade de o colocar nos mercados lícito. Assim, a sua incriminação tem também como *ratio* a concretização e transmissão da mensagem comunitária que o crime não compensa. Conforme descreve: " Com efeito, a partir da segunda metade da década de 80 do século passado, devido ao insucesso da luta contra o tráfico de estupefacientes, sobretudo, por influência norte americana, começaram a surgir propostas no sentido de criminalizar o branqueamento de capitais e, assim, privar os traficantes das enormes fortunas geradas pela sua atividade ilícita. (…) Se não forem tomadas as devidas precauções «as bases de uma economia legítima», a «estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados» podem ser perigosamente abaladas. «Privar as pessoas que se dediquem ao tráfico ilícito dos produtos das suas actividades criminosas e eliminar assim o seu principal incentivo para tal actividade» era então considerado como uma tarefa essencial. " (Correia, 2012, p.41 e 42).

Segundo José Neves Cruz, em termos criminológicos, os crimes de colarinho branco comportam certas características comuns que permitem distingui-los da demais criminalidade. Como explica: " Em termos gerais a natureza do CCB contraria a criminalidade comum, pois normalmente não está associada a violência física, acontece num contexto económico estruturado, a componente criminal é pouco visível, as vítimas são dificilmente identificadas e não é alvo de uma forte reprovação social. Os ofensores

estão bem integrados na sociedade, são pessoas respeitáveis, exercem uma atividade profissional estável, não raras vezes possuem elevadas condições económicas." (Cruz, 2013, p.61).

Como já referimos não é um crime novo, ou pelo menos, a sua origem como crime de colarinho branco, já tem longa história. Contudo, a evolução social e a crise de valores fizeram-nos despoletar passando a ser o centro das atenções a todos os níveis.[19] Como refere Cândido Agra, relacionando a crise financeira e económica com o crime: " Ouso caracterizar a história do tempo presente como transição do " tempo ocupado" pela vida boa (do consumo, do espetáculo, da ideologia do bem estar, do prazer imediato, do efémero, do dinheiro virtual) para o " tempo trágico" (uso as categorias de tempo de W. Benjamim), o tempo da angústia própria da incerteza, do desconhecimento do que acontece, da insegurança ontológica e existencial. É o tempo próprio da queda das instituições, das sociedades, das civilizações." (Agra, 2013, p.7).

Neste sentido escrevem também Gilda Santos e José Cruz, quando referem que os crimes contra as pessoas são considerados, pela comunidade mais " criminosos" contudo, cada vez mais há o reconhecimento da danosidade que este tipo de criminalidade comporta e a necessidade de continuar a divulga-la. Conforme referem: " No entanto, o crime de colarinho branco tem efeitos dramáticos em diversas dimensões globais e afetando não só a presente geração mas, também as gerações futuras. Deste modo, é importante que se continue a despertar a consciência local e global apoiando os movimentos que pretendem chamara a atenção para o impacto social de colarinho branco acarreta." (Santos & Cruz, 2015, p.98). Também nesta linha de pensamento está José Neves, André Lamas Leite, Pedro Sousa e Daniela Wilks, referindo-se à crise financeira que operou na última década que voltou a fazer nascer o interesse por este tipo de criminalidade e que, consequentemente, trouxe um novo tipo de crime de colarinho branco: o *crime de colarinho branco empreendedor*. " (…) pode ser definido como crime ocupacional cometido por líderes e que inclui as quatro características do empreendedorismo (enfoque

[19] Demonstrador do que afirmamos é a recente notícia do *Washington Post* da autoria de Ana Swanson cujo título é esclarecedor: "The ultra-rich are hiding away more money overseas than anyone realized". (Swanson, 2017).

na obtenção de ganhos económicos ou financeiros, identificação de uma oportunidade; inovação e assunção de risco).” (Cruz; Leite; Sousa; Wilks, 2015, p.265).

Uma vez que a perspetiva criminológica muito de depende da sua origem e evolução social e, consequentemente, legislativa concentremos, de seguida, a nossa atenção na origem histórica do crime de branqueamento de capitais.

1.2 Perspetiva histórica.

Do ponto de vista histórico a doutrina vai divergindo sobre a sua origem contudo, a expressão branqueamento de capitais, ou melhor *money laudering*, surgiu pela primeira vez nos Estados Unidos da América em 1920, em Chicago. Quando as máfias investiam o seu dinheiro em lavandarias ou mesmo estações de serviço e assim dissimulavam os proveitos obtidos pelas suas atividades ilícitas. Como os proveitos dos crimes eram, em grande monta, o dinheiro os agentes teriam de o branquear, teriam de criar atividades ou negócios que despistassem a sua origem ilícita. Conforme refere Schneider (Schneider, 2010, p.16) o crime surge porque o grosso dos crimes precedentes têm como resultado, para o agente, dinheiro, muito dinheiro e assim é necessária a sua transformação de forma a poder introduzi-lo no mercado. O autor, também citado por Adriana Sousa, refere existirem 3 tipos de atividade de branqueamento: “ *transformation* (transformar o poder de compra potencial em poder de compra real); *pollution* (aumentar a taxa de penetração no sectores da economia através dos investimentos e *camouflaging* (camuflar as organizações criminosas e os seus agentes).” (Sousa, 2015, p.8). Estas atividades despoletaram com a sociedade aberta, informacional e acessível a todos. Os criminosos organizaram-se mais e melhor e o branqueamento deixou as lavandarias e passou a estar em todos os sistemas: político, económico e financeiro.

Os Estados assistindo a este fenómeno juntaram forças e criaram os diplomas já referidos em I, começando pela Convenção de Viena de 1988 até ao último instrumento internacional que é a Convenção de Mérida de 2003. Conforme já referimos supra, estes instrumentos têm por fim reprimir e combater o branqueamento de capitais através da união de forças entre os Estados, fundamentalmente no âmbito da coordenação entre as

autoridades judiciárias desses países e até de outras entidades cujo escopo profissional é mais permeável à realização do branqueamento, com especial atenção para o sector da banca.

Na Europa também bem cedo se fez sentir a necessidade de reprimir e prevenir o branqueamento. Em 1991 é criada a primeira diretiva comunitária que é consequência, no âmbito da legislação europeia, da Convenção de Viena que, *grosso modo*, obriga a uma maior atenção por parte das instituições bancárias, nomeadamente na identificação dos clientes e no controlo das suas transações. Esta diretiva prevê " (…) o aprofundamento do conhecimento do cliente: *know your costumer* (KYC). O KYC permite conhecer os padrões dos clientes, detetando as operações normais e as anormais para poder combater o branqueamento de capitais e tendo como objetivo monitorizar os cliente de forma contínua. Prevê ainda o *compliance*: utilização de filtros em sistemas informáticos possibilitando a deteção de operações de branqueamento de capitais e o *due diligence*: verificação dos dados disponibilizados pelos clientes."[20] (Sousa, 2015, p.28). Posteriormente surge o regulamento comunitário n.º 1781/2006[21]. Hoje revogado pelo regulamento 2015/847, de 20 de maio de 2015, do Parlamento Europeu e do Conselho.[22] O primeiro regulamento demonstrava, o que permanece no segundo, uma enorme preocupação com o branqueamento de capitais entendendo-o como uma forma de financiamento do terrorismo. Este regulamento surge ainda em consequência dos atentados do 11 de setembro de 2001.

[20] Que está na base da lei de prevenção e combate ao branqueamento de capitais que por nós serão aprofundados no capítulo II, ponto 3, do presente trabalho.
[21] Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32006R1781.
[22] Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015R0847
Cumpre esclarecer que este regulamento acaba por cumprir a atualização da evolução da União Europeia com o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, em termos terminológicos e, ao nível do seu conteúdo, determina montantes a partir dos quais se carece de dotar uma maior vigilância por se poderem associar ao financiamento do terrorismo. Assim as transferências individuais de fundos superiores a 1 000 EUR, não carecem dessa vigilância salvo se, a transferência aparenta estar ligada a outras transferências de fundos que em conjunto sejam superiores a 1 000 EUR, caso os fundos tenham sido recebidos ou pagos em numerário ou sob a forma de moeda eletrónica anónima, ou se houver motivos razoáveis para suspeitar de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo. Conforme resulta do seu preâmbulo e artigo 5º. Na sequência deste regulamento comunitário surge um outro do mesmo ano e dia, o regulamento 2015/849, que esta na base da lei 83/2017, de 18 de agosto, criando novas deveres a novas entidade na prevenção ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. Lei que será por nos analisada no ponto 3, do capítulo II, do presente trabalho. Alterando também o regime jurídico do branqueamento de capitais, conforme referiremos, com maior pormenor, no ponto 1.3.2, do presente capítulo.

Estabelece a necessidade de haver coordenação entre países no fornecimento de informações bancárias.[23] Ambos regulamentos nos seus artigos 2º estabelecem regras relativas às informações que devem constar das transferências de dinheiro, independentemente da moeda em que forem realizadas. Assim o diz o n.º 1 do regulamento 2015/847, do Parlamento Europeu e do Conselho: " O presente regulamento é aplicável às transferências de fundos, em qualquer moeda, enviadas ou recebidas por um prestador de serviços de pagamento ou um prestador de serviços de pagamento intermediário estabelecido na União". Segundo o Grupo de Ação Financeira Internacional, doravante GAFI, o branqueamento de capitais apresenta 3 fases: a colocação (*placeamente*), a dissimulação (*layering*) e a integração (*integration*), as quais carecem de ser controladas, ou pelo menos vigiadas, pelos diferentes países.[24]

Como iremos constatar no ponto 2 do presente capítulo, o branqueamento de capitais e o terrorismo são dos crimes que estão conexos entre si sendo, muitas vezes, o

[23]No ponto 16 do seu preâmbulo pode ler-se: "Devido à ameaça potencial de financiamento do terrorismo colocada por transferências anónimas, o prestador de serviços de pagamento do beneficiário deverá ter a possibilidade de evitar ou corrigir essas situações, quando verificar que as informações sobre o ordenante estão omissas ou incompletas. A este respeito, deverá prever-se uma certa flexibilidade no que respeita à extensão das informações sobre o ordenante, com base na sensibilidade face ao risco. Além disso, o carácter exaustivo e completo das informações sobre o ordenante deverá ser da responsabilidade do seu prestador de serviços de pagamento. No caso de esse prestador de serviços estar situado fora do território da Comunidade, deverão efetuar-se diligências adequadas reforçadas relativamente aos clientes, de acordo com a Directiva 2005/60/CE, quanto às relações transfronteiras de correspondente bancário com esse prestador de serviços de pagamento." No ponto 21, já com relevância em termos de investigação criminal, melhor da sua dificuldade investigatória, que nos propomos tratar no capítulo III do presente trabalho, consagra-se o seguinte: "Uma vez que, no quadro de investigações penais, pode revelar-se impossível identificar os dados requeridos ou as pessoas envolvidas antes de terem decorrido vários meses ou mesmo anos após a transferência inicial de fundos, os prestadores de serviços de pagamento deverão conservar os registos das informações sobre o ordenante, a fim de impedir, investigar e detetar o branqueamento de capitais ou o financiamento do terrorismo. Este período deverá ser limitado."

[24] Grupo de Acção Financeira Internacional (GAFI) é um organismo intergovernamental que tem por objectivo conceber e promover, tanto a nível nacional como a nível internacional, estratégias contra o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo. Trata-se de um organismo de natureza intergovernamental e multidisciplinar criado em 1989 com a finalidade de desenvolver uma estratégia global de prevenção e de combate ao branqueamento de capitais e, desde Outubro de 2001, também contra o financiamento do terrorismo, sendo reconhecido a nível internacional como a entidade que define os padrões nesta matéria. O GAFI acompanha os progressos realizados pelos seus países membros na implementação das medidas necessárias, através de mecanismos de autoavaliação e avaliação mútua. Todas as informações necessárias deste Gabinete encontram-se no site: www.fatf-gafi.org. Dedicaremos mais atenção a este Gabinete no capítulo II, ponto 3, do presente trabalho.

primeiro, instrumental do segundo. Todavia o terrorismo não é um crime precedente mas posterior ao branqueamento, sendo conexão entre ambos maioritariamente umbilical.

Em termos de legislação interna, conforme já referimos supra, o primeiro tipo incriminador do branqueamento de capitais surgiu com o Dec. Lei 15/93, de 22 de Janeiro. A preocupação, como é evidente, era criminalizar o branqueamento de capitais quando este era oriundo do tráfico de droga e de outras substâncias psicotrópicas. Aqui fica definitivamente esclarecido que o crime de branqueamento é um crime autónomo do tráfico de droga mas que deriva deste necessariamente. Neste sentido (Godinho, 1990, p.76). A 8 de novembro de 1990 surge a *Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime*- STE n.º 141, também denominada Convenção de Estrasburgo, que foi transposta para o direito interno português com a Resolução da Assembleia da República n.º 70/97, de 13 de dezembro, determinando no seu artigo 6º a obrigação de criminalização de várias modalidades de branqueamento de capitais de *produtos do crime*, entendendo-os como: qualquer vantagem económica resultante de infrações penais permitindo aos Estados-Partes que *delimitassem apenas as infracções principais ou categorias de infracções principais* e promovendo uma harmonização, pelo menos parcial, entre os Estados outorgantes no que concerne à incriminação do branqueamento de capitais. Conforme resulta da referida resolução da Assembleia da República, no seu artigo 2º alínea a) foram feita reservas à obrigação de criminalização ficando Portugal obrigada a criminalizar as condutas *branqueadoras restrita aos casos de prática dos crimes de tráfico de droga e outras actividades ilícitas relacionadas, terrorismo, tráfico de armas, extorsão de fundos, rapto, lenocínio, corrupção, peculato e participação económica em negócio, administração danosa em unidade económica do sector público, fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito, infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada com recurso à tecnologia informática e infracções económico-financeiras de dimensão internacional, quando cometidas sob qualquer forma de comparticipação, tal como definidos na sua legislação.* E só em 2004, conforme referimos supra, com a lei 11/2004, de 27 de março, resultante da transposição da decisão-quadro do Conselho de 26 de junho

de 2001[25], se criou na lei substantiva o tipo de ilícito de branqueamento de capitais, onde se incriminam as condutas de converter, transferir, auxiliar ou facilitar operação, ocultar ou dissimular a sua natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade de vantagens obtidas por infrações catalogadas na letra da lei e abrangendo, como cláusula geral infrações punidas com pena de prisão de duração mínima superior a 6 meses ou duração máxima superior a 5 anos. Descrição típica que foi retificada nesse mesmo ano e, posteriormente, alterada com a Lei n.º 59/2007, de 04 de setembro, que trouxe grandes alterações nos crimes sexuais em geral, alterando-lhes a natureza processual penal, de modo a alargar a sua punibilidade, transformando, alguns em crimes públicos, sendo, por isso, desnecessária a sua referência na circunstância dos crimes que dependem de queixa. A mesma descrição do tipo foi alterada, recentemente, com a lei 83/2017, de 18 de agosto, a qual veio acrescentar, ao seu catálogo de crimes precedentes, o crime de venda, circulação ou ocultação de produtos ou artigos constante do código da propriedade industrial; esclareceu a questão da competência da lei penal portuguesa, no espaço, no que concerne ao branqueamento de capitais e seus crimes precedentes quando praticados fora do território nacional; e alterou, radicalmente, a questão da natureza semipública ou particular dos seus crimes precedentes, ou seja, mesmo que tenham esta natureza, e a queixa não tenha sido apresentada atempadamente, o branqueamento continua a ser punível.

Elementos da descrição típica que analisaremos de seguida.

---

[25] Disponível em:
http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2001-500-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2001.500._JAI_Branqueamento_de_capitais.pdf?nocache=1199976380.33
Sendo certo que esta diretiva foi antecedida pela diretiva comunitária 91/308/CEE, do Conselho que foi transposta a para a ordem jurídica interna, conservando a tipificação do branqueamento resultante do tráfico de drogas e criando deveres às entidades financeiras, tais como obrigação de comunicá-la, e a obrigação de preservar documentos, e sendo alterada em 2001 com a já enunciada diretiva que resultou assim na lei 11/2004, de 27 de março que está na origem da tipificação do branqueamento de capitais no CP.
Muitos outros atos normativos surgiram posteriormente e algum deles de extrema relevância para a investigação criminal que nos propomos tratar no capítulo II, ponto 3 do presente trabalho.

1.3 Implicações dogmáticas.

Chegou agora o momento de analisar o crime de branqueamento de capitais, do ponto de vista dogmático, a que vamos dedicar uma especial atenção (mas sem descurar o principal escopo do presente trabalho). Analisaremos, assim os problemas dogmáticos que terão implicações processuais na recolha e produção de prova.

Conforme se referiu supra o crime de branqueamento de capitais é, em termos dogmáticos, caracterizado por ser um crime de perigo, comum e de mera atividade. Os seus elementos objetivos reconduzem-se, às vantagens ou bens, incluindo os direitos e as coisas, alcançadas através de um facto ilícito típico antecedente, que constam do tipo incriminador especificamente, e bem assim, em nome de uma cláusula geral, dos factos ilícitos puníveis com prisão por mais de 6 meses ou de duração máxima superior a 5 anos de prisão. Há uma relação de instrumentalidade com os crimes precedentes onde se discute o concurso real ou o concurso aparente entre o branqueamento e aqueles.

O branqueamento de capitais é um crime, comum, de mera atividade e de perigo e necessariamente um crime doloso.

Vejamos cada uma das caracterizações.

1.3.1 O bem jurídico.

Para aferirmos esta conceptualização do crime de branqueamento de capitais importa deter um pouco mais de atenção na definição do seu bem jurídico. Melhor, é com a delimitação deste que podemos aferir da qualificação do crime quanto à qualidade do agente, quanto ao resultado e quanto à lesão do bem jurídico.

Na exposição de motivos da proposta de Lei n.º 73 IX, que esteve na origem da alteração ao CP de 2004, consta que o branqueamento de capitais " em primeira linha é um crime contra a administração da justiça, na medida em que a actividade do branqueador dificulta a actuação da investigação criminal relativamente ao facto ilícito subjacente".[26] Daqui resulta que a necessidade da tipificação autónoma e no catálogo clássico do direito penal do crime de branqueamento de capitais surgiu por dificuldades investigatórias dos seus crimes precedentes. Isto é, o agente do crime previsto no 368º-A, com as condutas ali descritas vai prejudicar a recolha da prova dos crimes precedentes, cuja investigação criminal quanto a estes já é por si só muito difícil de operar.[27] Não deixa de ser curioso constatar, que a *ratio* positivada do legislador na incriminação de um comportamento, com penas bastante pesadas, surja por dificuldade de investigação de outros crimes.

Quanto a nós, desde logo isto significa a necessária instrumentalidade entre o branqueamento e os crimes precedentes que tem de ser tida em conta no âmbito da aferição do concurso de normas ou de crimes e um reforço na prevenção geral e especial positivas, que é o mesmo que dizer que se pretendeu criar para o branqueamento um bem jurídico autónomo apesar de instrumental aos crimes precedentes. Restará saber se efetivamente tal se verifica, caso a caso.

Quanto à determinação do bem jurídico a doutrina divide-se em dois grupos, essencialmente: os que defendem que o branqueamento de capitais protege um só bem jurídico e os que defendem que este protege vários bens jurídicos. Segundo Vitalino Canas: " Há concepções *monistas* e concepções *plurais.* No âmbito das concepções *monistas*, uma resposta partilhada por muitos autores, e até pelo legislador, como se observou, aponta na direcção do bem jurídico da *administração da justiça*. (…) As concepções *plurais* partem da observação e da afirmação de um certo ponto de vista: a tipificação e a punição do branqueamento não visa salvaguardar *sempre* o mesmo bem jurídico." (Canas, 2004, p.17-18). Para alguns a administração da justiça é o bem jurídico protegido pelo crime de

[26]Disponível em: https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=19717

[27] Sobres as dificuldades de investigação da criminalidade organizada e do branqueamento de capitais vide, capítulo II, pontos 1 e 2.

branqueamento de capitais, para outros não só. Se em causa estão grandes redes organizadas que praticam crimes económico-financeiros e crimes fiscais, graves e de alta rentabilidade, não se pode reduzir o bem jurídico à administração da justiça. Mas ter-se-á que a este acrescentar os demais bem jurídicos que os crimes precedentes pretendem proteger. Neste sentido Vitalino Canas (Idem, 2004, p.19) " Donde se conclui que o branqueamento de capitais é um crime *pluriofensivo* cuja tipificação visa a tutela de uma *multiplicidade de bens jurídicos*. Pela natureza transnacional, volumosa e altamente organizada que o fenómeno do branqueamento adquiriu, pode dizer-se que os bens protegidos são, à cabeça, o funcionamento dos sistemas políticos e dos sistemas económico-financeiros global de cada Estado." Também na mesma linha de pensamento está Rui Gonçalves que nos diz " (…) este não contraria uma visão plural dos interesses protegidos pelo tipo legal do branqueamento". (Gonçalves, 2007, p.63) Para o referido autor é então claro que o branqueamento de capitais protege vários bens jurídicos. Para Pedro Caeiro, assentando o seu estudo na *ratio* dos instrumentos comunitários que estão na sua origem, o branqueamento de capitais serve para proteger: " (…) os interesses na "pureza da circulação dos bens" e na administração da justiça." (Caeiro, 2003a, p.1084). Para este autor o bem jurídico protegido consiste também em garantir que as transações económicas ou financeiras, que geram riqueza, advenha de atos lícitos ou juridicamente legítimos, mas principalmente o " *interesse do aparelho judiciário na detecção e perda das vantagens de certos crimes*." (Idem, 2003, p.1086). Segundo Julio Villarejo, na nossa vizinha Espanha, o bem jurídico protegido pela incriminação do branqueamento de capitais tem dois assentos: uma proteção mediata que será a pureza da circulação de bens segundo Pedro Caeiro e imediatamente protege o interesse do Estado interno e, ao nível europeu em controlar os rendimentos obtidos através da prática de crimes. Em suas palavras: " (…) protegíendose de forma mediata el ordem socioeconómico y, de forma inmediata, el interés del Estado en controloar el flujo de capitales dimanantes de actividades delictivas y capaz de influir en el sistema económico nacional, o, incluso, europeu." (Villarejo, 2010, p.270).

Também no mesmo sentido que Pedro Cairo escreve Anabela Rodrigues. Para esta autora a incriminação do branqueamento tem uma finalidade associada à administração da justiça no sentido da deteção e perda das vantagens obtidas e consequentemente na manutenção na pureza da economia. " (…) cabe na compreensão da incriminação do branqueamento um sentido que a liga à prossecução de um interesse do aparelho judiciário – e, assim, da administração da justiça – na detecção e perda das vantagens alcançadas com

a prática de certo tipo de criminalidade, em que, a crescer à característica de gerar avultados lucros sobressai a gravidade que a qualifica." (Rodrigues, 2015, p.232).

Não podemos deixar de partilhar as posições de uma multiplicidade de bens jurídicos que são protegidos com o branqueamento de capitais. Não se poderá reduzir o bem jurídico do branqueamento de capitais à administração da justiça, todavia não pode ser descurada que esta é dele parte integrante. Aliás, é o que resulta do n.º 9 do artigo 368º-A, que traduz uma necessidade de auxílio investigatório, através do agente do crime de branqueamento na perseguição dos agentes dos crimes precedentes. É deste dispositivo legal que nos iremos ocupar no capítulo III do presente trabalho, de onde resulta, como teremos oportunidade de demonstrar, o aparecimento de um novo meio de obtenção e de prova que é o estatuto do arrependido colaborador. Todavia é evidente que a danosidade que o branqueamento de capitais traz à nossa sociedade, nos dias que correm, pela sua ligação umbilical às redes criminosas organizadas com o óbice de atentar contra a economia, as finanças públicas de forma grave, tem em vista também proteger esses dois grandes vetores do funcionamento de um Estado: a sua economia e as suas finanças públicas. Já sem descurar também a sua forte ligação ao terrorismo que hoje em dia é um crime, que para além de atemorizar o homem, na sua aceção ontológica, tem efeitos mundiais avassaladores.[28] Todavia, conforme melhor explicitaremos infra, em alguns dos crimes precedentes do branqueamento, a tutela penal esgota-se com estes, ou seja, a conduta típica do crime precedente, em nossa opinião, implica desde logo condutas branqueadoras e assim, não fará sentido, melhor, não será legítimo punir pelo branqueamento, porque neste caso o bem jurídico já está a ser protegido com o crime precedente e até por outras razões dogmáticas. A conduta do agente com a prática do crime precedente esgota a tutela penal, pois a ação de branquear resulta do próprio crime precedente onde a disponibilidade monetária é contemporânea deste.

E assim, determinada a definição do seu bem jurídico, concluímos que o branqueamento de capitais é um crime de perigo abstrato, uma vez que não é necessária a efetiva lesão no seu bem jurídico, apesar de muitas vezes se verificar no caso concreto face

[28] Temática a que nos entregaremos no ponto seguinte do presente trabalho.

à danosidade criada pelo branqueamento como consequência dos crimes precedentes, basta o perigo dessa lesão. O perigo não se encontra descrito nos seus elementos objetivos do tipo, ou seja, não é necessário que se demonstre, em concreto, a verificação do seu perigo, a conduta por si só é suficiente. O perigo de lesão do bem jurídico é tão grande que basta a verificação da conduta típica para ser legítima a intervenção penal do Estado. A perigosidade do crime de branqueamento de capitais é resultado de ser *pluriofensivo.* Há uma antecipação da tutela penal, pois o legislador incrimina a conduta mesmo sem haver lesão no bem jurídico ou qualquer resultado.

Assim, se é um crime de perigo abstrato é também um crime de mera atividade, ou seja, a conduta típica é suficiente para a responsabilização criminal, prescinde-se da verificação de um resultado. Em termos dogmáticos, neste tipo de crimes, aquando da análise da tipicidade objetiva, é apenas exigível ao intérprete que verifique a realização das condutas descritas no tipo, não sendo necessário relacioná-las com qualquer outro elemento objetivo, o resultado, porque este não existe.[29] Aliás, os crimes precedentes do branqueamento de capitais também o são. Não todos de facto mas, aqueles que mais preocupam o legislador e a comunidade por força na nova sociedade que origina a neocriminalização os crimes económicos e fiscais, são também crimes de perigo e de mera atividade. Pois, como o bem jurídico é difuso ou supra individual, a mera conduta típica é suficiente para legitimar a incriminação e a responsabilização criminal do agente, até porque muita das vezes os danos que este tipo de crimes causam são irreparáveis o que também é comum nos crimes económicos.

E, por fim, é um crime que pode ser praticado por qualquer pessoa: é um crime comum. O que pode não acontecer relativamente aos seus crimes precedentes. Basta pensarmos nos crimes quando cometidos no exercício de funções públicas, em especial na

[29] Referimo-nos à Teoria do Risco de Claus Roxin onde se exige ao intérprete, que afira na tipicidade objetiva, quando os crimes são de resultado, se o agente criou ou aumentou um risco; se esse risco é proibido e essa criação ou aumento se materializou no resultado típico. Ora esta formulação não é necessária nos crimes de mera atividade como é o branqueamento de capitais, pois não há que estabelecer qualquer nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, porque este não é elemento objetivo do tipo. Sobre este conceito vide por todos Figueiredo Dias. Em suas palavras " Nos **crimes de resultado** sob a forma de comissão por acção o tipo pressupõe a produção de um evento como consequência da actividade do agente. (…) Se, pelo contrário, o tipo incriminador se preenche através da mera execução de um determinado comportamento estaremos em face dos crimes de **mera actividade."** (Dias, 2007:306).

corrupção passiva, em que a qualidade de funcionário[30] é elemento objetivo do tipo e portanto, só estes o podem praticar. São assim, crimes específicos próprios.[31]

Resta analisar a descrição dos elementos objetivos e subjetivos do crime de branqueamento de capitais o que faremos de seguida.

1.3.2 A descrição típica.

Os elementos objetivos do crime de branqueamento de capitais são converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, por si ou por terceiro, direta ou indiretamente, com o fim de dissimular a sua

---

[30] Que consta do artigo 386º do CP:
1 - Para efeito da lei penal a expressão funcionário abrange:
a) O funcionário civil;
b) O agente administrativo; e
c) Os árbitros, jurados e peritos; e
D) Quem, mesmo provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, voluntária ou obrigatoriamente, tiver sido chamado a desempenhar ou a participar no desempenho de uma actividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional, ou, nas mesmas circunstâncias, desempenhar funções em organismos de utilidade pública ou nelas participar.
2 - Ao funcionário são equiparados os gestores, titulares dos órgãos de fiscalização e trabalhadores de empresas públicas, nacionalizadas, de capitais públicos ou com participação maioritária de capital público e ainda de empresas concessionárias de serviços públicos.
3 - São ainda equiparados ao funcionário, para efeitos do disposto nos artigos 335.º e 372.º a 374.º:
a) Os magistrados, funcionários, agentes e equiparados de organizações de direito internacional público, independentemente da nacionalidade e residência;
b) Os funcionários nacionais de outros Estados, quando a infração tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português;
c) Todos os que exerçam funções idênticas às descritas no n.º 1 no âmbito de qualquer organização internacional de direito público de que Portugal seja membro, quando a infracção tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português;
d) Os magistrados e funcionários de tribunais internacionais, desde que Portugal tenha declarado aceitar a competência desses tribunais;
e) Todos os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos, independentemente da nacionalidade e residência, quando a infração tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português;
f) Os jurados e árbitros nacionais de outros Estados, quando a infração tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português.
4 - A equiparação a funcionário, para efeito da lei penal, de quem desempenhe funções políticas é regulada por lei especial.

[31] Sobre os crimes conexos ao branqueamento de capitais vide ponto 2 do presente capítulo.

origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infrações seja criminalmente submetido a uma reação penal; ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou os direito a ela relativos. Encontram-se descritos no n.º 2 e 3 do artigo 368º-A do CP, respetivamente.

Estabelece o n.º1 quais são os ilícitos típicos precedentes cujas vantagens ou bens podem ser objecto do branqueamento. Consta assim o lenocínio, o abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráficos de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, tráfico de armas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal, tráfico de influência, corrupção e demais infrações referidas no n.º 1 do artigo 1º da Lei 36/94, de 29 de setembro[32] e no artigo 324º do Código da Propriedade Industrial[33], e por fim uma cláusula geral onde se englobam os ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a 6 meses ou de duração máxima superior a 5 anos. [34]

Tratando-se, como se disse, de um crime de mera atividade a verificação de qualquer uma destas condutas legitima a responsabilização criminal.

Quanto às modalidades da ação a questão que se coloca é saber se o crime pode ser cometido por ação ou por omissão. Quanto a nós é um crime que não pode ser praticado por omissão pois, todas as condutas típicas descritas pressupõem um *facere* e um *agere*, não um *non facere* ou um *non agere*, Neste sentido encontramos também Vitalino Canas. Autor que entende que o crime só pode ser praticado por ação: " Quanto às *modalidades da acção*, o crime de branqueamento é apenas susceptível de ser cometido por via de acção.

---

[32] Lei relativa a medidas de combate à corrupção e à criminalidade económica e financeira. Da qual dispõe seu n.º 1 o seguinte catálogo de 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. Disponível em : http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=145&tabela=leis Lei com alguma semelhança com a lei 5/2002, de 11 de janeiro que será por nós aprofundada no ponto 3, capítulo II, do presente trabalho.

[33] Crime que foi também alterado e aduzido ao branqueamento de capitais pela, já enunciada, lei 83/2017, de 18 de agosto. Curioso é o facto da única alteração ao crime de venda, circulação ou ocultação de produtos ou artigos, consistir, apenas e tão só, na alteração da pena de prisão de um ano (redação anterior) para 18 meses.

[34] Sobre os crimes precedentes descritos e sua conexão com o branqueamento vide ponto 2 do presente capítulo.

Não sendo um crime de resultado (é um crime de mera atividade, que se esgota na própria ação penal) não é possível a comissão por omissão (artigo 10º do CP) ". (Canas, 2004, p.148). E ao terminar esta afirmação o autor cita um outro que terá uma posição contrária. Rodrigo Santiago. Este autor quando escreve o artigo citado (em 1994 note-se), o crime de branqueamento de capitais estava inserido na lei da droga. Era tudo muito recente à data. Hoje a própria prática do foro e as novas e sucessivas intervenções do legislador obrigam a pensar com mais cautela e rigor esta construção. Escreve assim o autor: " O princípio da equiparação da acção (positiva) à omissão encontra guarida no artigo 10º da CP. Evidentemente que, no caso, a afirmar-se a possibilidade da comissão omissiva, ela só poderá relevar na sede da chamada *omissão impura."* (Santiago, 1994, pp.548-549). E de seguida traz dois exemplos de branqueamento praticados por omissão impura: quando um inspetor da polícia judiciária sabe, por força da sua atividade de investigação criminal, que um traficante de droga vai branquear o produto do crime e nada faz; e quando um detetive privado contratado por uma vítima de um crime de roubo e nesse âmbito descobre que o agente está prestes a branquear esses produtos e nada faz. Um e outro estão, segundo o autor, a praticar o crime de branqueamento de capitais por omissão impura, pois ambos, por lei ou por contrato, respetivamente, estão obrigados a impedir verificação do resultado deste crime. É aqui não que estamos de acordo com o autor e que nos permitimos chegar à conclusão que o crime de branqueamento só pode ser praticado por ação. Este crime não tem resultado típico, logo nunca qualquer agente pode ser obrigado por lei, contrato, ingerência, domínio absoluto da fontes de perigo[35] a evitar a produção de um resultado que não faz parte do tipo. Realçamos de novo que aquando da obra citada o tipo de legal estava ínsito ao crime de tráfico pelo que se compreende o entendimento deste ser o resultado que se deveria evitar com o branqueamento, o que face ao novo tipo incriminador já não acontece.

Hoje este nosso entendimento tem ainda outro suporte argumentativo e legal: a Lei n.º 25/2008, de 05 de Junho, lei do combate ao branqueamento de capitais e do

[35] Enumeramos as principais fontes do dever de garante. Para melhor compreensão dessa figura vide por todos. Figueiredo Dias (Dias, 2007, pp.933-953).

financiamento do terrorismo, revogada, recentemente, pela lei 83/2017, de 18 de agosto, mas cujo escopo se mantêm, essencialmente, idêntico.[36] Desta lei resulta um conjunto de deveres a ser cumprido por entidades financeiras e não financeiras. A grande parte desses deveres consiste no cumprimento da obrigação de colaboração, identificação, segredo, abstenção, comunicação, entre outros. Basta lermos o artigo 11º da referida lei onde todos eles se encontram descritos, e que, se não forem exercidos não estamos, sem mais, perante a prática do crime de branqueamento de capitais por omissão mas, sim, perante a prática das contraordenações dela constante. Tudo irá depender do tipo de deveres que é violado e do conhecimento e vontade que demonstra em fazê-lo. E quando se trate de um Órgão de Polícia Criminal (doravante OPC) ou uma autoridade judiciária a incumprir poderemos estar perante outros crimes contra a realização da justiça, como a denegação de justiça e prevaricação[37], a prevaricação de advogado ou de solicitador[38] e o favorecimento pessoal praticado por funcionário[39] e não o branqueamento de capitais. Neste sentido também já escrevia Nuno Brandão, ao analisar a diretiva comunitária que está na origem da referida lei: " O legislador nacional optou, assim, e bem, por não criminalizar a violação desses deveres (…) ". (Brandão, 2002, pp.26-27). Contudo, como melhor explicaremos infra não é exatamente assim.

Logo, aparentemente, o crime de branqueamento de capitais só admite a sua realização através de condutas positivas ou de ação. Se fosse possível configurar o crime de branqueamento de capitais como um crime de omissão impura, quando a fonte do dever de garante é a lei, deixariam de existir omissões puras. Socorramo-nos de um outro crime para demostrar de forma mais pragmática o nosso pensamento. Se o agente pratica a omissão pura prevista no artigo 200º do CP, a omissão de auxílio, e se com essa omissão de auxílio alguém morrer, existe, por força deste crime a obrigação imposta por lei de garantir o socorro, logo, a lei obriga a uma determinada conduta. Se o agente não a realiza e há um resultado morte, afastar-se-ia a omissão pura e o agente seria punido por crime de

[36] Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=991&tabela=leis. Que será por nós analisada com mais acuidade no ponto 3.2.1, capítulo II, do presente trabalho.
[37] Previsto no artigo 369º do CP.
[38] Previsto no artigo 370º do CP.
[39] Previsto no artigo 368º do CP.

homicídio por omissão, crime de omissão impura porque se verificou o resultado morte e por lei o agente estava obrigado a promover o socorro. O que não é verdade. Não se pode concluir que sempre que em consequência de uma omissão pura advenha um resultado, esta deixe de existir apenas porque a lei, por força da descrição da mesma omissão pura, obriga a realizar um comportamento, passando a existir uma omissão impura.

Assim, e em jeito de conclusão, quanto a nós o crime de branqueamento de capitais é um crime que só pode ser praticado por ação neste conspecto, pois a descrição típica do branqueamento admite a omissão no seu n.º 3, contudo aqui a omissão é pura se as condutas de ocultação, dissimulação consistirem objetivamente no incumprimento, o não fazer, de certos deveres, de certas entidades com dolo de que tais vantagens ou direitos são oriundos dos crimes precedentes. Os elementos objetivos do tipo do número 3 têm de ser analisados em conjunto com os elementos subjetivos, o que faremos de seguida.

Resta-nos assim referir quanto aos elementos objetivos deste tipo de crime que a preocupação do legislador, face à danosidade dos mesmos, é de tal ordem que esgota na incriminação todas as condutas que permitem a dissimulação ou dissipação das vantagens ou bens oriundos dos factos típicos de ilícitos referidos.

1.3.3 O tipo subjetivo.

No que concerne ao tipo subjetivo, é um crime doloso. A doutrina discute se qualquer modalidade do dolo é ou não possível no crime de branqueamento de capitais. É indubitável que para que um agente atue com dolo tenha de conhecer e querer todos os elementos da factualidade típica, ou seja conhecer e querer os elementos objetivos que supra descrevemos, desde as condutas, às vantagens e objetos e de onde estas são oriundas. Ora se assim entendermos não pode bastar o dolo eventual, pois a mera conformação de que poderá estar a praticar o crime não é possível na medida em que o agente tem de saber e querer o crime precedente. É verdade que o tipo de ilícito não exige, pelo menos de forma expressa, que o agente tenha efetivo conhecimento da origem ilícita das vantagens ou dos bens, tal exigência na nossa leitura resulta da própria sistemática da norma. Repare-se, o n.º 1 surge como uma espécie de definições legais, ou seja, para melhor se

compreender o tipo incriminador, esclarece o legislador quais sãos os ilícitos precedentes de onde suas vantagens ou bens podem ser branqueadas, logo o agente para poder ter dolo deste crime tem de conhecer os ilícitos constantes dessa definição legal. Neste sentido encontramos Jorge Godinho na senda da construção de Faria Costa. O primeiro autor refere que " (…) para haver dolo eventual é necessário ter conhecimento do que se passou e da proveniência de quaisquer bens. (…) existem três possibilidades de relacionamento cognoscitivo de alguém com a origem ilícita de certos bens: conhecimento, dúvida ou desconhecimento." (Godinho,1990, p.44). Assim o saber e o não saber ao certo são realidades distintas e ao admitir o dolo eventual impõe um dever de esclarecimento da proveniência de quaisquer bens, visto que, existe a possibilidade de terem proveniência ilícita. O n.º 2 do referido artigo prevê um fim específico da conduta do agente: (…) *com o fim de dissimular a origem ilícita, ou de evitar que* (….). Logo, em nossa opinião, o agente tem de conhecer e querer a origem do dinheiro em movimentação. O dolo deve estar dirigido à conduta de dissimular a natureza, origem, localização e disposição dos bens, ou seja, o autor atua porque conhece a origem criminosa dos bens e porque lhes quer dar aparência de licitude. Só pode ser punido se tiver consciência de que está a ocultar ou dissimular dinheiro, bens, direitos ou valores cuja procedência sabe ser relacionada com os crimes antecedentes previstos na lei. Quanto a nós esse fim do n.º 2 também se deveria aplicar às condutas do número 3 mas não é, contudo, o que resulta da letra da lei. Tal construção melhor explicaremos infra.

Segundo Marisa Monteiro:" Para quem aceita o dolo eventual, basta que o agente saiba ou suponha saber que a fonte dos bens é uma infracção penal, não sendo necessário que conheça exactamente a descrição da modalidade típica, nem que tenha conhecimento de que se trate exactamente de um facto culpável e punível. Não se requer o conhecimento de quem cometeu a infracção antecedente, as consequências ou que existe um vínculo pessoal entre os autores. Não é exigível a obtenção de um proveito específico ou de um resultado final. A simples ocultação ou dissimulação do dinheiro ou valores já basta para cumprir as exigências típicas do preceito punitivo, pouco importando a obtenção de vantagens ou o enriquecimento por parte do autor. Pouco importa se o agente cometeu mais de um comportamento proibido, pois terá praticado um crime único." (Monteiro, 2012, p.39). Quanto a nós, no que concerne às condutas do n.º 2 tal tipo subjetivo não é legítimo, pois entendemos que há aqui um elemento subjetivo específico que determina, necessariamente um dolo direto, o que já não se verifica no número 3. Pedro Caeiro

defende a possibilidade da verificação do dolo eventual, mas não o faz sem mais. O que defende aquele autor, na nossa perspetiva, é que o dolo eventual é possível quer na cláusula geral constante no n.º 1 do artigo 368º- A do CP, quer nos demais tipos de ilícitos descritos no mesmo número. Conforme escreve: " O dolo tem, portanto, de abranger a proveniência ilícita das vantagens, se, o facto de estas provirem de um (ou vários) facto (s) constitutivo (s) dos ilícitos-típicos especificadas ou puníveis com pena de prisão superior a 5 anos. Em qualquer dos casos, é suficiente a representação de que as vantagens provêm desses factos, não tendo o dolo de abarcar a identidade do agente nem a qualificação legal (o *nomen* jurídico) dos mesmos. No que diz respeito aos crimes designados através da cláusula geral de gravidade da pena aplicável, basta que o agente represente que as vantagens procedem de facto que a lei efetivamente ameaça com pena superior ao limite indicado, sendo irrelevante, para efeitos de exclusão do dolo, o erro sobre s as penas aplicáveis, já que só os factos precedentes, não as penas para ele cominadas, são elementos do tipo." (Caeiro,2010a, p.438). E admite-o por razões de politica-criminal e não por fundamentos dogmáticos: " Se isso acontecer, não vemos grande diferença, em termos materiais, entre o conhecimento efectivo da proveniência ilícita dos bens e a simples conformação com essa possível proveniência, sendo certo que esta se afigura, como já mostrámos, a solução político-criminalmente mais adequada à realidade sobre que se quer actuar." (Caeiro, 2010a, p.438). Destas afirmações depreendemos que o autor admite claramente o dolo eventual no que concerne à cláusula geral de gravidade bem como os demais tipos de ilícito. Contudo, adiantamos já que, para nós, o dolo, independentemente da sua modalidade, por regra, é conhecer factos propriamente ditos, tipificados na lei, e não factos normativos ou meras qualificações jurídica.[40] Assim, o agente tem de conhecer o facto precedente como facto e não saber qual é o nome que o legislador lhe dá nem qual é a pena que lhe atribui. O que o legislador permite é que continue a verificar-se o dolo mesmo que o agente desconheça o autor ou o lugar da prática do crime precedente. E de facto assim parece fazer sentido na medida em que as verdadeiras condutas branqueadoras que o

[40] Sobre a diferença entre factos normativos e factos propriamente ditos, vide por todos Frederico Isasca (Isasca, 2003).

agente deve conhecer e querer encontram-se descritas no n.º 2 do artigo 368º-A. Dependentes de um crime precedente que o agente tem apenas que saber que existe.

Com o entendimento de ser admissível o dolo eventual encontramos também Jorge Dias Duarte. Este autor entende que o dolo do branqueamento assume as suas três modalidades defendendo que com isto não se está a presumir a culpa do agente pois a sua existência é aferida atendendo ao caso concreto. Em suas palavras: " Desta forma, caso exista material probatório que demonstre que o agente efectivamente sabia, (ou pelo menos representou a eventualidade de tal suceder e com ela se conformou), que os bens ou produtos do objecto da sua acção eram provenientes da prática do crime-base, e tal conhecimento não obstou a que agisse sobre os mesmos, (ou foi mesmo a razão que conduziu à respectiva actuação), o agente encontrar-se-á incurso na prática do crime do artigo 23º;" (Duarte, 2002, pp.151-152). Este autor, não obstante estar a analisar o tipo de branqueamento conforme se encontrava descrito na Lei da Droga (Dec. Lei 14/93, de 22 de Janeiro), suas construções são ainda defensáveis com a sua incriminação no CP.[41]. Quanto a nós parece-nos que o autor confunde tipo subjetivo com culpa por um lado, e por outro o dolo eventual pode ser difícil de ser demonstrado processualmente mas tem de o ser. Não se pode presumir, seja a que crime for, a conformação do tipo objetivo, terá de existir no processo meios de prova que permitam ao julgador chegar a essa conclusão de forma inequívoca. E é exatamente por força desta necessidade probatória que entendemos, para além de outros argumentos que apresentaremos infra, que as condutas branqueadoras constantes do n.º 2 do artigo 368º-A não podem ser puníveis a título de dolo eventual.

Mais, conforme defende Marisa Monteiro a possibilidade de admitirmos a punibilidade do dolo eventual do crime de branqueamento de capitais seria limitar, em muito, o comércio jurídico e violador de certas garantias constitucionais que são dadas ao exercício de algumas profissões liberais, em especial da advocacia. Pois bastava que as entidades que estão mais suscetíveis ao branqueamento, como as instituições bancárias, desconfiassem da origem ilícita do valor ou bem, e se conformassem com essa ilicitude,

[41] Pois como já referimos supra a primeira fonte legal do branqueamento surgiu associada ao tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, todavia a sua descrição típica atual é muito semelhante à referida, apenas se alargou o leque de crimes precedentes.

sem saber de facto a origem do mesmo para estarem a praticar o crime de branqueamento de capitais. Tal como os advogados que no constitucional e legítimo direito de defesa dos seus patrocinados, desconfiando que os seus honorários são pagos com o dinheiro obtido pelos crimes precedentes, também estariam a praticar o crime de branqueamento. Acrescendo também que é muito controversa a sujeição destes profissionais do foro ao cumprimento dos deveres que a lei da prevenção e combate ao branqueamento de capitais lhes impõe.[42] Entidades com bastantes conhecimentos económicos e jurídicos. Assim refere a autora: "Note-se que, ao admitir o dolo eventual implicaria que se esclarecesse sempre a origem daquele bem, o que não acontece na realidade. Senão, repare-se no caso "típico" de ser uma entidade financeira a receber esses bens, em que inexista esse conhecimento no momento da aquisição ou transferência dos bens. Processo esse, em que são depositados fundos com vista a um futuro investimento ou negócio. Em tal situação deverá a entidade financeira em causa sustar de imediato a respectiva intervenção em tal processo, comunicando a situação em referência às respectivas entidades, de forma a ilibar-se de qualquer responsabilidade que advenha de tal situação. Esta situação levanta um novo problema relativamente ao pagamento de honorários cobrados pelos advogados em processos-crime e em que o agente é eventualmente condenado pela prática do crime de tráfico de estupefaciente (…) visto ser eventualmente possível imputar a prática de um crime de branqueamento, a um causídico que receba os honorários pela representação de um arguido acusado da prática de um crime de tráfico de estupefacientes, quando esses honorários serão pagos com os proveitos daquele crime. Será que ao aceitar tais verbas, cometerá o crime de branqueamento? Parece-nos que ao aceitar o dolo eventual, levará a uma perturbação no comércio jurídico, ou seja, os agentes não irão correr riscos, retraindo-se, levando ao caos na sociedade". (Monteiro, 2012, p.39). Concordamos com esta argumentação e aduzimos ainda um outro fundamento. Não é apenas a perturbação do comércio jurídico que está a ser posta em causa mas sim o exercício efetivo da própria advocacia, pois como profissionais liberais que são e atendendo aos deveres deontológicos a que estão sujeitos, exigir que o advogado saiba em concreto onde o cliente consegue

[42] Temática que abordaremos no capítulo II, ponto 3, do presente trabalho.

obter o dinheiro para pagar os seus honorários, ultrapassa a natureza liberal da sua profissão. Já para não falarmos do seu dever de delação do seu próprio cliente que parece resultante da lei de combate e prevenção do branqueamento e do financiamento do terrorismo, que atenta a sua especificidade será por nós retratada no capítulo II no ponto 3 do presente trabalho, e que hoje, trás um outro dever ao causídico: o dever de não esclarecimento do seu cliente de que está a ser investigado. Uma das garantias que um cidadão tem quando procura um advogado é que a sua consulta está coberta por segredo profissional, que o causídico deve guardar sob pena de violar de forma crassa um importante dever profissional. É certo que este dever de segredo não é absoluto, poderá ser autorizado ou ordenado o seu levantamento, com autorização expressa da ordem profissional, se solicitada pelo advogado ou oficiosamente pelo tribunal. Mas diferente será a obrigação de ser delator do seu próprio cliente. Por outro lado, parece-nos, conforme já referimos, que a própria descrição típica do n.º 2 do artigo 368º-A do CP, impede o dolo eventual quando refere *com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infrações seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação criminal.* A referência à determinação por um fim último não é compaginável com o dolo eventual pois este pressupõe a mera conformação e não um meio ou um fim para alcançar um objetivo. Todavia, é certo que o n.º 3 já não faz referência ao referido fim do agente, e se atentarmos à descrição do mesmo será neste número que as condutas dos advogados e as outras entidades poderão caber. Nuno Brandão de forma pragmática defende que o crime de branqueamento de capitais não é compatível com o dolo eventual pois a descrição típica pressupõe que o agente conheça de forma segura a proveniência ilícita e não apenas que represente e se conforme com a sua suspeita. " Não sendo entre nós o branqueamento de capitais punível a título de negligência, nem sendo ele compatível com uma actuação a título de dolo eventual, uma vez que os tipos legais do crime de branqueamento pressupõem que o agente *saiba* que os bens objecto das operações são provenientes da prática de uma das infrações principais (…). " (Brandão, 2002, p.96). Também o defende Paulo Pinto de Albuquerque, nas condutas do n.º2 e n.º 3 do 368º-A da CP quando diz: " Quem esconder a origem ilícita da vantagem é porque sabe que essa vantagem têm proveniência ilícita. Esta é uma verdade lapalissiana que se impõe na interpretação do tipo subjectivo do n.º 3. Portanto, o dolo de dissimular ou esconder a origem da vantagem é incompatível com dolo eventual. Por maioria de razão, a intenção de dissimular a origem da vantagem, prevista no n.º 2 é incompatível com o dolo eventual.

Como também é incompatível como o dolo eventual a intenção de evitar que alguém seja perseguido por um crime que cometeu. Dito de outro modo, quer o tipo subjectivo congruente do n.º 3, quer mesmo o tipo incongruente do n.º 2 são incompatíveis, tal como estão formulados, com dolo eventual, exigindo que o agente conheça a proveniência ilícita da vantagem." (Albuquerque, 2008, p.869-870). A (in) congruência a que o referido autor faz apelo é referente à existência de um fim específico, no n.º 2, e a sua inexistência, expressa no n.º 3, pois a dissimulação é elemento objetivo do tipo no n.º 3 e no número 2 é um tipo subjetivo específico, conforme melhor veremos infra.

Aliás, a exigência de um fim especial, existe também de forma a selecionar as condutas branqueadoras que cabem no tipo legal. Ou seja, o facto de se exigir esse fim de dissimular ou evitar a perseguição criminosa determina também que certos comportamentos do agente branqueador não possam configurar as condutas branqueadoras descrita no tipo legal, por não serem utilizada com esse mesmo fim ou propósito. Se um agente que sabe que o dinheiro que lhe foi entregue é oriundo de um crime precedente e o usa para comprar o jornal, ou pagar uma refeição, apesar de o estar a introduzir no mercado financeiro, *poluindo-o,* certo é que não tem o fim que o legislador exige.

Por fim, ainda no âmbito do elemento subjetivo do tipo importa fazer ainda uma referência meramente sumária, sob pena de estarmos a ultrapassar o escopo do presente trabalho, do regime do erro sobre o facto típico e erro sobre a ilicitude e como a doutrina tende a equacioná-lo.

Pedro Caeiro distingue dois tipos de erro possíveis no crime de branqueamento de capitais: quando o agente desconhecer a proveniência ilícita das vantagens ou dos bens não tem dolo, está em erro sobre os elementos objetivos do facto típico, na modalidade de erro sobre as proibições, que a existir exclui o dolo e não pode ser o agente responsabilizado criminalmente pelo branqueamento de capitas pois este não é punível na forma negligente; e o erro sobre a ilicitude da proveniência que será um erro de valoração e que nessa, medida exclui a culpa do agente, a não ser que esse erro lhe seja censurável e assim há lugar a uma atenuação especial da pena. Nas palavras de Pedro Caeiro:" (…) havendo então que distinguir as situações de acordo com as regras gerais, consoante o erro tenha afectado o conhecimento necessário à correcta resolução do problema da ilicitude por parte do agente (" erro sobre as proibições legais", previsto no artigo 16º n.º 1, do CP), ou, diversamente, possuindo o agente aquele conhecimento, se esteja perante um erro de valoração (artigo 17º, n.º 1 e 2 do CP). (…) quando o agente crê que as vantagens foram

obtidas sem que se preenchesse qualquer tipo legal (acreditando, *v.g.*, que são rendimentos do trabalhos, ou de operações financeiras lícitas); esse erro, incidindo sobre um elemento do tipo do branqueamento, exclui o dolo, nos termos do artigo 16º, n.º1, do CP (…) o agente crê, erroneamente, que as vantagens procedem de factos constitutivos de um dos crimes do catálogo (*v.g.* de extorsão de fundos), ou de certo crime punível com pena superior a 5 anos, quando na realidade elas provêm de um outro do catálogo (*v.g.*, de lenocínio) (…) talvez se possa encontrar com mais facilidade na lei vigente um elemento unificador dos factos precedentes: crimes graves e outros crimes que, não atingindo esse limiar de gravidade, dão origem, pela sua natureza, a vantagens cuja perda o Estado quer assegurar especialmente, dadas as particulares necessidades preventivas geradas pela frustração da mesma. Deste modo, nos exemplos figurados no parágrafo anterior, haveria que concluir pela irrelevância do erro e consequente punição pelo crime doloso consumado." (Caeiro, 2010a, p.432). Não é o erro sobre a ilicitude, este último, mas um erro sobre qual é o crime precedente. No erro sobre a ilicitude o agente conhece da proveniência ilícita mas não conhece a ilicitude desse comportamento. Assim, este autor entende que o erro sobre qual é o ilícito precedente às vantagens ou bens mas sabendo que são ilícitas é irrelevante havendo assim dolo. Não compartilhamos, no todo, esta opinião. Faz sentido tal construção quando nos encontramos na cláusula geral do n.º 1 do artigo 368º-A, não quando se referem aos crimes descritos nesse mesmo número. Parece-nos que o legislador ao diferenciá-los (pois os primeiros cabem na cláusula geral) quer demonstrar uma maior preocupação com estes, pela sua gravidade e danosidade, e nessa medida evitar que os agentes do branqueamento o façam quanto a todos, mas especialmente quanto a estes.

É certo que a evolução legislativa no permite concluir uma cada vez maior autonomização do crime de branqueamento em relação aos crimes precedentes, todavia não podemos ignorar a sistemática da lei, principalmente da lei penal. E a catalogação daqueles crimes e não de outros não é indiferente ou axiologicamente neutra, é antes reveladora de uma maior preocupação em reprimir e prevenir estes crimes que são elemento objetivos do tipo e que o agente tem de conhecer para ter dolo do tipo de branqueamento. Até porque a incriminação do branqueamento também pretende auxiliar a investigação dos crimes precedentes e evitar que estes aconteçam. Como refere Faria Costa" (…) se efectivamente, o branqueamento é uma actividade ilícita derivada ou

induzida para outras actividades, também elas ilícitas, ataquemos, então, as causas e não os efeitos." (Costa, 1999, p.308).

Importa ainda referir o disposto no n.º 4 do artigo 368º-A do qual resulta a punição do agente mesmo que o crime precedente tenha sido praticado fora do território nacional, ou o agente desconheça o lugar da sua prática e quem foram os seus agentes. Com esta premissa legal o legislador quis afastar este desconhecimento do âmbito do erro sobre o facto típico. Todavia, quanto a nós tal erro nunca se poderia verificar, pois o lugar da prática dos factos precedentes, bem como os seus agentes não são elemento objetivos do tipo, nem das proibições daqueles. Assim, tal desconhecimento nunca iria afastar o dolo, mas poderia, como pode, dificultar a perseguição e repressão dos crimes precedentes o que, mais uma vez, demonstra que o mote do legislador na incriminação do branqueamento é também facilitar a investigação, repressão e prevenção dos crimes precedentes e não apenas o próprio crime de branqueamento de capitais. Voltaremos, já no ponto seguinte do presente trabalho, a estudar esta norma atendendo aos problemas que a mesma suscita quer ao nível substantivo quer ao nível adjetivo.

Resta ainda tecer algumas considerações, ainda que breves, no que concerne à (in) existência de um dolo específico no crime de branqueamento de capitais.

1.3.3.1 O tipo subjetivo específico.

Já nos fomos pronunciando sobre esta temática no sentido de assumir que existirá um dolo específico neste crime, pela expressão constante da letra da lei, com *o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar* a atuação da justiça nos autores dos crimes precedentes. Conforme já temos vindo a afirmar essa expressão, claramente constante do n.º 2, impede o dolo eventual, sendo apenas possível o dolo direto. Em sentido contrário escreve Pedro Caeiro: " parece-nos clara a conveniência político-criminal de incriminar a conduta do agente que, admitindo seriamente a possibilidade de as vantagens provirem dos ilícitos-típicos descritos, as converte ou transfere com o fim de ocultar ou dissimular essa eventual origem. (…) Não se trata, portanto, de um problema de prova do dolo específico, mas antes do desenho da fenomenologia criminal que se pretende prevenir." (Caeiro,

2003a, pp.1116-1117). Denote-se que para este autor o bem jurídico protegido pelo branqueamento de capitais é, grosso modo, a possibilidade do Estado na apreensão das vantagens obtidas com os crimes precedentes evitando, consequentemente, que estas entrem nos mercados lícitos. E, nessa medida, toda a sua argumentação é coerente e fundamentada. Contudo importa ter em conta que a letra da lei não pode ser ultrapassada apenas com base em exigências de política criminal e ainda que não é apenas esse o interesse protegido com esta incriminação. Se o legislador coloca a expressão com *o fim,* este fim é o dolo específico que afasta a mera conformação e importa ao agente uma maior energia criminosa de ofensa, por um lado. Por outro lado, o interesse tutelado não é só garantir a perda de vantagens com a prática de crimes mas também a realização da justiça. Se assim não fosse não se compreenderia o disposto no número 9 da descrição do branqueamento de capitais que funciona como um forma de auxílio na investigação dos crimes precedentes. Assim, o agente tem de ter esse *animus*: dissimular as vantagens ou dificultar a perseguição dos agentes dos seus crimes precedentes.

Outra questão de extrema relevância são as condutas descritas no número 3. Analisando-as com maior acuidade de imediato se depreende que acabam por consistir na transformação dos casos de mera participação das condutas do n.º 2, em casos de autoria, permitindo que se alargue a tutela penal pois, transforma a cumplicidade e a instigação em condutas tipicamente determinadas como de autoria mas objetivamente de participação. Além disso não podemos deixar de relacionar este n.º 3 com a lei 25/2008, de 05 de junho, atualmente revogada pela lei 83/2017, de 18 de agosto. Conforme já nos pronunciamos e melhor aprofundaremos ainda neste trabalho, esta lei surgiu de forma a garantir uma transparência nas transações financeiras e económicas. E relacionando os deveres que dela constam com as condutas deste número 3, vemo-nos chegados à seguinte conclusão: há certos incumprimentos de certos deveres que se limitam pela censura contraordenacional; há outros que também já merecem a tutela penal e portanto passam a integrar este número; e por fim há certas condutas que podem consistir no incumprimento desses deveres com um propósito ou o fim específico do branqueamento, ou seja, existe uma relação de gravidade de condutas. Há deveres incumpridos, mesmo negligentemente, cuja consequência é o pagamento de uma coima e aqui estamos no âmbito lei de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. Por outro lado há incumprimentos de deveres que correspondem a ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, conhecendo e querendo que as vantagens ou direitos são oriundos de um dos

crimes precedentes e havendo aqui já a prática de um crime de branqueamento do n.º 3. E por fim, há o incumprimento desses deveres com esse conhecimento e com o fim de dissimular a sua origem ilícita ou de evitar a perseguição ou sujeição a julgamento do autor do crime precedente. Estas são as principais condutas branqueadoras.

Assim, atendendo à descrição legal, todas as entidades que estão obrigadas por força da referida lei a cumprir com os catalogados deveres, de forma a prevenir a prática de condutas branqueadoras, se não as cumprirem praticam o crime de branqueamento de capitais nos termos deste número 3 se conhecerem que esse incumprimento origina a ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza desses rendimentos que sabem ter proveniência ilícita. Mesmo a título de mera conformação, o que importa é que saibam que estão a ocultar ou dissimular essa verdadeira natureza. É o que resulta quanto a nós da atual descrição típica. Contudo entendemos que não será esta a melhor solução atendendo aos interesses que o branqueamento de capitais tem por função salvaguardar, pois não se pode descurar o bem jurídico protegido. Quanto a nós o fim da dissimulação da origem ilícita e de evitar a realização da justiça é o que o conforma. Não nos parece ter sido essa a intenção legislativa pela interpretação conjunta deste número 3 e da lei de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. Uma coisa é ter dolo do incumprimento dos deveres constantes dessa mesma lei concretizando as condutas descritas no n.º 3 do artigo 368º -A do CP, outra coisa é saber que se incumpre com esses deveres com o propósito de evitar a responsabilidade criminal de alguém, ou que as vantagens ou produtos de crimes entrem nos mercados lícitos. Seria mais adequado ao fim que a incriminação do branqueamento de capitais pretende prosseguir se o elemento subjetivo especifico também constasse deste mesmo número. Aliás, parece-nos ser essa a interpretação de Paulo Pinto de Albuquerque quando refere a incompatibilidade do dolo eventual em ambos os números determinando que a dissimulação que consta do n.º 3 é pressuposto do conhecimento da proveniência ilícita, determina, necessariamente a concretização desse mesmo fito: evitar que se conheçam as vantagens oriundas de factos ilícitos, ou que se encontrem os seus autores. (Albuquerque, 2008, p.869).

Por fim e em jeito de conclusão na nossa opinião o crime de branqueamento tem uma *ratio legis* sustentada em razões de natureza criminológica quer com base em fatores endógenos quer exógenos. É um crime que muito preocupa o legislador e a comunidade, por força, principalmente da sua danosidade e da sua conexão com outros crimes graves. Assim é um crime comum, doloso, de mera atividade e de perigo abstrato.

A questão que mais controvérsia tem criado na doutrina é referente à verificação do concurso de normas ou de crimes entre os factos típicos ilícitos descritos no n.º 1 do artigo 368º-A do CP e as referidas condutas típicas do branqueamento de capitais. A ela dedicaremos a nossa atenção neste capítulo no ponto seguinte do presente trabalho.

2. Os crimes conexos

Neste ponto começaremos por analisar os crimes precedentes do branqueamento de capitais e a sua relação com este, porque com ele estão conexos por força da lei. São como vimos elementos objetivos do tipo. Todavia a nossa atenção está direcionada em demonstrar a conexão do branqueamento, primordialmente, com dois outros crimes: os crimes informáticos e o terrorismo. A prática demonstra-nos que muitas das vezes os primeiros são um meio de branquear e o branqueamento uma fonte de financiamento do terrorismo, não estão catalogados como precedentes com o seu *nomem iuris*, apesar de o poderem ser por força da cláusula geral do n.º 1 do artigo 368º-A do CP. A sua escolha é determinada pela instrumentalidade e pela relação, infelizmente, quase causal entre uns e outros. Tal como referimos os crimes informáticos ajudam à concretização do branqueamento que muitas vezes serve para financiar o terrorismo.

Mas comecemos pelo primeiro aspeto. Como já referimos no presente trabalho a grande controvérsia doutrinal, em termos dogmáticos no crime de branqueamento de capitais gira em torno da sustentação de que ou há um concurso real ou de crimes entre o branqueamento de capitais e os crimes precedentes ou há um mero concurso de normas, principalmente quando o agente é o mesmo nos dois tipos de ilícito. Tal controvérsia tem por base uma das traves mestras do pensamento jurídico-penal: o princípio do *ne bis in idem.*[43] [44]

[43] Previsto no n.º 5, do artigo 29º da nossa Lei Fundamental que, em termos típicos, estabelece que ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pelo mesmo facto mas que dele se pode retirar uma outra ilação o mesmo facto não pode ser duplamente valorado pelo tribunal.

[44] A problemática do concurso de crime e de normas tem a sua base legal no artigo 30º do CP, onde se procura distinguir os diferentes concursos. O concurso efetivo ou concurso crimes, ou o concurso aparente ou de normas. O primeiro pode assumir duas modalidades: concurso de crime real quando o agente pratica vários atos que preenchem autonomamente vários crimes ou várias vezes o mesmo crime (pluralidade de ações) e é ideal quando através de uma mesma ação se violam normas penais ou a mesma norma repetidas vezes (unidade de Acão). No concurso aparente ou de normas, como o próprio nome indica as leis penais concorrem só na aparência, excluindo umas as outras, segundo regras de especialidade, subsidiariedade, alternatividade ou consumpção. O critério operativo de distinção entre categorias reverte ao bem jurídico e à concreta definição que esteja subjacente relativamente a cada tipo de crime. Como se pode depreender é de enorme importância aferir da existência ou não de um concurso de normas ou de crimes, pois tal distinção

Vejamos as principais posições e por fim daremos a nossa opinião.

Jorge Godinho levanta a questão de saber se se pode punir em concurso real o crime de branqueamento e o crime precedente quando o seu autor é o mesmo. Em suas palavras: "Das múltiplas questões ventiladas nos últimos anos na doutrina e na jurisprudência sobre a realidade assaz complexa que é o crime de branqueamento de capitais, uma das que mais tinta fez correr é a de saber se um agente pode e deve ser condenado pela prática de um crime de que obteve vantagens económicas ou financeiras (dito *principal ou precedente*) e, em acumulação ou concurso efectivo, pelo crime (*hoc sensu, secundário ou subsequente*) de branqueamento das vantagens resultantes dessa mesma infracção, tendente a dissimular a sua origem ilícita, uma situação por vezes denominada de «auto-branqueamento»." (Godinho, 2010, p.363). Apesar de a lei ser clara admitindo a punibilidade do branqueamento mesmo quando o agente é o mesmo do crime precedente[45], apesar de existir o acórdão de uniformização de jurisprudência de onde resulta a não consunção, o referido autor entende que desde logo o fundamento da pluralidade de bens jurídicos não é suficiente na determinação da verificação do concurso real mas, deve antes atender-se às razões de natureza axiológica e de politica-criminal. Nas palavras do autor: "Com efeito, num concurso plurinormativo a constatação da diversidade dos bens jurídicos protegidos pelas normas convocadas ao caso concreto não suprime a questão de saber se tais normas estarão ou não interligadas entre si, por forma a apurar a «unidade de sentido do acontecimento ilícito globalfinal» de que fala FIGUEIREDO DIAS." E acrescenta "Assim, deve ser rejeitada a pretensão de resolver o problema atentando apenas na diferenciação de bens jurídicos. Trata-se aí de uma postura de exacerbado normativismo, que situa a análise num plano demasiado abstracto." (Godinho, 2010, pp.382-383). Assim, conclui o autor que deve atender-se a razões dogmáticas que estão na parte especial do CP subjacentes à questão do encobrimento associado ao *iter criminis*, onde se demonstra que a opção do legislador foi outra no que concerne à recetação, ao furto e ao favorecimento. E epiloga afirmando: " (…) uma vez que o

será determinar a punibilidade do agente por um só crime ou por vários, o que pode ter, como tem, graves implicações em termos de aplicação da medida concreta da pena.

[45] Quando no artigo 368º n.º 2 do código penal utiliza a expressão, por si ou por terceiro.

branqueamento de capitais não passa de um crime de favorecimento real (relativo a bens), a todos os títulos análogo ao favorecimento pessoal, porque deveria ser tratado de modo diverso? Não se entende por que razão deveria ser o único caso de facto posterior punível em concurso efectivo, diversamente de casos em tudo paralelos como o homicídio+ocultação de cadáver, o furto+receptação ou a violação+encobrimento, para dar só alguns exemplos." (Idem, 2010, p.394). Assim, e em suma no entendimento de Jorge Godinho não deve haver, em qualquer caso concreto, concurso efetivo entre os crimes precedentes e o crime de branqueamento de capitais quando o agente seja a mesma pessoa.

Neste sentido mas com base num substrato diferente encontramos Délio Júnior e Marco Paula, autores que defendem a impossibilidade de punição em concurso real quando o agente dos crimes precedentes é também agente no crime do branqueamento de capitais, por força da inexigibilidade de outro comportamento. Referem: " (…) quando o autor do crime de lavagem de dinheiro for também o executor do crime antecedente, deve ser aplicada a inexigibilidade de conduta diversa para excluir sua culpabilidade com relação ao crime de lavagem de dinheiro". (Júnior & Paula, 2010, p.62). Acrescentam ainda que tal inexigibilidade advém da garantia da proibição da não autoincriminação.[46] Baseando-se na Constituição Federal Brasileira aludem o seguinte: " A explicação do posicionamento já adiantado passa necessariamente pela compreensão do que vem a ser a chamada inexigibilidade de conduta diversa, aproximando-a, em seguida, do direito de não autoincriminação previsto em nossa Constituição Federal". (Idem, 2010, p.63). Parece-nos interessante a forma como os referidos autores criam uma causa de exclusão da culpa de natureza processual penal, pois em bom rigor o que postulam é que a inexigibilidade de outro comportamento que exclui a culpa no branqueamento advém da proibição da autoincriminação. Tal raciocínio e construção é permitido à luz da nossa lei penal substantiva, pois as causas de exclusão da culpa ou da ilicitude podem ter outras fontes de

[46] O denominado princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare.* Que resulta numa das maiores garantias dos investigados atenta a estrutura e o modelo do processo penal português, e os demais de raízes romano germânicas. Ninguém é obrigado a produzir prova contra si próprio. Nenhum indivíduo pode ser obrigado, por qualquer autoridade ou mesmo por um particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração ou dado ou objeto ou prova que o incrimine direta ou indiretamente. Temática que analisaremos com maior pormenor no capítulo II, ponto 2, e capítulo III, ponto 4, do presente trabalho.

natureza extra penal ou até mesmo extra-processual penal. [47] Contudo, em nossa opinião, não nos parece que a proibição da autoincriminação possa sempre gerar uma inexigibilidade de outro comportamento pelo agente que não seja o branqueamento de capitais, pois, há condutas praticadas pelo agente do crime precedente que pelo seu maior desvalor da ação merecem a censura do direito e neste sentido devem ser punidas em concurso. Não é indiferente para a comunidade, o Homem Médio, o agente que trafica estupefacientes e oculta sem mais os proveitos do mesmo ou os despende em bens materiais para seu uso e fruição, daquele que trafica estupefacientes e cria entidades jurídicas fictícias ou procede a operações financeiras de forma a poder colocar o proveito do seu crime em circulação no mercado. Há, como é evidente, um diferente e autónomo juízo de censura o qual não poderá legitimar que essa conduta não seja exigível ao agente. Muito pelo contrário, a prática desse comportamento posterior gera um outro juízo de censurabilidade ou perversidade que impede o funcionamento da inexigibilidade do comportamento lícito alternativo. Caso assim não fosse, qualquer outro crime praticado pelo agente, conexo com um antecedente, nunca poderia ser punido, o que dogmaticamente não pode acontecer pois os juízos de culpa são autónomos e o segundo é ainda mais grave. Mais, parece-nos que os autores confundem as causas de exclusão da culpa, cuja sede em termos da teoria da infração criminal, é analisada em sede de culpa, com a proibição da autoincriminação, que a ter relevância no nosso entender, na dogmática penal será apenas na punibilidade. O direito do arguido a não ter de colaborar com a investigação autoincriminando-se não determina que tal conduta não esteja sujeita a um juízo de reprovação ético-jurídica. Em bom rigor, no nosso entendimento, o princípio do *nemo*

[47] Atenta ao princípio da intervenção mínima do direito penal é possível encontramos causas de exclusão da ilicitude ou da culpa noutros ramos de direito ou até criar uma causa de exclusão supra legal (nesta última hipótese com muita mais cautela e rigor no preenchimento dos seus fundamentos, sob pena de o interprete se substituir ao legislador). Assim, nos determina o referido princípio com referências constitucionais e que tem a sua consagração no artigo 31º, n.1, do CP onde se consagra: O facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída da **ordem jurídica considerada na sua globalidade**. E o n.º 2 que começa com a palavra nomeadamente. Negrito nosso. É também o que se verifica nos meios de obtenção de prova descritos no CPP que não são mais do que causas de exclusão da ilicitude ou da culpa de natureza processuais penais, pois todos eles são em abstrato crime, todavia não são puníveis se respeitado o regime da o processo penal probatório. Dedicaremos mais atenção a esta temática no capítulo II do presente trabalho.

tenetur se ipsum accusare existe também por razões mais pragmáticas do procedimento penal e com acento nos ditames constitucionais.[48]

Na mesma corrente de pensamento estão também Paulo Sousa Mendes, Sónia Reis e António Miranda. Estes autores entendem que existe um mero concurso aparente ou de normas entre os crimes precedentes quando o agente é o mesmo com base também na proibição da sua autoincriminação. A análise detém-se com maior pormenor no crime precedente de corrupção, em especial na dissimulação dos pagamentos do agente da corrupção ativa aos funcionários e equiparados. Apesar de ter este foco, depreendemos do seu texto que os autores são da opinião que se verifica a consunção entre o crime precedente e o branqueamento quando o agente for o mesmo, independentemente do crime precedente em causa. Em suas palavras:" Mas o concurso que intercede entre o branqueamento e o crime subjacente só pode ser aparente ou de normas. (…) o concurso aparente é imposto pela circunstância de o branqueamento ser um crime de conexão, o que faz com que seja consumido pelo crime subjacente". (Mendes, Reis, & Miranda, 2008, p.805).

Em sentido oposto encontramos várias vozes entre elas Pedro Caeiro e o já referido Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 13 de 2007. Mas não exatamente concordantes. Segundo o referido autor, " Perante o direito português vigente, não temos dúvidas em afirmar que o autor do facto precedente pode ser autor do crime de branqueamento, já porque a norma não delimita um específico círculo de autores, já porque a comparação com a formulação de outros tipos que supõe a prática prévia de uma infração (paradigmaticamente a receptação, o auxilio material e o favorecimento pessoal), leva a concluir, *a contrario,* que o legislador não pretendeu excluir do tipo de branqueamento as condutas praticadas pelo autor do facto precedente." (Caeiro, 2010a, p.427). Este autor, *grosso modo*, entende que a conduta de branqueamento não se inclui na censura do facto precedente e nessa medida há um concurso efetivo de crimes. Só não existirá, havendo consunção, quando ao agente do crime precedente se limitar utilizar ou deter as vantagens

[48] Conforme já referimos dedicaremos mais atenção e justificaremos esta afirmação no capítulo II, ponto 2, do presente trabalho.

ou produtos do crime. Invoca ainda que " (…) a concreta conduta do autor do facto precedente, preenchendo embora o tipo legal do branqueamento, corresponda apenas a uma utilização ou aproveitamento normal das vantagens obtidas (…)." (Caeiro, 2012, p.431). Parece-nos ser uma argumentação arrebatadora, pois apesar do critério da pluralidade ou diversidade de bem jurídicos não ser argumento suficiente para que se possa concluir pelo concurso real ou efetivo, certo é que a punibilidade em concurso de normas pressupõe um juízo de censura semelhante entre o facto anterior e posterior, numa espécie de "facto posterior não punível". Porque não é exigível ao agente a não realização dessa conduta, ou melhor, não é expectável que não a realize. O crime de branqueamento tem em vista isso mesmo: evitar a realização dessa conduta posterior. Este é um dos fundamentos da sua incriminação. Não é aceitável que se considere que a comunidade reage de forma idêntica, em termos de juízos de reprovação ético-jurídicas, se o agente do crime, por exemplo de corrupção ativa, depois deposita o valor obtido com esse proveito numa conta *off shore* para que se lhe perca o rasto, ou aquele agente que pratica o mesmo crime e nada faz com o seu proveito limitando-se a depositá-lo numa conta bancária. [49] Sobre este aspeto Pedro Caeiro, em comentário ao referido acórdão de fixação de jurisprudência, vai mais longe afirmando que tais condutas nem sequer chegam a preencher os elementos do branqueamento de capitais, sendo atípicas, mesmo que próximas dos conceitos linguísticos constantes na descrição típica do branqueamento de capitais, bastando que se considere que se trata: " ainda de um prolongamento do facto anterior socialmente tido como "normal", não criando um perigo particular para a pretensão do Estado à detecção e apreensão do objecto furtado." (Caeiro, 2010b, p.199). Nesta expressão o referido autor utiliza como exemplo o crime precedente de furto qualificado de um automóvel em que o seu agente se limita a esconder o automóvel numa garagem tapando-o com uma lona. Aqui há um comportamento expectável por parte do agente e assim, ainda não integrador no

[49] Sobre os esquemas e formas de utilização dos paraísos fiscais e o *trading* nas compras vide Rui Miguel Gonçalves. Este autor esquematiza de forma clara o que não pode nunca ser considerado uma fruição normal mas antes um engenho muito apurado e complexo para a efetivar a lavagem do capital. Com referência ao crime precedente de fraude fiscal, quando cometido através de faturas falsas, o referido autor apresenta esquemas de onde é percetível, de forma mais elementar, como operam os esquemas de *trading* nas compras e nas vendas (Gonçalves, 2007, pp. 26-40).

juízo de reprovação ético-social constante do branqueamento de capitais. O que o autor conclui é que não se pode retirar a impossibilidade de consunção entre o facto precedente e o branqueamento de capitais " (…) porque se trata sempre de um *problema do caso*, insusceptível de uma decisão abstracta por via da interpretação dos tipos legais e, portante subtraído aos poderes que permitem ao Supremo Tribunal de Justiça fixar jurisprudência. (…)." (Idem, 2010b, p.203).

João Andrade, em sentindo similar, entende que a tal utilização normal pelo agente dos proveitos do crime precedente não se coloca sequer em sede de concurso de normas, porque o agente não pratica nenhuma das condutas descritas no tipo incriminador do branqueamento. Não há qualquer concurso devendo o agente ser punido apenas pelo crime precedente. Nas palavras do autor:" (…) *se se configurar como simples propósito de garantir a fruição normal do produto do crime precedente*, afasta desde logo, segundo pensamos, a possibilidade de se poder pretender convocar o crime de branqueamento para o problema da unidade e pluralidade de crimes. Não estará, pois, em causa uma relação de consunção, mas um efectivo *não preenchimento* do crime de branqueamento." (Andrade, 2010, p.312). Em nossa opinião essa fruição *normal* dos produtos do crime, não obstante poder não ser censurável, corresponde à prática de atos de execução do crime de branqueamento, em especial os que constam do n.º 3 do artigo 368º-A, pelo que o crime foi praticado podendo é verificar-se uma exclusão da culpa do agente por inexistência do *plus* de censurabilidade que o branqueamento exige pelo facto de ser expectável, atendendo à normalidade do acontecer, a realização dessas condutas.

Germano Marques da Silva tem o mesmo entendimento que consta do referido acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, defendendo que quando o agente do crime precedente seja o mesmo do branqueamento de capitais há um concurso efetivo de crimes, pelo facto dos crimes precedentes protegerem bens jurídicos diferentes do crime de branqueamento. Escreve o autor o seguinte: " É a dupla violação de bens jurídicos que justifica que o agente seja também punível pelo aproveitamento das vantagens produzidas pelo crime subjacente por ele próprio perpetrado; trata-se de lesão de um outro bem jurídico – a realização da justiça- e não apenas do aproveitamento das vantagens do crime subjacente." (Silva, 2010, pp.248-249).

Como já oportunamente nos pronunciamos, e na esteira de outros autores também por nós citados, parece-nos que o argumento de se protegerem, com as diferentes incriminações, bens jurídicos diversos é insuficiente para a determinação do concurso real

ou de crimes. O importante e determinante é o grau de censura que se emite aos dois comportamentos criminosos e a relação de instrumentalidade entre uns e outros. Sendo certo que esta relação no branqueamento existe sempre, o critério não poder ser apenas e tão só a tutela de bens jurídicos diferentes mas também, e principalmente, os juízos de reprovação ético jurídica serem diferentes e na conduta do branqueamento terem um maior desvalor. Nas palavras de Pedro Caeiro: " (…) a repressão do branqueamento justifica-se, não pelo fim visado com as condutas – a conservação das vantagens ilicitamente obtidas, em detrimento da pretensão estadual – mas sim, e apenas, pelo modo particularmente eficiente (e, portanto, perigoso) de o atingir, ínsito nas condutas branqueadoras." (Caeiro, 2003a, p.1107).

Fernando Torrão tem posição ligeiramente distinta. Aliás, na perspetiva do autor é possível, em alguns casos, punir o *autobranqueamento* por razões de política criminal face à nova sociedade. Em suas palavras refere: "Uma tendência intermédia (neoliberal?) que admita a punibilidade do *autobranqueamento* cingida a certos casos, quais sejam, os que, do ponto de vista político-criminal, impliquem, em concreto, uma premente reação punitiva, afigura-se a melhor perspetiva político-criminal neste problema. O que nos remete para o tema do concurso (efetivo e aparente) de crimes." (Torrão, 2016, p.9). Em rigor, segundo este autor, a determinação da punibilidade do *autobranqueamento* depende do concurso de normas mas atendendo a duas configurações distintas: " (…) dever-se-á, todavia, discernir duas constelações de casos inseridas em duas modalidades de consunção (1) situações em que, com recurso ao elemento gramatical de interpretação das normas, a previsão normativa de um tipo legal de crime abrange outro tipo legal (v.g., relação entre roubo e furto, entre roubo e ofensa à integridade física ou entre furto qualificado, por referência ao arrombamento nos termos do artigo 204.º, n.º 2, e) da CP, e dano); (2) casos em que o elemento gramatical não indicia relação de concurso aparente (de consunção), mas em que o desvalor concreto da prática de um crime é suscetível de levar à perda de relevância (concreta) de um outro subsequente pelo mesmo agente (por exemplo, a relação entre homicídio e ocultação de cadáver ou entre furto e dano em casos em que o dano não é instrumental do furto, mas uma sua consequência normal por se tratar, a coisa móvel subtraída, de bem consumível). Em ambas as constelações de casos (e diferentemente do que se passa nas situações de "unidade de lei"), a concreta valoração criminológica dos factos é fundamental para que o sentido lógico da interpretação das previsões normativas dos tipos legais de crime os relacione em consunção. Só que em (1), o elemento gramatical

das previsões normativas já as aproxima (ao jeito da "unidade de lei") e em (2), não." (Torrão, 2016, p.34). Assim, na ótica de Fernando Torrão a punibilidade em concurso real vai depender de um crivo prévio que é o concurso de normas mas, mesmo neste âmbito, a sua determinação tem de ser aferida atendendo às exigências de política-criminal que neste crime em especial se fazem sentir. Ou seja, o concurso de normas é determinante para aferir da possibilidade de punir o *autobranqueameto*, todavia tal determinação da existência ou não do concurso de normas, principalmente no âmbito da consunção impura, não se pode afastar das exigências de politica-criminal que hoje se fazem sentir no que concerne ao crime de branqueamento de capitais. Assim, se a exigência se verifica, não há consunção e há concurso real ou concurso de crimes podendo-se punir o agente que pratica o crime precedente e o crime de branqueamento de capitais.

Em sentido diferente encontramos André Lamas Leite. Segundo este autor não se pode concluir que exista sempre concurso real entre os crimes precedentes e o branqueamento de capital. Tal construção será violadora de forma arrebatadora do já por nós referido princípio do *ne bis in idem*. Defende ainda que não serão razões de política criminal que poderão legitimar tal concurso real, pois não há fundamento algum de política criminal que possa violar ditames constitucionais. Assim, tudo terá sempre de ser analisado casuisticamente. O que o autor crítica, e bem no nosso entender, é que se considere que há sempre concurso real. O juízo de responsabilidade criminal tem sempre de ser fundamentado na lei mas sempre com referências às especificidades dos casos concretos. Vejamos as suas palavras: " Consagrar em letra de forma a *obrigação* da existência, *sempre*, de um concurso efetivo entre o branqueamento e o crime antecedente é patrocinar uma linha hermenêutica que viola o *ne bis in idem*, porquanto não devolve ao aplicador a possibilidade de, *caso a caso* concluir pela existência ou não de um concurso efetivo. É amarrar o Juiz a uma conclusão de facto e de Direito que, muitas vezes, não tem suporte nas relações de mais e de menos que se estabelecessem entre os tipos legais." (Leite, 2013, p.470). A preocupação do autor, que de facto é bem real e pertinente, resulta da constatação que havendo posições doutrinais e jurisprudenciais que propugnem a existência do concurso real, sem mais os tribunais a determinem sem analisar as especificidades do caso concreto. Numa temática como esta tão sensível e contundente com os direitos fundamentais das pessoas não pode o aplicador da lei partir de premissas gerais e aplicá-las aos seus casos concretos sem antes aferir e atender a equidade que cada um importará. Neste sentido também se encontra a doutrina espanhola que vai ainda mais

longe, ou seja, não limita o concurso de normas quando o agente é o mesmo mas antes atende à normalidade, ou à sua inexistência para permitir aferir da legitimidade de punir o branqueamento. O que importa segundo os autores é incriminar as condutas que permitem que se perca o rasto das vantagens. Conforme refere Julio Villarejo: " (…) trata de contemplar aquellas ganancias provenientes del delito que sean objeto de las correspondientes maniobras financeiras o contables por parte del delincuente, a los efectos de evitar el rastreo de los efectos o instrumentos relacionados com la comisión de la infracción criminal. Precisamente, en la averiguación del rastro del destino que se dio a los bienes o ganancias que la comisión del delito generó puede residir la efevtica aplicación del delito." (Villarejo, 2010, p.275).

Por fim, em nossa opinião, entendemos que é possível haver concurso efetivo ou de crimes entre os crimes precedentes e o branqueamento quando o agente é o mesmo. Não porque se trata de tipos de ilícito que visam proteger bens jurídicos diferentes apenas e tão só mas, principalmente, porque o juízo de reprovação ético-jurídico não se esgota no crime precedente e não se mantêm no crime de branqueamento de capitais. Muito pelo contrário, o juízo de censura aumenta e de forma grave quando o agente para além de praticar um dos crimes precedentes, que o enriquece de forma ilícita, para evitar a sua responsabilidade criminal, branqueia as suas vantagens ou bens para que se perca o seu rasto. E saliente-se que o maior juízo de censura também resulta de novas e fortes exigências de política criminal por força do sentimento de impunidade que a comunidade sente em relação a este crime e por força também do grave perigo que comporta para o mercado financeiro e para a realização da justiça. Conforme refere Fernando Torrão: "Trata-se, ao fim e ao cabo, de interpretar o n.º 2 do artigo 368.º-A do CP com respeito por uma cláusula de inadequação social autónoma, ao menos na parte respeitante ao próprio "autobranqueamento". (Torrão, 2016, p.550). Neste sentido também escreve Jorge Godinho: " A questão de saber se se deve concluir pela existência de um concurso efectivo de crimes analisa-se em termos substanciais ou materiais, em face do significado social do comportamento em apreciação." (Godinho, 2010, p.375). Também Anabela Rodrigues entende, ao abrigo dos diferentes diplomas internacionais e europeus que estão na base da incriminação do branqueamento de capitais, que apesar de não ser inequívoca a orientação de política criminal nesse sentido deverá estar excluído das condutas branqueadoras a mera utilização ou ocultação das vantagens." Só a criminalização das actividades relativamente às quais seja conatural uma especial perigosidade, relacionadas com uma prática criminal

antecedente grave, logra legitimidade como branqueamento punível e, nessa medida, autonomia." (Rodrigues, 2015, p.233).

Todavia parece-nos que o critério da normalidade do seu uso, ou se quisermos a fruição normal do produto do seu crime é um conceito demasiado abstrato e por isso perigoso quando em causa está a lei penal. Ou seja, como se tratará de aferir da possibilidade de punir ou não um agente através de uma das cláusulas de extensão da tipicidade que é o aferir do concurso de normas ou de crimes, deveria existir um critério legal orientador. Não se obedece ao princípio da legalidade da lei penal permitir que o intérprete fixe o critério de normalidade no uso e fruição do produto do crime. Pois, em bom rigor, tal legitimidade é determinar se existe ou não responsabilidade criminal e esta tarefa incumbe ao legislador e não ao intérprete.

Assim, quanto a nós e de forma a tornar mais segura a utilização da lei penal pelo intérprete, deveria criar-se, em sentido inverso, a técnica dos exemplos padrão.[50] Ou seja, criar quadros ou padrões de normalidade de uso do produto do crime pelo agente, onde existiria uma exclusão da sua punibilidade ou da culpa, por lhe ser um facto posterior não punível, ou lhe ser inexigível o comportamento lícito alternativo (ou altamente expectável), e nessa medida não existir responsabilidade criminal por impunibilidade ou

[50] A técnica dos exemplos padrão é critério generalizador enunciado no n.º 2 do artigo 132.º do Código Penal, moldado pelos vários exemplos-padrão constantes das diversas alíneas do n.º 2 desta mesma disposição.
O critério generalizador está traduzido na cláusula geral com a utilização de conceitos indeterminados – a especial censurabilidade ou perversidade do agente; as circunstâncias relativas ao modo de execução do facto ou ao agente são suscetíveis de indiciar a especial censurabilidade ou perversidade e, assim, por esta mediação de referência, preencher e reduzir a indeterminação dos conceitos da cláusula geral.
Sendo elementos constitutivos do tipo de culpa, a verificação de alguma das circunstâncias que definem os exemplos-padrão não significa, por imediata consequência, a realização do tipo especial de culpa e a direta qualificação do crime, como, também por isso mesmo, a não verificação de qualquer dos modelos definidos do tipo de culpa não impede que existam outros elementos e situações que devam ser considerados no mesmo plano de valoração que está pressuposto no crime qualificado e na densificação dos conceitos bem marcados que a lei utiliza. Mas, seja mediada pelas circunstâncias referidas nos exemplos-padrão ou por outros elementos de idêntica dimensão quanto ao desvalor da conduta do agente, o que releva e está pressuposto na qualificação é sempre a manifestação de um especial e acentuado «desvalor de atitude», que traduz e que se traduz na especial censurabilidade ou perversidade. A qualificação enunciada no art.º 132.º do Código Penal supõe, pois, a imputação de um especial e qualificado tipo de culpa, refletido, no plano da atitude do agente, por uma conduta em que se revelem formas de realização do facto especialmente desvaliosas (especial censurabilidade), ou aquelas em que o especial juízo de culpa se fundamenta diretamente na documentação no facto de qualidades da personalidade do agente especialmente desvaliosas. No branqueamento de capitais, a escolha do uso normal dos produtos do crime deveria ser determinada por um padrão comum quer do ponto de vista criminológico ou de exigências de prevenção.

inexigibilidade, admitindo, contudo, que não nos oferece dificuldade argumentativas ou de raciocínio, que se considere que tais condutas sejam atípicas, como alguns dos autores citados defendem. Porém de acordo com a descrição típica atual parece-nos que a melhor solução será esta que apresentamos pois a atipicidade do comportamento não resulta do texto legal. Ao contrário do uso comum desta técnica legislativa consistir no sentido de qualificar o facto praticado pelo agente, por ser revelador, em abstrato, de especial censurabilidade ou perversidade, aqui seria utilizado para determinar condições de não punibilidade ou de exclusão da culpa. Tal critério é por nós defendido não porque não acreditemos e confiemos no douto critério do Homem Médio que o intérprete muito bem usa da sua determinação no caso concreto mas, principalmente, por imposição constitucional, para que a separação de poderes que tão bem caracteriza o nosso Estado de Direito Democrático seja respeitada sempre e de forma exemplar, principalmente quando o instrumento utilizado é a lei penal onde paira a aura da privação da liberdade física das pessoas.

No que concerne à problemática sobre se existe concurso efetivo ou de normas entre os crimes precedentes e o crime de branqueamento de capitais, encontramos várias posições doutrinais especialmente no que diz respeito à fraude fiscal, a que dedicaremos mais atenção e passaremos de seguida à análise dos crimes informáticos e de terrorismo.

No caso especial da fraude fiscal importa desde já fazer referência à posição de Germano Marques da Silva que entende que esta expressão constante nos elementos objetivos do tipo de crime não se refere ao crime de fraude fiscal nos termos em que está qualificado do Regime Geral das Infrações Tributárias (doravante RGIT) mas, atendendo ao elemento histórico, em especial a Convenção de Palermo e a diretiva comunitária de 2001, refere-se a todos os crime tributários.[51] Nas palavras do autor: "O conceito de fraude fiscal usado no artigo 368º-A não coincide com o tipo legal de fraude fiscal que o artigo 103º do Regime Geral das Infracções Tributárias tipifica. O conceito é mais amplo. O elemento histórico aponta claramente neste sentido. O artigo 368º-A do CP é o resultado da transposição pela Lei 11/2004, de 27 de março, da Directiva 2001/97/CE, do Parlamento e

[51] Instrumentos internacionais e comunitários referidos no capítulo I, no ponto 1, do presente trabalho.

do Conselho, de 4 de dezembro de 2001. Para a sua interpretação, importa, por isso, ter presente a referida Directiva." (Silva, 2010, p.242). Não partilhamos desta opinião, pois é certo que o elemento histórico é um instrumento muito importante na hermenêutica jurídica,[52] mas também é certo que as fontes internacionais do crime de branqueamento apontam no sentido de abranger outros crimes tributários que não apenas a fraude fiscal.[53] Todavia, no nosso entendimento, não é necessário estender a letra da lei penal para adequá-la ao seu espírito.[54] O nosso legislador consegue essa adequação com a cláusula geral constante no n.º 1 do artigo 368º-A da CP, em que tais crimes já são abrangidos pela tipicidade legal. Cláusula a que o autor também faz referência no seu texto e, por isso não compreendemos porquê não incluir todos os crimes tributários mas apenas os que não sejam a burla tributária ou os crimes de contrabando. O próprio autor o refere com clareza. Ouçamo-lo:" Acrescentemos ainda que outros factos típicos penais tributários,

[52] Como sabemos a interpretação da lei em geral e da lei penal em especial socorre-se de vários elementos: o elemento literal, o elemento histórico, o elemento sistemático e o elemento racional ou teleológico. Todos devem ser usados de forma harmoniosa e não separadamente, pois todos poderão ajudar o intérprete na determinação do verdadeiro alcance e sentido da norma jurídica. O elemento histórico corresponde à história da lei, ou seja, trabalhos preparatórios, elementos do preâmbulo ou relatório da lei e as circunstâncias sociais ou políticas e económicas em que a lei foi elaborada. Sendo de este elemento que se socorre o autor para fundamentar a interpretação extensiva do n.º 1 do artigo 368º- A do nosso código penal.

[53] Sendo este, de facto, o conteúdo do elemento histórico desta norma.

[54] Não porque a interpretação extensiva da lei penal seja proibida mas, apesar de tudo, deve ser evitada atendendo a privação da liberdade que paira sobre a tipicidade penal. Assim, devemos sempre interpretar o elemento literal da norma penal para que consigamos obter a sua *ratio.* E assim se respeitam as características que a lei penal deve ter por força do princípio da legalidade, em especial a necessidade de esta ser uma lei expressa, clara e precisa. Sobre o âmbito da admissibilidade da interpretação extensiva da lei penal vide por todos Figueiredo Dias. Em suas palavras: " (…) o legislador penal é obrigado a exprimir-se através de *palavras*; as quais todavia nem sempre possuem um único sentido, mas pelo contrário se apresentam quase sempre *polissémicas*. Por isso o texto legal se torna carente de interpretação (e neste sentido, atenta a primazia da *teleologia* legal, de concretização, complementação ou desenvolvimento judicial), oferecendo as *palavras* que o compõem, segundo o seu sentido *comum e literal*, um *quadro* (e portanto uma *pluralidade*) de *significações* dentro do qual o aplicador da lei se pode mover e pode optar sem ultrapassar os limites legítimos da interpretação. Fora deste quadro, sob não importa que argumento, o aplicador encontra-se inserido já no domínio da **analogia proibida**." (Dias, 2007, p.188). Posição doutrinal seguida pela jurisprudência nacional dominante a título exemplificativo o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09/05/1991 cujo sumário refere: "A impossibilidade de interpretação extensiva, que constava da 2 parte do artigo 18 do Código Penal de 1886, não consta agora de qualquer preceito da lei, pelo que só a interpretação analógica esta vedada."
Disponível em:
http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a55bb070adea8ab3802568fc003a1e57?OpenDocument.

nomeadamente p.p. em legislação avulsa, o que sucede com bens sujeitos a impostos especiais, podem constituir também infrações subjacentes ao crime de branqueamento, desde que puníveis com pena de prisão com o limite mínimo superior a 6 meses ou o limite máximo superior a 5 anos". (Silva, 2010, p.243). Se é uma cláusula geral, é aplicável a todos os crimes, independentemente da sua natureza ou bem jurídico que protejam, basta que sejam punidos com uma pena de prisão no seu mínimo superior a 6 meses e máximo superior a 5 anos. O legislador tem exatamente esse propósito, não distinguir a natureza ou axiologia do facto, mas legitimar que caibam no conceito de crimes precedentes do branqueamento, todos os que obedeçam ao referido critério quantitativo. Premissa a que todos os crimes tributários obedecem.

Já não tem este entendimento Jorge dos Reis Bravo. Para este autor, a expressão fraude fiscal corresponde aos artigos 103º e 104º do RGIT.O referido autor divide os crimes precedentes em 3 grandes grupos e a fraude fiscal estará dentro do seu segundo grupo mas no seu conceito positivo-legalista. (Bravo, 2010, p.362-363). Neste seu escrito, o autor traz à colação uma discussão muito interessante, na nossa ótica, do ponto de vista dogmático. Ou seja, o crime de branqueamento de capitais, da forma como está descrito na lei, apenas exige que os crimes precedentes sejam factos ilícitos típicos - é essa a exata expressão do legislador - o que legitima que mesmo que se verifique uma causa de exclusão da culpa ou da punibilidade em relação a um dos crimes precedentes não deixa de se verificar a punibilidade por branqueamento. Ora estas exclusões da responsabilidade têm uma importância acrescida quando estamos perante o crime de fraude fiscal pois, neste crime o legislador exige uma condição objetiva de punibilidade que corresponde ao valor de 15.000,00€ (quinze mil euros).[55] Desde logo significa que deixam de ser punidas todas as fraudes cuja vantagem patrimonial não atinja esse valor, passando a ser valorado no âmbito do direito administrativo de caracter sancionatório: as contraordenações. Mas tal exclusão da punibilidade da fraude fiscal segundo a letra da lei do crime de branqueamento não impede que este seja punível. Não é essa a posição do referido autor, pois em sua ótica

[55] Quando no n.º 2 do artigo 103º do RGIT se diz: *Os factos previstos nos números anteriores não são puníveis se a vantagem patrimonial ilegítima for inferior a (euro) 15000.*

não faz sentido excluir-se do âmbito da tutela penal em termos tributários e passar a ser relevante para o crime de branqueamento. Nas palavras do autor: " Numa tal circunstância, tendo em conta que, aí, o legislador pretendeu deixar de perseguir penalmente essa conduta – e passando-se, assim, uma descriminalização da mesma, cremos que seria insustentável pugnar pela manutenção da criminalização de qualquer conduta de branqueamento subsequente àquela". (Bravo, 2010, p.366).[56] No que ao concurso diz respeito, este autor entende que há concurso efetivo entre a fraude fiscal e o branqueamento, pela diferença de bens jurídicos tutelados.

No nosso entender, é certo que sem a verificação da condição objetiva de punibilidade o crime precedente deixou de se poder punir mas, também é certo que o branqueamento de capitais protege um diferente bem jurídico da fraude fiscal, e mesmo que este crime não possa ser punido, por razões objetivas, parece-nos ter sido a intenção do legislador português e internacional, que se continue a poder punir o branqueamento de capitais. Tudo dependerá da necessidade de proteção do bem jurídico. Ou seja, na linha de pensamento de Pedro Caeiro, o bem jurídico do branqueamento de capitais não se reduz à intenção do Estado em evitar a conservação ou fruição das vantagens obtidas com o crime precedente mas, antes, à forma como o agente atua evitando ou dificultando que o Estado as encontre ou persiga o crime precedente. *A pureza da circulação dos bens e na administração da justiça*. E nessa medida a punibilidade do crime de branqueamento vai depender, não da punibilidade do crime precedente sem mais, mas antes da eficácia das condutas branqueadoras que impeçam a perseguição do crime ou perdas das suas

[56] O autor trata ainda no âmbito da relação entre a fraude fiscal e o branqueamento uma outra questão bastante pertinente: a prejudicialidade (no âmbito da temática da questão prévia prejudicial em processo penal) da questão tributária em relação aos crimes da mesma natureza, em especial a fraude fiscal, e a sua repercussão no crime de branqueamento, com especial incidência na questão da prescrição e a sua suspensão no âmbito do processo penal tributário Apesar, como referimos, da pertinência da questão não a iremos aprofundar sob pena de fugirmos do foco do nosso trabalho. Contudo não podemos deixar de referir que enquanto persistir a possibilidade de punibilidade do crime precedente, seja ao nível dogmático, seja ao nível processual penal, parece-nos que se mantêm as condições de punibilidade do crime de branqueamento. É esta também a linha de pensamento de Jorge dos Reis Bravo. Em suas palavras a título conclusivo: " Ao analisarmos as implicações que poderiam surgir a propósito das interferências entre o crime de fraude fiscal e o crime de branqueamento no cruzamento com as hipóteses facultadas pelo regime da suspensão do processo penal fiscal, por efeito obrigatório do regime consignado nos artigos 42º e 47º do RGIT, mormente em sede de regime [suspensão da] prescrição do procedimento criminal, conclui-se pela assimilação a tal regime do crime de branqueamento." (Bravo, 2010, p.379).

vantagens ou a própria expectativa do Estado nesse fim. Conforme refere: " (…) as vantagens deixam de ser tipicamente relevante no momento em que prescreve o procedimento pelo crime precedente, pois aí extingue-se concomitantemente a pretensão estadual protegida, dado que o estado não mais pode aspirar a decretar a perda das mesmas." (Caeiro, 2003a, p.1123). Para o autor referido a possibilidade de punir o branqueamento de capitais com a prescrição do crime precedente apenas acontece no âmbito da tentativa impossível.

Por outro lado, para aferirmos se há concurso efetivo ou concurso de normas entre o branqueamento e a fraude fiscal é desde logo importante ter em conta que para se poder falar em concurso de normas ou de crimes necessário é que este se encontre consumado. Assim é importante sabermos quando o crime de fraude fiscal se encontra consumado e só depois aferir da sua relação com o branqueamento. Parece, numa primeira análise, ser uma questão despicienda mas, de facto, não o é, pois, em muitas vezes se apercebe da referida confusão[57]. Se confundirmos atos preparatórios do crime de fraude fiscal com a sua consumação estaremos a legitimar a punibilidade do branqueamento quando o crime precedente não existe. A este propósito escreve Laureano Gonçalves realçando a premente importância de determinar o *tempus delictii* do crime de fraude fiscal de forma a determinar a sua consumação e de seguida aferir da existência do branqueamento. Nas palavras do autor:" Importa, por isso, desde já situar o *"tempus delicti"* do crime de fraude fiscal, como crime precedente do crime de Branqueamento, para bem delimitar um e outro e não correr o risco de tudo confundir, para tortura, por mais ou menos tempo, de arguidos inocentes". (Gonçalves, 2014, p.208). E, neste sentido, invoca o autor que muitas decisões judiciais e do Ministério Público (doravante MP), erradamente, determinam a prescrição do branqueamento por efeito da prescrição da fraude fiscal quando em bom rigor nem sequer o crime de fraude fiscal se verificou.[58] O crime de branqueamento tem de ser

[57] Principalmente vozes jurisprudenciais. A título de exemplo o acórdão da Relação de Lisboa de 18/07/2013. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/801de67a3093577580257be9003309a3?OpenDocument

[58] No que diz respeito ao momento da consumação do crime de fraude fiscal, vide por todos Germano Marques da Silva que, na sua obra refere de forma assertiva e, quanto a nós brilhante, que o crime de fraude

posterior ao seu crime precedente. Parece um pleonasmo da nossa parte mas não o é. Queremos é realçar a importância da demonstração probatória da consumação do crime precedente para que depois possa ser punido o branqueamento de capitais. O intuito de punir branqueamento pode levar a graves atropelos.

De forma a aferirmos se existe concurso real ou concurso de normas é premente determinar os bens jurídicos de cada crime. Todavia não bastará serem diferentes para, sem mais, concluirmos que há concurso real.[59] Quanto a nós, conforme já referimos antes, para além da diferença de bens jurídicos importa ainda ter em consideração que o branqueamento terá de ter um maior desvalor de ação, ou seja, apesar de este ser um crime de *2º grau* [60] não deixa de ser um crime autónomo do seu crime precedente. É essa a *ratio* do legislador e, como vimos, resultante também do seu elemento histórico. Conforme já analisamos supra, a maior parte da doutrina entende haver concurso real mesmo quando o agente seja o mesmo, o que por maioria de razão, se o agente for diferente o concurso real é inequívoco. O que a vozes doutrinais trazem são problemas dogmáticos que se podem colocar na relação entre estes dois crimes. Algumas, já por nós afloradas no presente trabalho, em especial a exclusão da punibilidade da fraude fiscal, por força do valor, determinarão, segundo alguns autores, a impossibilidade de se punir também o branqueamento.

Parece-nos claro que o crime precedente basta preencher a dogmática até à ilicitude, sendo os demais pressupostos indiferentes para a punibilidade do branqueamento, pela expressão, *factos ilícitos típicos.* Podemos não concordar com esta solução, mas é o que resulta do texto legal, ao qual devemos total obediência por força do princípio da legalidade penal. Assim as causas de exclusão da culpa ou da punibilidade do crime

---

fiscal, não obstante ser um crime de perigo abstrato só se consuma no momento em que, não obstante condutas preparatórias do agente, como negócios simulados ou faturas falsas, o contribuinte utilize tal engenho em declarações a apresentar à autoridade tributária no prazo que a lei estabelece. Em suas palavras: " O crime consuma-se no momento em que a conduta se esgota e esgota-se no termo do prazo para a apresentação da declaração á administração tributária, nos termos da legislação aplicável." (Silva, 2009, p.232).

[59] Ao contrário do que resulta do já referido acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, uniformizador de jurisprudência já por nos referido supra.

[60] Expressão de Faria Costa. " (…) a actividade de branqueamento é ela já uma criminalidade derivada, de 2º grau ou induzida." (Costa, 1992a, p.69).

precedente não podem afetar a punibilidade do crime de branqueamento. Diferente de exclusão de culpa e condições de punibilidade é a prescrição do crime precedente, conforme já referimos e citamos Pedro Caeiro. Aqui o fenómeno é semelhante à inexistência de legitimidade punitiva por parte do Estado e assim, semelhante a uma descriminalização. Conforme refere Pedro Silva "O decurso do tempo caracterizador da prescrição faz com que a intervenção do direito penal, para além de inútil e ineficaz, careça de fundamento (do fundamento legitimador da sua intervenção). Já não existe bem jurídico digno de pena violado carente de punição." (Silva P., 2015, p.64). Assim, prescrito o crime precedente não é punível o branqueamento de capitais por ilegitimidade da intervenção penal por parte do Estado.

Outra questão que se coloca no que concerne aos crimes conexos com o branqueamento é o conteúdo do número 4 do artigo 368º-A da CP, que já afloramos no âmbito da determinação do tipo subjetivo desta incriminação. Antes da recente alteração deste tipo de ilícito, operada com a lei 83/2017, de 18 de agosto, o n.º 4 do artigo 368º-A dispunha o seguinte: *A punição pelos crimes previstos nos n.ºs 2 e 3 tem lugar ainda que os factos que integram a infracção subjacente tenham sido praticados fora do território nacional, ou ainda que se ignore o local da prática do facto ou a identidade dos seus autores*. Hoje a redação é um pouco diferente, de modo a responder às críticas que que faziam sentir, mas que, quanto a nós, ainda subsistem, descrevendo-se: *A punição pelos crimes previstos nos n.os 2 e 3 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* Ambas versões deste dispositivo legal têm como consequência permitir a punibilidade do branqueamento mesmo que não se consiga com rigor determinar a origem e o agente do crime precedente. Como se referiu, esta condição de admissibilidade de punibilidade, verifica-se em todos os crime precedentes todavia, quanto a nós, a mesma será mais comum em alguns dos crime precedentes do que em outros, mas é transversal a todos. É de facto uma forma de extensão da tutela penal, pois vai permitir que se punam as condutas branqueadoras mesmo que se desconheça onde e quem praticou o crime que está nas suas origens. O legislador apesar de determinar a conexão entre o branqueamento e os seus crimes anteriores, quer de tal forma autonomiza-lo e permitir a sua punibilidade que prescinde da demonstração adjetiva de dois

pressupostos fundamentais da teoria da responsabilidade criminal: o lugar da prática do facto e quem foi o seu agente. Desde logo, esta disposição tem implicações processuais muito importantes, na medida em que permitirá ao MP acusar sem haver sustentação probatória no que concerne aos referidos elementos, bastando-lhe identificar o crime precedente. Que o tem de ser à luz da lei penal portuguesa, ou seja, tem de ser um facto ilícito típico que se encontra descrito no n.º 1 do artigo 368º-A do CP. Neste sentido encontramos Pedro Caeiro o qual escreve o seguinte: " Estabelecido aquele âmbito máximo de protecção, importa saber se basta, ao preenchimento do crime do tipo, que o facto precedente cometido no estrangeiro constituía um "crime" à luz da lei que se considera competente para dele conhecer (nomeadamente, a do país onde foi praticado). E, neste ponto, a resposta não pode deixar de ser negativa: é seguro que o facto precedente cometido no estrangeiro tem de constituir um "crime" abrangido pelos critérios utilizados na nossa norma incriminadora." (Caeiro, 2010a, p.423). Mas será de facto suficiente para admitir a sua punibilidade? Não será necessário demonstrar que há uma relação de causalidade entre o crime precedente e o branqueamento? E sendo necessário, será suficiente apenas a indicação do crime precedente sem mais? Como se deverá proceder em termos probatórios? Todas estas questões referentes às implicações adjetivas na norma sob estudo serão por nós respondidas no capítulo II, ponto 1, do presente trabalho. Contudo, não podemos de imediato deixar de apresentar as preocupações da doutrina quanto a este tema ao nível dogmático.

Conforme já referimos supra a doutrina e jurisprudência têm dedicado mais atenção aos crimes precedentes de fraude fiscal e corrupção e, neste aspeto, também não é exceção. Em especial Jorge dos Reis Bravo que determina que tal norma deve ser interpretada de forma restritiva, ou seja, quando o legislador refere que se ignore quem foi o seu agente deve ser interpretada no sentido de que não se consegue identificar todos os comparticipantes. Nas palavras do autor: " O único sentido útil da expressão será o de interpretar essa norma como dispensando a concreta identificação de todos os comparticipantes ou intervenientes do crime subjacente." (Bravo, 2010, p.367). Pedro Caeiro, quanto a esta temática esclarece de forma pragmática que com o referido dispositivo legal, é intenção do legislador estabelecer que o bem jurídico do crime de branqueamento não se cinge apenas à administração de justiça do Estado Português mas sim à proteção da justiça de qualquer Estado estrangeiro, ao contrário do que resulta da Convenção de Bruxelas.

Parece que o nosso legislador, na sua descrição típica foi mais longe do que aquilo a que estava *obrigado* por força da referida convenção. Refere assim Pedro Caeiro: " (…) importa saber se a lei portuguesa deve tutelar, contra o branqueamento, a realização da justiça de *todo e qualquer Estado,* como sugere a amplitude da norma interna." (Caeiro, 2010a, p.422). E conclui dizendo:" (...) o tipo do branqueamento de capitais abrange *apenas* as vantagens provenientes de " crimes" que caiam sob a competência da lei penal dos Estados Partes na *ConvBR* (aí se incluindo, naturalmente, o próprio Estado Português), não sendo todavia necessário que essa lei considere tais " crimes" como factos precedentes relevantes no *seu* tipo legal de branqueamento. Fora deste âmbito, inexiste um bem jurídico digno de protecção." (Idem, 2010a, p.422). E refere, ainda, que a competência da lei penal portuguesa nessa punição vai depender sempre da legitimidade que a lei penal portuguesa tem no âmbito da sua aplicação espacial. Ou seja, a possibilidade de punir o branqueamento de capitais quando o crime precedente foi praticado fora do território nacional, vai depender sempre das exigências axiológicas e positivas constantes do artigo 5º do CP,[61] mas tendo sempre bem presente que é a lei penal portuguesa que se aplica e assim apenas a esta compete determinar se o facto precedente é ilícito ou não. Conforme é dito por Pedro Caeiro: " Por último, resta esclarecer que, para estes efeitos, não importa se o facto precedente é considerado pela *lex locci delicti* como relevante para efeitos do crime de branqueamento: esse é um juízo que pertence, por inteiro, à lei portuguesa." (Idem, 2010a, p.422). Mas estando ou não em análise o crime de fraude fiscal e a sua conexão com o branqueamento, certo é que as referidas construções se aplicam independentemente do tipo de crime precedente.

Em nossa opinião não podemos deixar de acompanhar o receio demonstrado pelos autores pela forma como está redigido o n.º 4 do artigo 368º-A do CP, pela extensão exagerada da admissibilidade de punibilidade do branqueamento e também acompanhamos as suas soluções. É certo que a nova redação dada pela recente lei de 2017, veio a esclarecer os limites da punibilidade atendendo a um dos critérios da aplicação da lei penal

[61] Ou seja se estamos perante o princípio da proteção da universalidade; a fraude à lei penal portuguesa; o princípio da proteção dos interesses nacionais; o princípio da nacionalidade activa e passiva e o princípio da administração supletiva da justiça penal. Constantes das diferentes alíneas do n.º 1 do artigo 5º do CP.

portuguesa no espaço contudo, a abertura de punibilidade permanece. Apesar da especificidade do crime de branqueamento que de ponto de vista dogmático carece de alguma adaptação à teoria da infração penal (principalmente pelo fato de ser um crime de conexão ou de *2º grau*) há limites que são inultrapassáveis. Em especial o princípio da legalidade penal e a legitimidade de aplicação da lei penal portuguesa no espaço. Assim, por força desses limites apesar do propósito da referida norma consistir em admitir a punibilidade do branqueamento quando o crime precedente é praticado fora do território nacional, certo é que com ele tem de existir alguma das conexões com a lei penal portuguesa, de forma a legitimar a sua aplicação. E como se constata permitir a sua punibilidade também quando se desconhece quem são os autores do crime precedente, quanto a nós é ultrapassar os limites do próprio tipo legal. Se os crimes precedentes são elementos objetivos do tipo terá, necessariamente, de se determinar pelo menos um dos seus agentes para que se possa estabelecer com alguma segurança que estes estão em conexão com o crime de branqueamento, conexão que legitimará a aplicação da lei penal portuguesa para o crime de branqueamento. A nova redação deste n.º4, remete para o artigo 5º do CP, mas fá-lo de modo muito redutora. Apenas o faz com referência à inexistência de bem jurídico no lugar da prática do facto todavia, no nosso entender, a aplicação da lei portuguesa, nos termos do disposto no artigo 5º, terá de ser o critério legitimador para a punibilidade do branqueamento de capitais quando este, ou os seus crimes precedentes, sejam praticados fora do território nacional.

Revelador, também, da intenção legislativa de alargamento da punibilidade do branqueamento de capitais, é a nova redação no número 5º do artigo 368º-A. Neste aspeto a alteração foi radical. Ou seja, na redação anterior se o crime precedente dependesse de queixa ou acusação particular, e esta não tivesse sido apresentada atempadamente, não era punível o branqueamento de capitais. Hoje, é exatamente o contrário: a natureza processual penal do crime precedente é irrelevante para a (im) punibilidade do branqueamento. O que é revelador de que o que importa é que tenha existido um facto ilícito típico, do catálogo, independentemente da existência da procedibilidade da sua investigação ou julgamento. Mais uma vez, o que importa é a existência de um facto ilícito típico, apenas e tão só. O crime precedente do branqueamento tem apenas de se consubstanciar uma conduta típica e ilícita, prescindindo-se dos demais pressupostos da teoria da infração penal.

Mas foquemos agora a nossa atenção nos crimes informáticos e, de seguida, nos crimes de terrorismo como crimes conexos.

2.1 Dos crimes informáticos.

O título introdutório cumpre-se esclarecer que existe uma relação muito especial entre os crimes informáticos e o financiamento do terrorismo, por força do branqueamento de capitais. Ou seja, os crimes informáticos são um veículo para o branqueamento e este serve para financiar o terrorismo. Assim, nestes crimes a relação com o branqueamento é totalmente diferente da relação deste com os crimes precedentes. Apesar de ambos, quer os crimes informáticos quer o terrorismo, o poderem ser por força da já enunciada cláusula geral constante do n.º1 do artigo 368º -A do CP. Outra característica destes dois crimes que quanto a nós estreitam a sua ligação com o branqueamento de capitais é o seu caracter organizado. Ou seja, normalmente, os crimes informáticos e de terrorismo são praticados por grupos criminosos cujo engenho e astúcia determinam uma maior erudição na prática desses crimes, características que o branqueamento de capitais também comporta. Criminalidade, por conseguinte, com um caracter altamente organizado e violento e por tal também determinante na existência da associação criminosa. Por força desta característica, verifica-se a necessidade de uma cooperação internacional dos Estados não só na sua incriminação mas, principalmente, na sua prevenção e repressão. Assim, a luta contra esta criminalidade está constantemente a ser partilhada pelos diversos Estados a nível global, quer do ponto de vista de cooperação de campo quer ao nível da harmonização do direito material interno de todos os Estados. Não sendo o nosso país uma exceção, muito pelo contrário. Como bem refere a doutrina espanhola, em especial Juan Carlos Ortiz Pradillo, a legislação portuguesa é um exemplo do reforço da necessidade da junção de forças entre os Estados, principalmente ao nível da prova eletrónica ou digital. Em suas palavras: "Quizá ele mejor exponente de legislación adaptada al entorno digital en la persecución criminal y a los instrumentos internacionales establecidos para la cooperacíon judicial en la obtencíon de prueba electrónica sea la legislación portuguesa." (Pradillo, 2012, p.285).

Os crimes informáticos podem ser um meio de se conseguir o branqueamento e este poderá ser uma forma de financiamento do terrorismo.

Hoje quando se fala em crimes informáticos não podemos deixar de ter como referência a lei do *ciber* crime, ou seja, Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro.[62] A referida lei denota uma crescente preocupação na incriminação de comportamentos que até há bem pouco tempo estavam fora da tutela penal, quer por serem completamente impossíveis de ser praticados, ou quer por não existir ainda grande avanço do âmbito da informática. Todavia, como sabemos, a nova sociedade a que nos referimos supra, despoleta também uma evolução vertiginosa da informática e das novas tecnologias que, consequentemente, tem repercussões nas práticas criminosas. E também denota uma grande preocupação na forma como se podem investigar os referidos crimes, trazendo para o direito probatório em processo penal novos e eficazes meios de obtenção de prova que por força da sua relação de instrumentalidade com o branqueamento poderão também ser usados na repressão e investigação deste.[63] Neste sentido, se pronuncia também Armando Ramos. Apesar da sua investigação se centrar na prova digital com referência ao correio eletrónico, considera que a evolução das novas tecnologias se repercute também na forma de cometimento de crimes novos ou os já existentes se apetrecham das vantagens e facilidade que os instrumentos informáticos hoje nos fornecem. Em suas palavras: " O surpreendente desta criminalidade não é tanto a sua forma de atuação, uma vez que também ela se adapta e tira partido das mais recentes tecnologias para seu benefício próprio, mas acima de tudo a sua transnacionalidade e anonimato." (Ramos, 2014, p.83).

---

[62] Que resulta da transposição para a ordem jurídica interna da Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação, e adapta o direito interno à Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa.
Disponível em:
http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/copy_of_anexos/convencao-sobre-o/downloadFile/attachedFile_f0/STE_185.pdf
(consultada em15/12/2016)
A lei do *ciber* crime consagra um regime dogmático que consiste na incriminação dos comportamentos e num regime processual onde se descrevem meios de obtenção e de recolha de prova dos crimes informáticos descritos no mesmo diploma, ou de outros praticados através de um sistema informático.

[63] Sobre as novas formas de investigação do branqueamento vide o capítulo II, ponto 3, do presente trabalho.

A própria informatização da sociedade em todos os sectores e o uso imprescindível da internet facilitam as condutas branqueadoras. Ou seja, mesmo sem condutas ilícitas ao nível do *ciber* crime, a própria Internet é, por si só, um meio para a prática do branqueamento, por ser fácil e acessível a todos, por permitir a prática de atos à distância, porque muitas vezes não se consegue determinar quem de facto a utilizou, e por isso merece uma atenção especial quando em causa está o referido crime, quer no âmbito da repressão quer, principalmente, no âmbito da prevenção.

Já Rui Gonçalves assim o determinava. Em suas palavras: " Um factor importantíssimo a ter em atenção no combate a este tipo de criminalidade é também o desenvolvimento tecnológico que se verifica, especialmente inovações ao nível da computação, permitindo a utilização de meios- por parte de quem comete crimes- extremamente difíceis de controlar, como sejam, entre outros, o uso de comunicação móvel por voz via satélite, o uso de comunicação de imagem e voz através da Internet, a utilização de discos rígidos externos cada vez menores e com maior capacidade de informação, o acesso a servidores de informação via Internet localizados em qualquer parte do mundo e o acesso a contas bancárias via Internet". (Gonçalves, 2007, p.16). O autor dedica o seu estudo, como vimos, à análise do crime de fraude fiscal e de branqueamento de capitais mas, não deixa de demonstrar a necessidade de prevenção de condutas branqueadoras através do uso da internet. Aliás, as características que esta tem, potencia a prática de qualquer crime, em especial os crimes de colarinho branco que podem ser também alguns dos crimes precedentes. Isto é, a Internet é hoje um mal necessário. É impossível configurar-se uma sociedade sem a possibilidade do uso da Internet que em muito nos auxilia e por vezes imprescindível em termos laborais, de saúde, de justiça, etc., sendo transversal a todos os sectores da vida em sociedade. Contudo pode também ser usada com o propósito de se praticarem crimes cuja investigação dificilmente é profícua atendendo às suas próprias características. Ou seja, o anonimato da autoria, a impossibilidade de determinação do lugar da sua prática, a tecnicidade que comporta, a sua dimensão mundial e o seu efeito instantâneo, determinam uma grave dificuldade investigatória. Porém, as referidas características também despoletam a criação de novos instrumentos legais que determinam o uso de aplicações informáticas com vista a promover a descoberta de condutas branqueadoras. Ou seja, a informática serve como um veículo para a prática do crime mas também poderá servir como forma de o reprimir ou prevenir.

O branqueamento de capitais pode ser praticado através de várias condutas, todavia, no nosso entendimento, para o concretizar utilizam-se, com alguma frequência, crimes informáticos para o efeito, ou seja, alguns dos crimes informáticos são a forma de execução do crime de branqueamento de capitais. Todavia também podem ser um dos crimes precedentes do branqueamento e neste caso têm o tratamento que a generalidade dos crimes precedentes têm do ponto de vista dogmático. Quando porém, são o veículo para a prática das condutas branqueadoras, a questão dogmática e processual poderá ser diferente. Realça-se, desde já, que a doutrina entende que crimes informáticos ou criminalidade informática podem ser coisas diferentes, o que poderá reforçar o nosso pensamento que apresentaremos de seguida.

Com base em classificações distintas os autores tendem a distinguir os crimes praticados através dos sistemas informáticos dos crimes informáticos, conforme estão tipificados na lei. Esta distinção que assenta *grosso modo* na (im) possibilidade dos crimes poderem ser praticados, ou não, através do uso de outros meios que não apenas a informática e tendo por base a axiologia subjacente à sua tipificação. Sobre essa distinção vide Pedro Venâncio quando distingue a criminalidade informática em sentido amplo de criminalidade informática em sentido estrito. Escreve o autor distinguindo-as respetivamente:“ (…) englobará toda a panóplia de actividade criminosa que pode ser levada a cabo por meios informáticos, ainda que estes não sejam mais do que um instrumento para a sua prática, mas não integra o seu tipo legal, pelo que o mesmo crime poderá ser praticado por recurso a outros meios. (…) abarcará aqueles crimes em que o elemento digital surge como parte integrador do tipo legal ou mesmo como seu objeto de protecção.” (Venâncio, 2011, p.17). O que demonstra a especificidade e a necessária consunção pelo branqueamento, pois o crime informático preenche um tipo legal, por exemplo é uma falsidade informática, e é ao mesmo tempo um instrumento para a prática daquele. É certo que protegem valores diferentes mas, como já referimos antes, tal axiologia não legitima por si só o concurso real de crimes. Mas debrucemo-nos com maior acuidade sobre o presente tema.

No nosso entendimento, tendo como referência os crimes descritos da referida lei e analisando os elementos objetivos do tipo do crime de branqueamento, em especial as condutas descritas no seu n.º 2 e 3 do artigo 368º-A, estas poderão ser executadas através de várias operações informáticas que, por si só, também são crime. Basta pensarmos e atentarmos à descrição típica da falsidade informática[64], da sabotagem informática[65] ou do acesso ilegítimo[66], e facilmente constatamos que são essas as formas que muitas das vezes

---

[64] Descrito no artigo 3º da referida lei tem a seguinte descrição típica:
1 - Quem, com intenção de provocar engano nas relações jurídicas, introduzir, modificar, apagar ou suprimir dados informáticos ou por qualquer outra forma interferir num tratamento informático de dados, produzindo dados ou documentos não genuínos, com a intenção de que estes sejam considerados ou utilizados para finalidades juridicamente relevantes como se o fossem, é punido com pena de prisão até 5 anos ou multa de 120 a 600 dias.
2 - Quando as acções descritas no número anterior incidirem sobre os dados registados ou incorporados em cartão bancário de pagamento ou em qualquer outro dispositivo que permita o acesso a sistema ou meio de pagamento, a sistema de comunicações ou a serviço de acesso condicionado, a pena é de 1 a 5 anos de prisão.
3 - Quem, actuando com intenção de causar prejuízo a outrem ou de obter um benefício ilegítimo, para si ou para terceiro, usar documento produzido a partir de dados informáticos que foram objecto dos actos referidos no n.º 1 ou cartão ou outro dispositivo no qual se encontrem registados ou incorporados os dados objecto dos actos referidos no número anterior, é punido com as penas previstas num e noutro número, respectivamente.
4 - Quem importar, distribuir, vender ou detiver para fins comerciais qualquer dispositivo que permita o acesso a sistema ou meio de pagamento, a sistema de comunicações ou a serviço de acesso condicionado, sobre o qual tenha sido praticada qualquer das acções prevista no n.º 2, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.
5 - Se os factos referidos nos números anteriores forem praticados por funcionário no exercício das suas funções, a pena é de prisão de 2 a 5 anos
[65] Descrito no artigo 5º da referida lei, tem a seguinte descrição típica:
1 - Quem, sem permissão legal ou sem para tanto estar autorizado pelo proprietário, por outro titular do direito do sistema ou de parte dele, entravar, impedir, interromper ou perturbar gravemente o funcionamento de um sistema informático, através da introdução, transmissão, deterioração, danificação, alteração, apagamento, impedimento do acesso ou supressão de programas ou outros dados informáticos ou de qualquer outra forma de interferência em sistema informático, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias.
2 - Na mesma pena incorre quem ilegitimamente produzir, vender, distribuir ou por qualquer outra forma disseminar ou introduzir num ou mais sistemas informáticos dispositivos, programas ou outros dados informáticos destinados a produzir as acções não autorizadas descritas no número anterior.
3 - Nos casos previstos no número anterior, a tentativa não é punível.
4 - A pena é de prisão de 1 a 5 anos se o dano emergente da perturbação for de valor elevado.
5 - A pena é de prisão de 1 a 10 anos se:
a) O dano emergente da perturbação for de valor consideravelmente elevado;
b) A perturbação causada atingir de forma grave ou duradoura um sistema informático que apoie uma actividade destinada a assegurar funções sociais críticas, nomeadamente as cadeias de abastecimento, a saúde, a segurança e o bem-estar económico das pessoas, ou o funcionamento regular dos serviços públicos.
[66] Descrito no artigo 6º da referida lei, tem a seguinte descrição típica:
1 - Quem, sem permissão legal ou sem para tanto estar autorizado pelo proprietário, por outro titular do direito do sistema ou de parte dele, de qualquer modo aceder a um sistema informático, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

se usam para operar a conversão, transferência ou facilitar qualquer uma delas com vista a impedir responsabilização do agente do crime precedente ou dissimular a verdadeira origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens. É certo que as condutas podem ser praticadas sem ser através de qualquer falsidade informática, mas a informática, como vimos, potencia estas condutas. Assim, resta saber se o branqueamento consistir numa das condutas descritas na lei do *ciber* crime se haverá concurso de normas ou concurso de crimes?

Para responder à questão colocada, tal como já vimos antes, importa desde logo ter em conta os seus bens jurídicos. De facto os bens jurídicos são distintos do branqueamento de capitais. Hoje a doutrina e jurisprudência são quase unânimes em afirmar que a generalidade dos crimes informáticos pretende proteger a autenticidade ou integridade de um qualquer sistema informático ou de informação e não o património, ou a realização da justiça[67]. Todavia a reserva da vida privada, o direito à palavra virtual, o direito à imagem são também bens jurídicos protegidos em alguns crimes informáticos em especial nos crimes de interceção ilegítima[68] e acesso ilegítimo.[69] Contudo, no seguimento da

---

2 - Na mesma pena incorre quem ilegitimamente produzir, vender, distribuir ou por qualquer outra forma disseminar ou introduzir num ou mais sistemas informáticos dispositivos, programas, um conjunto executável de instruções, um código ou outros dados informáticos destinados a produzir as acções não autorizadas descritas no número anterior.
3 - A pena é de prisão até 3 anos ou multa se o acesso for conseguido através de violação de regras de segurança.
4 - A pena é de prisão de 1 a 5 anos quando:
a) Através do acesso, o agente tiver tomado conhecimento de segredo comercial ou industrial ou de dados confidenciais, protegidos por lei; ou
b) O benefício ou vantagem patrimonial obtidos forem de valor consideravelmente elevado.
5 - A tentativa é punível, salvo nos casos previstos no n.º 2.
6 - Nos casos previstos nos n.ºº 1, 3 e 5 o procedimento penal depende de queixa.

[67] Neste sentido o Acórdão da Relação do Porto de 24-04-2013.
Disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/872f3063233d8de480257b78003e60f3?OpenDocument
(consultado a 24/04/2013).

[68] Cuja descrição típica se encontra presente no artigo 7º da lei do ciber crime consta o seguinte:
1 - Quem, sem permissão legal ou sem para tanto estar autorizado pelo proprietário, por outro titular do direito do sistema ou de parte dele, e através de meios técnicos, interceptar transmissões de dados informáticos que se processam no interior de um sistema informático, a ele destinadas ou dele provenientes, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.
2 - A tentativa é punível.

construção que fizemos quanto aos demais crimes precedentes, esta diferença de bem jurídico não pode ser por si só a razão de ser do concurso real. Todavia, este é o principal argumento que a jurisprudência utiliza para determinar o seu concurso real. Por tendência, os tribunais portugueses consideram existir um concurso real entre os crimes da parte especial do CP e os crimes informáticos, assentando a justificação na diferença de bens jurídicos tutelados.[70]

Tal como vimos supra, em especial na construção de André Lamas Leite (Leite, 2013), tal raciocínio não pode ser automático por um lado, e por outro, dever-se-á atender

---

3 - Incorre na mesma pena prevista no n.º 1 quem ilegitimamente produzir, vender, distribuir ou por qualquer outra forma disseminar ou introduzir num ou mais sistemas informáticos dispositivos, programas ou outros dados informáticos destinados a produzir as acções não autorizadas descritas no mesmo número.

[69] Existem autores que defendem a existência de um direito à autoderminação informacional e um direito à inviolabilidade do domicílio informáticos. Tais direitos são muito semelhantes aos direitos clássicos só que têm a especificidade de se encontrarem no mundo das novas tecnologias de informação. Neste sentido alerta Ana Raquel Leite que o uso dos mecanismos da lei do *ciber* crime, atendendo às especificidades e características das novas tecnologias de informação, a danosidade dos bens jurídicos poderá verificar-se não apenas nos suspeitos mas também noutros cidadãos que serão apanhados por esses mecanismos. Em suas palavras: " O direito à palavra, o direito á imagem, o direito à autodeterminação informacional, o direito à reserva da intimidade da vida privada, o direito à inviolabilidade do domicílio informático, que surge como uma garantia de afrimação do direito à autodeterminação informacional e comunicacional, entre outros, são em regra fortemente lesados por aquelas acções. As quais, de resto, são tidas como acções secretistas e desenvolvida à luz dos critérios das entidades investigadoras, sem a participação dialética dos visados." (Leite, A.R. 2013, p.22).

[70] Neste sentido o acórdão da Relação de Lisboa de 30/06/2011.
Disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/fd8c21bdd02218c0802578d30030770e?OpenDocument.
(consultado a 24/10/2016).
Neste acórdão a análise do concurso prendia-se com os crimes de contrafação de moeda e falsidade informática. E considerou-se que entre ambos existe um concurso real por força da diferença de bens jurídicos.
A Relação do Porto em 30/04/2008 considerou existir concurso real entre a falsidade informática e burla. Disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1ed7f9993ce687df80257442005bcedb?OpenDocument e ainda a mesma Relação mais recentemente, em 14/09/2016, declarou existir concurso real entre a falsidade informática e a burla informática. Apenas também pelo facto de protegerem bens jurídicos diferentes.
Disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/6f02100f48f04ae880258045004ea54d?OpenDocument.
(consultados a 24/10/2016)

às circunstâncias do caso concreto, quer no que concerne ao juízo de reprovação ético-Jurídico, em especial no âmbito do desvalor da ação, quer quanto aos fins das penas. Ou seja, aferir se as finalidades das penas ficam saciadas com a punição em concurso aparente ou será necessário o concurso real. Assim, se tal raciocínio não é legítimo, sem mais, na análise do concurso com os crimes precedentes muito mais será ilegítimo quando em causa estejam crimes informáticos utilizados como um veículo do branqueamento e não sendo estes as fontes das vantagens constantes do tipo incriminador. Referimo-nos, em especial, à situação em que o ato de execução do crime de branqueamento é um crime informático, ou seja, por exemplo quando a dissimulação da origem ou localização da vantagem obtida através dos factos ilícitos descritos no n.º 1 do artigo 368º-A, é feita através de uma modificação de dados informáticos. Aqui, a conduta é uma só, a falsidade informática é o meio de branquear. Apesar de tutelarem bens jurídicos distintos, quanto a nós é violador do *ne bis in idem* a sua punição em concurso real ou de crimes, pelo que existirá antes uma relação de consunção entre as referidas normas. Ora, se a execução do branqueamento só foi conseguida através da uma falsidade informática há também uma relação de consunção pois a conduta do agente esgota-se no crime de branqueamento que é punido sempre com uma pena superior a qualquer crime informático. Melhor, o diferente juízo de censura que o branqueamento de capitais comporta, e por força dele a necessidade da sua punição, fica garantido com a punição em concurso de normas. Não há nestes casos um maior desvalor da ação, grau de censura sobre o comportamento do agente, ou maior ilicitude do facto que mereça a punição em concurso real. Há uma "unidade criminosa" e, como refere Figueiredo Dias a conduta do agente esgota-se com o branqueamento, este é o seu fim último. Escreve Figueiredo Dias: " (…) apesar de o comportamento global ser subsumível a uma pluralidade de tipos legais concretamente aplicáveis, todavia deva concluir-se pela *unidade do sentido social de ilicitude do facto punível*." (Dias, 2007, p.993).

Apesar de defendermos o concurso aparente, quando o branqueamento é praticado através de um crime informático em especial a falsidade informática e consequentemente o agente estará a ser investigado apenas por aquele e não pelo crime informático que foi consumido, tal consunção não impede o uso das ferramentas investigatórias descritas na parte processual da lei do *ciber* crime. Desde logo porque assim determina a referida lei, quando legitima o uso das suas ferramentas investigatórias quando o crime é praticado através de um sistema informático; todavia, teremos de ter em atenção que alguns dos meios de obtenção de prova dos crimes informáticos são especiais para os crimes

informáticos aí descritos e, como tal, só podem ser usadas na investigação destes e outros que são comuns a toda a criminalidade desde que respeitadas a exigências legais que mais não são do que o respeito pelos princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade.

Não nos vamos alongar nesta sede sobre esta temática pois será por nós aprofundada no capítulo II ponto 3.3.1 do presente trabalho mas, pretendemos desde já realçar que os mecanismos investigatórios da lei do *ciber* crime poderão ser utilizados na investigação do branqueamento, quando a sua pratica preenche os elementos do tipo de um dos crimes informáticos aí descritos, mesmo que consumidos, quer sejam ao nível da mera recolha de dados informáticos (semelhante a uma apreensão) ou de uma verdadeira interceção de comunicações informáticas (semelhante a uma escuta telefónica), pois o uso do sistema informático para branquear está sempre presente e o tipo legal do branqueamento assim o permite.[71]

2.2 Dos crimes de terrorismo.

No que concerne ao terrorismo, conforme já referimos supra, o branqueamento de capitais a ele está associado por muitas das vezes ser uma fonte do seu financiamento. Por força de tão estreita e infeliz relação, os Estados unem forças para prevenir o branqueamento de capitais pois, desta feita menos capital existirá para se investir no terrorismo. Os acontecimentos da nossa vida contemporânea obrigam-nos a dar como certa esta relação. De facto, o terrorismo comporta grandes e avultadas despesas quer por força dos instrumentos utilizados, quer por força do número de pessoas envolvidas, cada uma com a sua função. E assim a sua efetivação por determinados grupos só poderá acontecer

[71] O que a Relação de Évora denomina como um regime processual *geral* e um regime processual *especial*. Acórdão da Relação de Évora de 20/10/2015.
Disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/2fbdd21285478f5f80257de10056ff7a?OpenDocument
(consultado em 31/10/2016).

mediante o seu financiamento pelos mesmos. Como se trata de um crime que ultrapassa os limites do próprio Estado, como põe em causa todas as estruturas democráticas mundiais, o seu financiamento só pode operar, por regra, através de condutas ilícitas apesar do tipo incriminador prescindir dessa ilicitude como veremos infra, onde o branqueamento tem uma posição referenciada.

Por outro lado, o facto de existir uma estreita relação entre o branqueamento de capitais e o terrorismo vai permitir que as medidas aplicadas à prevenção, investigação e repressão deste se apliquem, quase como por *osmose* ao branqueamento de capitais. Sendo certo que este crime, atendendo à sua gravidade e às suas características, por si só já legítima o uso de tais medidas, a sua associação ao terrorismo permite essa mesma aplicação quase que de forma automática.

Este crime merece e tem um tratamento jurídico muito distinto dos demais crimes, quer a nível de direito substantivo quer adjetivo.

O terrorismo não é um acontecimento recente. Já existe há muitos anos contudo este circunscrevia-se a certos países onde grupos rebeldes, com base em diferentes ideologias e valores atentavam contra a segurança e as instituições desse mesmo país. Basta pensarmos na ETA[72] ou no IRA[73], que na europa existem desde há muito tempo, comummente reconhecidos como grupos terroristas mas circunscritos à Espanha e à Irlanda e sempre contra tais Estados. Apesar de não deixarem de ser grupos terroristas certo é que, após os atentados de 11 de setembro de 2001, o conceito de terrorista passou a ter uma diferente conotação social que, por força de tais exigências sociais, se repercutiu

[72] ETA ou "A Euskadi Ta Askatasuna (basco para Pátria Basca e Liberdade)." É um movimento independentista de raiz marxista. Com o objetivo de estabelecimento de uma pátria basca (EUSKADI) independente a partir das Provincias espanholas de Vizcaya, Guipuzcoa, Alava e Navarra, e dos Departamentos franceses de Labourd, Basse-Navarre e Soule.
Em 2003 ainda estava em grande actividade mas hoje com, pelo menos, a nível sociológico, com menos intervenção. " As suas actividades (atentados). Têm recentemente aumentado após uma trégua " unilateral e indefinida" ter sido levantada (1999). O leque de alvos passou a contemplar igualmente a sociedade civil basca." (Amby, 200:119).

[73] Na mesma fonte veja-se qual a definição de IRA, O Exército Republicano Irlandês, mais conhecido como IRA (do inglês Irish Republican Army): " Natureza: Braço armado do Movimento da Soberania dos 32 Condados; Objetivo: Inclusão do Ulster (Irlanda do Norte) na República da Irlanda. Nota: Opõe-se ao Sinn Fein e aos acordos Mitchell (rejeição da violência e apoio aos processos democráticos) de 1997." (Amby, 2003, p.119).

numa multiplicação de instrumentos jurídicos e uma nova forma de relacionamento entre os estados. Conforme escreveu Domingos Sarmento, um ano após o fatídico acontecimento: " A estrutura política e de segurança internacional tem uma nova dimensão após os atentados de 11 de Setembro. O abalo no centro das actividades económicas mundiais e no coração do poder militar americano abalou também a conjuntura política internacional até então existente e despertou, assim, a consciência da humanidade para a imperiosa necessidade de assumir uma nova postura de relacionamento entre povos e nações." (Sarmento, 2002, p.25).

Ainda hoje, e passados dezasseis anos do seu acontecimento, a barbárie de tais atos não deixam o comum cidadão indiferente. De facto estes atos que se iniciaram nos EUA e passaram pela Europa face à gravidade das condutas e as suas consequências nefastas, permitem-nos diferencia-lo do terrorismo inicial. E o paradigma mudou.

O seu carácter internacional, organizado, a difusão dos seus meios e agentes, o caráter de total indiferença em relação a toda e qualquer vida humana, leva-nos à conclusão que existe um novo terrorismo mais forte e infelizmente cada vez mais difícil de investigar e acima de tudo de prevenir. Nas palavras de Anabela Miranda Rodrigues verifica-se, inclusivamente, uma globalização do terrorismo: " Há um terrorismo da globalização que, não por acaso, tomou conta da cidade-mundo: é autónomo, não piramidal, nómada e em rede: 11 de setembro (EUA), 11 de Março 2004 (Espanha) 7 de Julho 2005 (RU) datam a época do terrorismo global." (Rodrigues, 2008, p.369). Como bem refere Joana Costa: " Ora uma das principais características do *novo* terrorismo é, como acima se referiu, e pedindo emprestada a expressão a CASSESE, que a pediu a M. Delmas Marty, a "despersonalização da vítima". A vítima, aos olhos do terrorismo, encontra-se esvaziada de identidade, de raça, de género e de todas as suas qualidades." (Costa, J.S., 2012, p.4).

No mesmo sentido segue também se encontra a doutrina a espanhola. Aniceto Masferrer que escreve: " En efecto, los ataques terroristas ocurridos en Estados Unidos el 11/S de 2001 llevaron consigo un cambio de dirección en las prioridades de los sistemas penales del mundo Occidental. Se ha llegado a afirmar que tales actos terroristas, así como los acontecidos en Madrid en el 11/M de 2004, y en Londres en julio de 2005, constituyen una amenaza a la vida y convivencia de los países democráticos." (Masferrer, 2011, p. 199). E ainda Quintero Olivares quando, analisando o fenómeno da globalização, refere: " En outro orden de cosas se situará la internacionalización del terrorismo y otros fenómenos

de criminalidade transnacional, y al referirme a ambas cuestiones en modo alguno pretendo comparar ni sus características criminológicas ni los factores que las determinam." (Olivares, 2002, p.12). Ou ainda Patricia Faraldo Cabana: " Precisamente, el atentado terrorista contra las Torres gemelas de Nueva York, de 11 de septimebre de 2001, marca un antes y un después en esta evolución, pues a partir de esse momento se pone cada vez mayor énfasis en los aspectos preventivos de la lucha contra el terrorimo, dentro de los cuales adquire cada vez mayor importância la prevención de la financiación del terrorismo, en el entendimiento de que un aspecto fundamental de la prevención de la comisión de actos terroristas es el cierre de los flujos financeiros de los que se nutrem los grupos y organizaciones terroristas." (Cabana, 2013, p.429).

Estas características do terrorismo obrigaram a que os Estados se virassem em todos os sentidos com vista principalmente, à sua prevenção e, necessariamente, para aquilo que consideram ser o seu antecessor, o branqueamento de capitais. A partir daqui estes dois crimes deixaram de ser dissociáveis. Não que duvidemos da sua correlação, tal como já por nós diversas vezes reiterada, mas que causa alguns riscos para aquilo que de mais importante um cidadão tem que é a sua condição de pessoa humana. A ânsia de prevenir e reprimir o terrorismo é tal, que leva, muitas das vezes, à utilização de instrumentos legais que coartam de forma grave e desproporcional as liberdades do cidadão, acabando mesmo por o desumanizar e que, consequentemente, se vai repercutir também na incriminação, medidas e prevenção e de investigação do branqueamento de capitais. Aproveitamos este momento para apresentar duas frases da autora Joana Costa que são reveladoras do que expusemos: " (…) o medo espalha-se, e os Estados, procurando dar aparência de força e controle sobre o (inevitavelmente) incontrolável, reagem. E a liberdade…perde." (Costa, J.S., 2012, p.6). E referindo-se à Europa em especial à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que concretiza os ideais europeus como um todo, concretiza: " (…) nos momentos de asfixia pela frenética antiterrorista, recordando-lhes a diferença entre o *dever ser* e o que já *não pode ser,* permitindo guardar a fé que a Europa e os seus países têm todo o potencial para oferecer aos *direitos* as condições plenas para a sua realização, mesmo perante grandes desafios." (Costa, J.S., 2012, pp. 7-8).

São os referidos instrumentos que, por força do medo generalizado que este crime importa, levaram a que se construísse a conceção do direito penal e processual penal do inimigo, com origem em Jakobs. Temática que abordaremos no decorrer do presente

trabalho, mas não podemos deixar de adiantar desde já as suas duas grandes ou essenciais características: uma a nível dogmático e outra a nível adjetivo.

Do ponto de vista dogmático assiste-se a uma antecipação da tutela penal, onde os crimes de perigo abstrato ganham força, onde os bens jurídicos protegidos são de natureza supra-individual, onde os atos preparatórios passam a ser atos de execução e onde as penas são agravadas, as suas finalidade invertidas e o seu cumprimento passa a ter um caráter repressivo.

Do ponto de vista adjetivo verifica-se um enfraquecimento das garantias processuais, o interesse investigatório sobrepõe-se aos direitos fundamentais e humanos dos investigados[74] e mesmo de outros participantes processuais que nem chegam sequer a ser suspeitos, são estreitadas as relações entre todos os Estados, promovendo a adoção de medidas de detenção ou de extradição internacionais mais rápidas e desformalizadas mas que poderão levar a situações crassas de detenções ilegais face ao medo instalado que necessariamente coarta o nosso discernimento e racionalidade.

As referidas medidas adotadas pelos Estados na sua prevenção e repressão determinam, nos dias que correm, um novo pensamento sobre os direitos humanos. Estes funcionam como o motor da atuação dos Estados com vista a sua proteção contudo, com o terrorismo tal proteção fica limitada ou até invertida, conforme refere Aniceto Masferrer: " Si a ello se añade del progresivo debilitamiento de los derechos humanos en el pensamiento postmoderno, tanto en la filosofia del Derecho como en la filosofía política, se comprende la situación a la que se ha llegado actualmente cuando el Estado deber hacer frente a una amenaza como la terrorista, que parece poner en jaque los propios cimientos de los propios Estados democráticos y de Derecho." (Masferrer, 2011, pp.196-197). É de facto esta a nossa grande preocupação.

---

[74] Sobre a diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos vide Joana Costa que escreve: " Falar de *direitos fundamentais* e as *liberdades públicas* afirmadoras de direitos e faculdades que asseguram a liberdade e a dignidade da pessoa humana e beneficiam das garantias institucionais, é falar de direitos que constituem uma realidade jurídica, que se encontram positivados na leis fundamentais dos diversos OJs, traduzindo, tradicionalmente, o bloco de proteção dos cidadãos contra eventuais abusos de poderes públicos (…). Os *direitos do homem*, por sua vez, têm uma validade que não encontra o mesmo eco no plano da efetivação, embora guardem na génese um âmbito muito mais lato, pois, ao contrário daqueles que têm uma irradiação territorialmente demarcada, sendo comuns a todos os homens (…)." (Costa, J.S., 2012, p.7).

Não podemos deixar de utilizar todos os instrumentos penais na luta contra este tipo de práticas criminosas, muito deles adaptados às exigências prementes que se impõem, começando pela legalidade penal, passando pela investigação criminal e terminando nas consequências jurídicas desse atos. Na ponderação dos valores em confronto não há duvida que a segurança e soberania dos Estados prevalece. Mas apenas prevalece, não legitima que se destrua aquilo que também os caracteriza, o respeito pela condição humana. E assim, principalmente os atores judiciários e o legislador devem agir e criar sempre com base naquilo que nos distingue dos terroristas pois todos nós somos pessoas e não meros objetos de que a intervenção penal do Estados pode usar a seu bel-prazer.

Mas foquemo-nos na incriminação do terrorismo e na sua relação com o branqueamento de capitais.

A descrição típica do crime de terrorismo, em sentido lato, encontra-se prevista na Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto.[75] Logo no seu artigo 1º começa por esclarecer que a referida lei decorreu de imposição comunitária, ou seja, foi a Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI do Conselho de 13 de Junho[76], relativa à luta contra o terrorismo, que impôs que todos os Estado regulassem, de forma quase homogénea, formas de incriminar e punir o terrorismo. Assim, se distinguem várias formas de crimes de terrorismo, desde as organizações terroristas[77], a outras organizações terroristas[78], o terrorismo[79], o terrorismo

---

[75]Diploma legal que foi recentemente revisto pela Lei n.º 60/2015, de 24/06 que veio a alargar o seu âmbito de aplicação a outras condutas e agravar as suas penas, bem como estabelecer um reforço na cooperação judiciária no que concerne à divulgação de decisões judiciais condenatórias de condutas terroristas à Unidade de Coordenação Antiterrorismo (UCAT). Esta Unidade funciona no âmbito do Sistema de Segurança Interna, na dependência e sob coordenação do Secretário -Geral do Sistema de Segurança Interna e tem por escopo a coordenação e partilha de informações no âmbito da ameaça e do combate ao terrorismo e a coordenação dos planos de execução das ações previstas na Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo e, no plano da cooperação internacional, a articulação e coordenação entre os pontos de contacto para as diversas áreas de intervenção em matéria de terrorismo.

[76] Que foi alterada pela Decisão-Quadro 008/919/JAI, do Conselho de 28 de novembro de 2008, disponível em: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:330:0021:0023:PT:PDF.
Esta decisão quadro, tendo por referência o uso da internet e, consequentemente, a facilidade de circulação de informação, veio a determinar novas incriminações de atos terroristas principalmente no que concerne ao incitamento e recrutamento à prática de infrações terroristas.

[77] Constante no artigo 2º da referida e tem a seguinte redação:
1.Considera-se grupo, organização ou associação terrorista todo o agrupamento de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, visem prejudicar a integridade e a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a

praticar um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral, mediante:
a) Crime contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas;
b) Crime contra a segurança dos transportes e das comunicações, incluindo as informáticas, telegráficas, telefónicas, de rádio ou de televisão;
c) Crime de produção dolosa de perigo comum, através de incêndio, explosão, libertação de substâncias radioactivas ou de gases tóxicos ou asfixiantes, de inundação ou avalancha, desmoronamento de construção, contaminação de alimentos e águas destinadas a consumo humano ou difusão de doença, praga, planta ou animal nocivos;
d) Actos que destruam ou que impossibilitem o funcionamento ou desviem dos seus fins normais, definitiva ou temporariamente, total ou parcialmente, meios ou vias de comunicação, instalações de serviços públicos ou destinadas ao abastecimento e satisfação de necessidades vitais da população;
e) Investigação e desenvolvimento de armas biológicas ou químicas;
«f) Crimes que impliquem o emprego de energia nuclear, armas de fogo, biológicas ou químicas, substâncias ou engenhos explosivos, meios incendiários de qualquer natureza, encomendas ou cartas armadilhadas;
sempre que, pela sua natureza ou pelo contexto em que são cometidos, estes crimes sejam susceptíveis de afectar gravemente o Estado ou a população que se visa intimidar.
2 - Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação terrorista, a eles aderir ou os apoiar, nomeadamente através do fornecimento de informações ou meios materiais, é punido com pena de prisão de 8 a 15 anos.
3 - Quem chefiar ou dirigir grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 15 a 20 anos.
4 - Quem praticar actos preparatórios da constituição de grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.
5 - **A pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis**.
Negrito nosso. Salientamos esta norma pois será por nos abordada com análise da sua legitimidade e repercussões na investigação criminal no capítulo III, ponto 1, do presente trabalho.
[78] Constante do artigo 3º e tem a seguinte redação:
1 - Aos grupos, organizações e associações previstas no n.º 1 do artigo anterior são equiparados os agrupamentos de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, visem, mediante a prática dos factos aí descritos, prejudicar a integridade ou a independência de um Estado, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições desse Estado ou de uma organização pública internacional, forçar as respectivas autoridades a praticar um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certos grupos de pessoas ou populações.
2 - É correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 2 a 5 do artigo anterior.
[79] Constante do artigo 4º da lei e tem a seguinte redação:
1 - Quem praticar os factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos, ou com a pena correspondente ao crime praticado, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo, se for igual ou superior àquela, não podendo a pena aplicada exceder o limite referido no n.º 2 do artigo 41.º do Código Penal.
2 - Quem praticar crime de furto qualificado, roubo, extorsão, burla informática e nas comunicações, falsidade informática, ou falsificação de documento com vista ao cometimento dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, é punido com a pena correspondente ao crime praticado, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo.
3 - Quem, por qualquer meio, difundir mensagem ao público incitando à prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.
4 - Quando os factos previstos no número anterior forem praticados por meio de comunicação eletrónica, acessíveis por Internet, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 6 anos.

internacional[80], e o financiamento ao terrorismo[81]. Condutas cujo fim, função, bem como a descrição é semelhante a todos os Estados. Aparecem quase como uma harmonização

---

5 - Quem, com o propósito de ser recrutado para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, aceder ou obtiver acesso, através de sistema informático ou por qualquer outro meio, às mensagens aludidas no n.º 3 e delas fizer uso na prática dos respetivos atos preparatórios, é punido com pena de prisão até 3 anos ou multa até 360 dias.
6 - Quem, por qualquer meio, recrutar outrem para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 2 a 5 anos.
7 - Quem, por qualquer meio, treinar ou instruir outrem sobre o fabrico ou a utilização de explosivos, armas de fogo ou outras armas e substâncias nocivas ou perigosas, ou sobre outros métodos e técnicas específicos para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 2 a 5 anos.
8 - Quem, em reunião pública, através de meio de comunicação social, por divulgação de escrito ou outro meio de reprodução técnica, recompensar ou louvar outra pessoa, grupo, organização ou associação pela prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, de forma adequada a criar perigo da prática de outro crime da mesma espécie, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias.
9 - Quando os factos previstos no número anterior forem praticados por meios de comunicação eletrónica, acessíveis por Internet, o agente é punido com pena de prisão até 4 anos ou com pena de multa até 480 dias.
10 - Quem, por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade, com vista ao treino, apoio logístico ou instrução de outrem para a prática de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão até 5 anos.
11 - Quem, por qualquer meio, viajar ou tentar viajar para um território diferente do seu Estado de residência ou nacionalidade, com vista à adesão a uma organização terrorista ou ao cometimento de factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão até 5 anos.
12 - Quem organizar, financiar ou facilitar a viagem ou tentativa de viagem previstas nos números anteriores, é punido com pena de prisão até 4 anos.
13 - **A pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado, impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis**.
Negrito nosso. Salientamos esta norma pois será por nos abordada com análise da sua legitimidade e repercussões na investigação criminal no capítulo III, ponto 1., do presente trabalho
[80]Constante do artigo 5º da referida lei coma seguinte redação:
1 - Quem praticar os factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º com a intenção referida no n.º 1 do artigo 3.º é punido com a pena de 2 a 10 anos, ou com a pena correspondente ao crime praticado, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo, se for igual ou superior àquela.
2 - É correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 2 a 13 do artigo anterior.
[81] Descrito do artigo 5º-A da referida lei com a seguinte redação:
1 - Quem, por quaisquer meios, direta ou indiretamente, fornecer, recolher ou detiver fundos ou bens de qualquer tipo, bem como produtos ou direitos suscetíveis de ser transformados em fundos, com a intenção de serem utilizados ou sabendo que podem ser utilizados, total ou parcialmente, no planeamento, na preparação ou para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, quer com a intenção nele referida quer com a intenção referida no n.º 1 do artigo 3.º, é punido com pena de prisão de 8 a 15 anos.
2 - Para que um acto constitua a infracção prevista no número anterior, não é necessário que os fundos provenham de terceiros, nem que tenham sido entregues a quem se destinam, ou que tenham sido efectivamente utilizados para cometer os factos nele previstos.
3 - A pena é especialmente atenuada ou não tem lugar a punição, se o agente voluntariamente abandonar a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ele provocado ou auxiliar concretamente na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

legislativa que ultrapassa os limites territoriais do território da União Europeia. Todas elas com o propósito de incriminar todo e qualquer comportamento e, até, atos preparatórios, tornando-os em atos de execução, que possam auxiliar ou fomentar a prática de atos terroristas. A tutela penal atinge o seu limite máximo, a sua elasticidade é levada ao extremo. E, deste modo, o risco de desnecessidade, desproporcionalidade e desadequação, é algo latente e por vezes patente.

Sob pena de nos afastarmos do escopo do presente trabalho, iremos dedicar a nossa atenção apenas à última descrição típica referida, pois é nesta incriminação que se verifica a relação estreita entre o branqueamento de capitais e o terrorismo. Referimo-nos ao crime de financiamento ao terrorismo.

O crime de financiamento ao terrorismo, como outra conduta punível no âmbito dos crimes de terrorismo, surgiu por aditamento da Lei 25/2008 de 5 de Junho[82], recentemente revogada pela lei 83/2017, de 18 de agosto, a já enunciada lei do combate ao branqueamento de capitais e do financiamento ao terrorismo. Ora constata-se desde logo que se a fonte da incriminação advém de uma lei que promove medidas de prevenção, deteção e repressão do branqueamento. É, então, claro que entre estes dois crimes há uma conexão muito estreita. Sendo certo que, ao contrário do que é a característica especial do crime de branqueamento de capitais, como vimos, a prática anterior de um facto ilícito típico, nesta relação o terrorismo é um facto posterior. Melhor, o branqueamento de

---

Negrito nosso. Salientamos esta norma pois será por nos abordada com análise da sua legitimidade e repercussões na investigação criminal no capítulo III, ponto 1, do presente trabalho.

[82] Lei cujo escopo principal consiste na criação de obrigações a certas entidades com vista a prevenir e detetar condutas que preenchem os elementos objetivos do tipo de branqueamento de capitais e de financiamento ao terrorismo, sob penas das mesmas estarem a praticar uma contraordenação. Esta lei será estudada com maior profundidade neste trabalho.

A sua versão original era a seguinte:

1 - Quem, por quaisquer meios, directa ou indirectamente, fornecer, recolher ou detiver fundos ou bens de qualquer tipo, bem como produtos ou direitos susceptíveis de ser transformados em fundos, com a intenção de serem utilizados ou sabendo que podem ser utilizados, total ou parcialmente, no planeamento, na preparação ou para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, ou praticar estes factos com a intenção referida no n.º 1 do artigo 3.º ou no n.º 1 do artigo 4.º, é punido com pena de prisão de 8 a 15 anos.

2 - Para que um acto constitua a infracção prevista no número anterior, não é necessário que os fundos provenham de terceiros, nem que tenham sido entregues a quem se destinam, ou que tenham sido efectivamente utilizados para cometer os factos nele previstos.

3 - A pena é especialmente atenuada ou não tem lugar a punição, se o agente voluntariamente abandonar a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ele provocado ou auxiliar concretamente na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

capitais será um ilícito precedente ao terrorismo. Restará assim, aferirmos da relação entre estas duas incriminações.

Tal como o crime de branqueamento de capitais, o financiamento ao terrorismo é um crime de perigo abstrato, cujo bem jurídico se poderá determinar como a segurança dos Estados em sentido amplo e assim engloba, necessariamente, a ordem pública e a paz social, bem como a estabilidade social e política. A sua descrição típica permite-nos concluir que basta a prática das condutas de *fornecer, recolher,* deter *fundos* ou *bens*, bem como os seus *produtos* ou *direitos* susceptíveis de ser transformados em fundos, para estar preenchido o crime. Ou seja, não é necessário que esses fundos ou bens sejam efetivamente usados para a prática de atos terroristas, ou como diz Joana Costa: " (...) não só é irrelevante a efetiva utilização dos fundos para o cometimento de crimes, como nem é necessário que cheguem às *mãos* de destino." (Costa, J.S., 2012, p.87). Aliás é exatamente tal cominação que o n.º 2 da referida descrição típica determina.

Salienta-se também que a alteração legislativa deste crime em 2015 veio a clarificar qual o seu tipo subjetivo específico, pois, até lá, a conjunção disjuntiva *ou* que era utilizado na sua versão original criava muitas confusões e, necessariamente, um problema grave quando estamos perante a lei penal. Hoje tal descrição típica é clara, todas as intenções referidas nos crimes de terrorismo e organização terrorista, são aquelas que se encontram previstas no crime de financiamento ao terrorismo, abrangendo, assim, os que comungam da ideologia terrorista, bem como aqueles que não o fazendo apenas sabem que vão ser ou podem ser utilizados para esse fim.

Não podemos deixar de salientar que nesta incriminação a antecipação da tutela penal é, quanto a nós, levada ao seu limite. Em bom rigor o que constatamos é a incriminação de atos preparatórios. Como se sabe estes por regra não são puníveis, pois é necessária a demonstração na realidade ontológica pelo agente de atos que possam atentar os bens jurídicos para que seja legítima a intervenção da ação penal. O *iter criminis,* por regra, só começa a ter relevância para o direito penal com a prática de atos de execução descritos no n.º 2 do artigo 22º do CP, sendo todos os anteriores são irrelevantes, desde a mera representação do crime na mente do agente (o seu *cogitos*), como a prática de atos preparatórios para começar a executa-lo. A legitimidade da punibilidade dos atos preparatórios advém da (des) necessidade de proteção do bem jurídico, ou seja, quando para o salvaguardar a punibilidade dos meros atos preparatórios é necessária, estando associados ao crime de perigo abstrato. Conforme nos ensina Figueiredo Dias, existem

duas formas de punibilidade dos atos preparatórios, os que já referimos, ou seja, aqueles em que a necessidade de proteção do bem jurídico legítima a sua *transformação* em atos de execução e aquelas em que o legislador de forma autónoma determina que se punam os atos preparatórios mas sem nunca perderem a sua natureza original. Nestes últimos, também segundo o mesmo autor, a sua punibilidade só é legítima quando os atos preparatórios puníveis já atinjam a realização do tipo de ilícito e que exista uma necessidade precoce de incriminação. Sendo que em ambas as circunstâncias tal punibilidade comporta duas consequências: " a de que se não deve punir a *tentativa de acto preparatório*, mesmo que ela fosse em geral punível se o acto preparatório constituísse um crime autónomo; e a de que – sob pena de violação substancial do princípio do *ne bis in idem* (acolhido no 29.-5 da CRP) – o acto preparatório, como tal punível, não deve voltar a considerar-se punível como crime autónomo." (Dias, 2007, p.683).

O financiamento ao terrorismo é um crime de perigo abstrato, tal como o branqueamento de capitais mas, tal configuração não é suficiente para se puder tornar atos preparatórios em atos de execução. É necessário, acima de tudo que com esta punibilidade já se consiga demostrar o tipo de ilícito terrorismo bem como a necessidade de antecipação do caminho do crime. A legitimidade de punir atos preparatórios tem sempre de ser muito cautelosamente realizada pois, se mal executada, poderá levar ao excesso e permitir que o direito penal intervenha num momento onde a sua intervenção é ilegítima. Assim, o determinante é saber se a punibilidade dos atos preparatórios consegue de facto proteger o bem jurídico e se com essa punibilidade não resultará um efeito colateral de restrição excessiva das condutas por efeito dessa incriminação. O que mais não é do que respeitar o inciso constitucional do n.º 2 do artigo 18º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP). Resta assim aferir se, com a desnecessidade da efetiva utilização dos fundos ou bens para os atos de terrorismos, se está a proteger o bem jurídico segurança nacional do Estado em sentido amplo, se consegue anteceder a realização do ilícito típico e se existe a já referida necessidade de antecipação.

Quanto a nós, e uma vez que o crime é necessariamente doloso, e para além deste tipo subjetivo geral, se exige a verificação do tipo subjetivo específico referido, não estará a ser violado o princípio da intervenção mínima, atenta a danosidade pluridimensional que o terrorismo comporta. Contudo, realça-se, que por força desta exceção de antecipação da punibilidade deverá o aplicador da lei ter muito mais atenção no efetivo preenchimento dos elementos objetivos e subjetivos do tipo e não limitar-se a juízos de verificação de meras

presunções legais. Pois, quando a antecipação da tutela penal opera desta forma, há um perigo muito próximo de resultarem na descrição típica, de forma encapotada, verdadeiras presunções legais da prática de elementos objetivos do tipo, as quais, redundarão num limite melhor, num impedimento no exercício das garantias de defesa do arguido desde logo aniquilando o princípio da presunção da inocência.

Assim, e em jeito de conclusão, a punibilidade dos atos preparatórios no financiamento ao terrorismo, transformando-os em atos de execução, não será ilegítima desde que, no caso concreto, exista suporte factual na sua verificação através de meios de prova e não que tal demonstração se baste com juízos de normalidade, pois, se assim for, muito dificilmente poderá o agente, materialmente, exercer a sua defesa. Sendo esta uma das formas do legislador auxiliar o julgador no preenchimento, no caso concreto, dos pressupostos da responsabilidade, poderá configurar um limite intolerável das garantias de defesa dos investigados.[83]

Conforme também já referimos antes, a descrição típica do branqueamento de capitais comporta um vasto leque de condutas, tal como acontece com o financiamento ao terrorismo. É agora o momento de determinar se estes crimes poderão ser punidos em concurso real ou se existirá entre eles um concurso de normas.

No seguimento do raciocínio que temos vindo a fazer neste conspecto, não bastará protegerem bens jurídicos diferentes para determinar sem mais que há concurso real, é necessário a verificação de um *plus* de censurabilidade para ser legítimo punir pelos dois crimes. Com base num raciocínio meramente pragmático poderíamos considerar que são punidos em concurso, não obstante o financiamento ao terrorismo ter surgido por força da lei de prevenção e combate ao branqueamento de capitais, por estarem descritos em diplomas diferentes. Tal sistematização é demonstradora da intenção de realçar a sua diferença e a obrigatoriedade de punibilidade em concurso efetivo quando verificado. Contudo, tal fundamento é deveras superficial e formal, mas não deixa de ser um argumento.

---

[83] Sobre as novas soluções na investigação deste tipo de criminalidade veja-se o ponto 3, do capítulo II, do presente trabalho.

Resta assim analisar tal relação com base em conceções dogmáticas, pois são estes que legitimarão a (in) existência do concurso de crimes.

Se um agente branqueia capital pode fazê-lo com vários propósitos como vimos. Desde simplesmente querer esconder o proveito obtido por outro crime praticado por si ou por um terceiro, ou com o propósito de através dessa lavagem colocar o proveito nos mercados *saudáveis*, com vista ao cometimento de um outro crime, por exemplo obter fundos para financiar o terrorismo. Nesta última hipótese, o branqueamento é o caminho para financiar o terrorismo contudo, a conduta típica de financiamento não é a mesma do branqueamento. Mesmo que o branqueamento tenha sido a fonte do financiamento, este não a consome. Na verdade há duas resoluções diferentes e um juízo de reprovação acrescido com o financiamento ao terrorismo. Por outro lado, o financiador pode não ter sido antes um branqueador, e, por outro lado, poder-se-á financiar o terrorismo sem recurso prévio ao branqueamento. Assim, há concurso real entre estes dois crimes.

A questão coloca-se com maior acuidade quando no financiamento se descreve fornecer*, recolher ou detiver fundo os bens (...) bem como produtos ou direitos suscetíveis de ser transformados em fundos*. Será que esta última conduta corresponde a uma das condutas branqueadoras? O financiamento ao terrorismo prescinde da ilicitude da proveniência dos fundos ou bens, ou dos produtos ou direitos suscetíveis de serem transformados em fundos logo, quando estes sejam lícitos não foram praticadas condutas branqueadoras pois aqui a origem ilícita é um elemento objetivo do tipo. E, mesmo quando tenham uma origem ilícita, o financiamento vai ainda mais longe que o branqueamento pois pune a mera detenção, recolha ou fornecimento, enquanto o branqueamento pressupõe a conversão ou a transferência de vantagem (ou o mero auxílio nessas condutas). Ora se os produtos ou direitos não foram ainda transformados em fundos, não há ainda condutas branqueadoras, mas já poderá haver financiamento ao terrorismo. Não havendo assim qualquer concurso de normas entre estes crimes mas, antes, um verdadeiro ou efetivo concurso de crimes, face à amplitude da punibilidade descrita naquele tipo de ilícito.

Patricia Faraldo Cabana entende que há duas similitudes, de duas naturezas, entre o branqueamento de capitias e o financiamento do terrorismo, uma do ponto de vista criminológico e outra do ponto de vista dogmático: " (…) la financiación del terrorismo presenta similitudes com los delitos económicos, y en particular com el blanqueo, tanto desde un punto de vista criminológico, pues al igual que éste es un crimen sin víctimas y aparentemente inocuo que resulta difícil de distinguir del desarrollo de actividades

perfectamente legales (en este sentido, Lehto, 2009, p.257), como dogmáticos, ya que, también como el blanqueo, es un delito que se define en relación com la comisión de otros delitos." (Cabana, 2013, p.432). De facto de ponto de vista criminológico essas semelhanças são inegáveis contudo, entendemos que a similitude dogmática que a autor lhe aponta é insuficiente para se poder afirmar que há pontos de intersecção, do ponto de vista da teoria da infração penal, entre os dois crimes. Há sim, uma especialidade que lhes é comum; ambos carecem de outros crimes para poderem ser punidos ou até serem típicos. Um antes e outro depois.

Assim, e a título conclusivo, entendemos que a relação existente entre o branqueamento de capitais e o terrorismo decorre de elementos factuais ou criminológicos e não de construções dogmáticas. A sua relação estreita advém da experiência prática. Normalmente a forma de financiar o terrorismo advém do branqueamento pois, os agentes que se encontra nas *malhas* do terrorismo, que o apoiam ou que o auxiliam são por regra agentes que praticam crimes para esse efeito. Não é comum alguém financiar o terrorismo com recurso a fundos obtidos através de condutas lícitas, mas é possível acontecer. O que a investigação deste crime demonstra é que quem financia o terrorismo fá-lo com recurso prévio à prática de outros crimes, onde o branqueamento de capitais tem uma posição de destaque. Daí que a regulamentação da prevenção do branqueamento esteja pensada para este e também para o financiamento ao terrorismo, em correlação, não porque exista entre este uma relação normativa mas porque se verifica antes uma relação entre as suas condutas do ponto de vista factual.

Desta forma terminamos a análise dos crimes conexos com o branqueamento de capitais e fazemo-la com a determinação da tremenda especificidade e complexidade que este crime comporta a nível dogmático, por força da sua própria descrição típica, principalmente por se tratar de um crime de 2º grau, pressupondo sempre um crime precedente, que muitas vezes legítima a punibilidade em concurso real para além da autorização da Lei Fundamental. A sua estreita conexão com os crimes informáticos, principalmente por estes serem uma forma do seu cometimento. A sua relação factual com o terrorismo, a qual, ao contrário do que é comum no branqueamento, determina que aquele é um crime posterior passando este a ser um crime precedente. Todas as referidas conexões e pontos de contacto dotam-no de uma especificada muito própria ou se calhar até única no mundo da incriminação de comportamentos, a qual é ainda mais realçada pelo

facto de ser também um crime praticado no âmbito da criminalidade organizada, temática a que nos propomos tratar de seguida.

3. A criminalidade organizada.

A natureza do branqueamento de capitais melhor, a sua descrição típica, que comporta uma multiplicidade de condutas, possibilitando que vários agentes concorram no seu cometimento, leva a que, por regra, esteja associada à criminalidade organizada. Aliás, a existência obrigatória de um crime precedente (muitos deles também praticados em associação criminosa não no sentido dogmático do termo) e a necessidade da sua conexão com o branqueamento de capitais determina, quase como por natureza, a existência do crime de associação criminosa.

O que nos propomos tratar no presente ponto é aferir a relação do branqueamento de capitais com a criminalidade organizada e as consequências que de tal conexão poderão advir. Mas comecemos por delimitar os conceitos que muitas vezes são confundidos ou até objeto de uma verdadeira consunção.

A criminalidade organizada não tem uma definição unânime na doutrina, todavia desde logo importa diferenciá-la da comparticipação criminosa e do crime de associação criminosa.[84]

O nosso legislador no artigo 1º alínea m) do Código de Processo Penal (doravante CPP) define-nos o conceito de criminalidade altamente organizada, estabelecendo que criminalidade altamente organizada são *as condutas que integrarem crimes de associação criminosa, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio ou branqueamento*. Tal definição não é, em bom rigor, uma definição pois, não permite ao intérprete perceber o seu conteúdo; apenas indica quais os crimes que podem

[84] A expressão legislativa de criminalidade organizada consta da lei do combate à criminalidade organizada a Lei 5/2002 de 11 de janeiro, com a redação atual da lei n.º 55/2015, de 23 de junho, a qual merecerá a nossa análise no capítulo II, em especial no ponto 3.3.3, do presente trabalho.

merecer tal catalogação, fazendo parte do seu elenco o crime de branqueamento de capitais.

A referida conceptualização é todavia de grande importância no que concerne às regras adjetivas relativas à investigação criminal, às medidas de coação e aos prazos de duração das fases processuais. É na investigação criminal que tal conceito é, quanto a nós, preponderante. [85] Contudo não deixa de ser necessário determinar o seu conceito ao nível dogmático.

No conceito de criminalidade organizada não há harmonia na sua definição em todas as vertentes da ciência global do direito penal: criminologia, dogmática e política criminal[86]. Na verdade, deveria existir uma definição deste conceito, em prol das características da lei penal que, por força do princípio da legalidade, impõe que esta seja clara, expressa e precisa. Mas de facto não existe, o que pode permitir que se catalogue certo tipo de crime como criminalidade organizada não o sendo atendendo à sua *ratio.* Tal como refere Augusto Silva Dias: " (…) não pode deixar de causar insegurança jurídica se tivermos presente que a definição do que é criminalidade organizada funciona como pressuposto da aplicação de um regime processual e sancionatório mais severo, consistente em medidas fortemente restritivas de direitos e liberdades." (Dias A. S., 2010, p.25).

Por tendência, a referida expressão é utilizada para denominar um fenómeno criminal recente e especialmente preocupante pelo seu carácter transnacional e dificuldades investigatórias. A transnacionalidade que a caracteriza impõe que os Estados se unam no seu combate.[87] Neste sentido escreve Francisco Borges: "A discussão em torno da concretização do conceito de "criminalidade organizada" é muito vasta, não se tendo atingido um consenso nesta matéria, nem na dogmática jurídica, nem na criminologia. Na verdade, o termo pode ter muitos significados diferentes, consoante o contexto ou instrumento legislativo em que é utilizado." (Borges, 2012, p.69).

---

[85] Temática sobre que nos debruçaremos no capítulo II, ponto 3, do presente trabalho.
[86] Sobre a ciência global do direito penal, original gesamte strafrechtswissenchaft, as suas repercussões no fenómeno criminógeno vide Fernando Torrão (Torrão, 2010).
[87] Sobres as medidas de prevenção e combate à criminalidade organizada vide capítulo II, em especial no ponto 3.2.4, do presente trabalho.

Apesar de concordarmos com a argumentação de que não é possível definir o conceito, pois em qualquer das ciências que compõem a ciência global do direito penal o seu uso é polissémico, quanto a nós não restam dúvidas que este conceito tem um móbil processual penal. O seu propósito é ver aplicadas certas figuras processuais penais a um conjunto de crimes que hoje em dia têm uma linha condutora comum: são crimes que beneficiaram da evolução tecnológica da nova sociedade e, consequentemente têm pontos de conexão por todo o mundo, caracterizando-se também por serem, por regra, crimes de colarinho branco, uma vez que a utilização deste conceito surge predominantemente em instrumentos de natureza internacional no combate e prevenção a este tipo de criminalidade. Basta atentarmos na própria definição da lei 5/2002, de 11 de janeiro, que expressamente refere, medidas de combate à criminalidade organizada e concretiza essas mesmas medidas.[88]

A sociedade sem limites e sem fronteiras levou a que grande parte da criminalidade também viesse a beneficiar destas características que determinam de forma indubitável uma grande e grave dificuldade na sua prevenção, investigação e repressão. A internacionalização e a criminalidade organizada são fenómenos indissociáveis. Importa então realçar que esta nova forma de criminalidade surgiu exponencialmente após o fenómeno da globalização, ou seja, a nova sociedade aberta, onde tudo é acessível e próximo em qualquer parte do mundo, trouxe muitas vantagens a todos nós todavia, tal como já referimos, trouxe também a possibilidade da criminalidade evoluir de se organizar de forma exemplar e de se expandir a todo o mundo global. Neste sentido, Anabela Rodrigues refere: " A nova criminalidade é expressão deste novo modelo de organização social para que tendem as sociedades contemporâneas. A mobilidade das pessoas e dos capitais põe em causa a lógica territorial sobre a qual repousam. Este movimento de fundo – um pouco retardado pela confrontação Leste-Oeste – produz agora todos os seus efeitos. As grandes construções institucionais e a concentração do poder dão lugar ao declínio dos Estados e a um mundo onde proliferam as redes." (Rodrigues, 2003a, p.33). Podemos então afirmar que o cenário sociológico subjacente é comum. " Sob o impulso da

[88] Temática que iremos aprofundar no ponto 3, capítulo II, do presente trabalho.

globalização, a sociedade redesenha as formas da sua organização: múltiplas redes debuxam os contornos fluídos de uma sociedade multiforme e policêntrica." (Idem, 2003a, p.33).

Conforme bem realça Hans-Jörg Albrecht, a criminalidade organizada, do ponto de vista empírico, está relacionada com a própria organização societária, o seu fundamento é sociológico e estrutural. Ou seja, é por força das estruturas culturais, sociais, políticas, jurídicas e económicas que a potencialização da criminalidade organizada se constata. Conforme refere: " (…) no caso da criminalidade organizada a questão é haver condições para a formação de uma organização duradoura e estável e de que forma tal capacidade organização se relaciona com as estruturas sociais." (Albrecht, 2010, p.91). É a partir desta nova sociedade sem fronteiras, com comunicação em tempo real em qualquer parte do mundo, onde evolução tecnológica é uma constante e onde as estruturas fundamentais de uma sociedade são permeáveis que a criminalidade organizada surge com maior exponencial por força da própria evolução da sociedade. Uma sociedade que cada vez mais se concentra nos mercados financeiros, onde a obtenção do lucro é um pensamento constante, que trespassa todos os seus sectores, e que, associada à evolução científica e tecnológica vai despoletar os crimes associados à criminalidade organizada. Conforme refere o autor: "O conceito de criminalidade organizada deve, por isso, ser acrescido de uma análise relativa a mercados negros específicos, nomeadamente o meio e as estruturas de oportunidade, de cujas especificidades se podem extrair conhecimentos relativos à formação de organizações e à racionalização do crime." (Idem, 2010, p.85). O fundamento social, político e organizativo é comum ao crime organizado e necessariamente ao branqueamento de capitais. Neste mesmo sentido escreve também Julio Villarejo, quando refere: " (…) todas estas operaciones suelen necessitar de una cierta organización inmersa en lo há venido en denominarse *criminalidade organizada*, es más, se há afirmado que el blanqueo de capitales es el culmen de la peligrosa criminalidade organizada". (Villarejo, 2010, p.255).

Mais, muitas das vezes o branqueamento de capitais, entendido como uma forma de dissimular grandes e avultados proveitos económicos obtidos com a prática de crimes,

servirá como forma de garantir a manutenção da criminalidade organizada. Será, tal como no financiamento ao terrorismo[89], uma fonte económica que a despoleta ou a faz começar. São indissociáveis.

Ainda no sentido de determinar o conceito de criminalidade organizada escreve João Davin que existem dois modelos de organização criminosa mas que, hoje em dia, tais modelos confundem-se pois as áreas em que operam tendem-se a relacionar-se de tal forma que é impossível determinar quando começa um e acaba outro. Assim, existe o modelo de organização territorial e o modelo de organização empresarial mas que presentemente não se consegue diferenciar por força de uma verdadeira confusão em sentido técnico. Em suas palavras: " (…) a existência destes dois modelos tende cada vez mais a esbater-se atenta a progressiva interpenetração de ambos. Com efeito, se num dado momento histórico era facilmente caracterizável a predominância de traços distintivos entre estes, no momento presente é manifesto um apagamento e uma diluição nesses traços." (Davin, 2007, p.100). [90] Mais uma vez se depreende que a criminalidade organizada é fruto da nova sociedade. Não há margem para qualquer dúvida que o seu escopo e proliferação a nível global é uma clara consequência daquela. Conforme referia Alexandre Lacassagne[91] nos finais do século XIX, na vertente exógena da razão de ser do crime, a sociologia criminal, hoje mais atual que nunca, *cada sociedade tem os criminosos que merece.* Acrescentamos apenas que tem

[89] Sobre a relação entre o branqueamento de capitais e o terrorismo vide, ponto 2, do presente capítulo.

[90] É nesta obra que encontramos a referência a quais os crimes que estão pensados para a criminalidade organizada e o seu porquê. Sendo que, *grosso modo*, tal *ratio* advém da evolução sociológica já referida que foi acompanhada de uma abertura de fronteiras e de um avanço vertiginoso da tecnologia. Sendo referido pelo autor que no que concerne ao branqueamento de capitais a sua evolução e aumento deveu-se a oito fatores: a expansão da utilização da "Internet"; a expansão das redes de comunicação fixas e móveis; a supressão das barreiras alfandegárias internas em espaços muito alargados; a introdução do Euro; o abandono generalizado dos mecanismos de controlo cambial; a proliferação do uso de cartões de crédito/débito; o aumento da concorrência entre instituições bancárias e a expansão dos sistemas bancários informais. Fatores com os quais não podemos deixar de concordar e que em suma são todos manifestações do *admirável mundo novo*. (Davin, 2007, p.42).
Nesta obra o autor explica também a evolução histórica da criminalidade organizada, para a qual remetemos, realçando apenas que tudo evoluiu com tendência à sua internacionalização e transnacionalidade. Sendo por força de tal difusão no espaço, que surgiram novos mecanismos de direito adjetivo no sentido, da junção de forças por parte dos Estados na sua prevenção e combate.

[91] Ou, com a referência da língua e vocábulos originais: "la justice flétrit, la prison corrompt et la société a les criminels qu'elle mérite." Constante da sua Obra Archive d'anthropologie criminelle de médecine légale et de psychologie normale et pathologique de 1891. (Lacassagne, 1891, p.364)

os criminosos que merece por força de ter propiciado as condições para o seu aparecimento e por força dessas condições, criadas vê-se obrigada a unir forças para o seu combate.

Salientando o perigo da amplitude do conceito de criminalidade organizada, realça Augusto Silva Dias a necessidade de concretização concreta da aplicação das consequências penais da criminalidade organizada. A sua não verificação determinará, no nosso entender, soluções de um próximo processo penal do inimigo. " Ou a criminalidade é grave e organizada e justifica a aplicação de consequências processuais e sancionatórias especialmente gravosas ou não é uma coisa nem outra e então a concordância prática entre eficácia da perseguição penal e garantias não comporta a adopção dessas consequências." (Dias A. S., 2010, pp.29-30). E, de forma a concretizar tal determinação, defende o referido autor a necessidade do preenchimento de três exigências, desde logo ter presente que: o conceito de criminalizada organizada não tem qualquer efeito substantivo, é apenas meramente instrumental; exige ainda em respeito pelo princípio da proporcionalidade que apenas abranja crime com uma moldura penal superior a 3 anos; e por fim exige ainda que em certo tipo de crimes terá de se comprovar a sua comissão de forma organizada pois em relação a alguns deles, tal circunstância é quase inerente ao contrário de outros, tal como o n.º 2 do artigo 1º da Lei 5/2002, de 11 janeiro o determina. Sem o respeito por estas exigências, que subscrevemos, consideramos que a aplicação das medidas processuais legitimadas pelas referidas lei ultrapassarão os limites do n.º 2 do artigo 18º da CRP e, como tal, intoleráveis na investigação e prevenção da criminalidade.

Posto isto não resta qualquer dúvida na existência de uma relação muito estreita entre o branqueamento de capitais e a criminalidade organizada. E daí a sua inclusão nos textos legais como tal, de forma a permitir que se utilizem todos os instrumentos penais que facilitem a sua prevenção e investigação. Contudo, parece-nos substancial aferir se este conceito tem apenas repercussões adjetivas ou se se reflete também na dogmática penal.

Será que criminalidade organizada, comparticipação criminosa e associação criminosa são conceitos técnico-jurídicos coincidentes (não obstante a dificuldade da conceptualização do primeiro)? Ou são distintos? E sendo-o, qual é a sua diferença e repercussão? São estas as questões que nos propomos responder de seguida.

3.1. A comparticipação criminosa.

Desde logo a comparticipação criminosa é um conceito dogmático que tem a sua sede principal no artigo 26º do CP. Permite a responsabilização criminal a mais do que um agente na prática de um crime quer atuem na qualidade de autores ou participantes, e que é comummente denominada como uma cláusula de extensão da tipicidade. Com esta norma consegue-se punir o mesmo crime, quando praticado em comparticipação, a vários agentes, sendo estes que, em conjunto, com posições e atribuições diferentes, mas sempre com dolo, praticam um facto típico e ilícito. Em termos académicos a doutrina que, quase de forma unânime, é utilizada para a sua configuração é a teoria do domínio do facto de Claus Roxin[92] onde a distinção entre os autores e os participantes é feita pela existência do domínio do facto típico por parte daqueles a sua inexistência por partes destes. Existem, pois, três formas de autoria: a imediata (quando o agente executa o facto por si mesmo- artigo 26º primeira parte do CP); a autoria mediata (quando o agente o faz por intermédio de outrem – parte seguinte do artigo 26º do CP – que poderá assumir várias formas: em razão do erro, da coação, da inimputabilidade e os estados de alta fungibilidade) e a co-autoria (parte subsequente do artigo 26º do CP), quando os agentes repartem entre si o domínio do facto típico onde a não concretização de uma tarefa por parte de um dos agente faz com que o crime não possa ser praticado. E duas formas de participação: os cúmplices (morais ou materiais, dependendo se o seu auxilio à prática do crime é apenas e de ordem moral ou se efetivamente auxilia através de meios a prática do mesmo (artigo 27º n.º 1 do CP) e os instigadores (que são punidos como autores mas, não têm o domínio do facto, fazem nascer no autor a vontade criminosa). Conforme nos ensina Figueiredo Dias na determinação do autor imediato: " (…) autor imediato é aquele que executa o facto pelas

[92] Na sua *Täterschaft und Tatherrschaft* de 1963 a que Figueiredo Dias faz referência. " É todavia com Roxin e a sua monumental investigação dogmática, justamente intitulada *Autoria e Domínio da Facto*, que o conceito é largamente desenvolvido e precisado, conduzindo a conclusões claras, se bem que não conceitualmente " fechadas", e se arvora, assim, em uma verdadeira *teoria*." (Dias, 2007, pp.766-767).

suas próprias mão, em termos de preencher na sua pessoa a totalidade dos elementos objectivos e subjectivos do ilícito típico e deter por isso, na expressão de Roxin, o domínio da acção." (Dias, 2007, p.775). Contudo também nos ensina o referido autor que o conceito de domínio do facto terá de ser analisado com base nas circunstâncias de vida sob análise bem como razões de politica criminal e de valoração social. O que significa, principalmente no âmbito da instigação, poder em abstrato estar presente mas em concreto ser uma verdadeira autoria mediata. É na distinção entre autor mediato e instigador que se podem verificar maiores problemas conceptuais. Referindo-se ao conceito não unívoco de domínio do facto escreve:" (…) cujo conteúdo é susceptível de adaptar-se às variadíssimas situações concretas da vida e que só na aplicação alcança a sua medida máxima de concretização, assumindo o carácter de uma valoração em função do significado social que o contributo do agente para o facto representa. Por isso, o conceito básico do domínio do facto pode e deve ser afeiçoado e precisado segundo as circunstâncias do caso, e nomeadamente à luz das diversas espécies (também legais) de autoria e mesmo dos resultados que devem ser alcançados em tema de doutrina da participação." (Dias, 2007, p.768).

A autoria mediata e a instigação são conceitos muito próximos e que, no caso concreto, são muitas vezes de difícil distinção. Ambas pressupõem uma pessoa, que a doutrina comummente denomina de *homem de trás* que prevê e quer a realização de um ilícito típico, e um *homem da frente*, que executa ou começa a execução. Em ambas as figuras há dolo do *homem de trás,* mas enquanto na autoria mediata o *homem de trás* se serve do *homem da frente* para, através deste, realizar o facto, mantendo o interesse efetivo na sua concretização e, não fica alheado do domínio do facto, instrumentalizando-o; na instigação, o facto ilícito típico, desde a sua configuração à sua realização, surge exclusivamente da ação do instigado ao ficar determinado pela ação do instigador, ficando o instigado no domínio exclusivo do facto, a que o instigador se torna alheio, começando assim a autoria. " Instigador não é quem aconselha, incentiva, sugere ou reforça o propósito de outrem de cometer um crime ou que o induz à sua prática ajudando-o a vencer as resistências, físicas, intelectuais ou morais, ou mesmo afastando os últimos obstáculos que o separam do crime. Todo aquele que com a sua conduta influencia a motivação do executor na direcção da realização típica, não seria executor mas participante sob a forma de cumplicidade. Acrescendo que simples deliberação de cometer o crime sempre foi

declarada impunível- *cogitationis poenam nemo patitur-."* Conforme é referido no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/06/2009. [93]

O critério de fundo estará em saber em que condições, nas circunstâncias concretas, o *homem de trás* perde o domínio do facto, quando fica atribuído em exclusividade ao *homem da frente*. E neste sentido escreve Conceição Valdágua que o domínio do facto pode ser ainda de natureza moral e não apenas na execução do crime. Conforme refere: " decorre que, se o "homem de trás" mudar de ideias e comunicar ao aliciado que não pagará a prestação inicialmente proposta, ou que, afinal, já não pretende a execução do facto, o aliciado não cometerá o facto punível. Ora, quem tem nas mãos a ultima decisão sobre a execução do facto possui, do mesmo passo, aquele poder de supra-determinação do processo causal, conducente à realização do tipo legal de crime, que é a quinta essência do domínio do facto. (...) Quanto ao aliciado verifica-se que ele, nas circunstâncias referidas, aceita a tarefa de executor do plano criminoso do agente mediato e subordina-se inteiramente à vontade deste. Daí que deva entender-se que o domínio do facto, sob a forma de domínio da vontade, cabe ao agente mediato, sem embargo de também o executor ter o domínio do facto, sob forma de domínio da acção." (Valdágua, 2001, p.932). Também neste sentido escreve Helena Mourão defendendo que quando o *homem de trás* consegue dominar a execução, no sentido que determina o seu início ou evitar que se inicie, deixa de ser instigador e passará a ser autor mediato. Em suas palavras: "Assim, se o *homem-de-trás* se arroga, de modo expresso ou concludente, a competência para travar o executor e este lhe reconhece, expressa ou tacitamente, essa competência (…) haverá domínio da vontade do *homem-de-trás*, sobrando a figura da instigação para aqueles casos em que a decisão final sobre a execução do facto é da competência exclusiva do autor material." (Mourão, 2010, p.63).

Na comparticipação criminosa importa realçar também o artigo 28º do CP[94], pois é através desta norma que se permite que o maior grau de ilicitude passe de um participante

[93]Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/06/2009. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9c79877ed27fce8d802575f60038702b (consultado a 14/12/2016).

[94] Que tem a seguinte redação: Artigo 28.º

para um autor, ao contrário do que é a regra imposta pela teoria da acessoriedade limitada. Queremo-nos referir, em especial, à qualidade de funcionário que muito dos crimes precedentes do branqueamento pressupõem e que determina a incriminação ou a agravam. Por força da referida norma, permite-se que essa mesma qualidade se transmita para um seu comparticipante. Melhor, permite-se que o maior grau de ilicitude passe de um participante para um autor, ao contrário do que é a regra dogmática. Assim, e apesar de o branqueamento ser um crime comum, prescindindo-se dessa qualidade especial, muitas das vezes essa qualidade é-lhe subjacente por força dos seus crimes precedentes (basta pensarmos na corrupção passiva, na participação económica em negócio, etc.). Mas não quer significar que por força disso exista a transmissão dessa maior ilicitude para o branqueamento pelo artigo 28º do CP, pois a descrição típica do branqueamento pressupõe a prática de um crime precedente que pode ter essa maior ilicitude, por força da qualidade do seu agente, a qual já está incorporada na incriminação do branqueamento. E daí o disposto no número 10º do artigo 368º-A, que impede que a pena concerta do branqueamento não possa ultrapassar a pena mais elevada do crime precedente que o origina.[95]

Face à descrição das condutas elencadas no tipo legal de branqueamento, entendemos que todas as formas de participação desde a cumplicidade moral ou material à instigação clássica são transformadas em autoria. A dimensão das condutas descritas é de tal ordem vasta que estas formas de participação são transformadas em formas de autoria.

Se atentarmos à descrição típica da mesma, em que constam as expressões *auxiliar ou facilitar* conclui-se desde logo que esse auxílio ou facilitação pode acontecer do ponto

---

Ilicitude na comparticipação
1 - Se a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependerem de certas qualidades ou relações especiais do agente, basta, para tornar aplicável a todos os comparticipantes a pena respectiva, que essas qualidades ou relações se verifiquem em qualquer deles, excepto se outra for a intenção da norma incriminadora.
2 - Sempre que, por efeito da regra prevista no número anterior, resultar para algum dos comparticipantes a aplicação de pena mais grave, pode esta, consideradas as circunstâncias do caso, ser substituída por aquela que teria lugar se tal regra não interviesse.

[95] Do qual também se retira a ilação que, apesar de autónomos o crime precedente e o branqueamento de capitais têm um relação muitos estreita servindo aquele como limite máximo da pena deste.

de vista moral ou material. Assim, resta aferir se esse *auxílio ou facilitação* se refere apenas aos cúmplices descritos no artigo 27º do CP[96] ou também abrangerá o instigador.

Atendendo às considerações que tecemos antes no que concerne à definição de instigação e à sua diferenciação em relação à autoria mediata, quanto a nós, a instigação também está abrangida pelas referidas expressões. Desde logo com base num argumento dogmático de natureza pragmático. Se assim não fosse, as formas de participação menos graves seriam transformadas em autoria deixando de fora a forma de participação mais grave e censurável que é a instigação, pois, apesar do instigador ser um participante é punido como um autor, por ser ele quem faz nascer a vontade criminosa, ao contrário dos cúmplices que beneficiam dos termos de atenuação especial da pena. Assim, no tipo de ilícito do branqueamento de capitais as figuras da comparticipação criminosa não se distinguem, passando todas a ser punidas como autores. Apesar da literalidade dos conceitos nos remeterem para a cumplicidade de forma inequívoca, parece-nos que a finalidade teleológico-funcional do branqueamento abrange também a instigação, que em bom rigor não deixa de ser um auxílio ou facilitação moral ao cometimento da infração, agravado por ser esse auxílio ou facilitação que determina a sua prática.

Até porque a análise empírica do branqueamento assim nos determina, se não, vejamos a título de exemplo: se alguém convence outra pessoa a colocar nos mercados regulares o dinheiro obtido através de meios ilícitos, prometendo-lhe uma vantagem económica por esse trabalho, não nos parece que não possa deixar de integrar o conceito de auxiliar ou facilitar que consta dos elementos objetivos do tipo de branqueamento, pois está não apenas a concretizar condutas branqueadoras mas a *facilitar alguma operação*. Ou ainda se convence outra pessoa a fazê-lo, apenas para que o agente que pratica o ilícito de onde resultem esses proveitos (o crime precedente) não possa ser perseguido criminalmente. O auxílio constante do branqueamento abrangerá, até pela finalidade da própria incriminação, o mero apoio moral ou material à sua execução e também o auxílio moral que consista no seu impulsionamento. Logo, independentemente de o grau de

[96] Do qual consta: 1 - É punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso. 2 - É aplicável ao cúmplice a pena fixada para o autor, especialmente atenuada.

participação poder ser diferente, como não se podem distinguir comparticipantes, são todos autores. A única repercussão que se poderá verificar na distinção do nível de participação consistirá no critério do julgador no cômputo da medida concreta da pena, em que, no universo de uma baliza penal dos 2 aos 12 anos, deverá o Juiz ter em conta o grau de participação dos autores, punindo com penas mais leves os autores que correspondem aos cúmplices na comparticipação criminosa dos autores e instigadores, apesar de, reiteramos, serem todos autores.

Não consideramos que aquele que aconselha ao branqueamento de *forma geral* possa ser configurado como instigador. Conforme referimos supra, parafraseando a jurisprudência obrigatória do Supremo Tribunal de Justiça, " não pode ser instigador quem apenas sugere ou aconselha à prática do crime". Por exemplo, se alguém, conhecendo que outrem aufere avultadas quantias em dinheiro pelo produto da prática do crime de tráfico de influências, e lhe diz que deve ter cuidado, o melhor seria começar a fazer alguma coisa de forma a despistar a origem desse mesmo valor, mas não será instigador, pois trata-se apenas de um aconselhamento generalizado ao cometimento de um crime e não a determinação inequívoca de decisiva de outrem à prática de um crime. Se assim considerássemos, estaríamos a permitir responsabilizações criminais fora da tutela da lei penal e da sua necessária intervenção mínima. Se o agente para além do referido *conselho* ainda concretiza quais as operações de conversão, a transferência a realizar com vista à dissimulação, já será autor do branqueamento pois está a auxiliar, através, da determinação do caminho, a prática de condutas branqueadoras.[97]

---

[97] Sobre a problemática da comparticipação criminosa e o que deve integrar o conceito de instigador, veja-se o acórdão de fixação de jurisprudência de 18/06/2009 do Supremo Tribunal de Justiça, já por nós citado anteriormente, em especial o voto de vencido de Souto Moura. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9c79877ed27fce8d802575f60038702b (consultado a 14/12/2016).
Aproveitamos a referência ao presente acórdão para dar conta que somos a da opinião que, atendendo ao caso concerto sob apreciação, andou mal aquele tribunal. Pois uma coisa é aferir de quando existe ou não instigação e outra coisa é saber quando se pode punir o instigador. O que o douto acórdão permite, erradamente no nosso entender, é transformar em autor mediato o instigador quando o instigado não pratica atos de execução. Ou melhor, permitir que se configure como autor mediato a tentativa de instigação não punível pela inexistência da prática de qualquer um dos atos descritos nas diferentes alíneas do n.º 2 do artigo 22º do CP. Conforme refere Helena Mourão, pode não parecer justo a inexistência dessa punibilidade, mas é essa a solução legal atual. O sabor amargo que pode deixar uma decisão absolutória, em circunstâncias

Cremos ainda que esta nossa construção sai reforçada e complementa a que aduzimos no ponto 2, do presente capítulo quando nos pronunciámos sobre o *autobranqueamento*. Se o autor do crime precedente determina outra pessoa a praticar qualquer operação com o fim de dissimular os seus proveitos obtidos com esse mesmo crime, será também autor do crime de branqueamento, pois não se limita a usufruir os proveitos que obteve com a prática do seu crime precedente mas pretende ainda colocá-los no mercado ou evitar a sua perseguição criminal.

Contudo assim já não será nas condutas descritas no número 3. Conforme já referimos aquando da análise do tipo subjetivo do crime de branqueamento de capitais, apesar de entendermos que o tipo subjetivo específico do número 2 deveria também constar no n.º 3, certo é que não consta. E assim, o dolo comum do número 3 veio transformar as situações de cumplicidade das condutas descritas no número 2, em autoria, permitindo aqui que se possam punir os cúmplices e instigadores da *ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade da vantagem, ou os direitos a ela relativos*. A antecâmara das condutas branqueadoras por excelência que constam do número 2, que serviriam como formas de participação das mesmas, foram transformadas em autoria, possibilitando assim que desta autoria possam existir formas de participação, voltando a verificar-se uma extensão da tutela penal, podendo caber, apenas circunscrito ao número 3, a cumplicidade e a instigação.

Resta, assim, analisar o crime de associação criminosa o que faremos de imediato.

---

destas, torna-se ainda pior quando, para o evitar, se ultrapassa os limites da lei penal, punindo comportamentos que não estão previsto na lei, violando a nossa Lei fundamental. Tal como refere a autora:" Qualquer que seja a resposta, o que parece relevante frisar é que a solução da questão da punibilidade do contratante A pertence apenas, nos termos constitucionais, ao Parlamento, enquanto titular do *ius puniendi*, e se encontra absolutamente subtraída do domínio da jurisprudência." (Mourão, 2010, p.69). Salienta-se que nesta obra a autora não analisa esta decisão mas outras anteriores, embora com a mesma fundamentação.

3.2. A associação criminosa.

O crime de associação criminosa, como veremos, apesar de também englobar na autoria as formas de participação, aquilo a que Figueiredo Dias denomina de crime de "comparticipação necessária" (Dias, 1999, p.1172), determina diferenças no *quantum* da pena abstrata, ao contrário do crime de branqueamento de capitais.

O crime de associação criminosa encontra-se tipificado no artigo 299º do CP[98] e apesar de pressupor mais do que um agente na prática do crime, prevê apenas a coautoria e não outra forma de comparticipação. Esta é a posição dominante na jurisprudência, a qual determina a existência de três elementos para que o crime de associação criminosa se encontre verificado. O Acórdão da Relação de Coimbra de 27/11/213 enuncia-os como sendo um elemento organizativo, um elemento de estabilidade associativa e um elemento de finalidade criminosa.[99] Como refere Celso Leal: "uma associação criminosa já é uma estrutura mais pensada e elaborada, em que cada membro sabe perfeitamente o que lhe compete fazer e que as suas ações têm como objetivo um fim comum, ou seja, a prática dos crimes que são o escopo daquela associação." (Leal, 2015, p.26).

O crime de associação criminosa tem um maior desvalor de ilicitude e de culpa manifestado nos referidos elementos. Encontra-se inserido no título IV, capítulo V, II

---

[98] Que dispõe o seguinte: 1 - Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes é punido com pena de prisão de um a cinco anos. 2 - Na mesma pena incorre quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações ou quem os apoiar, nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para as reuniões, ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos. 3 - Quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidos nos números anteriores é punido com pena de prisão de dois a oito anos. 4 - As penas referidas podem ser especialmente atenuadas ou não ter lugar a punição se o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes. 5 - Para os efeitos do presente artigo, considera-se que existe grupo, organização ou associação quando esteja em causa um conjunto de, pelo menos, três pessoas, actuando concertadamente durante um certo período de tempo.

[99] Disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/4d499d6f6a75c5e380257c3800385481?OpenDocument
(consultado a 3/12/2016).

secção, do CP, onde se descrevem os crimes contra a paz pública. E assim, pela jurisprudência e doutrina, é determinado como sendo este o seu bem jurídico.

A sua autonomização em relação à comparticipação criminosa parece determinar que, de forma automática, se conclua que é um crime que será sempre punido em concurso real com os crimes a que o grupo ou organização praticará. Até pode ser punido mesmo que os crimes não cheguem a acontecer. Basta atentarmos ao seu número 4 onde se determina a possibilidade de uma atenuação especial das penas aos agentes que consigam evitar a prática dos crimes da associação. Se estudarmos com atenção esta disposição, resulta ainda um outro aspeto que pretendemos realçar. O legislador permite uma atenuação especial quando o agente comunique à autoridade a existência da associação *de modo a esta poder evitar a prática de crimes*. Mais uma vez daqui resulta a colaboração do arguido na investigação criminal. Contudo, na associação criminosa o legislador não foi tão longe como no branqueamento de capitais mas, não há margem para dúvidas que também naquele crime, o arrependido é tido em consideração no tipo legal para efeitos investigatórios. Pela forma com está redigida a norma poderíamos ser tentados a considerar que só haveria atenuação quando a comunicação pelo agente à autoridade se concretizasse no impedimento, de facto, do crime, porém, não será essa a *ratio* da norma. O que de facto se pretende é *aliciar* os agentes a colaborarem na investigação e prevenção da prática dos crimes que praticaram ou possam vir a acontecer, por força da sua participação. Contudo, é uma construção mais próxima do arrependimento ativo e da desistência do que o próprio arrependido colaborador.[100]

A existência da associação criminosa é por si só suficiente para legitimar a intervenção penal. Este crime é quase aquilo que a letra da lei determina, ou seja, a associação de um grupo de pessoas, cada uma com a sua tarefa ou função, com vista a atingir um determinado fim, que será necessariamente um ou vários crimes, e pressupõe portanto que exista o grupo ou pessoa fundador e os demais colaboradores mas, todos conhecedores da posição e atribuição de cada um, bem como o crime (s) que a associação criminosa pretende praticar.

[100] Sobre o estatuto do arrependido colaborador ver capítulo III, do presente trabalho, em especial o ponto 1.

É um crime comum que pressupõe mais do que um agente, podendo ser criada para a concretização de qualquer crime, mesmo os específicos próprios. A intenção do legislador é punir autonomamente esta especial forma de comparticipação criminosa. A associação criminosa é uma forma tão específica de comparticipação criminosa que deixa de haver distinção entre autores e participantes, passando todos a ser autores, mudando o *quantum* da pena em função da maior relevância ou não da função do agente na referida associação. Está-lhe subjacente uma potencialidade de lesão de vários bens jurídicos que legitima a sua autonomização. Ou seja, a *ratio* da sua incriminação é prevenir que se criem estruturas organizadas visando a prática de crimes. É ainda caracterizada por ter um carácter de permanência ou de estabilidade e ainda uma ligação muito estreita entre as pessoas que o formam, ou na expressão de Figueiredo Dias: "a existência de um sentimento comum de ligação (…) " (Dias, 1999, p.1162). Aliás tal exigência resulta do próprio texto legal: *actuando concertadamente durante um certo período de tempo*. Assim, a associação criminosa será sempre punida em concurso com os crimes que se vieram a praticar por seu intermédio e com benefício na sua organização, astúcia e engenho.

A sua construção dogmática é fundamentada e necessária à paz e segurança públicas, bem como a sã convivência em sociedade contudo, é de muito difícil prova em julgamento pois, sendo um crime doloso, todos os intervenientes do grupo ou da organização criminosa têm de conhecer, pelo menos, que fazem parte da organização. Conforme refere Figueiredo Dias: "Supõem, no plano das realidades psicológica e sociológica que, do encontro de vontades tenha resultado um *centro autónomo de imputação fáctica* das acções prosseguidas ou a prosseguir em nome e no interesse do conjunto." (Dias, 1999, p.1160). Se pensarmos num grande grupo organizado, dificilmente se conseguirá demostrar a comparticipação de todos pois muitos poderão estar relacionados, factualmente, com o grupo mas não conhecer o seu fim ou função criminosa. [101]

[101] Tema que voltaremos a abordar no ponto 1, do capítulo II, do presente trabalho.

3.3. Considerações confluentes da distinção dos conceitos.

Face ao exposto podemos concluir que o *conceito* de criminalidade organizada tem uma *ratio* estrutural e sociológica idêntica ao do branqueamento de capitais. Apesar de não se reduzir a este crime, muito pelo contrário, tem com ele uma relação muito estreita, não porque a organização pode estar subjacente ao branqueamento de capitais, apesar de lhe ser frequente mas, sobretudo, porque este poderá ser também uma fonte de financiamento da criminalidade organizada. Quer dizer, quanto a nós, a criminalidade organizada é um *conceito* com sede do direito adjetivo, sendo determinado com o elenco de um conjunto de crimes que por razões sociológicas ou de política criminal, merecem um tratamento processual penal distinto da demais criminalidade, quer ao nível da sua prevenção, quer ao nível da sua investigação ou estatuto coativo. É curioso constatar que a própria sociedade que a despoleta é que reclama meios de a fazer prevenir e cessar. Assim, a única repercussão dogmática que este conceito traz é determinar o intérprete na averiguação da existência de associação criminosa. O conceito estritamente formal de criminalidade organizada parece querer abranger dois tipos de organização: a organização subjetiva e objetiva.

A organização subjetiva verifica-se quando vários agentes se organizam para praticar crimes e a objetiva quando o nível de organização se verifica em relação aos crimes praticados. Assim, apesar da associação criminosa ser um dos crimes abrangidos pela definição legal de criminalidade organizada, no nosso entender, corresponde ao seu tipo subjetivo, ou seja, a criminalidade organizada pressupõe a associação criminosa quando prevê a organização dos agentes na prática dos crimes, porquanto uma das linhas condutoras da criação do *conceito* criminalidade organizada é a existência de uma comparticipação criminosa especial onde o grau de permanência e organização de tal ordem que leva a que alguns dos participantes possam ser autores transformando-se num crime autónomo e não uma extensão da tipicidade, a associação criminosa. Aliás se atentarmos aos demais crimes que estão identificados como criminalidade organizada, constatamos que do ponto de vista empírico, por regra, são praticados em comparticipação criminosa. E as evidências do mundo atual revelam que a sua prática é muito mais do que isso, isto é são crimes praticados por meio de uma associação criminosa, onde este crime

está sempre em concurso real com o outro que cabe no *conceito* de criminalidade organizada. Mas tal não significa que não possa haver criminalidade organizada sem associação criminosa. Não são conceitos coincidentes e um crime não implica o outro do catálogo da criminalidade organizada.

A organização objetiva da criminalidade organizada prescinde da associação criminosa mas quer ainda abranger outro tipo de crimes cuja linha condutora se traduz em condutas cuja prática pressupõe um certo nível de apetrechamento tecnológico ou mesmo técnico que pressupõe uma acrescida organização de facto para o seu cometimento, onde os crimes económicos têm uma posição de destaque. Neste sentido também escreve Augusto Silva Dias: " Pode não se verificar o ilícito típico do crime de associação criminosa e, todavia, o crime em causa pertencer ao catálogo legal e ter sido praticado de forma organizada ou vice-versa." (Dias A. S., 2010, p.27).

Assim, e em jeito de conclusão, defendemos que o branqueamento de capitais é um crime que faz parte do catálogo dos crimes oriundos da criminalidade organizada por força do seu nível de organização objetiva até porque pressupõe como se sabe, necessariamente, um crime precedente o que leva a uma acrescida astúcia para o seu cometimento. Contudo não deixa de ser um crime que na maior parte das vezes é praticado também em associação criminosa. A sua autoria singular ou em comparticipação é possível, contudo, a experiência e a jurisprudência revelam-nos exatamente o contrário. Logo, o crime de branqueamento de capitais integrará os dois conceitos de criminalidade organizada, quer do ponto de vista objetivo quer subjetivo.

Resta-nos responder à pergunta que formulamos antes. Será que criminalidade organizada, comparticipação criminosa e associação criminosa são conceitos técnico-jurídicos coincidentes (não obstante a dificuldade da conceptualização do primeiro)? Ou são distintos? E sendo-o, qual é a sua diferença e repercussão?

Face a tudo o que expusemos chegamos à conclusão que os conceitos de criminalidade organizada, comparticipação criminosa e associação criminosa são conceitos jurídicos distintos. Contudo, são relacionáveis entre si, servindo também o branqueamento de capitais como elo de ligação entre eles, visto que a criminalidade organizada poderá ser entendida num âmbito objetivo, assente num fundamento sociológico e civilizacional, e num âmbito subjetivo, onde a associação criminosa é o seu mote. O branqueamento de capitais obedece a ambos os âmbitos: é criminalidade organizada objetivamente considerada e por regra é praticado através de uma associação criminosa, preenchendo

também o seu âmbito subjetivo. Logo, quando estamos perante o crime de branqueamento de capitais automaticamente se fazem lançar os instrumentos legais de combate à criminalidade organizada e, normalmente, em concurso real com o crime de associação criminosa. O que terá ainda que ser analisado é se a aplicação automática das medidas processuais que o conceito de criminalidade organizada permite, será legítima ou carecerá, de se demonstrar *in casu* a efetiva necessidade do seu uso.[102]

De seguida iremos analisar as consequências investigatórias que estes tipos de criminalidade comportam. Principalmente no sentido de dotar à investigação criminal uma dificuldade latente, à qual se tem tentado combater em várias frentes e com vários instrumentos.

Para fazer face a essas dificuldades, vão surgindo várias respostas para as fazer cessar. Desde a própria tipicidade, à criação sucessiva de medidas de prevenção e repressão e à união entre os estados. Medidas que nos propomos tratar no capítulo seguinte do presente trabalho. Restará, por fim, aferir se são profícuas.

[102] A referida análise será por nós realizada no capítulo III, ponto 3, do presente trabalho.

II As dificuldades do sistema processual português face à criminalidade organizada.

A investigação criminal no processo penal é necessariamente jurisdicional. Assim, quando falamos em investigação criminal estamo-nos a referir àquela que é realizada pelas autoridades judiciárias e pelos órgãos de polícia criminal, sob a égide de uma estrutura essencialmente acusatória do processo penal português.

Em processo penal probatório, os dois valores em confronto no processo penal estão ainda em maior conflito, ou melhor, a segurança e a tranquilidade públicas que o processo penal promove, ou tenta assegurar, estão constantemente a ser limitadas por uma investigação criminal que tende à obtenção da verdade material e, como tal, tem de respeitar o investigado como pessoa humana e sujeito processual, garantindo-lhe, efetivamente, condições de defesa e de paridade de armas no intuito da obtenção da verdade processualmente possível. Apenas esta é a legítima aos olhos do nosso legislador constitucional. "A realização da justiça exige, pois, a descoberta da verdade material, pressuposto legitimador da necessidade de sujeição da sanção penal, que visa a proteção de bens jurídicos fundamentais, mas também a reintegração do agente do crime na sociedade, sendo certo que, em caso algum, a pena pode ultrapassar a medida da culpa, e ainda o restabelecimento da paz jurídica comunitária, posta em causa através do cometimento do crime." (Gonçalves & Alves, 2009, p.15).

A dignidade da condição da pessoa humana é o limite intransponível para todo o sistema de justiça e em especial na investigação criminal no processo penal, uma vez que, aqui a restrição dos direitos dos cidadãos é possível. Todavia o coartar das liberdades depende de critérios muito rigorosos e específicos e jamais poderá perigar sequer a dignidade da pessoa humana. Conceito imanente ao Estado e natural a todos os seus cidadãos. Conforme refere Germano Marques da Silva: " É mais fácil concordar na afirmação da dignidade de qualquer pessoa humana do que defini-la e fundamentá-la. É de modo intuitivo que, por assim dizer, sentimos, diante de qualquer ser humano, estar perante algo sagrado ou profundo. Aprofundando na génese deste sentimento, somos reenviados para a consciência que temos da nossa própria dignidade pessoal: reconhecemos a dignidade do outro porque nele vemos um outro eu, *alter ego*." (Silva, 2001, p. 36). É o princípio e o fim na nossa Lei Fundamental que se encontra plasmado

logo no seu artigo 1º. Este postulado é algo que tem sempre de estar presente quando se fala em direito em geral e, em especial, na investigação criminal. Bem reconhecemos a tentação dos entes da investigação criminal na descoberta do crime e do seu autor. Quem está no campo, que contacta diretamente com a vítima, que se apercebe de quão grave são os efeitos do crime, é-lhe muitas vezes difícil resistir ao uso de meios que ofendem a dignidade da pessoa humana. Porém essa tentação poderá ter como consequência inquinar toda a investigação e todo o processo penal. Por mais vontade que se tenha em descobrir o crime, de forma a restabelecer a paz social e compensar a vítima e seus familiares, temos de ter sempre presente que os investigados também são pessoas e como tal merecedores da dignidade de que qualquer pessoa humana é portadora.

Hoje, quanto a nós, a tentação tem outro móbil e um outro caminho. A criminalidade que hoje merece mais atenção ofende não apenas o cidadão comum mas antes toda a estrutura de estado e conceção da própria humanidade. Os próprios bens jurídicos protegidos com a incriminação são coletivos ou supra individuais. Assim, as exigências de investigação são outras, pois a própria comunidade, o Estado (na conceção administrativa pura), as organizações europeias e internacionais assim o impõem, levando ao uso de instrumentos de investigação dissimulados ou ocultos, baseando-se em presunções de responsabilidade e apostando cada vez mais na prevenção, com a utilização das ferramentas da investigação criminal mais invasivas dos direitos dos cidadãos.

O artigo 18º da CRP possibilita a restrição de direitos fundamentais, os quais estão constantemente em perigo e muitas vezes em lesão efetiva, com a investigação criminal. Daí que a principal preocupação seja legitimar a investigação, permitindo a restrição de direitos fundamentais, na estrita medida do proporcional, necessário e adequado ao fim investigatório pretendido. Se analisarmos os meios de obtenção de prova do ponto de vista dogmático poderemos afirmar que todos eles, sem exceção, são condutas tipificadas como crime, todavia o respeito pelos seus requisitos de forma e de admissibilidade, legitima a conduta funcionando como causas de exclusão da ilicitude processuais penais.

Logo, sem mais, a legitimidade investigatória está limitada ao referido normativo constitucional pois mesmo o processo penal estando sujeito ao princípio da legalidade em termos probatórios, e por tal permita que se possam utilizar todos os meios de investigação mesmo que não elencados no catálogo legal, desde que não caibam na proibição, não se pode investigar sem respeitar a pessoa humana titular de direitos fundamentais que só podem ser restringidos para proteger outro direito fundamental. A restrição tem de ter

sempre caracter subsidiário e tem de se demonstrar ser eficaz. Assim por força do artigo 18º da CRP a democratização da investigação é pressuposto para a recolha de prova independentemente do crime a investigar.

Hoje, este crivo constitucional deverá no nosso entender ser ainda mais reforçado, pois as dificuldades investigatórias que hoje se sentem, por força da sociedade evoluída em que vivemos, que possibilitou a evolução técnica e tática das práticas criminosa, permitem uma tendência para uma maior restrição das liberdades dos cidadãos, desde logo pela proporcionalidade pois, se o crime é grave e se a sua repercussão é exponencial então será legítimo a utilização de meios de investigação também mais graves, intrusivos, dissimulados ou enganosos, pois só assim se conseguirá a recolha de prova. Contudo nunca podemos descurar que os investigados são pessoas e assim são titulares de direitos, liberdades e garantias que podem ser limitados mas sem nunca ultrapassar este crivo constitucional. Referimo-nos à "intangibilidade dos direitos fundamentais", na expressão de Gomes Canotilho e Vital Moreira (Canotilho & Moreira, 2007, p.208).

Acresce ainda o facto de hoje este tipo de criminalidade, onde o branqueamento de capitais se inclui e evidencia, merecer a atenção dos meios de comunicação social. Todos os dias assistimos ao veicular de notícias sobre processos-crime. Não como era anteriormente, no sentido de demonstrar o lado mau inerente à pessoa humana, mas antes uma verdadeira preocupação de investigação jornalística. Hoje, o mundo da comunicação social também já se dedica à recolha de prova, paralelamente ao poder judicial, mas o que ressalta e dá notícia é o mau funcionamento deste. Esta mensagem do mau funcionamento, ou pelo menos da morosidade dos processos judiciais, também cria dificuldades investigatórias. Desde logo por força do alarme social que causa mas também porque faz criar nos entes investigatórias *pré-conceitos* sobre a investigação de um processo-crime que judicialmente se está a começar mas que a comunicação social já divulgou e quase sentenciou. A objetividade que deve caracterizar a investigação criminal é perigada com a *intromissão* da comunicação social. O dever/direito à informação é um direito inalienável dos cidadãos e é um instrumento muito poderoso na formatação de opiniões e vontades e, nessa medida, muito perigoso quando em causa está a investigação criminal e consequentemente, a restrição das liberdades.

A esta dificuldade muitas outras se associam e se denotam no crime de branqueamento de capitais. Passemos à sua análise.

1. As dificuldades da investigação no branqueamento de capitais.

O crime de branqueamento de capitais é muito difícil de ser investigado e demonstrado em sede de audiência de discussão e julgamento. Tais dificuldades advêm de vários fatores que ora abordaremos e que analisaremos com todo o pormenor. Iremos começar por enunciá-los e de seguida traçaremos um estudo no que concerne a cada um deles.

As principais características do crime de branqueamento de capitais são por si só demonstradoras da sua dificuldade investigatória, podendo-se resumir, tendo em conta a sua dificuldade investigatória, nos seguintes aspetos: é um crime de colarinho branco; é um crime de 2º grau, pressupondo, por força da sua construção dogmática, a necessidade da prática de um crime precedente que determina ou limita a sua punibilidade; a sua prática é cada vez mais internacionalizada, atendendo aos meios utilizados no cometimento de condutas branqueadoras; por consequência, é um crime plurilocalizado; é um crime praticado através de uma organização de mote empresarial por vários agentes; e, por fim, é um crime que hoje merece a atenção da comunicação social. Analisemos, as suas dificuldades investigatórias, tentando autonomizar os argumentos consoante os diferentes aspetos apresentados.

1.1 As dificuldades implicadas por se tratar de crime de *colarinho branco*.

O facto de se inserir no conceito de crimes de colarinho branco, caracterizado por serem crimes praticados por agentes com grandes capacidades económicas e portadores de mais conhecimentos nas diferentes áreas de intervenção, em especial na económica, no sistema financeiro e no direito, obriga a que os conhecimentos técnicos que lhe estão subjacentes sejam também conhecidos por parte dos atores judiciários ou pelo menos que sejam portadores da mesma competência técnica que os agentes possuem. Se assim não acontecer, apesar das autoridades judiciárias e os órgãos de polícia criminal poderem estar apetrechados com meios para o seu combate, não conseguem fazê-lo, pois a erudição do

seu cometimento é desde o primeiro momento um entrave à sua investigação. E daí, como veremos mais à frente no presente trabalho, a necessidade de se criarem núcleos de investigação das procuradorias e da polícia judiciária direcionados à prevenção e combate do branqueamento de capitais, com o propósito de se criarem autoridades judiciárias e órgãos de polícia criminal especializados nas diferentes temáticas conexas com o crime de branqueamento de capitais. E, por isso, constatamos também a existência de muitos estudos académicos de áreas não jurídicas que incidem sobre o branqueamento de capitais pois, o crime no seu cometimento pressupõe essa mesma multidisciplinariedade, a qual deverá merecer também a atenção das autoridade e dos órgãos de investigação criminal.

As referidas dificuldades investigatórias não se reduzem ao branqueamento de capitais são transversais a toda a criminalidade catalogada como de colarinho branco. Mas, cada vez mais, se constata uma preocupação especial em torno deste crime por força também da sua relação necessária com outros crimes fruto da mesma conceção criminológica, acentuando-se assim a sua dificuldade investigatória por ser um crime de 2º grau.

1.2 As dificuldades originadas por ser crime de 2º grau.

Conforme vimos antes, o crime de branqueamento de capitais é um crime conexo ou de segundo grau. Existe com o propósito de punir os agentes que coloquem nos mercados saudáveis proveitos económicos obtidos com a prática dos crimes descritos no n.º 1 do artigo 368º- A do CP, ou que dissimulem a sua obtenção de forma a impedir ou dificultar a perseguição penal por parte daqueles agentes. Assim, há uma conexão dogmática entre o crime precedente e o crime de branqueamento de capitais, que serve até como forma de se punir, quando não seja possível punir o crime precedente pois, o branqueamento acaba por ser uma consequência daqueles, pelo menos do ponto de vista ontológico. Assim, na investigação do crime de branqueamento de capitais ter-se-á de ter em conta o crime precedente melhor, terá de haver investigação ou demonstração probatória da prática deste, alicerçando assim uma dificuldade investigatória.

Ter-se-á de demonstrar a existência de uma relação de causalidade entre o crime precedente e o branqueamento, não sendo necessária a demonstração probatória exígua desse crime mas necessariamente, demonstrando-se que o proveito ou vantagens económica são fruto desse ilícito. Em termos probatórios, deverão existir indícios suficientes de que as vantagens ou proveitos são oriundas de um dos crimes precedentes. Para haver acusação não se exige a certeza dessa proveniência basta que se verifique, com a prova recolhida, uma maior probabilidade da sua demonstração em julgamento.[103] Contudo no julgamento tal proveniência terá de ser demonstrada sem margem para qualquer dúvida. Isto por força das diferentes exigências de valoração probatória que se

[103] Referimo-nos ao conceito de prova indiciária suficiente que se encontra determinada pelo nosso legislador no n.º 2 do artigo 283º do CPP, onde se refere: Consideram-se suficientes os indícios sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança. Em termos doutrinários e jurisprudenciais entende-se que se preenche este conceito quando o MP no fim do inquérito, fazendo um juízo de prognose, colocando-se no papel de julgador e com base nos princípios que informam a fase de julgamento, entender que conseguiria demonstra o facto com a prova que recolheu na sua fase investigatória.
Sobre o conceito de indícios suficientes, a título indicativo, vide os acórdãos: Relação de Coimbra de 10/09/2008, disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/c52b33e4bbf1c451802574de00396725?OpenDocument
Relação de Évora de 02/06/2015, disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/1f5a48592fc3c57e80257e610032ea45?OpenDocument
Relação de Lisboa de 16/11/2012, disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrl1.nsf/0/feff2952fc9fefb2802577f2003d8c74?OpenDocument
Relação do Porto de 06/11/2013, disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/45e4e4265f68b70980257c2e00353b9d?OpenDocument
Relação de Guimarães de 17/02/2014, disponível em:
http://www.dgsi.pt/JTRG.NSF/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/d02abd6778c5205580257c94004fa014?OpenDocument
Supremo Tribunal de Justiça de 28/09/2011, disponível em:
http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/25cd7aa80cc3adb0802579260032dd4a?OpenDocument
Entre muitas outras decisões jurisprudenciais, todas apontando para o conceito coincidente de indícios suficientes, remetemos para a definição constante desta decisão do Supremo Tribunal de Justiça: "Nesta sequência haverá que elaborar um juízo de prognose fundamentado e em face dos indícios existentes ou seja da prova produzida determinar o que é mais provável: a futura absolvição ou a futura condenação do arguido. Caso a resposta penda neste segundo sentido impõe-se ao Ministério Publico o dever de deduzir acusação Para acusar, ou pronunciar, não basta uma reduzida possibilidade de condenação do arguido. Se as probabilidades de absolvição forem superiores ou mesmo iguais às de condenação, o processo não deve prosseguir. Mas para acusar ou pronunciar não é necessário que as probabilidades de condenação sejam manifestamente superiores. (…) no julgamento, já não podem existir probabilidades mas unicamente certezas."

verificam na fase do inquérito e na fase do julgamento. Esta fase não é compaginável com dúvidas, mas apenas certezas.

Conforme já dissemos anteriormente, muitos dos crimes precedentes são também crimes de colarinho branco, crimes catalogados como criminalidade organizada, ora crimes onde a dificuldade investigatória tem também um acento tónico. À dificuldade natural do crime de branqueamento de capitais acresce a que se verifica, também por natureza, aos seus crimes precedentes.

Vejamos, de seguida, as dificuldades associadas à evolução tecnológica e informacional.

1.3 As dificuldades originadas pela evolução tecnológica e informacional.

Por outro lado, as novas tecnologias de informação despoletam nas condutas branqueadoras uma consequência investigatória incontornável: muitas vezes não se consegue determinar onde ou por quem são praticadas, podendo até serem praticadas quase através de um dom de ubiquidade que lhe é outorgado através dos novos e evoluídos instrumentos informáticos. Logo, não se pode investigar o branqueamento de capitais sem ser através de meios de obtenção ou recolha da prova que possam ser adequados à recolha de prova no ambiente digital pois, é nesse ambiente, direta ou indiretamente, que passa ou passou o branqueamento. Apesar de haver cada vez mais instrumentos de investigação criminal no mundo da informação, certo é que a investigação criminal é desde logo prejudicada quando o crime é praticado através de um sistema informático ou programa informático, por força da sua natureza imaterial e alterável. Conforme refere Ana Oubiña: " (…) para além do direito penal, também a própria evolução tecnológica desempenha aqui um importante papel de proteção dos direitos fundamentais, embora a evolução tecnológica só venha diminuir riscos que ela própria criou." (Oubiña, 2009, p.38).

Por outro lado, os meios do sistema informacional, associado aos crimes precedentes determina uma plurilocalização criminosa intrínseca às condutas branqueadoras, a qual, necessariamente, se repercute em diversas dificuldades investigatórias, para além de dogmáticas. O facto de o branqueamento ter contacto com

vários pontos do mundo, obstaculiza a investigação não só ao nível da recolha da prova mas também em termos de determinação da lei competente para esse efeito. À medida que se amplia o âmbito espacial da investigação é mais difícil a recolha da prova, devendo respeitar-se as regras adjetivas dos Estados com os quais o crime tem conexão. E daí a necessidade de união entre todos os Estados no combate e repressão deste tipo de criminalidade, criando-se uma espécie de norma de conflitos harmonizada de forma a tornar profícuo o uso dos diferentes instrumentos processuais penais dos Estados.

Neste sentido também escreve Daniel Tavares, incindindo o seu estudo no combate ao tráfico de droga, não deixa de realçar as dificuldades investigatórias, por força da globalização e a necessidade de união de esforços entre os estados no sue combate: " (…) o aumento da sua eficácia graças à globalização e à mobilidade de pessoas e negócios, o uso altamente especializado eficaz das novas tecnologias de informação e de comunicação virtual que proporciona rapidez de contactos e de criação e extinção de empresas *fantasma* usadas para a colocação e branqueamento de capitais, a crescente interdependência entre os Estados resultantes da liberalização dos fluxos internacionais do comércio e de capitais e o grande volume de valores movimentado. (…) o êxito da repressão ao tráfico ilícito de drogas depende fundamentalmente do empenho da comunidade das nações e da cooperação multilateral, regional e bilateral." (Tavares, 2012, p.414-415).

Conforme melhor veremos infra, hoje no combate a este tipo de criminalidade, face à sua plurilocalização, a união de forças entre os Estados é de tal ordem que ultrapassa as fronteiras da União Europeia e passa a ter carácter mundial, uniformizando regras e instrumentos de prevenção e repressão. As diferentes famílias jurídicas já não são um obstáculo à harmonização. Este novo fenómeno da criminalidade veio demonstrar que apesar de podermos ter raízes jurídicas distintas nos diferentes Estados, há um ponto inultrapassável comum a todos: a segurança comunitária.

1.4 As dificuldades originadas pela "comparticipação criminosa".

Uma outra caraterística muito comum no crime de branqueamento de capitais é o facto de ser praticado por vários agentes.

Apesar de não ser impossível sua autoria singular, normalmente, o branqueamento de capitais resulta de um dos crimes da associação criminosa ou serve para a financiar, ou pelo menos existe no seu cometimento, comparticipação criminosa.[104] É assim um crime que é praticado por diferentes agentes, com um maior ou menor nível de organização. Bem sabemos que quanto maior for o número de arguidos, *ab initio*, mais difícil será a investigação não tanto pela exigência de mais recursos humanos no processamento do processo-crime, mas principalmente pela maior dificuldade de se estabelecer a recolha de prova para cada um pois, poderão ter participações em diferentes condutas mas todas elas integradoras do crime de branqueamento de capitais, fazendo aparecer os denominados megaprocessos que despoletam o último aspeto que determina um grave e atual dificuldade investigatória.

1.5 As dificuldades originadas pela atenção da comunicação social (os megaprocessos e os processos mediáticos).

Os megaprocessos são processos que, atendendo à quantidade de agentes envolvidos determinam, quase como por regra, a outorga à investigação de excecional complexidade. Mas não podemos confundir mega processos com processos mediáticos.

Conforme já descrevemos antes no presente trabalho, o crime de branqueamento de capitais é hoje uma incriminação que está sob a atenção de todas as instâncias de controlo,

[104] Sobre a distinção dos conceitos, criminalidade organizada, comparticipação criminosa e associação criminosa, ver capítulo I, ponto 3, do presente trabalho.

desde as formais às informais e ao nível nacional e internacional. É um crime que cria um grave alarme social e trespassa um sentimento de impunidade em relação àqueles que possuem mais rendimentos, o que leva a que exista um interesse jornalístico na divulgação da sua prevenção e repressão, principalmente quando figuram como autores desse crime agentes com alguma conotação pública. A notoriedade do crime determina desde logo a sua conotação por parte da comunidade e, normalmente, tal conotação é negativa onde o insucesso na investigação e prevenção desta criminalidade fica de imediato em destaque.

Hoje é indiscutível e inegável a necessidade do acesso à informação por parte dos cidadãos. Informação que também abrange o poder judicial. Como refere Bruna Madureira, " (…) justiça e comunicação social devem viver lado a lado num Estado de Direito Democrático." (Madureira, 2009, p.135). O cidadão tem o direito inegável de saber como os tribunais administram a justiça em seu nome e, claro está, o processo penal está abrangido por esse direito e por força das novas formas de criminalidade, mais evoluídas e apetrechadas tecnologicamente, tem a braços uma tarefa mais complexa no que concerne à investigação criminal mas sempre com respeito pela pessoa humana. E é essa investigação criminal que, cada vez mais, tem captado o interesse dos diferentes meios de comunicação social: a mediatização dos processos originada pela sua dimensão ou pela notoriedade dos envolvidos. O que se verifica no branqueamento de capitais.

Normalmente, o branqueamento é anunciado como associado a figuras públicas de grandes posses e a figuras políticas nacionais ou estrangeiras, pois como vimos, tendencialmente, comporta elementos de conexão com outros países. Não sabemos, nós também destinatários dessas notícias, se tal conotação é verídica contudo, é esta a mensagem que tem vindo a ser veiculada pelos meios de comunicação social.

Não podemos nunca é confundir a investigação jornalística com a investigação criminal. Esta é necessariamente jurisdicional e não pode socorrer-se de contributos investigatórios de particulares sob pena do Estado de Direito ser colocado em perigo e sob pena de se violar a estrutura essencialmente acusatória do processo penal português, sem descurar o legitimo direito à recolha e divulgação da informação por parte dos jornalistas e muitas das vezes o auxílio que esta dá à investigação criminal (que apenas poderá servir como mais um elemento onde procurar indícios probatórios e não a fonte dessa recolha).

E assim se colocam outros dois interesses também em conflito: o direito à informação dos cidadãos e o interesse investigatório.

Nos termos do disposto no artigo 88º do CPP, o acesso ao processo pelos meios de comunicação social apenas é possível quando não há segredo de justiça. Apesar de parecer ser evidente esta nossa referência fazemo-la porque também é notório e público as crassas e múltiplas violações do segredo de justiça por parte da comunicação social, pois o segredo de justiça tem por fim a proteção da investigação criminal e os direitos fundamentais dos intervenientes processuais, logo, não poderá a comunicação social divulgar conteúdos de um processo penal fora da autorização legal. E se atentarmos ao regime legal, mesmo quando o inquérito não está sobre segredo de justiça, há limites no concerne ao conhecimento do conteúdo dos atos processuais e sua forma de divulgação. Tudo com o propósito de salvaguardar a investigação e a reserva da vida privada dos intervenientes processuais. O artigo 86º do CPP consagra as regras referentes à publicidade e ao segredo de justiça no processo penal, estabelecendo que, por regra, o processo penal é público, o que é imposto pela nossa Constituição, nos termos do artigo 206º da CRP, com o intuito de demonstrar e enaltecer a imparcialidade e independência dos sujeitos processuais em especial das autoridades judiciárias. Tal como refere Damião da Cunha: " O julgamento por si tem de ser equitativo e público. A publicidade da audiência é um valor constitucional (art. 206º) e por isso, uma vez mais, não se trata de uma garantia subjetiva, mas de uma forma de legitimação democrática da função jurisdicional." (Cunha, 2009, p.185).

Só existirá segredo de justiça na fase do inquérito se o Juiz de Instrução Criminal (doravante JIC) o determinar, a requerimento dos demais sujeitos processuais. Se assim for, o processo é secreto. Segredo que é imposto com o fim de evitar que se perturbem as diligências investigatórias de aquisição, conservação ou veracidade da prova, de garantir a objetividade, imparcialidade da magistratura livre do peso da opinião pública, e por fim, também de garantir a preservação ou reserva da vida privada do arguido ou da vítima. [105] Contudo é premente distinguir os *megaprocessos* dos processos mediáticos.

Os processos mediáticos, como é indiciado pela sua terminologia, são processos que os media consideram relevantes a serem expostos, não só pelo interesse público na sua

[105] O exposto já foi por nós aflorado, ainda no prelo, em, *A relevância dos meios de comunicação social na investigação criminal*, texto para o livro de homenagem ao professor Manuel da Costa Andrade.

divulgação, pelas figuras públicas envolvidas ou pelos crimes indiciados, mas também, quanto a nós, pelo interesse em fazer transparecer à população o mau funcionamento das instâncias formais de controlo. Aliás, por regra, as notícias sobre o processo penal vêm reforçar a verificação de um erro judiciário, ou demonstrar que o funcionamento das regras adjetivas têm consequências processuais contrárias às expectativas da comunidade porque assim tem de ser face à estrutura essencialmente acusatória do modelo de processo penal português e não inquisitória, como muitos dos membros da nossa comunidade ainda esperam que seja a *ratio* do funcionamento dos processos penais em Portugal. Na nossa opinião, é evidente que, quando o processo penal funciona bem, que é realce-se a regra, não dá notícia, pois o bom funcionamento da justiça é algo que a comunidade tem de adquirido todavia, o que hoje se verifica é um transpor do direito à informação para uma formatação negativa, na opinião pública, do funcionamento da justiça por parte da comunicação social. Não descuremos que a natureza humana se regozija com o mal alheio e é esse prazer que a comunicação social, com as notícias sobre o processo penal, quer alimentar e infelizmente com alargado sucesso.

Importa assim aferir qual será o critério que se deve utilizar de forma a permitir a ponderação entre o interesse público da divulgação, que pode até ter pendor no que concerne à prevenção geral positiva e na própria repressão e perseguição criminal, e a salvaguarda da reserva da vida privada de todos os intervenientes judiciários. Neste sentido, encontramos, entre vários autores, Nuno Maurício que refere:“ Torna-se, pois, fundamental erigir um critério geral de comunicação, isto é, aquele em nome do qual encontrará justificação e fundamentação a divulgação de tal facto.” (Maurício, 2005, p.34). Repare-se que a legitimidade indiscutível do referido interesse público determina a obrigatoriedade positivada de divulgação de informações por parte dos próprios órgãos de polícia criminal e do MP. Mas, preponderante, é que nunca se verifique uma troca de papéis ou de poderes. Na senda do referido autor, nunca nos podemos esquecer que “ numa época em que o jornalista se tornou Juiz, o castigo infligido pela exposição mediática aparece como bem mais forte do que a própria sanção penal.” (Maurício, 2005, p.34).

Há cada vez mais *megaprocessos* e mais processos mediáticos, todavia atrevemo-nos a dizer que tudo começou com o processo “ Casa Pia”, onde a agressividade criminológica dos crimes investigados, a quantidade de vítimas e a notoriedade pública ou política de alguns dos arguidos, foi primário em Portugal. Certo é que a notoriedade do processo trazida pelos meios de comunicação social, em bom rigor verificou-se

essencialmente na fase do julgamento. Assim, a repercussão da comunicação social não se fez sentir apenas na investigação criminal mas, antes na formação da opinião pública sobre a realização do julgamento penal mais moroso do nosso país bem como a culpabilidade e medidas concretas das penas dos arguidos. De seguida surge o processo " Apito Dourado", onde também a divulgação do processo operou na fase de julgamento.

Interessante é também atentarmos a denominação que é atribuída aos processos mediáticos que não deixa de demonstrar o objeto do processo de forma subtil e em certa medida até caricatural. Muitas das vezes tais denominações advêm do nome de código utilizado pela polícia judiciária de forma a agilizar entre as forças policiais o conhecimento do processo, outras vezes é a própria comunicação social que determina tal adjetivação.

No processo " Freeport" investigaram-se e julgaram-se factos indiciadores dos crimes de corrupção e tráfico de influências no licenciamento do centro comercial. Neste processo, o interesse mediático deveu-se sobretudo à notoriedade de alguns dos investigados que nem sequer chegaram a ser julgados. A referida notoriedade trazida pela comunicação social verificou-se logo desde o início do processo, na fase de inquérito a fase da investigação criminal por excelência. O processo denominado " Operação furacão" trouxe ao debate público a investigação criminal pela suspeita da prática de crimes por parte de entidade bancárias que até ao momento, aos olhos da comunicação social, passavam incólumes do crime. E a partir deste processo muitos outros se seguiram e foram seguidos pelos meios de comunicação social tendo como suspeitos instituições bancárias e os seus legais representantes. Podemos ainda referir o processo " Face Oculta", onde mais uma vez os suspeitos/ arguidos face à sua notoriedade pública determinaram que este processo se mantivesse no interesse da comunicação social até ao presente momento, pois, apesar de já ter terminado o julgamento ainda se encontra na fase de recurso. É também expressivo deste tipo de processo o facto de que nunca deixam ser mediáticos mesmo quando terminam, quanto mais quando ainda estão a decorrer.

E existem outros, tais como o processo da "Operação Marquês", mais recente e ainda em inquérito, a " Operação Monte Branco" o processo " Vistos Gold", o " Caso Cardinal" o processo " Remédio Santo", a " Operação Fenix" o processo " Megahertz", o processo " Tax free", o processo " Trapos Soltos" e muitos outros. Todos eles ainda sem terem terminado e quase todos ainda na fase da investigação criminal por excelência. Mas muitos outros existem e cada vez mais existirão.

De uma análise geral sobre todos os processos mediáticos referidos, chegamos à conclusão que, grosso modo, o bem jurídico que o tipo de crime em investigação protege é de natureza supra-individual, ou seja, não tem a referência ôntica de uma pessoa mas é algo inerente á própria existência e sã convivência em sociedade. Daí que concluamos que o interesse da comunicação deste tipo de processo está essencialmente, associado ao tipo de crime em investigação que, por sua vez, é o resultado da sociedade globalizada onde vivemos, onde o branqueamento de capitais se denota. Mas também não podemos descurar que a mediatização de muitos deles se prende com as pessoas que estão a ser investigadas. A sua notoriedade pública e a sua atividade profissional, contemporânea ou passada ao inquérito, ligada a cargos públicos dão notícia e cativam os cidadãos, pois também é essa atividade pública que a lei penal substantiva valora para criar o tipo incriminador ou para determinar circunstâncias qualificativas agravantes. A axiologia do exercício da função pública não é indiferente aos cidadãos e, consequentemente, à própria lei penal. Neste mesmo sentido escreve Bruna Madureira, quando diz: " É claro que a mediatização da justiça tem de impor limites de acesso, pelos profissionais da informação, ao processo, sobretudo para evitar o prejuízo da investigação, mas também para evitar um "julgamento popular", que estigmatiza o arguido e pode pôr em causa a imparcialidade dos juízes." (Madureira, 2009, p.135).

Diferente da mediatização do processo é a sua dificuldade investigatória. Aliás, o critério que o legislador utiliza para a determinação de tal qualidade, com a expressão " excecional complexidade", assenta no número de arguidos, ou ofendidos ou ao carácter altamente organizado do crime. Surge assim o conceito *megaprocesso*.

Ora, conforme vimos antes, a criminalidade organizada e o branqueamento de capitais quase que se confundem e assim, aparentemente, a excecional complexidade deixa de ser excecional e passa a ser integradora quase que por osmose na sua investigação criminal. Todavia tal conceito é lato carecendo de uma comprovação e fundamentação inequívoca da sua verificação, cabendo ao Juiz tal tarefa. A outorga de tal qualificação ao processo penal importa à investigação e aos direitos dos investigados várias consequências e merece, por isso, um estudo mais marcado. O que faremos de seguida.

A declaração de especial complexidade a que alude o artigo 215º, n.º 3, do CPP [106], não é, como já foi no passado, uma declaração que possa, em caso algum, operar *ope legis*. Denote-se que este conceito é referido no âmbito do prazo máximo de duração da prisão preventiva, consistindo claramente num aumento da limitação da liberdade do arguido. Contudo, também tem implicação no prazo máximo de duração do inquérito o qual se repercute na limitação dos direitos dos investigados pois, estes têm que conhecer, no maior curto espaço de tempo possível, qual o resultado da investigação e quais os crimes que se lhe imputam com a fixação do objeto do processo. Só com a acusação é que de facto o exercício do contraditório pode ser exercido de forma plena. Até lá, apesar de ser informado em diversos momentos do inquérito dos factos que lhe são imputados a título "fortemente indiciado" ou apenas "indiciado", ainda não há uma verdadeira igualdade de armas. Assim, é pedido ao Juiz que intervenha segundo critérios de razoabilidade, ponderando os dois interesses em conflito: a necessidade para o sucesso da investigação da dilatação dos prazos máximos de inquérito e de prisão preventiva que a lei concede; e as garantias de defesa dos arguidos. Trata-se, assim, de uma declaração que deve ser proferida apenas em situações excecionais, e não perante qualquer dificuldade acrescida de investigação, sob pena de se banalizar o recurso a este instrumento. O n.º 3 do artigo 215º do CPP, ao utilizar a expressão *nomeadamente*, quer justamente indicar que a ponderação é sempre casuística e dependente de um juízo de estrita necessidade e proporcionalidade, ainda que se verifiquem as circunstâncias enunciadas nesta disposição legal. Assim, tem vindo a ser a posição da jurisprudência nacional dominante,[107] porquanto não bastam

---

[106] Do qual consta:
3 - Os prazos referidos no n.º 1 são elevados, respectivamente, para um ano, um ano e quatro meses, dois anos e seis meses e três anos e quatro meses, quando o procedimento for por um dos crimes referidos no número anterior e se revelar de excepcional complexidade, devido, nomeadamente, ao número de arguidos ou de ofendidos ou ao carácter altamente organizado do crime.
4 - A excepcional complexidade a que se refere o presente artigo apenas pode ser declarada durante a 1.ª instância, **por despacho fundamentado**, oficiosamente ou a requerimento do MP, ouvidos o arguido e o assistente. Negrito nosso.

[107] A título indicativo, o acórdão da Relação do Porto de 02/02/211 no qual se determina que: "A existência de um número elevado de arguidos e o carácter altamente organizado do crime não bastam, por si só, para se concluir pela especial complexidade do processo. Desta forma se salvaguardam princípios como os da proporcionalidade, da proibição do excesso e o direito a uma decisão em prazo razoável."
Disponível em:

especiais dificuldades de investigação, mas dificuldades excecionalmente acrescidas. Logo, apesar de a quantidade de arguidos poder indiciar uma maior complexidade na investigação, tal sinal carece de ser solidificado com base nas dificuldades que no inquérito se poderão verificar.

Quando em causa está o crime de branqueamento de capitais, poderá ser determinada a excecional complexidade, mas, quanto a nós, mais pela especificidade que este crime comporta - por força dos meios utilizados, das condutas integradoras do seu tipo legal, bem como a sua relação com outros crimes- do que pela quantidade de arguidos constituídos ou a constituir. Logo, de forma a evitar o atropelo desnecessário dos direitos dos investigados, deverá o tribunal aferir da concretização da mesma com elementos de facto do caso concreto. Não basta haver vários arguidos ou tratar-se de criminalidade organizada (que indiciam a complexidade investigatória) para que *ipso facto* seja permitida a outorga da excecional complexidade, antes deverá decorrer dos próprios autos de inquérito essa especial complexidade.

A tendência dos nossos tribunais superiores é demasiado simplicista quando em causa está a criminalidade organizada. Veja-se a título de exemplo o recente Acórdão da Relação de Lisboa de 22/09/ 2016 onde se refere: "que estamos em face de um caso de criminalidade altamente organizada que ultrapassa o grau médio deste tipo de criminalidade, e as diligências realizadas e a realizar, são extensas, demoradas e complexas, pelo que dificilmente compatíveis com os prazos previstos no artigo 215º n.º2, assim se justificando a declaração de especial complexidade."[108] Conforme se constata,

---

http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/c31e14fbe3a2632f8025783f00596529?OpenDocument
E o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 05/04/2011 onde se refere: "A declaração de especial complexidade do nº 3 do artigo 215º visa a continuação da investigação, na realização das diligências necessárias que, não fora aquela declaração, não podiam ser feitas no prazo legalmente estabelecido."
Disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f67555948c3b0fbf802578a0003c0e56?OpenDocument

[108] Acórdão da Relação de Lisboa disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/86e7be7207389472802568790006e5bd8?CreateDocument
Neste acórdão a fundamentação da aplicação excecional complexidade assenta, fundamentalmente, no facto de em causa estar um crime de corrupção e que habitualmente é de difícil investigação. Não podemos

basta que o crime em investigação possa ser qualificado como criminalidade altamente organizada para automaticamente todas as suas consequências processuais penais se aplicam. Como uso do mesmo epiteto para a determinar no caso concreto. O Tribunal assenta o fundamento da excecional complexidade na extensão das diligências investigatórias a realizar e não nas dificuldades da sua concretização. E é esta, quanto a nós, a *ratio* da excecional complexidade. Ou seja, o facto de se terem de realizar muitas diligências investigatórias não torna a investigação complexa, melhor, excecionalmente complexa, torna-a mais longa, mas não necessariamente mais difícil. Mais do que a proporcionalidade, ou a morosidade da investigação deve-se atender ao caso concreto às suas exigências investigatórias próprias. Como bem sabemos, não podemos fazer recair sobre os ombros do arguido/ investigado a falência do sistema. Se no inquérito é necessário realizar mais diligências investigatórias, ouvir muitas testemunhas, pedir e analisar muitos documentos, examinar muitos lugares, fazer muitas buscas, não é difícil a investigação, é difícil, sim, a execução dessas diligências, atenta a limitação dos recursos humanos em presença.

Assim, megaprocesso não é sinónimo de excecionalmente complexo. Pode ser grande na sua dimensão face à quantidade de arguidos envolvidos mas sem existirem dificuldades investigatórias no caso concreto. Basta por exemplo todos os arguidos confessarem os crimes de que vêm indiciados, aquando do interrogatório judicial de arguido detido, em que o valor probatório de tais declarações se vai estender à fase de julgamento, para que a recolha da prova já não se torne complexa ou difícil pois, os arguidos, voluntariamente, com as suas declarações auxiliaram a sua obtenção.[109] E denote-se ainda que tal qualificação deverá ser decretada pelo JIC, oficiosamente ou a requerimento do MP, ouvidos o arguido e o assistente. O que determina que deverá já haver arguidos constituídos no processo penal de modo a permitir, de facto, o

concordar com esta fundamentação. Não basta o crime em investigação, normalmente, ser mais difícil de investigar, é necessário que essa dificuldade se verifique no caso concreto.

[109] Sobre as declarações de arguido como meio de prova no crime de branqueamento de capitais vide capítulo III, ponto 1, do presente trabalho.

contraditório. Aliás é nesse exato sentido que tem vindo a ser sufragada a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, onde se determina que a atribuição desta natureza ao processo penal pressupõe previamente o direito à audição do arguido e, caso esta não tenha sido realizada essa declaração não produz qualquer efeito.[110] Também nesta medida do processo penal, muito ligada ao branqueamento de capitais, o princípio do subjetivo[111] tem acento tónico.

Infelizmente, ao que assistimos, do ponto de vista empírico, na prática processual, não vai de encontro à *ratio* da norma. A atribuição de excecional complexidade ao processo acontece, normalmente, quando os prazos máximos do inquérito já foram ultrapassados ou estão na iminência de o ser, servindo mais como uma justificação pelo incumprimento dos prazos máximos de duração do inquérito do que para fazer face a uma verdadeira complexidade investigatória.

Em jeito de conclusão consideramos que a dificuldade investigatória do crime de branqueamento de capitais é bastante diferente da restante criminalidade catalogada como altamente organizada. Pois, para além das dificuldades que este tipo de criminalidade comporta - nomeadamente estar presente uma associação criminosa, a evolução tecnológica que apetrecha os agentes com melhor e mais eficazes meios da prática do

---

[110] Referimo-nos ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12-11-2009, onde se escreve: "A lei adjectiva penal estabelece no n.º 4 do art. 215.º do CPP que a excepcional complexidade do processo seja declarada, apenas, após a audição do arguido e do assistente. Trata-se de dispositivo consagrador de direito integrante das garantias de defesa asseguradas ao arguido pela CRP, no n.º 1 do art. 32.º, traduzido na observância do princípio da audiência, que implica que a declaração do direito do caso penal concreto não seja apenas tarefa do tribunal (concepção "carismática" do processo), mas tenha de ser tarefa de todos, de acordo com **a posição e funções processuais que cada um assume**." Negrito nosso.
Nesta decisão foi decretada a prisão ilegal por força de não se ter garantido o exercício do contraditório na outorga da excecional complexidade, não produzindo efeitos e, consequentemente, os prazos máximos da duração da referida medida de coação foram desrespeitados determinando-se a libertação imediata do arguido. Depreendemos assim, na esteira desta decisão judicial, que a determinação da excecional complexidade pressupõe a constituição prévia de arguido. Podem não existir ainda todos aqueles que resultarão da acusação mas, terá de existir pelo menos um para que seja garantido o seu direito de audiência ou contraditório, no que concerne à aplicação de uma medida que poderá coartar em grande monta a sua liberdade ou a sua posição processual.
Disponível em:
http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f65759478db7351480257688003ade53?OpenDocument

[111] Consistindo este na necessidade de prévia constituição de arguido para legitimar a aplicação de medidas processuais, com vista a garantir o a proteção global e completa dos seus direitos de defesa. Surge com maior eco no âmbito das medidas de coação e de garantia patrimonial. Artigo 192º do CPP.

crime -, ao branqueamento acrescem os especiais conhecimentos técnicos no âmbito de outras áreas não jurídicas que os seus agentes possuem de forma a conseguirem praticar condutas branqueadoras, a sua necessária correlação com um crime anterior normalmente oriundo desse referido catálogo, por si também complexo de investigar, a sua plurilocalização e a indeterminação da autoria dessas condutas face aos meios utilizados. E por força destas tão graves dificuldades investigatórias, os Estados, para a além de se unirem na sua luta, apostam em medidas com vista à sua prevenção mais do que a sua repressão. Apesar de ser um crime de segundo grau a intenção é começar por prevenir condutas branqueadoras com o fim de se conseguir investigar os crimes que estão na sua origem ou, pelo menos, evitar que os proveitos deles oriundos não possam ser usados, desmotivando desta forma o seu cometimento.

Às referidas dificuldades investigatórias acresce ainda o interesse que a comunicação social tem sobre o processo penal, em geral, e sobre os crimes de colarinho branco, em especial, o que agrava as dificuldades já existentes ou fazem nascer outras. Pois, quando os holofotes da comunicação social estão virados para um determinado inquérito não deixa de persuadir a que do lado da investigação se mostrem resultados satisfatórios para as expetativas comunitárias muitas vezes formatadas pela própria comunicação social e do lado da defesa se obrigue a cumprir com duas defesas: a defesa junto das instâncias formais de controlo e a defesa junto da comunicação social, quando possível. Estamos convictos que, quanto mais for mediatizado o processo penal, mais prejuízo existe para a defesa, na medida em que, para além de também esta se ter de direcionar para a comunicação social com os entraves deontológicos que existem, desde logo permite ao julgador a arguição de um argumento que poderá legitimar a aplicação de medidas processuais onde a privação da liberdade é uma consequência: o alarme social. Quanto mais conhecida for a investigação, quanto mais noticia der, mais facilmente passa a ser o quotidiano dos portugueses escrevendo-se em jornais, realizando-se debates televisivos, permitindo assim retirar-se que em relação àquele processo há um grave alarme social pois, toda a gente fala dele nos meios de comunicação social. Deixando de haver, neste conspecto, dificuldades investigatórias, mas passando a existir dificuldade do exercício da defesa do arguido. Devem as autoridades judiciárias fazer um esforço maior para não se deixarem influenciar pelas mensagens que trespassam os meios de comunicação social garantindo o seu juízo decisório imparcial e independente.

Para além destas especiais dificuldades investigatórias que se fazem sentir no branqueamento de capitais acrescem os entraves clássicos a que a recolha da prova é sujeita independentemente do tipo de crime ou da natureza do processo, por imposição da nossa Lei Fundamental que impõe ao Estado a obrigação de dar aos seus cidadãos segurança mas garantindo o respeito pelos seus direitos fundamentais. A esses entraves que merecerão a nossa atenção, nos referiremos no ponto imediatamente seguinte do presente trabalho.

2. Os entraves clássicos.

Neste ponto, iremos demonstrar quais são os entraves clássicos que a investigação criminal em Portugal comporta. Não pretendemos apresentar a teoria do direito processual penal probatório português, pois tal não é o nosso propósito no presente trabalho. Assim, o que iremos fazer é uma análise global do livro das provas e da sua *ratio legis*, sem nunca descurar, pelo contrário realçando, as suas implicações na investigação do crime de branqueamento de capitais, quando aplicável.

Conforme temos vindo a afirmar ao longo do presente trabalho, o livro das provas é aquele que melhor garante e demonstra o respeito pelas conceções ideológicas de um Estado. Se o Estado assenta a sua autoridade na defesa dos direitos do seu cidadão não pode na investigação criminal vir a coartar-lhe, de forma injustificada ou desmedia, esses mesmos direitos.

O artigo 1º da CRP assim o impõe, quando diz que o nosso Estado se baseia na dignidade da pessoa humana. Este é um dos pilares do nosso país. Todos somos merecedores dessa outorga, mesmo sendo investigados, arguidos ou reclusos. É certo que a nossa liberdade termina quando começa a liberdade do outro e assim, quando uma pessoa atenta contra um bem jurídico ou a sã convivência em sociedade esse mesmo Estado tem de reagir para proteger a coletividade. Contudo, tal reação nunca poderá determinar a aniquilação daquilo em que assenta uma das suas traves mestras. Conforme escrevem Gomes Canotilho e Vital Moreira: " Ao basear a República na **dignidade da pessoa humana,** a Constituição explicita de forma inequívoca que o «poder» ou «domínio» da República terá de assentar em dois pressupostos ou precondições: (1) primeiro está a pessoa humana e depois a organização política; (2) a pessoa é sujeito e não objeto, é fim e não meio de relações jurídico-sociais." (Canotilho & Moreira, 2007, p.198). Realçamos desta afirmação a referência perentória que a pessoa é o sujeito e o fim e nunca o objeto ou o meio, e, acrescentamos, independentemente do crime em investigação, o alarme social que exista ou as dificuldades investigatórias que se façam sentir. Se assim não for, o que acontece é a negação do nosso Estado de Direito Democrático.

A prova em processo penal deverá assim assentar nesta pedra de toque. E daí a existência de entraves clássicos à investigação criminal que mais não são do que a

concretização das linhas condutoras e caracterizadoras da República Portuguesa. Salientam-se, assim, os artigos 18º, 32º e 34º da nossa CRP como concretizadores desta conceção humanista do nosso Estado que por terem assento na Lei Fundamental, vão influenciar todo o direito ordinário, em especial o CPP.

Esta axiologia constitucional impõe que a verdade, que se procura encontrar com os instrumentos probatórios fornecidos pelo legislador, não é uma verdade a todo o custo, mas a verdade obtida com respeito pelos direitos dos investigados. Voltamos a referir, como já fizemos neste e noutros trabalhos, a frase que consideramos ser pragmática neste âmbito: " a verdade é sempre bem-vinda desde que venha pelo caminho certo." (Meireis, 1999, p.125). Nesta difícil tarefa de harmonização entre o restabelecimento da paz e tranquilidade públicas, e os direitos fundamentais dos investigados ou dos cidadãos em geral, o legislador e o julgador devem sempre ter bem presente que a pessoa é o fim e não o meio de obtenção dessa verdade. Daqui decorre, desde logo, uma outra limitação à investigação criminal: a proibição da autoincriminação, como consequência da presunção da inocência. Ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si próprio ou, no uso da expressão do latim *nemo tenetur se ipsum acusare*. [112] Este postulado constitucional deve ser realçado principalmente quando estamos perante a investigação de crimes económicos, pois as suas dificuldades investigatórias levam a que muitas das vezes se criem condições que, em bom rigor, mais não são do que violações do referido comando, quer pelo uso de meios de obtenção da prova, dissimulados ou ocultos, quer pela criação de certos regimes legais cuja consequência prática, em bom rigor, é obter prova com a autoincriminação do arguido.[113] Sendo certo que a par destas garantias o arguido também tem obrigações processuais, uma vez que, como sujeito processual que é deve colaborar na descoberta da

[112] A Convenção Europeia dos Direitos do Homem estabelece no seu artigo 6º o princípio da presunção da inocência surgindo o privilégio da não autoincriminação como uma consequência do mesmo. Assim, tal direito é transversal a qualquer Estado mesmo que oriundo de uma família jurídica anglo-saxónica. Aliás entendemos que nos sistemas anglo-saxónicos os postulados garantísticos dos arguidos são enaltecidos de forma mais exponencial do que nos regimes romano-germânicos. Contudo quando admitem a sua restrição, tal também vai muito mais além do que acontece nestes países.

[113] A problemática da proibição da autoincriminação no branqueamento de capitais será por nós aprofundada no ponto1, do capítulo III, do presente trabalho. Aí iremos aferir do seu (des) respeito por força do comando que resulta do n.º 9 do artigo 368º-A da CP.

verdade material. O que importa saber é onde acaba o seu dever de colaboração processual e começam os seus direitos. [114]

Ora, quando em causa está a investigação criminal no crime de branqueamento de capitais apesar das dificuldades investigatórias que apresenta, estes postulados devem sempre ser mantidos. É certo com outro pendor por força da gravidade do crime e o alarme social que causa mas nunca podem ser descurados. A exigência de ponderação admitimos, ser outra, mas sem nunca levar à aniquilação das garantias. Não porque se pretenda proteger criminosos, mas antes, porque se pretende proteger as conceções ideológicas do Estado que respeita a pessoa humana e se distingue das conceções extremistas ou radicais onde, por força de uma certa obstinação, tudo é possível e legítimo, sob pena da legitimação da intervenção penal de um Estado de Direito Democrático consistir, de facto, em condutas muito próximas daquelas que mais censura. Também este sentido escreve André lamas Leite: " O que diferencia um Estado de Direito democrático de outras formas de organização política é, de entre ouros, a convicção profunda de que mesmo contra factos nocivos ao tecido social não valem quaisquer meios para o seu combate." (Cruz; Leite; Sousa; Wilks 2015, p.573).

Apesar de existirem muitos outros suportes que nos traçam o caminho da descoberta da verdade, entendemos realçar estes dois grandes axiomas pois são estes que, preferencialmente, podem contender ou não com a investigação do branqueamento de capitais, em especial com as novas soluções que têm vindo a ser criadas.

A expressão associada à legitimidade do poder punitivo do Estado " se queres conhecer um povo lê o seu código penal ", no que concerne à investigação criminal ao livro das provas também se aplica. Primeiramente porque o poder punitivo também é

[114] Sobre a origem histórica do referido principio e as suas diferenças nos regimes acusatórios puros e os mistos, vide por todos, Sandra Oliveira e Silva (Silva S. O., 2014). Citando Wolff e Wolfslaste refere que o princípio da proibição da autoincriminação não tem carácter absoluto: " (…) se é verdade que o arguido «é instrumento da sua própria condenação não apenas quando colabora com uma conduta ativa (…), mas também quando é obrigado a tolerar, contra a sua vontade, a utilização do seu corpo como meio de prova», não se pode no extremo oposto pretender que as garantias processuais eliminem todas as possibilidade de utilização de elementos probatórios provenientes da esfera do arguido – por outras palavras, e de forma mais clara, «não se pode exigir que os órgãos de perseguição penal atuem como se o arguido não existisse» e ignorem os eventuais vestígios que a sua passagem no local do crime possa ter deixado." (Silva S. O., 2014, p.379).

manifestado pelas regras orientadoras do Estado na prevenção, repressão e combate da criminalidade e como tal são o espelho dos valores inalienáveis, inderrogáveis daquele.[115] E, em segundo lugar, a caracterização das conceções ideológicas de um povo, como sendo mais securitário, ou mais garantísticos também resulta da forma como se legitima a descoberta da verdade material.

Surge agora o momento para apresentar uma recensão do regime jurídico da prova em processo penal, de forma a demonstrar quais os entraves à investigação do branqueamento de capitais por força do seu regime clássico. Assim, iremos começar, sempre resumidamente, por explicar o que é a prova, salientando o seu objeto e utilidade, de seguida enunciaremos os princípios informadores do direito probatório em processo penal. Posteriormente, faremos uma exposição dos diferentes instrumentos probatórios positivados, realçando alguns casos especiais relativos à valoração da prova que se relacionam com a recolha e produção da prova do crime de branqueamento de forma contundente e que, como tentaremos demonstrar, são o embrião de algumas das novas soluções que este novo tipo de criminalidade originou.

2.1 A prova como conceito polissémico.

O substantivo prova advém do latim *probatio* que por sua vez resulta do verbo *probare* que significa *examinar, persuadir, demonstrar*. Assim tudo o que envolve a prova tem como referência o convencimento do julgador. A prova serve para isso mesmo, a demonstração da realidade dos factos com vista à apreciação judicial. Liberdade para objetividade. Todos os pressupostos de direito substantivo carecem de ser demonstrados e

[115] Podemos chamar à colação as conceção de Ordem Pública Internacional do Estado Português que, apesar de ter a sua sede no âmbito do direito internacional privado, certo é que o seu conteúdo e definição resulta exatamente do que expusemos. Como refere Ferrer Correia: " (…) não há nada mais nacional do que e exceção de ordem pública internacional do Estado Português." (Correia F., 2004, p.405). E que consiste nos valores que são comummente reconhecidos pelos seus cidadãos sem necessidade de positivação, são manifestações de *ius cogens* como é a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

daí, também a necessidade da existência do direito adjetivo para estabelecer regras para o funcionamento da obtenção e a produção da prova. Porém o conceito de prova e seu objecto é oriundo de regras substantivas plasmadas na lei geral de forma a informar os diferentes ramos de direito adjetivo como as utilizar quer no âmbito dos pressupostos processuais, quer na tramitação processual, estabelecendo regras relativas ao ónus da prova, à sua inversão, a contraprova e regras relativas aos diferentes meios de prova e à sua força probatória. Todavia impõe-se desde já referir que as referidas regras variam em cada ramo de direito, sendo a diferença mais acentuada no direito processual penal, como de seguida demonstraremos.

Quando se retrata o problema da prova em processo penal, desde logo importa distinguir meios de prova de meios de obtenção da prova, pois são as ferramentas do direito probatório quanto à investigação e quanto à formação da convicção do julgador.

Num primeiro momento, face à similitude linguística, poder-se-ia pensar que são conceitos coincidentes porém, são completamente distintos e com relevância em momentos também muito distintos na tramitação processual. Poder-se-á definir meios de prova como " os elementos de que o julgador se pode servir para formar a sua convicção acerca de um facto, enquanto os meios de obtenção da prova são instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias para investigar e recolher meios de prova", conforme define o acórdão da Relação de Guimarães, suportado pela doutrina de Germano Marques da Silva e Antunes Varela[116]. Conforme já referimos em outros trabalhos (Conceição, 2009), os meios de prova são por si próprias fontes de convencimento, são elementos para a formação da convicção do tribunal; os meios de obtenção da prova são instrumentos para a colação daqueles meios ou elementos de prova e determinam a forma e o momento da sua aquisição no processo. Assim, os meios de prova são o resultado que se pretende adquirir com os meios de obtenção de prova. Estes são o caminho e aqueles são o fim.

[116] Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 29 de Março de 2004, disponível em: http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/926f6fea6511bf6e80256ee0003afd32?OpenDocument
(consultado em 16/07/2016)

Tal como já referimos supra, a prova incide sobre factos. São este o seu objecto. Factos que permitam a verificação dos pressupostos da responsabilidade criminal, civil e aqueles legitimadores do funcionamento e aplicação de qualquer instituto ou expediente processual (conforme dispõe o artigo 124º do CPP), pois todos os atos processuais, em sentido mais lato, carecem sempre de factos que os suportem. Desde a justificação de uma falta até á aplicação de uma medida de coação, carecem sempre de factos propriamente ditos que os suportem. E são os meios de prova que permitem a sua demonstração ou verificação para que os expedientes processuais, independentemente da sua natureza, possam funcionar. Sem factos não há norma que se possa aplicar. E sem a prova da sua existência é como se de facto não existissem,

No processo penal esta abertura no conceito de factos probandos, que não acontece no processo civil, é imposta pelo princípio da descoberta da verdade material ou princípio da investigação.[117] Como a consequência penal, aplicável por força do processo penal, poderá limitar de forma grave o direito fundamental à liberdade, devem-se esgotar todas as possibilidades que evitam essa restrição, sendo evidente que há limites ao poder de conhecimento dos factos pelo Tribunal, ao nível, principalmente da vinculação temática de forma a harmonizar os interesses, constantemente, em conflito no processo penal.

Mas qual é o conceito de factos que o objecto da prova abrange? Quanto a nós, certamente não será o conceito de facto jurídico ou normativo, mas antes, facto do ponto de vista ontológico, ou seja, aquele que é suscetível de ser apreendido empiricamente, a própria essência da coisa revela a qualidade do objecto analisado. Mas é evidente que os factos constantes da prova serão apreciados pelas autoridades judiciárias, cuja influência do direito por vezes é difícil de ser arredada. Não é confundível qualificação jurídica do facto com facto propriamente dito. Este é um pedaço da vida real, é um recorte que advém do mundo do ser, o mundo das coisas, o mundo do real. O mundo que é cognoscível empiricamente. Aquele é a subsunção jurídica, é a qualificação técnica que o intérprete atribui ao facto, tendo por base a previsão e estatuição de uma norma jurídica.[118]

---

[117] Que melhor explicaremos já no ponto seguinte do presente trabalho.

[118] Sobre a diferença entre factos normativos e factos propriamente ditos vide, por todos, Frederico Isasca. Este autor distingui-os da seguinte forma: " Objecto da qualificação jurídica são factos. Sãos os factos que

Definido o objeto da prova é premente aferir os seus princípios informadores que mais não são do que a concretização ordinária da axiologia constitucional nesta temática. Contudo, apenas iremos enunciar as suas traves mestras e as implicações que deles decorrem para a investigação criminal.

2.2 Os princípios informadores.

O princípio da legalidade ou legitimidade da prova encontra-se expressamente consagrado no artigo 125º do CPP. Este impõe a existência de limites aos meios de prova, limites que partem da própria ordem constitucional, conforme já referimos. A finalidade deste princípio assenta na proibição de valoração de meios de prova e uso de meios de obtenção da prova que sejam ilícitos, ou seja, que atentem contra os direitos, liberdades e garantias dos indivíduos. Assim, impõem os artigos 25º n.º1, 32º n.º 8 e 34º da nossa Lei Fundamental. Não deixa de ser curioso a diferença que este princípio comporta em comparação com as demais áreas das ciências jurídico-criminais, na medida em que, a legalidade, quando em causa está a lei penal, impõe que a positivação seja um pressuposto necessário e legitimador. No âmbito do direito probatório, não é esse o conteúdo. Não carece de estar positivada para ser legal a prova, não pode é ser proibida. Assim, ao intérprete é suficiente conhecer a proibição, pois, se nela não couber, a prova é legítima e admissível aos olhos do legislador ordinário e constitucional, permitindo-se também o uso ou criação de instrumentos probatórios atípicos desde que legítimos à luz desse mesmo critério. Basta atentar à simplicidade do comando da referida norma para concluir pelo conteúdo incomum que este princípio da legalidade aqui comporta: *São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei.*

---

formam um acontecimento da vida, delimitado no espaço e no tempo, e que se imputam certo sujeito. Objecto da qualificação jurídica é, portanto, o facto processual, i.e. o objecto do processo. (…) verificar se aquele comportamento do agente, corresponde ou não, ao comportamento abstractamente descrito numa dada lei penal como constituindo um crime. Nisto e só nisto, consiste a qualificação jurídico-penal." (Isasca, 1999, p.100).

De todos os artigos da CRP aquele que melhor enuncia este princípio é o artigo 32º n.º 8. Neste artigo o legislador estabelece que há direitos fundamentais irrestringíveis e restringíveis para efeitos de prova (primeira e segunda parte, respetivamente, do referido artigo). A que corresponde o comando ordinário do artigo 126º do CPP. Este artigo do CPP determina serão nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante o desrespeito pelos diferentes direitos fundamentais protegidos pelas normas constitucionais. E, consequentemente cria o regime das nulidades absolutas e as nulidades relativas de prova, que variam em função da possibilidade, ou não, de se puder restringir o direito fundamental nos termos consignados pela CRP. Institui, pois, conforme já referimos em outros trabalhos (Conceição, 2009) um novo tipo de invalidade: a nulidade de prova. Entendemos que esta conceptualização é aquela que melhor se adequa de forma a não se confundir as proibições de prova com os vícios processuais. Tal expressão tem origem em Augusto Meireis. Segundo o autor a expressão *nulidade de prova* será preferível em relação à expressão *nulidade insanável*, pois esta última " (…) faz supor a falsidade de existirem em matéria de prova nulidades relativas, e, dado que no campo das nulidades de prova os feitos da nulidade são sempre os mesmos, ou seja, há um conceito unívoco de nulidade, porque não falar simplesmente em nulidades de prova, para as distinguir das demais e evitar ilações não verdadeiras?". (Meireis, 1999, p.191).

Como refere Figueiredo Dias: "a legalidade dos meios de prova, bem como as regras gerais de produção da prova e as chamadas proibições de prova são condições de validade processual da prova, por isso mesmo, critérios da própria verdade material." (Dias, 1974, p.197). Permitindo-nos concluir que, *ab initio*, toda a forma de investigação que corresponda à prática de um crime é proibida. Contudo, há certos meios de obtenção da prova que, mesmo que tenham essa correspondência, não o serão por força da possibilidade de restrição do direito e quando respeitados os requisitos constitucionais e ordinários para o efeito. Conforme já referimos antes neste e noutros trabalhos: A busca da verdade material tem sempre de respeitar a o caminho traçado pela licitude. (Conceição, 2009, p. 65). Funcionando o juiz, por regra o JIC, como o garante desses mesmos direitos, legitimando a sua restrição na estrita medida do necessário, adequado e proporcional. Como refere Damião da Cunha: " (…) a razão de ser da intervenção do juiz é exatamente a de servir de garantia quanto à necessidade da medida e de prover a sua limitação " funcional-teleológica", isto é à finalidade do crime que a legitima." (Cunha, 2016, p.390).

O princípio da investigação ou da verdade material impõe ao tribunal a descoberta da verdade material e a boa decisão da causa. Nessa descoberta deve-se respeitar, sempre, o princípio da legalidade da prova. Por outro lado, do princípio da descoberta da verdade material resulta também, que o Juiz - quer seja o JIC ou o JJ – tem poderes de investigação autónomos. Não fica limitado à prova que lhe é apresentada pelos demais sujeitos processuais, não obstante o MP ter, preferencialmente uma posição investigatória no processo penal. Sendo, portanto, este poderes uma consequência da estrutura essencialmente acusatória do nosso modelo de processo penal português, impedindo que exista um ónus probatório. Contudo, os referidos poderes de investigação judicial não podem ter um carácter ilimitado. Tem de se fazer a sua adequação com os direitos de defesa do arguido. Permitindo que o arguido saiba do que se tem de defender, através da fixação, na acusação, do objeto do processo. Ora este conhecimento é alicerce de construção de qualquer defesa. A outorga ao Juiz de poderes investigatórios autónomos poderá não ser um entrave à investigação do branqueamento de capitais, mas antes uma vantagem, pois o facto de o Juiz poder investigar mesmo na fase de julgamento, pode resultar na obtenção de novos elementos de prova em função da demais prova produzida em julgamento, atendendo, principalmente, à amplitude de condutas que a descrição típica deste crime importa, mas sempre respeitando o *thema decidendum.*

Um outro princípio que se cumpre referir é o princípio da livre apreciação da prova ou sistema da prova livre, que se encontra consagrado no artigo 127º do CPP. Do qual consta: " … salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras de experiência e a livre convicção da entidade competente.", Assim, não há, por regra, um valor probatório, ou melhor, uma hierárquica de valores probatórios em processo penal.[119] É uma liberdade de acordo com um dever, comportando a utilização de critérios objetivos que facilmente consigam convencer os interessados do seu fundamento. Como refere Carlos Ribas: " Liberdade de apreciação da prova está assim no campo diametralmente oposto à decisão cujo alicerce assenta na conjectura, capricho ou na

[119] Uma exceção a esta regra é o valor probatório da prova pericial que se presume subtraído a essa livre apreciação. Meio de prova muito relevante na investigação e julgamento do crime de branqueamento de capitais, por força da multidisciplinariedade que lhe é inerente.

impressão subjectiva ou na mera ideia, tendo antes de permitir uma convicção objectivável, demonstrável, motivada, apreensível controlável, capaz de se impor perante os destinatários os quais poderão assim perceber as premissas de que o julgador lançou mão para a construção da sua convicção, evidenciando assim todo o substrato lógico e racional que levou à selecção do que teve por provado." (Ribas, 2011, pp.59-60). Ou ainda Benjamim Rodrigues: " A liberdade de apreciação é levada a cabo sob a égide da busca incessante da verdade material, assentando a respectiva apreciação probatória em critérios objectivos, motivados e susceptíveis de controlo ou sindicância." (Rodrigues B., 2009, p.219). O juiz começa por se convencer pelos meios de prova e, posteriormente, tem de convencer os destinatários das suas decisões, do fundamento desse convencimento.

Sendo certo que, em termos de valoração da prova, no crime de branqueamento de capitais em especial, e nos crimes económicos em geral, têm surgido posições doutrinais e jurisprudências que parecem estar a ultrapassar a razoabilidade de valoração probatória apenas com base em critérios de proporcionalidade de dificuldade probatória. Ou seja, o juiz tem de ter a certeza da verificação do facto, não pode dá-lo como provado apenas em raciocínios assentes em prova meramente indiciária. Termos de valoração que hoje dia começam a verificar-se nas decisões judicias nacionais. Temática a que voltaremos a abordar no presente trabalho. [120]

Importa também referir, como consequência dos anteriores, princípio do *in dubio pro reo*. Este é um corolário do princípio da presunção da inocência previsto no n.º 2 do artigo 32º da CRP.. Como referimos, em processo penal não existe ónus da prova, assim, compete ao tribunal a coleta das provas necessárias de modo a emitir a decisão judicial final. Quando, após recolhida toda a prova, não se conseguir afastar a dúvida razoável do julgador, ter-se-á que absolver o arguido. Em caso de dúvida, vigora a presunção de inocência, melhor, a existência da dúvida impediu que se pudesse afastar a referida presunção.

[120] Já no ponto seguinte do presente trabalho e também no ponto 3.1, do presente capítulo.

Logo, a proibição do *non liquet* em direito probatório, determina que a dúvida é sanada a favor do arguido, não apenas em relação aos elementos constitutivos do tipo, mas também quanto aos tipos justificadores. Pois a regra é a liberdade e não a sua privação.

O último princípio que iremos enunciar, apesar de existirem outros,[121] é o princípio da imediação impõe que a prova que o Juiz valora para proferir a sua decisão final, terá de ser produzida perante si, ou seja, no decorrer da audiência de discussão e julgamento. Conforme já referimos em outros trabalhos, (Conceição, 2009) este princípio exige uma relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes no processo, de modo tal que aquele possa obter uma perceção própria do material que haverá de ter como base de sua decisão. E de muita importância no meio de obtenção de prova a que nos referimos no capítulo III do presente trabalho.

Se tentarmos pensar o processo penal em temos de direito probatório, podemos reduzi-lo a duas fases essenciais: a fase da recolha da prova e a fase da produção da prova.

A fase de recolha de prova, como a própria terminologia induz, caracteriza-se pela procura de meios de prova, ou seja, é a fase onde prevalece a utilização dos meios de obtenção da prova de forma a recolher resultados que permitam demonstrar a realidade dos factos objecto da investigação. A fase da produção da prova é a fase onde a prova recolhida é apresentada ao julgador que, sob a égide do contraditório, valorará os meios de prova de acordo com sua livre apreciação, de forma a convencer-se da verdade dos factos objecto da acusação ou pronúncia, se a houver. A fase de recolha de prova corresponderá às fases investigatórias do processo penal: inquérito e instrução; a fase de produção da prova é a fase do julgamento por excelência. Fases processuais completamente distintas e informadas por princípios também completamente distintos.

Este princípio, em termos jurisprudenciais, tem uma relevância indiscutível pois, grande parte das decisões das Relações assentam neste princípio a não alteração da convicção do julgador em relação à prova que lhe foi apresentada em primeira instância. Veja-se a título de exemplo o acórdão da Relação de Lisboa de 18/07/2013[122] onde se

[121] Princípios que fundamentam a estrutura do nosso processo penal e que regulam também forma da prática dos atos processuais. Não os explicaremos por não ser esse o nosso enfoque no presente trabalho.
[122] De onde consta:

resulta claro que só quando a convicção do julgador em primeira instância for errada, de forma clara ou notória, é que poderá o tribunal da Relação modificá-la. Nesta decisão também se encontrava sob análise o crime de branqueamento de capitais e dele resulta a grande preocupação que os nossos tribunais dedicam a este crime. Verifica-se, pois, que quanto mais erudita for a forma do seu cometimento maior é exigência de atuação por parte destas instâncias formas de controlo, inclusivamente ao nível de algumas diferenças quanto à imediação e livre apreciação da prova.[123]

Faremos de seguida uma pequena incursão sobre o livro da prova, descrevendo e analisando, sucintamente o regime legal dos seus meios de prova e obtenção da prova.

"São os Juízes de 1.ª instância quem de forma direta e "imediata" podem observar, as intransferíveis sensações que derivam das declarações e que se obtêm a partir do que os arguidos e das testemunhas disseram, do que calaram, dos seus gestos, da palidez ou do suor do seu rosto, das suas hesitações**. É uma verdade empírica que frente a um mesmo facto diversos testemunhos presenciais, de boa-fé, incorrem em observações distintas. A congruência dos testemunhos entre si, o grau de coerência com outras provas que existam e com outros factos objetivamente comprováveis, quer dizer, a apreciação conjunta das provas, são elementos fundamentais para dar maior credibilidade a um testemunho que a outro**. Para tal, a convicção do Tribunal tem de ser formada na ponderação de toda a prova produzida, não podendo censurar-se aquele por nesse juízo ter optado por uma versão em detrimento de outra. Não existindo prova legal ou tarifada que se impusesse ao Tribunal, o Tribunal julga a prova segundo as regras de experiência comum e a livre convicção que sobre ela forma (art. 127.º do CPP). Os factos indiciários, dos quais foi inferida a prova dos factos probandos integradores do tipo objectivo, devem ser enumerados na matéria de facto provada. Não basta apenas identificá-los na motivação da decisão da matéria de facto. O Tribunal primeiro deve identificar e enumerar os factos que deu como provados e depois, com aquela matéria claramente autonomizada, partir para o exame crítico das provas. O crime de branqueamento previsto nos n.ºº 2 e 3 do art. 368.º-A do Código Penal supõe o desenvolvimento de atividades que, podendo integrar várias fases, visam dar uma aparência de origem legal a bens de origem ilícita, assim encobrindo a sua origem, conduzindo, na maior parte das vezes a "um aumento de valores, que não é comunicado às autoridades legítimas". Sem um crime precedente como tal previsto à data da transferência do capital, não há crime de branqueamento. A punição do branqueamento visa tutelar a "pretensão estadual ao confisco das vantagens do crime", ou mais especificamente, o interesse do aparelho judiciário na deteção e perda das vantagens de certos crimes". Quanto mais eficiente e sofisticada for a conduta de branqueamento mais grave e perigoso é o atentado ao bem jurídico protegido com esta incriminação." Negrito nosso.
Disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/801de67a3093577580257be9003309a3?OpenDocument

[123] Em especial a suficiência da prova indiciária como forma de afastar a presunção de inocência. Temática que aprofundaremos no ponto 3.1.1, do presente trabalho.

2.3 Os meios de prova e de obtenção da prova (breve recensão).

O legislador consagra o regime jurídico da prova no livro III do CPP. Este livro que se encontra-se dividido em três títulos: o título I consagra as disposições gerais da prova; o título II regulamenta e tipifica certos meios de prova; o III e último título estabelece o regime jurídico dos diferentes meios de obtenção de prova.

As disposições gerais traduzem os princípios processuais penais relativos à prova com maior relevância para a estrutura essencialmente acusatória do nosso processo penal.

O Título II é composto por VII capítulos, cada um destinado a diferentes meios de prova. Especificamente: o capítulo I consagra o regime jurídico da prova testemunhal; o capítulo II refere-se às declarações do arguido, do assistente e das partes civis (este regime é muito semelhante ao regime da prova testemunhal, apenas com certas exceções impostas pela especial natureza dos sujeitos processuais); o capítulo III é relativo à prova por acareação (é uma prova subsidiária que pressupõe a contradição entre declarações prestadas por pessoas no julgamento, enquanto meios de prova referidos anteriormente); o capítulo IV estabelece a prova por reconhecimento (que pode assumir dois tipos: o reconhecimento de pessoas e o reconhecimento de objetos); o capítulo V consagra a prova por reconstituição do facto, ou seja, a tentativa de reprodução da forma como se suspeita ter sido praticado o crime; no capítulo VI consagra-se o regime da prova pericial (a qual, em princípio, escapa à livre apreciação da prova pelo julgador, uma vez que, pressupõe juízos e conhecimentos técnicos, científicos e artísticos); e, por último, o capítulo VII, relativo à prova documental (o valor probatório do documentos é livremente apreciado pelo tribunal, mas tratando-se de documentos autênticos ou autenticados consideram-se provados os factos materiais nele constantes se enquanto a autenticidade do documento ou veracidade do seu conteúdo não forem fundadamente postas em causa – artigo 169º do CPP).

Contudo, e não obstante esta tipificação, não se pode concluir que apenas podem ser valorados no processo penal os meios de prova expressamente previstos no código. Pois como vimos, aquando da análise dos princípios relativos a prova, em Portugal, existe um regime de admissão de prova com o limite de respeito pela legalidade. O artigo 125º do CPP consagra a admissibilidade de todas as provas que não forem proibidas por lei. Assim,

o limite existente quanto à valoração de provas ou utilização de meios de prova é o respeito pela natureza lícita do meio de prova, ou do instrumento que se utilizou para obtê-lo. O importante é que o meio de prova não seja ilícito, se assim for, mesmo que não se encontre descrito pelo nosso legislador poderá ser, validamente, valorado no processo penal em curso.

O Título III é referente aos meios de obtenção de prova e encontra-se dividido em IV capítulos.

Apesar de o livro das provas começar por catalogar os meios de prova e só depois surgirem os meios de obtenção da prova, certo é que atendendo à tramitação do processo penal, primeiro são utilizados os meios de obtenção de prova com vista à recolha de meios de prova. A prática inverte a ordem da lei. Analisemo-los em trechos muito breves.

2.3.1 Os exames.

Cumpre desde já salientar que a sistematização inerente ao elenco dos meios de obtenção da prova não é axiologicamente neutra. Muito pelo contrário, a ordem pela qual estes se encontram dispostos reforça as exigências de ponderação ao nível da proporcionalidade, necessidade e adequação que o nosso n.º 2 do artigo 18º da Lei Fundamental impõe. Ou seja, por um lado a gravidade da invasão nas liberdades, que está sempre presente nos meios de obtenção da prova, aumenta à medida que avançamos na regulamentação jurídica deste título III; por outro lado, a sua ordem traduz também uma exigência de subsidiariedade e um aumento gradual da sua eficácia, no tipo do meio de obtenção da prova a utilizar.

Assim, o capítulo I é dedicado aos exames. O regime jurídico dos exames encontra-se previsto nos artigos 171º a 173º do CPP, do qual resulta que podem ter por objecto pessoas, lugares e coisas.

O exame tem por finalidade documentar os factos relevantes em matéria probatória, podendo, contudo, ser objeto de observação direta pelo tribunal.

Conforme já referimos em outros trabalhos, (Conceição, 2009), não se pode confundir o exame com a perícia, pois o primeiro é um meio de obtenção de prova, o

segundo é um meio de prova e por outro lado, a perícia pressupõe um conhecimento especial de índole técnica, científica ou artística, ao contrário do exame que, na atividade de recolha de elementos de prova, não pressupõe qualquer conhecimento especial, os elementos recolhidos é que poderão depois ser objeto de perícia ou valorados, nos termos do artigo 127º do CPP, pelo tribunal. O exame é fruto da observação e a perícia é conclusiva.

São as autoridades judiciárias que autorizam a realização dos exames, quando os visados se eximir ou obstar à sua realização, porém qualquer agente de autoridade pode tomar provisoriamente providências cautelares no que concerne aos exames, quando as duas primeiras entidades referidas não estiverem presentes e exista perigo imediato para a obtenção da prova. Estas providências cautelares podem consistir na obrigação de permanência ou de não afastamento e de abandono do local do crime, com o intuito de evitar que os vestígios se apaguem ou alterem antes de serem examinados, conforme resulta das disposições conjugadas dos artigos 171º nºs 2 e 4, e 173º do CPP.

A autoridade judiciária competente tem o poder de compelir ao exame ou a facultar coisa que deva ser examinada a todo aquele que se pretenda eximir à diligência ou obstaculizá-la. Mas, os exames suscetíveis de ofender o pudor das pessoas devem respeitar-lhes a dignidade, tanto quanto possível, o pudor. Nessa perspetiva, o n.º3, do artigo 172º do CPP, dispõe que os exames suscetíveis de ofender o pudor devem respeitar a dignidade, e na medida do possível, o pudor de quem a eles se submeter. Nestes casos, há o dever de informar o examinando de que pode fazer-se acompanhar de pessoa da sua confiança e a assistência ao ato está limitada à pessoa que procede ao exame e à autoridade judiciária competente.

Diferente será, quando o exame implica uma intervenção intracorporal na pessoa do arguido, pois haverá que entrar em linha de conta com as garantias de defesa, designadamente com as do direito ao silêncio, que tem um alcance maior do que o simples direito de não responder, significando o direito de não colaborar ativamente com as entidades de investigação e de julgamento. Ou seja, o já referido princípio da proibição da autoincriminação ou o privilégio do não autoincriminação. Será necessário o consentimento do arguido. Como este não tem de contribuir para a sua própria responsabilização não pode ser compelido à inspeção, com essa dimensão, de vestígios que possa ter deixado o crime. O mesmo se pode afirmar da colheita de sangue a um arguido, ou da realização de outras diligências probatórias em medicina legal, para determinação do

ADN. Elas, na medida em que impliquem um confronto ou limitação do direito ao silêncio, na dimensão referida, carecem de consentimento do visado. Porém, não apenas por razões de respeito ao direito ao silêncio, mas principalmente por serem exames que contendem com a integridade física do examinando, concluímos que todos os exames para recolha de ADN, que impliquem intervenções no corpo, carecem sempre de consentimento do visado, mesmo com ordem judicial, sob pena de caírem no âmbito das proibições de prova. Quanto aos demais, parece que bastará a ordem judicial prévia, ou seja, se o exame consistir na colheita de saliva, como não há intervenção no corpo, se existir autorização judicial o exame já será legítimo, mesmo sem consentimento, apesar de continuar a contender com o direito ao silêncio. Nestas hipóteses está em causa apenas o direito à autodeterminação corporal ou direito à reserva da vida privada. Assim tem sido a jurisprudência sufragada pelo Tribunal Constitucional (doravante TC), a título indicativo os acórdãos n.º 155/2007 e 228/2007. [124] Será uma manifestação da colaboração do arguido na investigação criminal, voluntaria ou por ordem judicial, atendendo aos princípios informadores do processo penal relativo à prova. Matéria que será por nós aprofundada no capítulo III do presente trabalho.

No âmbito do branqueamento de capitais este meio de obtenção da prova é muito útil essencialmente no que concerne a análise de prova documental, por força de muitas das condutas branqueadores puderem se suportadas documentalmente e sem descurar a sua ligação aos sistemas informáticos como já antes referimos.[125]

[124] Acórdãos disponíveis em:
http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070228.html
http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html
Sobre o paradigma da ponderação constitucional e legal da legitimação dos exames e das perícias de ADN vide, por todos, Benjamim Rodrigues. (Rodrigues B. , 2009).

[125] Sobre a relação entre a criminalidade informática e o branqueamento de capitais ver o ponto 2.1, do capítulo I, do presente trabalho.

2.3.2 As revistas e as buscas.

O capítulo II é dedicado às revistas e às buscas. O seu regime jurídico encontra-se estabelecido nos artigos 174º a 176º, 251º, 268º e 269º do CPP. Fazem-se revistas às pessoas e buscam-se os lugares.

Os referidos meios de obtenção da prova devem, por regra, ser autorizados ou ordenadas por despacho do Juiz, o qual deve estar presente, sempre que possível, na diligência. Porém, tratando-se de criminalidade violenta ou altamente organizada e terrorismo, - na qual, amplamente e repetidamente já enunciamos, se destaca o branqueamento de capitais - poderão ser feitas revistas e buscas, pelos OPC's que deverão, "imediatamente" [126] comunicar a sua realização ao Juiz, o qual procederá ou não à sua validação.

Contudo, mesmo nestes casos, tem ainda de se verificar a existência de fundados indícios da prática iminente de um crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa. É ainda possível a realização pelos OPC's de revistas e as buscas, sem autorização judicial prévia, quando os visados consintam, consentimento que tem de ficar documentado; e aquando se trate de detenção em flagrante delito a que corresponda pena de prisão.

Não se confunda porém, estas revistas e buscas com as previstas no artigo 251º do CPP. Estas são medidas cautelares e de polícia, o que significa que operam antes da instauração do inquérito, enquanto aquelas são meios de obtenção de prova e, como tal, operam no decorrer da tramitação processual, em especial nas fases investigatórias. Ou seja, pode ainda proceder-se a revistas a suspeitos no caso de fuga iminente e a buscas nos locais onde se encontrem e a revistas a pessoas que participem ou assistam a ato processual

[126] Sobre o conceito " imediatamente" ver o nosso anterior trabalho (Conceição, 2009, pp.139 e ss.). Apesar de se referir à expressão que na redação antiga se encontrava no regime jurídico das escutas telefónica, entendemos que deve ser interpretado no mesmo sentido, independentemente o meio de obtenção prova que a ele faça referência.

sempre que houver razões para crer que ocultam armas ou quaisquer outros objecto que possibilitam a prática de atos de violência.

Sempre que os OPC's utilizem esta obtenção de prova, carecem sempre de comunicar imediatamente ao Juiz competente que a apreciará e validará, só não é exigível tal pressuposto quando exista consentimento ou flagrante delito.

Os artigos 175º e 176º do CPP estabelecem as formalidades da revista e da busca, de modo a assegurar o exercício do contraditório aos seus destinatários, mas, em certa medida, servem também para que se cumpra as condições de admissibilidade destes meios de obtenção da prova.

O artigo 53º, n.º 1, do Dec. Lei 15/93, de 22 de Janeiro (Regime jurídico do Tráfico e Consumo de Estupefacientes - comummente apelidado de Lei da droga) prevê a realização de revista e, se necessário, perícia, quando houver indícios de que alguém oculta ou transporta no seu corpo estupefacientes ou substâncias psicotrópicas. A realização da revista ou perícia (em unidade hospitalar ou outro estabelecimento adequado) depende do consentimento do visado ou de prévia autorização da autoridade judiciária competente. Autorizada a diligência, recusando-se o visado a ser submetido à revista ou perícia, será punido nos termos do n.º 4 do referido artigo, depois de devidamente advertido das consequências, semelhante ao crime de desobediência.

A situação mais exigente neste meio de obtenção da prova, por contundente com outros direitos fundamentais, em especial a inviolabilidade domicílio, é a busca domiciliária.

Dispõe n.º 1 do artigo 177º do CPP que a busca domiciliárias apenas poderá ser ordenada pelo Juiz e tem de ser realizada entre as 7 e as 21 horas, podendo, contudo ser efetuada durante a noite nas condições previstas no n.º 2 do artigo 177º do CPP, com ordem judicial. Mediante o preenchimento dos requisitos previstos nas alíneas b) e c) do n.º2 do artigo 177º do CPP, o MP pode ordenar e os OPC podem efetuar buscas domiciliárias mesmo durante a noite, ou seja, os OPC's só podem realizar buscas domiciliárias durante a noite quando exista consentimento ou flagrante delito.

As buscas em escritório de advogado e consultório médico também merecem um regime especial: são presididas pessoalmente pelo Juiz e mediante prévio aviso ao presidente da ordem dos advogados ou dos médicos, para que o mesmo ou um seu delegado possa estar presente, por força do segredo profissional inerente às referidas profissões.

As buscas domiciliárias pressupõem um carácter secreto para a obtenção de êxito, contudo as regras relativas às suas formalidades determinam, como referimos, o exercício do contraditório e, nessa medida, deve ser entregue ao visado o despacho fundamentado que as autoriza.

Conforme melhor enunciaremos infra, hoje, em especial no branqueamento de capitais, por força da sua ligação aos sistemas sujeitos à logica binária, é de grande relevância probatória as buscas informáticas. As quais, imbuídas do regime enunciado das buscas, têm a especificidade de se verificarem em ambiente digital.[127]

2.3.3 As apreensões.

O capítulo III é dedicado às apreensões. O seu regime jurídico está regulamentado pelas normas constantes dos artigos 178º a 186º do CPP.

Neste meio de obtenção da prova, o direito fundamental violado é, por regra, o direito de propriedade previsto no artigo 62º da CRP e, por isso, a necessidade da sua regulamentação constitucional e ordinária para poder ser legítimo.

A primeira questão que se coloca é saber quais são os objetos suscetíveis de apreensão e assim dispõe artigo 178º do CPP que podem ser apreendidos os objetos: que tiverem servido ou estivessem destinados a servir a prática de um crime (por exemplo a pistola usada na agressão, a balança comprada para pesar droga, etc.); os objetos que constituem o seu produto, lucro, preço ou recompensa (a obra de arte subtraída do museu, o dinheiro proveniente da venda da droga). Estes produtos, proveitos ou vantagens são o objeto do branqueamento de capitais e, consequentemente, tudo pode ser apreendido. E como veremos, com base em novas soluções legais, obriga- se o investigado a demonstrar a sua origem pois, de contrário presumem-se como proveitos ou vantagens ilícitas. São

[127]Em especial no ponto 3.3.1, do presente capítulo, deste trabalho.

ainda suscetíveis de apreensão todos os objetos que tiverem sido deixados pelo agente no local do crime ou quaisquer outros suscetíveis de servir a prova.

As apreensões são autorizadas, ordenadas ou validadas por despacho da autoridade judiciária, porém os OPC podem efetuar apreensões no decurso de revistas ou buscas ou quando haja urgência ou perigo na demora.

O arguido, porque tem direito à proteção global e completa dos seus direitos de defesa, em especial o direito ao silêncio, não pode ser compelido a entregar o objecto de prova que tenha escondido, se o dito objecto não for encontrado, na tentativa feita para o apreender. A solução terá de partir da utilização, se legítima, de outro meio de obtenção de prova que possa permitir a recolha desse meio de prova que se procura.

O legislador dispensou um especial cuidado à apreensão de correspondência, a apreensão em escritório de advogado e consultório médico e em estabelecimento bancário. Este tratamento especial prende-se com a natureza dos direitos fundamentais em causa, em especial a inviolabilidade das comunicações, bem como as próprias bases de funcionamento das diferentes profissões.

Conforme já analisado por nós em outros trabalhos (Conceição, 2009), a apreensão de correspondência possui um regime muito semelhante ao das escutas telefónicas: só pode ser autorizada por um Juiz e depende da verificação cumulativa dos requisitos constantes das alienas do n.º 1, do artigo 179º do CPP; só poderá ser realizada tratando-se da suspeita de um crime punido com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos, e ainda tem de se revelar de grande interesse para a descoberta da verdade material ou para a prova, ou seja, terá de ser proporcional, necessária e adequada. A diferença fundamental em relação à escuta telefónica está na forma utilizada para efetuar a comunicação, ou seja, a escuta telefónica pressupõe uma comunicação oral, enquanto a apreensão de correspondência pressupõe uma comunicação escrita. Na primeira está em causa o direito à palavra falada, no segunda o direito à palavra escrita.

Na apreensão de correspondência, os OPC podem ordenar o retardamento da remessa da correspondência nas estações de correio e de telecomunicações, a fim de permitir que o Juiz, no prazo de quarenta e oito horas decida a sua preensão ou não (artigo 252º n.º3 do CPP). Podem ainda aceder à correspondência antes do Juiz, porém só com a prévia autorização do mesmo poderão proceder à sua abertura. A referida autorização que existirá apenas em casos excecionais pois, por força do n.º 3, do artigo 179º, o Juiz é a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência apreendida.

A apreensão ou qualquer forma de controlo da correspondência entre arguido e defensor possui um regime jurídico idêntico ao da interceção das comunicações telefónicas entre as referidas entidades. Por regra, é proibida a sua apreensão, a não ser que o Juiz entenda que a comunicação escrita é objecto ou elemento de um crime. Como veremos, este interesse não tem a mesma valoração quando em causa está a prevenção e combate ao crime de branqueamento de capitais. No ponto seguinte do presente trabalho, podemos notar que a Lei de 25/2008, de 5 de julho, com a última redação dada pela Lei 83/2017, de 18 de agosto, obriga a que o advogado comunique as autoridades qualquer conduta que lhe pareça ser branqueadora, mesmo que tal conhecimento advenha da prática de atos próprios de advogado. Como constatamos, alguns dos entraves clássicos, já não se aplicam ao branqueamento, por força das novas soluções.

Existem regras relativas à apreensão de correspondência em estabelecimento bancário, de pessoas sujeitas a segredo profissional ou de Estado, que assentam, essencialmente, na proteção dos segredos que importam salvaguardar. Só o segredo religioso é protegido em absoluto, os demais podem ser ultrapassados, ponderados os interesses investigatórios em causa.

A restituição dos objetos apreendidos ocorrerá quando se tornar desnecessária a apreensão ou logo que transite em julgado a sentença, e os objetos não tenham sido declarados perdidos a favor do Estado, com a ressalva da situação em que a apreensão de objetos pertencentes ao arguido ou ao responsável civil deva ser mantida a título de arresto preventivo, nos termos do artigo 228º do CPP. Conforme melhor referiremos em momento seguinte deste trabalho, a perda de bens a favor do estado, no caso da criminalidade organizada, em geral, e no branqueamento de capitais, em especial, tem um tratamento muito próprio para que se consiga transmitir à comunidade que o crime não compensa.[128]

Quando em causa está o crime de branqueamento de capitais as regras relativas à apreensão e análise de documentos, beneficiam do regime geral, mas existem normas especiais que serão por nós referidas no ponto 3, do presente capítulo deste trabalho.

---

[128] Sobre o arresto preventivo previsto no CPP e, em especial, o arresto preventivo com vista à perda alargada de bens a favor do estado, ver com maior pormenor o ponto 3.3.3.3, do presente capítulo.

2.3.4 As escutas telefónicas.

E, por último o capítulo IV estabelece o regime processual penal das escutas telefónicas. Antes de mais, importa referir que o conceito de escuta telefónica não pode assumir uma interpretação redutora, ou seja, por força do regime de extensão do n.º1 do artigo 189º do CPP, o mais adequado será denominar interceção das comunicações.

Mas quais serão as conversas ou comunicações emitidas através de um meio técnico diferente do telefone que beneficiam do regime jurídico das escutas telefónicas? O legislador concretiza o conceito, através da menção ao correio eletrónico, ou a todas as formas de transmissão via telemática, bem como à interceção das comunicações entre presentes.

O correio eletrónico, também apelidado de E-mail, é uma forma de comunicação efetuada através da associação das telecomunicações à informática. Permite o envio e a receção de mensagens escritas, de ou para qualquer ponto do mundo, através da internet. A definição de comunicação eletrónica encontra-se estabelecida no artigo 2º, n.º1 a), da Lei de tratamento de dados pessoais e privacidade no sector das comunicações eletrónicas, e constitui uma definição de grande abertura, com o intuito de acompanhar a constante evolução tecnológica nesta área.

Numa primeira análise, poder-se-ia considerar que a interceção do correio eletrónico estaria sujeito ao mesmo regime jurídico da apreensão de correspondência, consagrado no artigo 179º do CPP De facto, são formas de comunicação bastantes semelhantes, a ponto de em ambas se utilizar a linguagem escrita. Porém, a palavra escrita é utilizada na correspondência, no telegrama, e no fax, e como tal, está salvaguardada no referido artigo. Todavia, apesar de no correio eletrónico também se utilizar a escrita, não é palavra escrita, mas antes a palavra virtual a utilizada, entendendo-se como tal aquela que não está documentada em suporte de papel ou digital e está virtualmente visível em um ecrã por força de um jogo complexo cingido à simples lógica binária. A palavra virtual distingue-se da palavra escrita pelo facto de esta constar de um suporte físico, corpóreo e não ser emitida em tempo real. A palavra virtual não tem natureza corpórea, é algo que existe num espaço imaginário e pode, efetivamente, ser emitida em tempo real. A palavra

escrita importa como o próprio nome indica, a utilização da linguagem escrita, incorporada num documento, ao passo que a palavra virtual, pode também ser transmitida através da linguagem escrita, porém tem uma natureza imaterial, incorpórea, é uma comunicação eletrónica destinada ao envio e transmissão de sinais. Assim, a interceção do correio eletrónico só será uma interceção nas comunicações, quando se tratar de uma comunicação eletrónica, isto é, quando a referida comunicação estiver a circular pelas redes dos computadores, passando pelo servidor. Após o recebimento do correio eletrónico no computador do destino, cessa a comunicação e a gravação no disco do computador ou a sua impressão em papel já será uma correspondência, apesar de poderem ter a forma digital. O mesmo raciocínio se efetua em relação ao fax em transmissão. Como ainda não se encontra incorporado em suporte de papel, essa transmissão de dados, corresponderá ao exercício da palavra virtual e a sua interceção sujeita ao regime jurídico das escutas telefónicas.

Com veremos infra com a Lei do *ciber* crime, muito ou quase tudo mudou. A Lei 109/2009, de 15 de setembro, consagra um regime especial de recolha de prova me ambiente digital, que acabou por derrogar a aplicação do artigo 189º, n.º1, do CPP, quando a comunicação é feita com o uso da palavra virtual. Esta lei, por nós analisada no ponto seguinte do presente trabalho, apesar de não ser uma lei recente, tem vindo a ser cada vez maior na investigação do crime de branqueamento de capitais, sendo também certo que resultou da preocupação dos Estados com a criminalidade praticada com o uso da informática, onde o branqueamento de capitais tem uma sede muito própria.

Do regime jurídico das escutas telefónicas beneficiam também as conversas entre presentes em que a transmissão da mensagem é realizada através da palavra falada. A sua diferença face à escuta telefónica assenta no facto da referida palavra falada ser transmitida diretamente. A voz transmite-se sem a utilização de qualquer aparelho ou instrumento técnico de transmissão. Apenas a interceção dessa comunicação ou conversa é realizada através de um aparelho técnico, cuja funcionalidade consiste na captação das palavras proferidas oralmente pelos participantes dessa conversa ou comunicação. Utilizando a terminologia do nosso legislador, no direito penal, as comunicações entre presentes serão as palavras proferidas oralmente, entre uma ou mais pessoas, não destinadas ao público. Os meios técnicos que se podem utilizar na interceção e gravação de conversas entre presentes são muito mais simples, bem como o seu procedimento (poder-se-á proceder à gravação de conversas entre presentes com a utilização de um simples gravador de voz).

Assim, à exclusão das formas de comunicação que implicam o uso da palavra escrita, como os telegramas, as cartas, o telefax, poderão ser intercetadas, nos termos e com os limites imposto pelos artigos 187º e 188º, todas as formas de comunicação existentes. Daí que a conceitualização mais correta na catalogação destes diferentes meios de obtenção de prova seja intervenção nas comunicações e não intervenção nas telecomunicações.[129]

Quanto ao seu regime jurídico podemos dividi-lo, essencialmente, em duas partes: os requisitos de substância e os requisitos de forma. Os primeiros dizem respeito, grosso modo, às condições de admissibilidade da sua utilização, à legitimidade da sua utilização e aos destinatários das escutas; isto é o controlo no respeito pelos princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação, com fonte constitucional no n.º 2 do artigo 18º da CRP e ordinariamente consagrados no artigo 187º do CPP. As formalidades estão previstas no artigo 188º do CPP e, no fundo, são formas de assegurar o respeito pelos requisitos de substância. Refira-se ainda que a matéria das escutas telefónicas foi amplamente alterada com a Lei 48/2007, de 29 de Agosto incidindo fundamentalmente nos formalismos das operações.

No que concerne aos requisitos de substância, resumidamente, podemos referir que o despacho de autorização judicial, atendendo a todas as exigências descritas no seu regime jurídico (artigo 187º do CPP) deverá respeitar um conjunto de requisitos que traduzem a avaliação do Juiz no respeito pelas condições de admissibilidade legal da utilização deste meio de obtenção de prova. São eles: a identificação do que se vai investigar, sobre quem vai recair essa investigação, os números de telefone que irão ser escutados, o prazo de duração da operação, os procedimentos formais a respeitar, tudo sempre sob a orientação e o respeito pelos princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação, a que o regime jurídico das escutas telefónicas obriga. Logo, se o Juiz emite um auto de autorização judicial que não respeita estes requisitos, está a extravasar os limites constitucionais permissivos das escutas telefónicas, o que, consequentemente desencadeará uma nulidade

[129] Vide com maior pormenor o nosso trabalho Escutas Telefónicas, Regime Processual Penal. (Conceição, 2009).

de prova. Quanto aos formalismos, o respeito pelo estatuído em todo o artigo 188º do CPP é condição essencial para que a escuta telefónica seja válida processualmente uma vez que, não se traduz em meras indicações formais da realização deste meio de obtenção de prova é antes verdadeiro crivo de controlo da salvaguarda e proteção dos direitos fundamentais que são postos em causa com a sua utilização, garantindo que a escuta seja controlada, efetivamente, pelo sujeito processual com competência para a gestão dos direitos fundamentais, o Juiz. É ainda garantia para o exercício do direito de defesa pelo arguido que a nossa Lei fundamental consagra primordialmente, na *Magna Carta* do processo penal, o artigo 32º da CRP.[130]

2.3.5 Os meios de obtenção da prova extravagantes.

Tal como já foi referido, o artigo 125º do CPP legitima a utilização de outros meios de obtenção da prova, mesmo não previstos na lei processual penal, desde que não sejam métodos proibidos de obtenção de prova conforme consagra o artigo 126º do CPP, por referência ao artigo 32º, n.º8, da CRP. Assim, não se pode deixar de referir o regime das ações encobertas (Lei 101/2001, de 25 de Agosto), o regime de utilização de câmaras de vídeo pelas forças e serviços de segurança, em locais públicos de utilização comum (Lei 1/2005, de 10 de Janeiro), o regime de instalação e tratamentos de informação de sistemas de vigilância rodoviária (Dec. Lei 207/2005, de 29 de Novembro) e o registo de voz e imagem (Lei 5/2002, de 11 de janeiro) que consagra medidas de combate à criminalidade organizada. Todas formas de recolha de prova extravagante que, atendendo à proximidade entre o branqueamento de capitais e os crimes informáticos, bem como ao seu caráter dissimulado ou oculto, são de grande relevância na investigação daquele. Contudo não podemos deixar de dedicar um pouco mais da nossa atenção às ações encobertas pois, este

[130] Sobre a temática do regime jurídico das escutas telefónicas vide o nosso anterior trabalho. (Conceição, 2009).

meio de recolha de prova, por força das dificuldades investigatórias que lhe são inerentes, são, a par das escutas e do registo de voz e imagem, o seu principal meio de obtenção de prova. O registo de voz e imagem, arresto preventivo e da perda de bens a favor do Estado, merecerá a nossa atenção no ponto seguinte do presente trabalho pois, apesar de não ser uma solução cronologicamente nova, foi uma nova solução criada no combate à referida criminalidade organizada e criminalidade económico-financeira, recentemente alterada pela Lei 55/2015, de 23 de junho, onde o branqueamento de capitais tem uma posição de destaque. Aliás, muitas das medidas que constam da referida lei servem principalmente o crime de branqueamento de capitais e os seus crimes conexo, demonstrando que muitas das soluções clássicas surgem como um caminho para a criação de novas soluções.

As ações encobertas[131], apesar de se referirem expressamente a um tipo de ações, poderão consistir em três tipos de Homens de Confiança: os agentes provocadores, os agentes infiltrados e os agentes encobertos. Todos eles têm um aspeto em comum, são meios enganosos de obtenção de prova. A sua distinção resulta do labor da doutrina e jurisprudência considerando-se, por regra, entre eles existir as seguintes diferenças: os agentes encobertos são os comummente apelidados de agentes à paisana, os quais não têm qualquer papel ativo na recolha da prova ou, pelo menos, nunca como os demais agentes. Limitam-se a *rondar* o criminoso ou o lugar da sua prática e recolhendo prova sem qualquer intervenção (a captação de meios de prova é feita através do agente que servirá como testemunha no processo). Os agentes infiltrados já têm um papel mais ativo. Já praticam atos de execução do crime que estão a investigar mas com dolo de investigação e não da prática do crime. Aqui o premente é aferir do seu grau de comparticipação de forma que não se possa qualificar como infiltração aquilo que na prática será uma verdadeira provocação. O agente provocador é um meio de obtenção da prova absolutamente proibido. Consiste, em termos dogmáticos, ao instigador do crime. Não é compatível com a nossa conceção de descoberta da verdade material a sua admissibilidade, na medida em que, não podemos admitir que se investigue com a prática de crimes. Melhor, já existem muitos crimes que carecem de ser investigado, não é necessário originá-los para depois os

[131] Sobre o regime jurídico das ações encobertas vide por todos, (Meireis, 1999).

combater. Como se pode depreender a distinção entre estes dois agentes poderá ser muito ténue e terá sempre de ser aferida casuisticamente e ponderados os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade. Muita da criminalidade organizada, ou dos crimes de associação criminosa são investigados através do uso deste tipo de meio de investigação. Consequentemente é também um meio de recolha da prova muito comum no branqueamento de capitais, por força da sua estrita relação com aqueles.

Muitas questões interessantes e controversas podem ser levantadas com as ações encobertas mas, sob pena de nos afastarmos do objeto do presente trabalho, apenas iremos demonstrar o seu regime jurídico para aferir da sua legitimidade na investigação do branqueamento e quais os seus entraves clássicos.

No artigo 3º, n.º 3 da referida lei[132] resulta que as ações encobertas carecem, sempre, de ser autorizadas pelo MP, devendo posteriormente ser homologada pelo JIC. Assim, caso tal autorização não opere, este meio de obtenção da prova é proibido. Não deixa de ser curioso constatar que a homologação judicial pode operar através do silêncio o qual, por regra, não merece qualquer valor declarativo, mas neste conspecto, tem e de grande monta. Consideramos que a ratificação pelo Juiz não deveria ser tácita mas sim através de despacho onde resulte a legitimidade da referida forma de investigação que deve ser usada com parcimónia. A fundamentação do referido despacho serviria até para demonstrar o respeito pela restrição das liberdades, dando ao cidadão garantias de que a verdade está a ser descoberta por um caminho certo.

Ainda no que concerne ao regime jurídico das ações encobertas, importa referir que estas também podem ser usadas como medidas de prevenção (antes da existência de um inquérito ou para evitar que este venha a ser instaurado) e, quando assim aconteça a autorização judicial já deverá ser o seu crivo legitimador, mediante proposta do MP. Aqui o legislador exige o despacho judicial prévio, pois estamos na fase embrionária ao processo penal e a danosidade, em abstrato, será maior do que quando há inquérito pois, não há

[132] O qual tem a seguinte redação: "A realização de uma ação encoberta no âmbito do inquérito depende de prévia autorização do competente magistrado do MP, sendo obrigatoriamente comunicada ao Juiz de instrução e considerando-se a mesma validada se não for proferido despacho de recusa nas setenta e duas horas seguintes".

sequer a delimitação do facto a investigar ou os seus autores, nem que seja a título meramente indiciário. Contudo, mesmo quando este exista carece sempre de ser o Juiz a aferir da gestão dos direitos fundamentais, conforme assim impõe o princípio da jurisdição da instrução, é ele o Juiz das Liberdades. Daí que entendamos que a validação judicial não deveria operar de forma tácita mas sim de forma expressa, como acontece em todos os atos ou medidas processuais que contendem com direitos, liberdades e garantias, pois o facto de a medida ser de prevenção ou meio de obtenção da prova, em bom rigor é indiferente pois, em qualquer dos casos a sua utilização determinará a restrição dos direitos do cidadão. Impõe-se ainda referir que a Lei do *ciber* crime introduziu um novo tipo de ações encobertas, quando operadas em ambiente digital. Sobre este meio de obtenção da prova e a sua relação com o branqueamento de capitais, nos pronunciaremos no ponto seguinte do presente trabalho pois consideramos que a referida lei será uma nova solução no seu combate. Por fim, não podemos deixar de salientar a relação que as ações encobertas podem ter com a colaboração de arguido na investigação criminal. Isto porque, apesar de ser incomum, o agente encoberto pode ser um coarguido que colabora na investigação criminal e que mais tarde vai prestar declarações. Vários são os princípios e limites que se levantam em sua oposição mas, após uma análise mais cuidada, parece que cada vez mais poder admitir-se.[133]

2.3.6 Alguns casos especiais da prova associada à nova criminalidade.

Chegou agora o momento de referirmos alguns casos especiais no que concerne à valoração de certos meios de obtenção da prova com relevo para o branqueamento de capitais.

Tal como já referimos supra, a regra no que toca à apreciação da prova assenta na liberdade que a autoridade judiciária tem de a valorar, ou seja, não existem forças

[133] Sobre este aspeto ver com maior pormenor o ponto 1.1.2.2, do III capítulo, do presente trabalho.

probatórias pré-estabelecidas que vinculam essa apreciação. Porém há manifestações, por um lado, paradigmáticas da liberdade de apreciação da prova, por outro, reveladoras de um certo vínculo probatório.

Como é evidente, a questão da apreciação da prova apenas se coloca nos meios de prova pois, são estes que são objecto da análise judicial tendente à demonstração da verificação de determinado facto ontológico. Assim, o que nos propomos apresentar e analisar são alguns casos especiais em certos meios de prova em que se manifesta, de forma clara e inequívoca, a liberdade de apreciação e outros meios de prova nos quais essa liberdade é limitada ou até mesmo inexistente.

Comumente é reconhecido que a prova testemunhal é o meio de prova em que a livre apreciação da prova tem o seu expoente máximo. É apresentada de forma veemente no julgamento mas está presente em todas as fases do processo. E, estando associada à imediação da prova significa que será o Juiz de primeira instância quem melhor poderá determinar o seu valor de convencimento em função do que é declarado e acima de tudo da forma como o é feito (postura corporal, hesitações, entre outros sinais). Este meio de prova distingue-se da prova por declarações pois, apesar de ambos consistirem no depoimento de uma pessoa, este é prestado pelos sujeitos processuais. Bem se reconhece que qualquer facto retratado por alguém merecerá o crivo da subjetividade de quem o declara. Pois a forma como o facto é vivenciado pela testemunha ou declarante passará pelo filtro das suas emoções e a sua análise empírica. A nossa atenção está direcionada às declarações de coarguido, especialmente, no seu valor probatório bem como a sua relevância especial no crime de branqueamento de capitais. A descrição típica do crime de branqueamento de capitais determina que tal meio de prova merece uma atenção especial por parte do legislador. Atenção que também nós lhe dedicaremos no capítulo III, do presente trabalho. Contudo não podemos deixar, desde já, de referir que nos crimes em geral, não sendo à partida o branqueamento de capitais uma exceção, as declarações de arguido ou de coarguido não têm um valor probatório predeterminado, cabendo ao Juiz fixá-lo de acordo com a sua livre convicção nos termos já explanados. A não ser que tal declaração consista numa confissão integral e sem reservas, prestadas em julgamento, que terá uma força

probatória pleníssima. Ou seja, por força do disposto no artigo 344º do CPP, o Juiz terá de dar como provados os factos confessados e, consequentemente verifica-se a desnecessidade de produção de qualquer outro meio de prova, passando-se de imediato às alegações orais.[134] Mas também o referido incisivo normativo, no seu n.º 3, realça que tal consequência não se verificará quando existirem coarguidos e não se verificar quanto a todos uma confissão integral e sem reservas. Ora conforme já vimos antes, dificilmente o branqueamento é praticado em autoria singular o que neste âmbito determinará a existência de vários arguidos a serem julgados. Logo, quando apenas um deles confessa, mesmo que seja de forma integral e sem reservas, esta confissão não tem o referido valor probatório, pois o Juiz não pode dar como provados os factos quando nem todos os arguidos assumiram o seu cometimento. E daqui surge a questão de saber se o arrependido colaborador merece algum tratamento especial por parte do nosso legislador, em geral, e, mais importante, se isso se verifica ou não quando se está a investigar e a julgar o crime de branqueamento de capitais. Será este o objecto do nosso estudo, no capítulo seguinte do presente trabalho.

A grande exceção à livre apreciação da prova é a prova pericial. Como a esta estão associados especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, estes presumem-se subtraídos à livre convicção do julgador.[135] Podendo ser ilidida tal presunção bastando que

---

[134] O qual tem a seguinte redação:
1 - No caso de o arguido declarar que pretende confessar os factos que lhe são imputados, o presidente, sob pena de nulidade, pergunta-lhe se o faz de livre vontade e fora de qualquer coacção, bem como se se propõe fazer uma confissão integral e sem reservas.
2 - A confissão integral e sem reservas implica:
a) Renúncia à produção da prova relativa aos factos imputados e consequente consideração destes como provados;
b) Passagem de imediato às alegações orais e, se o arguido não dever ser absolvido por outros motivos, à determinação da sanção aplicável; e
c) Redução da taxa de justiça em metade.
3 - Exceptuam-se do disposto no número anterior os casos em que:
a) Houver co-arguidos e não se verificar a confissão integral, sem reservas e coerente de todos eles;
b) O tribunal, em sua convicção, suspeitar do carácter livre da confissão, nomeadamente por dúvidas sobre a imputabilidade plena do arguido ou da veracidade dos factos confessados; ou
c) O crime for punível com pena de prisão superior a 5 anos.
4 - Verificando-se a confissão integral e sem reservas nos casos do número anterior ou a confissão parcial ou com reservas, o tribunal decide, em sua livre convicção, se deve ter lugar e em que medida, quanto aos factos confessados, a produção da prova.

[135] Assim determina o artigo 163º do CPP.

o Juiz seja portador desses mesmos conhecimentos ou existam duas perícias com resultados diferentes, podendo aquele magistrado, no sentido da descoberta da verdade material, solicitar nova perícia, consultores técnicos ou esclarecimentos dos peritos. É assim, o meio de prova com força probatória plena, ou seja, o julgador terá que dar como provado os factos que resultem demonstrados da prova pericial. Associada à prova pericial estão os exames médico-legais e forenses, verificando-se uma verdadeira confusão. Apesar dos exames serem um meio de obtenção de prova e a prova pericial um meio de prova, não se podem dissociar, pois quem realiza o exame é perito e irá fazer o relatório que consiste na prova pericial.[136] No branqueamento de capitais são a prova pericial e a documental, os seus principais meios de prova. Uma vez que se trata de um crime económico a sua demonstração é realizada através destes dois meios de prova, mesmo quando o branqueamento de capitais é realizado através de um sistema informático pois, a autenticidade da prova recolhida em ambiente digital carece de ser avaliada por um técnico. Como se sabe, a potencialidade do sistema informático é quase absoluta e nesse âmbito também se poderá usar as suas potencialidades de forma a forjar elementos informáticos que nunca aconteceram.

Uma pequena nota no que concerne à prova documental. A prova documental vai buscar o seu conteúdo à lei substantiva.[137] Não se reduz aos documentos escritos mas abrange toda e qualquer forma de documentação de uma declaração, sinal ou notação. Face a esta definição resulta evidente a amplitude que este meio de prova comporta. Apenas dois meios de prova documental pretendemos salientar, no que se refere à sua valoração: os documentos autênticos e as reproduções mecânicas. São duas formas de prova

---

[136] No que concerne às perícias médico-legais e forenses rege também a Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto a qual regula o seu âmbito de aplicação, entidades competentes e resultado probatório. É uma norma especial mas que por força disso mesmo, não contraria, pelo contrário, qualquer norma do processo penal probatório. Sobre a referida lei e confusão entre perícia e exame médico-legal e forense ver o acórdão da Relação de Coimbra de 03/03/2015. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/bfc09ff3065ac83a80257e200044e2f6?OpenDocument

[137] Conforme dispõe o artigo 164º do CPP, o qual refere:
1 - É admissível prova por documento, entendendo-se por tal a declaração, sinal ou notação corporizada em escrito ou qualquer outro meio técnico, nos termos da lei penal.
2 - A junção da prova documental é feita oficiosamente ou a requerimento, não podendo juntar-se documento que contiver declaração anónima, salvo se for, ele mesmo, objecto ou elemento do crime.

documental muito comuns no branqueamento de capitais em especial e nos crimes de colarinho branco, em geral.

As reproduções mecânicas consistem na documentação de determinado facto feita através de um meio diferente do documento escrito. Logo a sua legitimidade depende do meio utilizado para o efeito. Em causa está a restrição da imagem ou da palavra como meio necessário para documentar determinado facto. Referimo-nos às gravações de voz ou de voz e imagem que só serão legítimos meios de prova se não forem proibidos nos termos da lei penal.[138] Por isso, só se podem valorar como meio de prova se a forma como foram obtidos não for proibida. Hoje em dia todos nós estamos apetrechados com meios para recolher esse tipo de prova, basta pensarmos nos *smartphones,* onde a captação de imagem ou som está à distância do deslizar de um dedo. Contudo, não podemos, apenas porque é fácil a sua obtenção legitimá-la. Dever-se-á, sempre, ponderar os interesses em confronto: a necessidade e interesse investigatório e os direitos fundamentais restringidos com essa obtenção. Assim, a referência que a doutrina e a jurisprudência fazem à legitimidade e admissibilidade das gravações feitas por particulares atendendo às apenas às exigências de proporcionalidade que a nova criminalidade impõe, e, também, o branqueamento de capitais, deverá merecer outra atenção. Como este crime já beneficia do regime da lei 5/2002, entendemos que a interpretação adequada à nova sociedade, onde a segurança prevalece perante a liberdade, já não poderá merecer a mesma ponderação. Se beneficia desse regime mais invasivo e legitimado por força das suas dificuldades investigatórias, será demasiado excessivo o mesmo argumento servir também para estender a admissibilidade das gravações feitas por particulares, nos casos limite. A par do princípio da unidade da ordem jurídica, deve ter-se ainda em conta o princípio da proibição do excesso.

No que concerne aos documentos autênticos, apesar de, no artigo 169º do CPP constar uma presunção de valoração de prova, no sentido em que, em princípio, os factos

[138] Assim dispõe o artigo 167º do CPP, do qual consta: 1 - As reproduções fotográficas, cinematográficas, fonográficas ou por meio de processo electrónico e, de um modo geral, quaisquer reproduções mecânicas só valem como prova dos factos ou coisas reproduzidas se não forem ilícitas, nos termos da lei penal.
2 - Não se consideram, nomeadamente, ilícitas para os efeitos previstos no número anterior as reproduções mecânicas que obedecerem ao disposto no título iii deste livro.

materiais constantes de documento autêntico e autenticado consideram-se provados; nada impede que o Juiz, ao abrigo do princípio em análise possa, fundadamente, pôr em causa o seu conteúdo ou a autenticidade do documento. Saliente-se, que hoje, já não existe o incidente de falsidade como o único meio para afastar a prova dos factos constantes do documento autêntico ou autenticado, a sua prova pode ser afastada por motivação, fundada, do Juiz. Assim, concluímos que também se verifica a existência de uma liberdade de apreciação de prova, mesmo quando esta consista em documentos autênticos e autenticados, o Juiz não está vinculado ao seu conteúdo, pode pô-lo em causa. O documento autêntico ou autenticado apenas prova plenamente os factos que se referem como praticados pela autoridade ou oficial público respetivo, todos os demais são livremente apreciados pelo Juiz. No âmbito dos documentos autênticos não podemos deixar de fazer uma referência ao auto de notícia.

O auto de notícia é um documento autêntico pois é um auto lavrado por um OPC onde consta o seu presenciamento de um crime público. Tal resulta das disposições conjugadas dos artigos 99º, 100º, 243 º, 169º do CPP e 363º do CC, que, contudo, não tem força probatória. Não é um meio de prova, mas antes uma forma de noticiar crimes. Pois, apesar de termos um regime de prova livre e poderem caber no conceito de meios de prova outros que não expressamente catalogados na lei, certo é que o n.º 3 do artigo 243º, assim o impede. Esta norma expressamente determina que o auto de notícia vale como denuncia e não como meio de prova. Assim não tem qualquer valor probatório podendo apenas resultar como meio de prova, após a abertura do competente inquérito, a prova testemunhal dos órgãos de polícia criminal que o lavraram. Quando seja admissível o processo sumário o auto de notícia pode substituir a própria acusação e se o arguido não confessar os factos, a prova a produzir em julgamento consistirá nos depoimentos dos órgãos de polícia criminal signatários do mesmo.[139] O branqueamento de capitais nunca poderá ser julgado em processo sumário, mesmo quando exista auto de notícia, pois, apesar da alteração legislativa de 2013, o Tribunal Constitucional, com força obrigatória geral, determinou ser

[139] Assim determina o n.º 1 do artigo 389º do CPP.

inconstitucional a aplicação desta forma de processo especial, quando o crime seja punido com pena de prisão abstratamente aplicável superior a cinco anos.[140]

Assim, quando em causa se encontre prova documental para demonstrar a prática de condutas branqueadoras a livre apreciação da prova prepondera devendo ter-se em atenção a forma com esta foi recolhida e como resultou o seu suporte.

A prova em processo penal, constante no CPP ou em regime extravagante assenta num dos pilares no nosso Estado de Direito: a dignidade da pessoa humana. Desta feita consagra limites à investigação criminal. São os entraves clássicos que se apresentam como filtros da legitimidade de perseguição criminal por parte do Estado. Logo, por força deles, as dificuldades inerentes ao branqueamento de capitais ficam ainda com um grau mais acrescido, não obstante a proporcionalidade, necessidade e adequação sempre presentes no livro das provas. E assim vão surgindo novas soluções com vista a facilitar a investigação e também a prevenção do crime de branqueamento de capitais. No ponto seguinte do presente trabalho iremos apresentar as novas soluções de prevenção e investigação do crime de branqueamento de capitais, comparando-as com as formas de investigação clássicas, quer do ponto de vista da sua eficácia quer, do ponto de vista da sua legitimidade ou legitimação.

[140] Acórdão do TC n.º 174/2014. Disponível em: https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2014/03/05100/0185801864.pdf

3. As novas soluções.

A descrição típica do branqueamento, a sua necessária correlação com outros crimes, quer precedentes quer posteriores, o facto de estar associado à criminalidade organizada, o benefício que retira das novas tecnologias da sociedade de informação que hoje temos, entre outros motivos, traz, como vimos antes,[141] inúmeras dificuldades na sua prevenção, investigação e, consequentemente na sua repressão. Todavia novos mecanismos de prevenção, recolha e produção da prova surgem de forma a atenuar tais dificuldades.

Importa desde já salientar que o combate ao branqueamento de capitais em especial e a criminalidade organizada em geral, deverá resistir a excessos e atropelos, sob pena de aquilo que se quer perseguir legitimar e permitir restrições mais graves e incomportáveis do que aqueles que se pretendem evitar. Na esteira de Laura Zúñiga Rodríguez: " La lucha contra la criminalidade organizada tampoco puede servir para acallar a las organizaciones que discrepan com el orden mundial imperante. El respecto al derecho de asociación, a la libertad de pensamento, deben protegerse com cautela frente a las demanadas de mayor intervención y deslegitimación de los grupos dissidentes. La dissidência, que no desdobra el marco del CP, está permitida sin tapujos en un Estado de Derecho. (Rodríguez, 2002, p.71).

Neste ponto, iremos começar por realçar os mecanismos que são criados a nível nacional e internacional, no âmbito da sua prevenção e repressão, e de seguida analisar novas formas de investigação criminal associadas às novas formas de criminalidade. Apesar do branqueamento não ser de facto um crime *novo*, certo é que as novas tecnologias permitem uma maior erudição na sua prática, ou seja, o ambiente informacional apetrecha os agentes do crime com novos instrumentos e formas na sua execução, todavia, paralelamente, também outorga às autoridades novos e mais eficazes meios para a sua investigação e prevenção. Importa desde já referir que todos estes novos instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias para recolher meios de prova, de

[141] Em especial no ponto 1, do presente capítulo.

forma transversal, têm uma característica em comum: são meios ocultos ou dissimulados o que lhes outorga, necessariamente, uma maior eficácia.

3.1 O auxílio da tipicidade " aberta".

A própria descrição típica do crime de branqueamento de capitais surge como uma ferramenta auxiliadora na sua investigação. Conforme já referimos antes, no branqueamento de capitais em especial e nos crimes de colarinho branco em geral, verifica-se uma tendência por parte do legislador em alargar as formas do seu cometimento levando ao limite o princípio da intervenção mínima do direito penal. Aqui muitas das vezes, o que se verifica é, *aparentemente*, a descrição de presunções legais onde restará ao investigado a obrigação de demonstrar o seu não cometimento. Ou seja, o alargamento das condutas típicas é de tal ordem que quase a própria tipicidade demonstra a sua prática, devendo o agente em sua defesa demonstrar o contrário. Neste âmbito uma preocupação avassaladora nos assola: se assim for inverte-se a presunção de inocência do arguido. Terá de ser ele a demonstra-la. Existirá de facto um ónus da prova por parte do arguido, redundando numa violação crassa da estrutura acusatória do nosso modelo de processo penal?[142] Para respondermos à questão formulada teremos em primeiro lugar de aferir se de facto existem presunções legais na descrição típica ou na prova do branqueamento de capitais. Não aquelas que são lícitas ao julgador proceder, quando faz apelo às regras de experiência e de normalidade mas, antes verdadeiras presunções jurídicas onde se terá que fazer prova do contrário sob pena de o facto ter de ser dado como provado. Conforme escreve Augusto Silva Dias, referindo-se às medidas de combate ao lucro ilícito: " O fundamento da condenação reside, pois, na combinação da presunção de proveniência criminosa dos ganhos e da incapacidade ou dificuldade de o arguido a ilidir, convencendo

[142] Sobre as implicações das novas soluções para o combate ao branqueamento de capitais ver com maior pormenor o ponto 3, do capítulo III, do presente trabalho.

o tribunal de que tais ganhos provêm afinal de actividades lícitas. (…) Basta que o arguido se cale, fazendo um uso normal do direito ao silêncio para que caia sobre ele, fulminante, a espada de Dâmocles da punição." (Dias A. S., 2010, p.33).

Hoje é muito comum, nos denominados crimes de colarinho branco a que estão associados os crimes económicos e financeiros, em especial os crimes fiscais, verificar-se o uso de presunções na formação da convicção do julgador, incumbindo ao arguido o ónus de prova do contrário. A título de exemplo, mas que é uma fundamentação muito comum em termos jurisprudenciais, apresentamos o acórdão da Relação de Évora de 26/02/2013, onde se escreve: "Incumbe à administração tributária provar a existência dos pressupostos legais da aplicação do método de avaliação indirecta e o contribuinte terá à sua conta o encargo de provar que a quantificação do valor tributável encontrado é excessivo."[143] Não há qualquer dúvida que, neste tipo de crimes, o arguido tem o poder/dever de provar os factos contrários aos da acusação. Pois, principalmente nos crimes fiscais, legitima-se o uso de presunções no cômputo do montante que devia ter sido entregue ao Estado e não o foi, cabendo ao arguido demonstrar que tais cálculos estão errados, o que em bom rigor é um ónus probatório.[144]

No branqueamento, tal presunção encontra-se presente de forma indireta. A sua descrição /típica, em especial na parte onde refere, *por si ou por terceiro, direta ou indiretamente*, legitima um juízo de demonstração da prática da conduta muito elementar,

[143] Disponível em: http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/5a2754c69a67b6a280257de10056fb52?OpenDocument&Highlight=0,26%2F02%2F2013

[144] Outro exemplo de onde resultam formas evidentes de presunções legais é a lei 5/2002, de 11 de janeiro, cabendo o branqueamento de capitais no seu âmbito de aplicação. Esta lei determina medidas de combate à criminalidade organizada, económica e financeira, que passa por novos meios de investigação e consequências penais da condenação pela sua prática. É neste último aspeto que determina, o seu artigo 7º, a perda de bens a favor do Estado, onde o próprio legislador utiliza a palavra *presume-se*. Ou seja, terá o agente de demonstrar a proveniência lícita do seu património, sob pena do Juiz dar como provado a sua proveniência ilícita sem necessidade a recurso de qualquer meio de prova. Realça-se desde já que esta questão foi apreciada pelo TC, com o propósito de aferir da (in) constitucionalidade de tal descrição. Instância formal de controlo que no seu acórdão de 12 de agosto de 2015 com o número 392/2015, determina não ser inconstitucionais tais incisos normativos. A fundamentação assenta essencialmente, no argumento que esta perda alargada de bens a favor do Estado está sujeita a um processo autónomo onde o contraditório é assegurado de forma plena. Não duvidamos que o contraditório não seja assegurado, todavia o mesmo é exercido com o ónus do arguido na demonstração do contrário. A presente questão será por nós de novo abordada no ponto 3.3.3.3, do capítulo III, do presente trabalho. Por ora apresentaremos as novas soluções para fazer face às dificuldades de investigação.

atendendo à indeterminação desses conceitos, cabendo ao arguido provar o seu não cometimento, e em ilações da sua prática podem ser fundamentadas com base em provas indiretas cabendo ao arguido a demonstração do contrário. A legitimidade de produção e valoração da prova com esta especificidade já é um caminho para criar novas soluções no combate ao branqueamento de capitais. Resta saber se legítimas ou não.

Há uma facilidade que se verifica também na demonstração da proveniência ilícita da vantagem ou proveito a branquear. Contudo não se pode, com base nestas presunções probatórias, transformar o crime de branqueamento numa forma de incriminar o enriquecimento ilícito. " O que é punido através do crime de branqueamento é, isso sim, a conversão, transferência, ocultação ou dissimulação de lucro comprovadamente ilícito." (Dias A. S., 2010, p.36). O que salienta o referido autor é o perigo de que com a intenção de punir o enriquecimento ilícito o crime de branqueamento deixe de ser um crime de 2º grau, desvirtuando-se assim a sua natureza e fundamento. Não basta a suspeita que a vantagem é ilícita tem de haver a comprovação de que a mesma é oriunda de um dos seus crimes precedentes. E sendo um crime fiscal um dos seus crimes precedentes é ao arguido a quem incumbe a prova de que tais quantias estão mal apuradas.

De modo a respeitar a natureza secundária do branqueamento terá de sempre ser demonstrado qual o seu crime precedente. Mas como tal tarefa, como vimos, pode revelar-se difícil, de forma a permitir a punibilidade daquele, o próprio tipo legal determina no seu número 4, que se continue a punir as condutas branqueadoras, mesmo que o crime precedente tenha sido praticado fora de território nacional ou se desconheça o lugar da sua prática ou quem foi o seu autor. Entendemos que tal comando advém das próprias dificuldades investigatórias que se verificam também nos crimes precedentes que, aliados à sua organização e contactos com vários pontos do mundo, complicam a determinação do lugar da prática do facto, ou a identificação de todos os seus autores. Contudo este é o comando dogmático e, em termos probatórios, qual é a consequência?

O processo penal não prevê regras especiais de valoração da prova para os casos de branqueamento de capitais ou nos casos de criminalidade de difícil investigação. Prevê, no entanto, meios específicos de obtenção e até de produção de prova, mas não de valoração da prova.

São momentos processualmente distintos que se sucedem no processo: o da recolha e obtenção da prova, o da produção da prova e, por último, o da sua valoração. Este último momento tem a sua sede, por excelência, na fase do julgamento contudo, trespassa todo o

processo pois, o julgador tem sempre de apreciar e valorar a prova – mesmo a meramente indiciária - para aplicação de certos institutos ou até mesmo legitimar o uso de meios de obtenção da prova.

O grau de exigência e de rigor exigido pelo princípio da livre apreciação da prova não variam consoante o tipo de crime em causa. É, pelo contrário, precisamente o mesmo, o que no caso quer, porém, também dizer que esse exercício soberano máximo falha quando se exige mais, mais prova, ou melhor ou maior convicção do que para o julgamento de outros crimes menos graves ou menos complexos, ou simplesmente diferentes.

Por regra, como já referimos antes, o princípio da livre apreciação da prova é aquele que informa o julgador no que concerne à valoração da prova. É a liberdade de acordo com um dever, o dever de apenas poder ter em conta as provas diretas dos factos sob a sua apreciação relacionando-as com as regras de experiência e a sua convicção. E assim, a valoração de provas indiretas é, *ab initio*, proibida. Neste tipo de criminalidade a investigação é muito complexa, por todos os fatores já enunciados, e mais complexa é a produção da sua prova. Ou seja, depois de se recolher a prova nas fases investigatórias (inquérito e instrução) terá de, em julgamento, produzir-se a prova recolhida. Aparentemente uma tarefa simples, mas, como bem sabemos, não é de todo assim. A complexidade que se verifica no inquérito é exacerbada no julgamento pois a especificidade do branqueamento de capitais, no que concerne à sua composição dogmática, o facto de ser criminalidade organizada obriga, por imposição da nossa estrutura essencialmente acusatória, a uma tarefa de produção de prova muito exigente. Na maior parte das vezes só conseguindo convencer o julgador, sem margem para qualquer dúvida, com base em racionalidade de normalidade sem se ter por base uma prova direta.

Melhor, a dificuldade da prova direta legitima a que o julgador possa determinar a existência de determinado facto ou comparticipação, principalmente com base em raciocínio indutivos que assentam nos comummente invocados juízos do Homem Médio. A título de exemplo, se em causa estiver a prática de um crime de branqueamento de capitais, por parte de um agente com competência técnica no direito bancário, ou mesmo um jurista, mesmo que não exista prova direta, é legítimo ao julgador ajuizar que por forças das referidas habilitações académicas, é muito mais provável o crime ter sido cometido por aqueles agentes. Contudo, tal convicção terá de ter suporte probatório suficiente, nomeadamente prova documental ou testemunhal que, apesar de não atestar a

prática dos factos de forma inequívoca, a sua apreciação em conjunto permite ao julgador convencer-se da verificação dos (s) referidos (s) facto (s). Face à pertinência da temática somos obrigados a tecer algumas considerações sobre a (i) legitimidade da prova indiciária em processo penal, o que faremos de seguida.

3.1.1 A tipicidade e a prova indiciária.

O conceito de indício é isso mesmo: um sinal que pode levar ao caminho do convencimento, mas que carece sempre de ser corroborados por outros elementos de prova avaliados objetivamente, sob pena de podermos ter manifestações do pensamento *lombrosiano* no âmbito da valoração da prova.[145] A aparência ou *statos quo* do agente/arguido/suspeito poderá ser um indício contudo, por si só, é deveras insuficiente por mais que a crença moral do julgador assim o dite.

De forma a agilizar a demonstração da prova do crime precedente, uma vez que o tipo objetivo prescinde do lugar da sua prática ou do conhecimento dos seus autores, as vozes jurisprudenciais e doutrinais têm vindo a determinar que esta não carece de prova direta mas meramente indiciária. Assentam a sua fundamentação na desnecessidade em termos de punibilidade do crime de branqueamento, da demonstração inequívoca da verificação do crime precedente bastando-se associar a tais indícios às regras de experiência ou bastando-se com a demonstração da existência de um facto ilícito-típico

[145] Cesare Lombroso é conhecido na criminologia como pai da escola positiva antropológica. O seu estudo é caracterizado por uma frase que muito utilizava nos seus estudos que, grosso modo, atestava que os criminosos eram detetáveis à vista desarmada. Um conceção da identificação dos agentes com base nas suas características físicas ou antropológicas, hoje uma conceção de se rejeitar mas que parece ressurgir com outros contornos. Sem deixar cair a conceção estética que a carateriza é suportada por outras visões ainda mais perigosas. A profissão, as dimensões da sua propriedade, a sua notoriedade pública e os seus sinais exteriores de riqueza já parecem ser um indício da prática de crimes de colarinho branco. Por isso admitir a prova indiciária neste tipo de criminalidade é perigosa e tem de ser feita com muita cautela.
Voltaremos a abordar esta problemática no ponto 3, do capítulo III, do presente trabalho.

sem necessidade da demonstração da verificação da culpa e da punibilidade.[146] Nas palavras de Patrícia Silva Pereira: " O que se visa provar é um facto secundário que serve para estabelecer, mediante um raciocínio inferencial, a verdade sobre o facto principal, é essencial um passo lógico (fundado numa regra de experiência) entre o objeto da prova e o facto juridicamente relevante para se concluir algo relevante ao processo." (Pereira, 2016, p.44) Assim, e ao contrário do que acontece nos demais tipos de crime, a sua condição objetiva de punibilidade não carece de prova direta mas antes de prova indiciária suportada pelas regras de experiência, ou então, seguindo o texto da incriminação mesmo que se desconheça o lugar onde foi praticado o crime precedente ou quem foram os seus autores.

Compreendemos a argumentação aduzida mas parece-nos perigosa. O crime de branqueamento serve também, como já foi por nós aflorado, como forma de não deixar defraudadas as expectativas da comunidade quando não se consegue provar o crime precedente. E por isso dele é dependente. As dificuldades probatórias daquele assentam, fundamentalmente, nos dois motivos elencados na letra da lei: não se saber onde foi praticado ou quem foram os seus autores. Contudo não deixa de ser um pressuposto para se puder punir, pois as vantagens ou proveitos têm de ser provenientes da prática de um ilícito determinado no seu catálogo. O mero indício da sua verificação poderá assentar em que elemento? Numa testemunha indireta, em meros rumores ou vozes públicas? Como poderá o tribunal assentar tal elemento probatório com base nas regras de experiência? Bastará a não existência de justificação da origem dos proveitos ou vantagens? Será que a

[146] Neste sentido e por todos, vide o Acórdão da Relação de Lisboa de 18/07/2013, onde expressamente se refere: "A punição do branqueamento de vantagens, prescindindo do território nacional como lugar único da prática dos factos que integram a infracção subjacente, prescinde igualmente da punição do autor do facto precedente ou mesmo do conhecimento da sua identidade. A punição do branqueamento não pressupõe que tenha de existir agente determinado ou condenação pelo crime subjacente. A lei exige apenas o conhecimento da prática da infracção principal, e não a sua punição. O crime de branqueamento e a respectiva reacção penal são autónomos em relação ao facto ilícito típico subjacente. Assim, não importa que este último não tenha sido efectivamente punido, por exemplo por inimputabilidade penal do agente, morte deste, prescrição, ou simplesmente, impossibilidade de determinar quem o praticou e em que circunstâncias. **O tipo do branqueamento exige apenas que as vantagens provenham de um facto ilícito-típico, não de um crime, donde a punição do branqueamento não depende de efectiva punição pelo facto precedente**." Negrito nosso. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e22652275680718b80257d15004292f6?OpenDocument

necessidade de punibilidade do branqueamento de capitais prepondera de tal ordem que se legitime que se ultrapassem as regras de proibição de valoração da prova? Não nos parece. Terá de haver prova inequívoca da proveniência ilícita, com base em elementos probatórios sérios e seguros, sustentados em circunstâncias de factos e não com base em meras convicções. Tudo dependerá do caso concreto. Não se pode é correr o risco de criar a convicção que à punibilidade do branqueamento, quando consista na prova do seu crime precedente, bastará a mera prova indiciária associada às regras de experiência. Tal fundamentação só será válida se for convincente para os seus destinatários. Ou seja, o julgador terá de convencer o Homem Médio, de forma, porque considera provada a proveniência ilícita dos proveitos com base em factos concretos. Neste sentido escreve Carlos Rodrigues de Almeida: " (…) o magistrado deve ser capaz de extrair determinados factos as conclusões que, com alto grau de probabilidade, eles propiciam, assumindo a responsabilidade pelas inferências realizadas e procurando demonstrar, através da motivação, (…) o que o levou a decidir da forma como o fez". (Almeida, 2010, p. 54). Pior do que deixar impune o branqueamento de capitais é puni-lo sem todos os seus pressupostos se encontrarem preenchidos e, principalmente, demonstrados. Não concordamos por isso com Euclides Dâmaso Simões, quando refere: "Considero, por isso que esse será o campo de eleições para aplicação dos critérios da prova indirecta, indiciária ou por presunções. De outro modo o instituto do " branqueamento", gerado há cerca de duas décadas como panaceia universal, instrumento salvífico na eterna luta contra o crime, reduzir-se-á a mera " lei de etiqueta", pretexto suave para dissertações, seminários e congressos de ostensiva inocuidade." (Simões E. D., 2016, p.207). Terá de ser efetivada a punibilidade do branqueamento, sim, contudo não podemos descurar que estamos no âmbito de um processo penal onde a prova indireta, indiciária e por presunções, deve ser de evitar. Entendemos, atenta a dificuldade investigatória do branqueamento, que será legítimo à luz das orientações constitucionais do nosso modelo de processo penal, haver uma maior cedência no âmbito da força probatória da demonstração do seu crime precedente, por razões de proporcionalidade e adequação, mas tem de existir a convicção da sua existência pelo julgador, suportada por meios de prova seguros para o efeito. Conforme bem refere Santos Cabral, na sua análise sobre a prova indiciária nas novas formas de criminalidade: "Só este convencimento, alicerçado numa sólida estrutura de presunção indiciária quando é este tipo de prova que está em causa-, pode alicerçar a convicção do julgador. Num hipotético conflito entre a convicção em consciência do

julgador no sentido da culpabilidade do arguido e uma valoração da prova que não é capaz de fundamentar tal convicção será esta que terá de prevalecer. Para que seja possível a condenação é imprescindível que, por procedimentos legítimos, se alcance a certeza jurídica, que não é desde logo a certeza absoluta, mas que, sendo uma convicção com génese em material probatório, é suficiente para, numa perspetiva processual penal e constitucional, legitimar uma sentença condenatória. Significa o exposto que não basta a certeza moral, mas é necessária a certeza fundada numa sólida produção de prova." (Cabral, 2014, p.204). Neste estudo o referido autor realça que a prova indiciária ou indireta tem assento no processo penal mas, de forma a poder determinar a prova de certo facto carece de obedecer a um conjunto de regras. Este autor referencia, entre outros, um acórdão do Supremo Tribunal de Espanha (Tribunal *Supremo*), o acórdão n.º 392/2006, de 6 de Abril.[147]

No nosso entender, as disposições nele constante deveriam ser o pilar da admissibilidade da prova indiciária mas positivadas na lei, não obstante o nosso sistema ser de prova livre. Pois, estas regras de valoração da prova devem ser determinadas por quem tem essa legitimidade, o poder legislativo e não o poder judicial, porque assim impõe o princípio da separação de poderes e, principalmente, porque em causa está a admissibilidade de produção e valoração de prova com uma força probatória incomum no processo penal e associada a crimes graves, em que a paira a aura da privação efetiva da liberdade.

Segundo a referida decisão judicial espanhola a admissibilidade da prova indireta ou indiciária assenta em três grandes e fundamentais aspetos: um de natureza formal; outro

[147] Acórdão que é referido pela jurisprudência nacional sempre que determina a existência de prova indireta para demonstrar um determinado facto em processo penal, o que é demonstrador que este tem servido de guia para a admissibilidade deste tipo de prova. A titulo de exemplo, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 26/09/2012 e de 27/05/2015 disponíveis em:
http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c212c7ce3a50a99f80257ab8003dce2b?OpenDocument.
http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ba6688645752537b80257e5400503a2b?OpenDocument
Decisão espanhola disponível em:
http://www.poderjudicial.es.

de natureza material e, por fim, requisitos do juízo de inferência.[148] O critério formal corresponde à necessidade de na decisão judicial resultarem, de forma clara, os factos que se consideram demonstrados por prova indireta; o critério material obriga a que os indícios advenham de prova direta e segura, que têm de ser corroborados por outros indícios ou meios de prova, que se reforcem mutuamente e que sejam contemporâneos do facto a demonstrar; o critério do juízo de inferência determina que a conclusão judicial terá se resultar de raciocínios objetivos do Homem Médio, não pode ser arbitrário ou infundado mas, antes tem de resultar de acordo com as regras de experiência. A estas regras apenas acrescentamos que a sua admissibilidade deveria também ter em conta a proporcionalidade e a necessidade investigatória, ou seja, só se admitiria a prova indireta ou mediata na criminalidade violenta, especialmente violenta e criminalidade altamente organizada[149], uma vez que estes os critérios que legitimam o uso de meios de obtenção da prova mais invasivos e sem o crivo prévio da autoridade judicial, ponderadas a proporcionalidade, a necessidade e a adequação. Com a positivação destes requisitos, que comportam grandes

[148] Seguindo a tradução de Santos Cabral as naturezas das três regras segundo o acórdão do Supremo Tribunal Espanhol 392/2006, têm o seguinte conteúdo:
1-A prova indiciária, circunstancial ou indirecta é suficiente para determinar a participação no facto punível sempre que se reúnam os requisitos seguintes:
1.1- De carácter formal:
a) que na sentença se expressem os factos -base ou indícios que se considere plenamente comprovados, os quais vão servir de fundamento à dedução ou inferência;
b) que na sentença se explicite o raciocínio através do qual, partindo dos indícios, se chegou à convicção da verificação do facto punível e da participação do acusado no mesmo.
Essa explicitação, que pode ser sucinta ou enxuta, é imprescindível no caso de prova indiciária, precisamente para possibilitar o controlo, em sede de recurso, da racionalidade da inferência.
1.2- De carácter material:
a) os indícios devem estar plenamente comprovados, através de prova directa,
b) devem ser de natureza inequivocamente acusatória,
c) devem ser plurais ou, sendo único, deve possuir especial força probatória,
d) devem ser contemporâneos do facto que se pretenda provar,
e) sendo vários devem estar inter-relacionados, de modo a que se reforcem mutuamente.
2 - Requisitos do juízo de inferência:
a) que seja razoável, isto é, que não seja arbitrário, absurdo ou infundado e que responda às regras da lógica e da experiência;
b) que dos factos-base comprovados flua, como conclusão natural, o elemento que se pretende provar, existindo entre ambos um nexo preciso e directo, segundo as regras do critério humano.
Com o respeito por tais regras de valoração da prova indireta, para a demonstração do crime precedente do branqueamento de capitais, entendemos não haver qualquer violação das regras basilares de produção e valoração da prova do nosso modelo de processo penal.

[149] Conceitos determinados nas alíneas j), l) e m) do artigo 1º do CPP, respetivamente.

exigências ao julgador, não nos parece que seja inadmissível a valoração da prova indiciária, associada às regras de experiência para a demonstração do crime precedente ao branqueamento de capitais. A eficácia da punibilidade do branqueamento fica assim garantida bem como o respeito pelas regras de produção e valoração da prova, à luz da estrutura essencialmente acusatória do nosso modelo de processo penal. Em sentido um pouco diferente está Patrícia Silva Pereira, pois entende que os referidos critérios são suficientes para permitir a valoração da prova indiciária sem necessidade de positivação bastando um maior cuidado e profundidade na motivação da decisão. Conforme refere: " (…) a imposição de uma cuidadosa motivação na sentença, em observância de todos estes critérios em nada contende com a valoração, apenas com a necessidade de fundamentação da sentença sob pena desta ser nula; trata-se de uma questão de validade judicial. Um requisito comum a todos os meios de prova." (Pereira, 2016, p.167).

No nosso entender seria, reiteramos, mais legítimo e até democrático, se tais pressupostos tivessem acento legal. Reduzir a admissibilidade da prova indiciária em processo penal a uma maior necessidade de cuidado aquando da motivação da decisão acaba por determinar uma liberdade de apreciação judicial que em abstrato parece contender com os ditames constitucionais. Assim, a admissibilidade da prova indireta sem a existência de um critério legal permite a inversão da separação de poderes em que o nosso Estado e a estrutura do processo penal português alicerçam os seus pilares: a jurisprudência não é fonte imediata de direito, mas sim a lei.

É uma conceção a rejeitar que, no entanto, parece ressurgir com outros contornos. Sem deixar cair a conceção estética que a carateriza é suportada por outras visões ainda mais perigosas. A profissão, as dimensões da sua propriedade, a sua notoriedade pública e os seus sinais exteriores de riqueza já parecem ser um indício da prática de crimes de colarinho branco. Por isso admitir a prova indiciária neste tipo de criminalidade é perigoso e tem de ser feito com muita cautela, sob pena de podermos estar perante o direito penal do inimigo.

3.1.2 A especialização dos conteúdos multidisciplinares que o branqueamento de capitais comporta.

Uma outra solução para fazer face às suas dificuldades investigatórias nascidas da especificidade substantiva, em concreto o facto do branqueamento se relacionar e pressupor conhecimentos de outros ramos do direito e temáticas fora do domínio do direito, outorgando-lhe uma multidisciplinariedade, foi, e ainda é, a criação de núcleos de investigação das procuradorias e da polícia judiciária, direcionados à prevenção e combate do branqueamento de capitais.

A sua criação permite uma especialização por parte das autoridades judiciárias e órgãos de polícia criminal nas referidas áreas, promovendo uma maior eficácia na sua prevenção e combate, pois os operadores judiciários têm conhecimento cabal dos seus métodos e percursos. Basta atentarmos ao disposto no artigo 47º n.º 1 e) e n.º 4 a) da lei n.º 47/86, de 15 de Outubro, relativa ao Estatuto do MP, o qual determina a competência do Departamento Central de Investigação e Ação Penal (doravante DCIAP) na coordenação na direção das investigações e na realização de ações de prevenção relativas ao branqueamento de capitais. Importa realçar, neste conspecto, que se a competência na investigação criminal ou nas ações de prevenção couberem no âmbito do referido estatuto ao DCIAP, é o Tribunal Central de Instrução Criminal (doravante TCIC) a quem incumbe prática de atos processuais que, no respeito pelo princípio da jurisdição da instrução com assento na nossa lei Fundamental no artigo 32º n.º4., contendam com direitos fundamentais.[150] [151]

---

[150] A competência do TCIC em sede de instrução foi recentemente alvo de jurisprudência obrigatória na qual se determina que essa competência não se mantem para proceder a fase de instrução no caso de, na acusação deduzida ou no requerimento de abertura de instrução, não serem imputados ao arguido qualquer um daqueles crimes ou não se verificar qualquer dispersão territorial da atividade criminosa.
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16/03/2017, disponível em:
https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/106616124/details/maximized (consultado em 16/03/2017).

[151] Recentemente, em concreto, em novembro do ano transato entrou em vigor o Dec. Lei 81/2016, de 28 de novembro que criou a Unidade Nacional de Combate ao Cibercrime e à Criminalidade Tecnológica, a qual merecerá a nossa atenção no ponto 3.3.1, do presente capítulo.

No seguimento da implementação de medidas preventivas no combate ao branqueamento de capitais, a recentíssima lei de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, a Lei 83/2017, de 18 de agosto determina um alargamento dos poderes do DCIAP, mesmo em procedimentos de natureza preventiva. Determinando que as entidades sujeitas aos deveres estabelecidos na referida lei, são obrigadas a prestar colaboração com este departamento de investigação especializado no combate à criminalidade organizada. Passando a ter acesso direto às informações financeira, administrativa judicial e policial quando em causa esteja a suspeita da prática de condutas branqueadoras. Apesar de ser uma lei de cariz, essencialmente, preventiva, a outorga de novos meios, de novos instrumentos e novos colaboradores com o DCIAP, resultam também da própria especialidade típica do branqueamento de capitais, permitindo uma especialização por parte de quem investiga.

Neste exato sentido escrevem José Cruz, André Lamas Leite, Pedro Sousa e Daniela Wilks, aquando da análise das novas soluções para o combate ao *crime de colarinho branco* que, como vimos, o branqueamento de capitais pode nesse conceito ser inserido." (…) uma forte aposta na melhoria dos recursos humanos nas equipas de investigação criminal, com a constituição de equipas com valências multidisciplinares e com competências e conhecimentos capazes de lidar com o talento e aptidões dos agentes de CCBE. Por exemplo, o êxito conseguido no caso mencionado do " Imperio das Sucatas" só foi possível dada a existência de uma equipa de investigação com competências em diversas áreas de conhecimento. " (Cruz; Leite; Sousa; Wilks, 2015, pp. 572-573).[152] E ainda Mouraz Lopes referindo que, a investigação da criminalidade económica só é eficaz se realizada através de equipas, cabendo ao MP a sua coordenação, o que mais não é do que delinear estratégias e concretizar o seu planeamento: " O modelo eficaz de investigação criminal exige estratégia e planeamento. Coordenar é, essencialmente, planear." (Lopes, 2012, p. 409).

[152] CCBE significa, segundo os autores crime de colarinho branco empreendedor. Conceito a que fizemos uma mera referência no ponto 1.1, do capítulo I, do presente trabalho.

Diferente é o caso do Tribunal de julgamento que por força da nossa lei fundamental, em especial o n.º 4 do artigo 209º da CRP, não é possível existirem Tribunais Penais especiais para julgar certo tipo ou categorias de crime, conforme bem realça Germano Marques da Silva, quando diz: " (…) nossa constituição proíbe a existência de tribunais com competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes (…)." (Silva, 2005, p.81). Resta saber se não será esse o nosso futuro, não no sentido se criar tribunais para julgar certos tipos de crime, mas promovendo cada vez mais a especialização dos Tribunais. [153]

Outra solução a apontar é, ainda, a criação de comissões com o propósito de acompanhar as medidas de prevenção e combate ao branqueamento de capitais. Como é exemplo a Comissão de Coordenação das Políticas de Prevenção e Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo, resultante da resolução do conselho de ministros n.º 88/2015, de 06 de Outubro, em cumprimento da obrigação de cada Estado Membro designar à Comissão Europeia uma autoridade ou instituir um

[153] É incontestável que hoje em dia existem Tribunais de competência genérica e Tribunais de competência especializada. Referimo-nos em especial às instâncias locais e centrais criminais que são reveladoras de isso mesmo. Basta atentar à lei 62/2013, de 26 de agosto, recentemente alterada com a Lei n.º 40-A/2016, de 22/12, em especial o seu artigo 81º, que determina o desdobramento dos tribunais judiciais em função da competência e da gravidade do crime, com a seguinte redação:
1 - Os tribunais de comarca desdobram-se em juízos, a criar por decreto-lei, que podem ser de competência especializada, de competência genérica e de proximidade, nos termos do presente artigo e do artigo 130.º
2 - Os juízos designam-se pela competência e pelo nome do município em que estão instalados.
3 - Podem ser criados os seguintes juízos de competência especializada:
a) Central cível;
b) Local cível;
c) Central criminal;
d) Local criminal;
e) Local de pequena criminalidade;
f) Instrução criminal;
g) Família e menores;
h) Trabalho;
i) Comércio;
j) Execução.
4 - Sempre que o volume processual o justifique podem ser criados, por decreto-lei, juízos de competência especializada mista.
5 - Podem ser alteradas, por decreto-lei, a estrutura e a organização dos tribunais de comarca definidos na presente lei e que importem a criação ou a extinção de juízos.
6 - Pode proceder-se à agregação de juízos por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça, ouvidos o Conselho Superior da Magistratura, o Conselho Superior do Ministério Público e a Ordem dos Advogados.

mecanismo para coordenar a resposta nacional relativa aos riscos de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo.[154] Conforme dispõe a referida resolução compete à comissão: "acompanhar e coordenar a identificação, avaliação e resposta aos riscos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo a que Portugal está ou venha a estar exposto, contribuindo para a melhoria contínua da conformidade técnica e da eficácia do sistema nacional de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo."[155] Esta comissão passa também a ter novos poderes e competências ao abrigo da recente lei 83/2017, de 18 de agosto que revogou a lei 25/2008, de 05 de junho, em especial criando medidas de intercâmbio de informações e a realização de consultas recíprocas entre as diferentes entidades sujeitas aos deveres que a lei de prevenção e combate a branqueamento de capitais estabelece.[156]

Realça-se que, tal como temos vindo a referir no presente trabalho, muitas das *novas* soluções na sua prevenção e combate resultam da união de esforços entre estados, sendo esta comissão também um exemplo dessa mesma união e resposta, assentando igualmente, na vertente da especialização.

Apresentadas as *soluções* criadas para permitir a punibilidade do branqueamento de capitais, atendendo à sua "tipicidade", em vários níveis, passamos de seguida a analisar as suas soluções ao nível da prevenção.

---

[154] Nos termos da Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20.05.2015. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015L0849 (consultada a 20/01/2017).
[155] Disponível em: https://dre.pt/home/-/dre/70462183/details/maximized?p_auth=f6zn3ZpQ (consultada a 20/01/2017).
[156] Sobre as referidas leis ver, em especial, o ponto 3.2.1, do presente capítulo deste trabalho.

3.2 As novas soluções no que concerne à sua prevenção.

O facto do branqueamento de capitais andar associado ao financiamento do terrorismo determina que as medidas de prevenção e repressão deste também se apliquem àquele. Na prevenção e na investigação, as medidas adotadas caracterizam-se, conforme já referimos antes, numa prevalência do interesse investigatório em detrimento dos direitos fundamentais dos investigados, permitindo a aplicação de medidas adjetivas mais invasivas mesmo quando nem existe ainda inquérito, meios de investigação ocultos ou dissimulados, e ainda uma união de forças e medidas entre os Estados na sua investigação. Tais medidas são legítimas desde que bem ponderados os interesses conflituantes. Quando se fala em investigar o terrorismo, e consequentemente o branqueamento de capitais, essa ponderação torna-se menos exigente aos olhos dos Estados, pois o interesse comunitário ou coletivo prepondera quase de forma automática. Contudo, a generalização de tal prevalência sem uma análise cuidada dos seus efeitos, poderá determinar a aplicação de medidas de investigação de direito processual penal do inimigo. Resta aferir qual a ponderação resultante do texto legal. É uma das tarefas que nos propomos realizar de seguida.

3.2.1 A lei de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo.

Cumpre assim analisar a lei de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo: a Lei 25/2008, de 05 de junho. Esta lei surgiu por imposição da União Europeia. Estabelece medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo. Transpondo para a ordem jurídica interna as diretivas 2005/60/CE, do

Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro, 2006/70/CE, da Comissão, de 1 de Agosto[157], e a diretiva 2015/849 do Parlamento Europeu, de 20 de maio de 2015[158], todas relativas à prevenção da utilização do sistema financeiro e das atividades e profissões especialmente designadas para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo.[159] [160] Recentemente alterada pela lei 83/2017, de 18 de agosto, por imposição da referida diretiva de 2015 e da diretiva 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016, acabando por a revogar.

As novidades da lei de 2017 assentam, essencialmente, nos seguintes aspetos: introduz mais entidades sujeitas aos deveres constantes da referida lei; alarga o catálogo das pessoas politicamente expostas, especificando exatamente quem são essas pessoas e exigindo às entidades obrigadas a adoção de medidas de diligência reforçada quanto à clientela nas operações ou relações de negócio em que aquelas intervenham - de entre as pessoas que são indicadas como PPE, para além de constarem aquelas que já se encontravam previstas na definição da Lei 25/2008, introduzem-se, por exemplo, os membros dos órgãos de direção dos partidos políticos -; pretende, ainda, clarificar que no

[157] Disponíveis em:
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32006L0070

[158]
Também disponível em:
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015L0849
Que foi transposta pelos Estados membros no dia 27/06/2017.

[159] De referir que a primeira diretiva comunitária com vista a controlar de forma preventiva o branqueamento de capitais foi a diretiva 91/308/CE, de 10 de Junho de 1991 posteriormente alterada pela diretiva 2001/97/CE, de 4 de dezembro de 2001. As referidas diretivas surgiram essencialmente com base nas recomendações do GAFI, determinando-se assim a necessidade de positivar nos sistemas jurídicos dos países da união europeia, legislação interna que regulamentasse medidas de prevenção de condutas branqueadores, principalmente direcionadas às entidades financeiras.

[160] Importa referir e salientar que esta atitude de prevenção de colaboração com a investigação está cada vez mais a alcançar outras entidades e outros crimes com os quais o branqueamento de capitais tem uma ligação umbilical. Referimo-nos à recente lei 14/2007, de 3 de maio, que alterando o artigo 64º da Lei Geral Tributária, obriga a que as finanças sejam obrigadas a publicar o valor das transferências para as *off shores. Obrigando à publicação dos dados referentes às transferências e envio de fundos para países, territórios e regiões com regime de tributação privilegiada mais favorável e aumentando as obrigações de reporte de informação sobre esta matéria no relatório sobre a evolução do combate à fraude e à evasão fiscais, apresentado anualmente pelo Governo à Assembleia da República.* Trata-se de mais uma mecanismo legal que surge de forma a evitar a prática de condutas branqueadoras, pois a obrigação da publicitação das transferências poderá esmorecer o *animus* da sua prática.
Disponível em:
https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/106960755/details/maximized?serie=I
(consultado em 06/05/2017).

âmbito da atividade criminosa grave relacionada com o branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, se incluem os "crimes fiscais relacionados com impostos diretos e indiretos"; vem também alargar o seu âmbito de aplicação subjetivo, passando a estar sujeitas às obrigações nelas constantes, por exemplo " agentes imobiliários", "prestadores de serviço de jogo" ou ainda pessoas singulares ou coletivas – prestadoras de serviços- que comercializem bens e recebam montante igual ou superior a €15.000, 00.[161]; para além de dotar o DCIAP de novos poderes e instrumentos conforme já referimos antes. [162].

A lei 83/2017, de 18 de agosto prevê, assim, uma abordagem holística, assente em bases sólidas, para que os Estados-Membros e a União possam identificar, compreender e reduzir esse risco atempadamente e, consequentemente, prevê que as entidades societárias e outras pessoas coletivas constituídas no seu território são obrigadas a obter e conservar informações suficientes, exatas e atuais sobre os seus beneficiários efetivos, incluindo dados detalhados sobre os interesses económicos detidos, podendo ser consultadas por várias entidades internas e europeias.

A referida lei cria, conforme referimos antes, um conjunto de deveres e consequências pelo seu incumprimento a certas atividades e profissionais nas quais, a possibilidade de deteção de condutas branqueadoras será mais fácil de acontecer. Assim, no espirito da lei, encontra-se a necessidade de impor a certo tipo de instituições ou particulares a obrigação de cumprimento de certos deveres na prevenção do branqueamento, sob pena da prática de contraordenações com montantes de coimas muito elevadas ou, em certas circunstâncias, a própria expulsão da ordem profissional onde está inserido, ficando assim inibido do exercício da sua atividade profissional. Ou até, como vimos antes, consistir tal incumprimento, na prática do crime de branqueamento de capitais[163]. Deveres que vão desde a identificação, a diligência, comunicação, recusa,

[161]De salientar, contudo, que tal montante poderá ser reduzido a superior a 1.000,00€ no caso de se tratar de transferência de fundos em conexão com as referidas transações. Será o montante superior a 2.000,00€ a ter e, conta para os prestadores de serviço de jogo. Conforme estabelece o artigo 23º da lei 83/2017.
[162] Em especial no ponto 3.1.2, do presente capítulo, do presente trabalho.
[163] Em especial no capítulo I no ponto 1.3 do presente trabalho.

conservação, colaboração, exame, entre outros, de suspeitos ou atividades consideradas suspeitas de se poderem considerar condutas branqueadoras.[164]

Em termos pragmáticos, esta lei mais não é do que uma medida cautelar e de policia apenas vocacionada para a prevenção e combate do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo. E como tal como todas as medidas cautelares ou de polícia acontecem sem existir uma investigação criminal e com o escopo de evitar a prática de crimes ou acautelar meios de prova com vista a inquérito a instaurar. No fundo, o Estado, na sua função de salvaguarda da paz e tranquilidade públicas, delega essas tarefas a entidades privadas, determinando consequências pelo seu incumprimento. Há uma delegação de competências de cariz puramente estadual a entidades privadas atendendo, mais uma vez, à gravidade dos crimes e às exigências comunitárias em causa.

Estes deveres, num primeiro momento, impunham-se apenas às entidades relacionadas com o sistema financeiro, ou seja, entidades que envolviam o uso ou transações em capital onde a deteção de condutas branqueadoras seria mais fácil de acontecer contudo, seguindo as orientações do GAFI,[165] esses deveres passam a impor-se a outras entidades não relacionadas com o sistema financeiro mas, mais próximas da possibilidade de deteção de condutas branqueadoras. E assim, logo seu artigo 4º[166], sob a

---

[164] Não nos vamos dedicar à análise profunda de cada um desses deveres atendendo ao objeto do presente trabalho. Apenas iremos referir alguns em consonância com os aspetos críticos que estes possam trazer. Sobre o seu conteúdo, fim e função vide por todo Vitalino Canas na obra por nós citada de 2010.

[165] Sobre este Grupo de Acão Financeira Internacional vide o escrevemos no ponto 1 do capítulo I do presente trabalho.

[166] Do seu catálogo resultam as seguintes entidades:

1 - Estão sujeitas às disposições da presente lei, nos termos constantes do presente artigo, com exceção do disposto no capítulo XI, as seguintes entidades que exerçam atividade em território nacional:

a) Concessionários de exploração de jogo em casinos e concessionários de exploração de salas de jogo do bingo;

b) Entidades pagadoras de prémios de apostas e lotarias;

c) Entidades abrangidas pelo Regime Jurídico dos Jogos e Apostas Online (RJO), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/2015, de 29 de abril;

d) Entidades não previstas no artigo anterior que exerçam qualquer atividade imobiliária;

e) Auditores, contabilistas certificados e consultores fiscais, constituídos em sociedade ou em prática individual;

f) Advogados, solicitadores, notários e outros profissionais independentes da área jurídica, constituídos em sociedade ou em prática individual;

g) Prestadores de serviços a sociedades, a outras pessoas coletivas ou a centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica;

h) Outros profissionais que intervenham em operações de alienação e aquisição de direitos sobre praticantes de atividades desportivas profissionais;
i) Operadores económicos que exerçam a atividade leiloeira, incluindo os prestamistas;
j) Operadores económicos que exerçam as atividades de importação e exportação de diamantes em bruto;
k) Entidades autorizadas a exercer a atividade de transporte, guarda, tratamento e distribuição de fundos e valores, prevista na alínea d) do n.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 34/2013, de 16 de maio;
l) Comerciantes que transacionem bens ou prestem serviços cujo pagamento seja feito em numerário.
2 - Os profissionais abrangidos pela alínea f) do número anterior estão sujeitos às disposições da presente lei, quando intervenham ou assistam, por conta de um cliente ou noutras circunstâncias, em:
a) Operações de compra e venda de bens imóveis, estabelecimentos comerciais ou participações sociais;
b) Operações de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos pertencentes a clientes;
c) Operações de abertura e gestão de contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários;
d) Operações de criação, constituição, exploração ou gestão de empresas, sociedades, outras pessoas coletivas ou centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica, que envolvam:
i) A realização das contribuições e entradas de qualquer tipo para o efeito necessárias;
ii) Qualquer dos serviços referidos nas alíneas a) a f) do número seguinte;
e) Operações de alienação e aquisição de direitos sobre praticantes de atividades desportivas profissionais;
f) Outras operações financeiras ou imobiliárias, em representação ou em assistência do cliente.
3 - Os profissionais a que se refere a alínea g) do n.º 1 estão sujeitos às disposições da presente lei quando não se enquadrem nas categorias profissionais previstas nas alíneas e) e f) do mesmo número e prestem a terceiros os seguintes serviços, no exercício da sua atividade profissional:
a) Constituição de sociedades, de outras pessoas coletivas ou de centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica;
b) Fornecimento de sedes sociais, endereços comerciais, administrativos ou postais ou de outros serviços relacionados a sociedades, a outras pessoas coletivas ou a centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica;
c) Desempenho de funções de administrador, secretário, sócio ou associado de uma sociedade ou de outra pessoa coletiva, bem como execução das diligências necessárias para que outra pessoa atue das referidas formas;
d) Desempenho de funções de administrador fiduciário (trustee) de um fundo fiduciário explícito (express trust) ou de função similar num centro de interesses coletivos sem personalidade jurídica de natureza análoga, bem como execução das diligências necessárias para que outra pessoa atue das referidas formas;
e) Intervenção como acionista fiduciário por conta de outra pessoa (nominee shareholder) que não seja uma sociedade cotada num mercado regulamentado sujeita a requisitos de divulgação de informações em conformidade com o direito da União Europeia ou sujeita a normas internacionais equivalentes, bem como execução das diligências necessárias para que outra pessoa atue dessa forma;
f) Prestação de outros serviços conexos de representação, gestão e administração a sociedades, outras pessoas coletivas ou centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica.
4 - Excetuando os concessionários de exploração de jogo em casinos, o Governo, através de portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e dos jogos, pode isentar, total ou parcialmente, da aplicação da presente lei, os serviços de jogo previstos na parte final da alínea a) e nas alíneas b) e c) do n.º 1, com base numa avaliação demonstrativa da existência de um risco de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo comprovadamente baixo e que assente, pelo menos, na ponderação dos seguintes aspetos específicos:
a) Natureza e, se aplicável, escala de operações dos serviços em causa;
b) Grau de vulnerabilidade das transações associadas aos serviços em causa, inclusivamente no que diz respeito aos métodos de pagamento utilizados;
c) Conclusões emergentes dos relatórios e respetivas atualizações a que se refere o n.º 4 do artigo 8.º, na parte aplicável, devendo a concessão de qualquer isenção ser precedida da indicação do modo como tais conclusões foram consideradas.
5 - As isenções concedidas ao abrigo do número anterior:

epígrafe entidades não financeiras, se descrevem quais as entidades que estão adstritas aos diferentes deveres. Este regime, em termo pragmáticos, vai determinar que certas entidades públicas ou mesmo privados passem a ser verdadeiros colaboradores judiciários, com funções muito semelhantes aos órgãos de polícia criminal na deteção e combate da criminalidade. Conforme refere Vitalino Canas: " (…) este regime leva mais longe do que qualquer outra área da prevenção criminal a exigência de que os cidadãos ajam como agentes dessa mesma actividade pública". (Canas, 2010, p.487).

De todas as entidades que constam da referida lei, as vozes doutrinais levantavam-se, principalmente, no que concerne ao advogado/solicitador e quando intervêm em representação do seu cliente.

Numa interpretação meramente literal da norma da lei 25/2008, hoje revogada, poderíamos concluir que a lei sujeita o advogado a estes deveres quando intervenha ou assista *por conta de um cliente* ou *noutras circunstâncias*, em certas operações descritas nos pontos i) a vi) da alínea g) do artigo 4º. O que se mantém com a nova lei no artigo 4º n.º 2, pontos a) a f). Sendo um conceito muito lato e até indeterminado, torna-se difícil aferir, efetivamente, em que circunstâncias se impõem os referidos deveres. Apesar de a lei concretizar quais são as operações, a expressão *noutras circunstâncias* é demasiada polissémica e portanto aglutinadora de um ilimitado número de realidades. Contudo, concordamos com Vitalino Canas quando refere que a expressão *noutras circunstâncias* não se coloca ao advogado, quando não atue por conta ou em representação do cliente, o que significa que os deveres só se impõem ao advogado quando esteja a exercer o mandato. " Note-se que a possibilidade de intervenção ou assistência na operação noutras

---

a) São notificadas pelo Governo à Comissão Europeia, conjuntamente com a avaliação de risco específica que as fundamenta;
b) São objeto de um acompanhamento regular e baseado no risco, através da adoção de medidas, a especificar na portaria referida no número anterior, que se mostrem adequadas a assegurar que tais isenções não são utilizadas abusivamente para fins de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo;
c) São objeto de imediata revogação, sempre que se verifique um agravamento do risco de branqueamento de capitais e de financiamento de terrorismo que esteve na base da concessão da isenção.
Entendemos ser pertinente a apresentação completa do seu, extenso, catálogo de modo a que se compreenda o nível tão alargado de entidades que, hoje em dia, estão sujeitas a múltiplo deveres com vista a auxiliar a função do Estada na prevenção e repressão de condutas branqueadoras. Realçando-se que, falta neste catálogo, os serviços de notariado e as conservatórias, pois quanto a estas entidades, a sua referência é realizada em normativo autónomo, em concreto, no artigo 7º da referida lei.

circunstâncias que não por conta de um cliente, em rigor não será aplicável aos advogados mas apenas a outras pessoas singulares e coletivas referidos no proémio da alínea f)" (Canas, 2010, p.546). O que se verifica é que nesta lei, por força da directiva que a originou, importa distinguir a atuação do advogado quando em representação do seu cliente ou quando apenas lhe presta assistência, entendendo-se que naquela primeira situação, os deveres se impõem com mais assertividade porque "age pela sua própria cabeça". (Branco, 2015, p.14). Assim, a questão surge com acuidade quando atua em representação do seu cliente, pois os seus deveres deontológicos podem conflituar com a obrigação de cumprimento dos deveres decorrentes da referida lei. No artigo 35º n.º 2 da referida lei *exonera-se* o causídico do dever de comunicação num determinado conjunto de formas de exercício da sua atividade profissional: a análise da avaliação da situação jurídica do cliente; a consulta jurídica; representação de cliente num processo judicial; ou a respeito de um processo judicial, aconselhando-o quanto à forma da sua propositura ou de o evitar; bem como as informações que sejam obtidas antes, durante ou depois do processo. Fora destas situações o advogado tem o dever de comunicar à Ordem dos Advogados, quando interpelado pela autoridade judiciária competente. Ao dever de comunicação acresce ainda o dever de colaboração e de abstenção. Assim, os deveres do advogado, na lei de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, impõem-se com maior rigor quando este atua em representação do seu cliente e consistem no dever de comunicar e colaborar com a autoridade judiciária sempre que solicitado para o esse efeito. Contudo, de forma a harmonizar tais deveres com as suas obrigações deontológicas na sua relação com o cliente, esses deveres não lhe são exigíveis mesmo que atue em representação do cliente nas situações descritas no n.º 2 do artigo 35º, ficando apenas por saber exatamente o que significa a *análise da situação jurídica do cliente.*

Isabel Branco, opondo-se, veementemente, ao dever de comunicação do advogado, em qualquer circunstância, escreve o seguinte: "É inconcebível, que o advogado tenha que comunicar qualquer informação prestada pelo cliente, como lhe é imposto pela Lei 25/2008, substituindo-se aos órgãos próprios da investigação criminal." (Branco, 2015, p.18). Para esta autora impor ao advogado a obrigação de comunicar à sua ordem profissional que depois comunicará às autoridades de investigação criminal, informações recebidas pelo seu cliente, no exercício da sua profissão, é uma violação do princípio da lealdade e confiança que norteia esta atividade profissional liberal. Estes princípios

impõem ao advogado a obrigação de guardar segredo profissional sobre tudo aquilo que o seu cliente lhe comunicar ou conhecer através dele. Refere, inclusivamente, que o legislador em processo penal, tem em conta estes dois princípios fazendo-os prevalecer em detrimento da descoberta da verdade material, em especial o dever de escusa[167] e a impossibilidade do advogado poder ser escutado nas conversas que tem com o suspeito ou arguido[168], a não ser que também seja suspeito da prática do crime. Acrescenta ainda que: "É às autoridades policiais e judiciais que compete proceder à investigação criminal, os advogados não podem, em hipótese alguma, transformar-se em colaboradores da polícia ou do Ministério Publico contra os seus clientes." (Branco, 2015, p.13). Neste sentido também escrevem João de Castro Batista e José Pedro Aguiar-Branco quando referem: " Puna-se, devidamente, o Advogado que seja cúmplice de um qualquer acto ilícito, que pratique um qualquer crime, nomeadamente no âmbito do branqueamento de capitais. Tal como aliás, hoje já acontece**. Não honra a classe não ser os cidadãos, não é um colaborador da justiça. Mas não se exija ao Advogado que seja delator**. Nunca o será. Era despir-lhe a toga e, com isso afastá-lo da função a que um sistema de justiça de um Estado de Direito obriga." (Aguiar-Branco & Batista, 2010, p.393). Também assim o defende Gonçalo Bandeira quando escreve " (…) não podemos impedir de modo constitucional que o Advogado contribua, porque incontestavelmente contribui e/ou pode contribuir, para o aprofundamento do Estado de Direito Social, democrático, livre, e verdadeiro; e, por outro lado, não pode o próprio advogado, constituir, ele mesmo, um instrumento de colocação em perigo e/ou destruição de esse mesmo Estado de Direito Social, democrático, livre e verdadeiro. Defendemos a tutela jurídico-pública dos bens jurídicos colectivos a par da tutela dos bens jurídicos colectivos, como é evidente." (Bandeira, 2010, p.648). Já numa perspetiva diferente Vitalino Canas admite que esta lei comporta contrições ao segredo profissional do advogado, mas que o exercício da advocacia se encontra salvaguardado, conforme refere: " (…) pode dizer-se que a lei interna não foi além do mínimo exigido pela

[167] Conforme dispõe o artigo 135º do CPP. Podendo o segredo profissional do advogado ser levantado com base da prevalência do interesse preponderante. Tudo dependendo de uma criteriosa analise casuística.
[168] Conforme resulta do disposto no n.º 5 do artigo 187º do CPP. Sobre quem pode ser escutado vide o nosso anterior trabalho (Conceição, 2009).

Directiva no que toca à quebra do segredo profissional dos advogados. O núcleo essencial do exercício profissional da advocacia ficou salvaguardado (…).” (Canas, 2010, p.547).

Resta aferir se se justifica o levantamento do segredo do advogado, desde que não afete as atividades essenciais e respeitando o princípio da proporcionalidade, ou seja, só se pode levantar total ou parcialmente o segredo do advogado, quando seja estritamente necessário. Como refere Daiane Chaves: “…por mais que seja levantado por muitos o risco ao qual pode ser exposta a salvaguarda da relação de confiança e de lealdade entre advogado e cliente, condição do exercício da profissão de advogado e, ainda, que essas garantias podem ser consideradas garantias adequadas e efectivas com vista a proteger a integridade dessa relação, salientamos de forma incisiva que o segredo deve ser considerado no âmbito jurídico que envolva as referidas partes, ou seja pré-processual ou processo jurídico em andamento, e não no caso de ser um advogado utilizado para que a consumação de um crime seja facilitada! Se algum diploma legal não intervém de maneira até a interferir nesse equívoco consciente por parte de muitos advogados, o segredo peculiar a essa profissão poderá, certamente, ser usado com intenção que consistirá no oposto ao objectivo que a justifica.” (Chaves, 2010, pp.52-53). Explica a autora, que muitas das vezes as consultas realizadas pelo advogado, têm como intuito a obtenção de êxito nas transações financeiras. Assim sendo, não se deverá isentar tais profissionais do dever de comunicação. E, assim, em sua perspetiva e atendendo às exclusões desse dever constante da lei não existirá violação do direito a um processo equitativo porquanto se o advogado nele participar, esses deveres não se encontram em presença. E quando assim não for, quando o advogado não representa ou não está na iminência da o representar em processo judicial, nada obsta a que colabore no combate ao branqueamento de capitais.

Numa perspetiva um pouco diferente, escreve Nuno Brandão que, como a diferença entre as diferentes modalidades de dolo é muitas das vezes difícil de traçar, consistindo em elementos imprescindíveis para a demonstração da prática do crime de branqueamento de capitais, o advogado não pode ser obrigado a colaborar com base na proibição da autoincriminação. “ Dada a ténue fronteira que, na realidade (…) pode separar uma actuação com dolo directo ou necessário ou com dolo eventual e, consequentemente, o cometimento ou não de um crime de branqueamento de capitais, a não colaboração com as autoridades poderá justificar-se quinda com base no princípio *nemo tenetur ipsue accusare,* pelo qual ninguém tem o dever de contribuir para a sua própria acusação” (Brandão, 2002, p.97). Mas, mesmo que o advogado não passe pela potencial responsabilidade criminal, o

referido autor repudia também as obrigações a que os advogados estão sujeitos, ainda que com a previsão da sua exoneração, aquando da prática de atos próprios de advogado, por força das relações entre advogado e cliente. " A relação de confiança entre advogados e cliente é essencial para a administração da justiça e deve, como tal, ser preservada acima da tudo. (…) aos olhos do cidadão comum, o advogado passará a ser visto como um sujeito que em determinadas circunstâncias, que ele não saberá muito bem quais, poderá assumir as vestes de delator." (Brandão, 2002, p.110). [169]

No nosso entender, consideramos que, não obstante a gravidade dos crimes que esta lei tem por função combater, a imposição de tais deveres ao advogado, principalmente o de comunicação, é uma violação da natureza da própria profissão. Concordamos portanto, com Faria Costa, Isabel Branco, João de Castro Batista, José Pedro Aguiar-Branco, Gonçalo Bandeira e Nuno Brandão, pois esse dever de comunicação mesmo com as exceções do artigo 79º - que o exonera de alguns deveres, tendo como pressuposto comum a e existência de um mandato com atuação em juízo - da lei em análise, põe em causa o artigo 20º da CRP. [170]

Nunca a tutela jurisdicional será efetiva se o advogado, no exercício das suas funções, deixa de poder sê-lo, mesmo que essas funções não consintam numa intervenção judicial ou pré-judicial. Uma das garantias de quem procura um profissional do direito é ter a segurança que tudo o que lhe contar ou por ele souber está coberto por segredo profissional. Da mesma forma que se exige que o cliente conte tudo ao seu advogado de forma a este poder informá-lo ou patrociná-lo em conformidade. Caso essa garantia falhe, o advogado, em bom rigor, deixa de o ser. Já basta a incriminação típica do branqueamento de capitais legitimar que o advogado possa passar a ser um autor, se auxiliar dolosamente a prática de condutas branqueadoras para o inibir desse comportamento. Assim, se o

[169] Salienta-se que o estudo que se cita de Nuno Brandão foi antes da entrada em vigor da lei 25/2008 estando a analisar a diretiva comunitária que está na sua origem já manifestando a sua preocupação com a sujeição do advogado aos deveres que resultam do seu regime.

[170] Cumpre-se referir que, com a lei 83/2017, de 18 de agosto, os advogados, em especial, e entidades não financeiras, em geral, têm que cumprir o dever de não divulgação das informações que estão obrigados a prestar, bem como que se encontra ou que possa vir a ser instaurado uma investigação ou inquérito criminal, pelas autoridades judiciárias aos seus clientes. Conforme dispõe a alínea c) n.º1 do artigo 54º da lei de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo.

advogado no exercício da sua profissão reconhece que está a ajudar a " (…) cometer o crime de forma meticulosa " (Chaves, 2010, p.56), já será o autor do crime de branqueamento de capitais não podendo, por razões óbvias, ser colaborador no seu combate. Exigir que seja delator do próprio cliente é destruir por completo a função do advogado, pois, não obstante representar agentes do crime, estes continuam a merecer e a poder-lhe exigir a sua confiança e lealdade. O dever de abstenção é algo que resulta da própria deontologia profissional e portanto não carece de estar regulada na lei de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. Contudo, realçamos que, atendendo às exceções previstas na referida lei, as situações de obrigação de cumprimento desses deveres serão de facto escassas, mas existem. E não se diga que a função de advogado na qualidade de agente de justiça- em especial o seu segredo profissional- só existirá quando serve apenas o interesse da justiça pois a função do advogado é acima de tudo defender o seu cliente para o dissuadir de certas condutas e alertá-lo das suas consequências, prosseguindo desta forma, também, a concretização da justiça.

Ainda no âmbito da anterior Lei 25/2008, de 05 de junho, que se mantém com a Lei 83/2017, de 18 de agosto, pretendemos realçar um aspeto que nos parece curioso e revelador da axiologia atual no que concerne aos agentes do crime. Na referida lei, resultam como *suspeitos*, não no sentido técnico do termo, a referência a certas entidades, sobres as quais, recai um dever de diligência reforçado. Referimo-nos às *pessoas politicamente expostas*, que, conforme resultava do n.º 6, do artigo 2º, são *pessoas singulares que desempenham, ou desempenharam até há um ano, altos cargos de natureza política ou pública, bem como os membros próximos da sua família e pessoas que reconhecidamente tenham com elas estreitas relações de natureza societária e comercial*. (PPE), conceito concretizado nas alíneas subsequentes.[171] Hoje o artigo 1º alínea cc)

[171] Faziam parte do seu elenco as seguintes entidades:
a) «Altos cargos de natureza política ou pública»:
i) Chefes de Estado, chefes de Governo e membros do Governo, designadamente ministros, secretários e subsecretários de Estado;
ii) Deputados ou membros de câmaras parlamentares;
iii) Membros de supremos tribunais, de tribunais constitucionais, de tribunais de contas e de outros órgãos judiciais de alto nível, cujas decisões não possam ser objecto de recurso, salvo em circunstâncias excepcionais;

descreve como sendo: *as pessoas singulares que desempenham, ou desempenharam nos últimos 12 meses, em qualquer país ou jurisdição, as seguintes funções públicas proeminentes de nível superior*. Conceito que também é concretizado nas alíneas subsequentes e com conteúdo muito similar.

Para estas pessoas, o anterior diploma, a Lei 25/2008, no seu artigo 12º determinava que se aplicassem medidas acrescidas de diligência desde que residam fora do território nacional. Conforme refere Vitalino Canas a lei distingue dois tipos de pessoas politicamente expostas: as que residem em território nacional e as que residem fora do território português. " As primeiras não são objeto de nenhum dever de diligência reforçado. As segundas são." (Canas, 2010, p.514). Este autor denota as pessoas politicamente expostas fora do território nacional, demonstrando que, quanto a estas existe o já referido dever de diligência acrescido, mas, apesar deste dever se impor a todas as entidades, só algumas, as portadoras de meios mais sofisticados em princípio as entidades financeiras, o poderão efetivamente cumprir. Curioso é a diferença de tratamento consoante a sua residência seja dentro ou fora de Portugal. É certo que também depende do tipo de operações que realizem, contudo não nos parece que a residência dentro ou fora de Portugal possa ter qualquer implicação, atendendo à elevada sofisticação informacional

---

iv) Membros de órgãos de administração e fiscalização de bancos centrais;
v) Chefes de missões diplomáticas e de postos consulares;
vi) Oficiais de alta patente das Forças Armadas;
vii) Membros de órgãos de administração e de fiscalização de empresas públicas e de sociedades anónimas de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos, institutos públicos, fundações públicas, estabelecimentos públicos, qualquer que seja o modo da sua designação, incluindo os órgãos de gestão das empresas integrantes dos sectores empresariais regionais e locais;
viii) Membros dos órgãos executivos das Comunidades Europeias e do Banco Central Europeu;
ix) Membros de órgãos executivos de organizações de direito internacional;
b) «Membros próximos da família»:
i) O cônjuge ou unido de facto;
ii) Os pais, os filhos e os respectivos cônjuges ou unidos de facto;
c) «Pessoas com reconhecidas e estreitas relações de natureza societária ou comercial»:
i) Qualquer pessoa singular, que seja notoriamente conhecida como proprietária conjunta com o titular do alto cargo de natureza política ou pública de uma pessoa colectiva, de um centro de interesses colectivos sem personalidade jurídica ou que com ele tenha relações comerciais próximas;
ii) Qualquer pessoa singular que seja proprietária do capital social ou dos direitos de voto de uma pessoa colectiva ou do património de um centro de interesses colectivos sem personalidade jurídica, que seja notoriamente conhecido como tendo como único beneficiário efectivo o titular do alto cargo de natureza política ou pública;

que hoje temos. Contudo, atendendo à descrição do n.º 2 do artigo 12º da Lei 25/2008, de 05 de junho, dali resultavam três previsões que determinam sempre a existência de um dever de diligência reforçado[172], em nossa perspetiva com uma *ratio* comum: são situações ou circunstâncias em que a dissimulação é mais fácil de acontecer. O facto de as PPE terem residência fora do território nacional é um indício de que existe uma maior risco, em abstrato, de se conseguir dissimular as transações que possam realizar. Pelo menos é essa a interpretação que podemos configurar, sem descurar o facto de que as que têm residência em território nacional já se encontram mais *vigiadas* apenas e tão só pela sua conotação ou notoriedade[173]. Hoje, com a Lei 83/2017, de 18 de agosto, tal diferença deixa de existir. Passam a existir medidas de diligência reforçado, nos termos do artigo 39º da referida lei, às pessoas politicamente expostas e titulares de cargos públicos ou políticos, bem como os seus membros próximos da família e pessoas reconhecidas como estreitamente associadas.[174] A recente lei alargou o conceito das entidades ligadas às PPE, deixando de ser importante ao sua residência, passando a ser premente sim, avaliar a sua função e as suas ligações pessoais e profissionais. No nosso entender, a preocupação legislativa vai no sentido de se encontrar, como associados às PPE, os comumente apelidados " testas-de-ferro", passando a aplicar-se também a estes, o regime jurídico da lei de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, com todos os seus efeitos e repercussões. Criando inclusive, um registo central do beneficiário[175], destinado a reunir informações sobres as pessoas singulares que controlam as pessoas coletivas e ainda outras pessoas que atuem em determinados negócios apenas como proprietários formais.

---

[172] Cuja descrição é a seguinte: *São sempre aplicáveis medidas acrescidas de diligência às operações realizadas à distância e especialmente às que possam favorecer o anonimato, às operações efectuadas com pessoas politicamente expostas que residam fora do território nacional, às operações de correspondência bancária com instituições de crédito estabelecidas em países terceiros e a quaisquer outras designadas pelas autoridades de supervisão ou de fiscalização do respectivo sector, desde que legalmente habilitadas para o efeito.*

[173] Basta atendarmos às diferentes leis do orçamento de estado onde são catalogadas certas entidades profissionais como merecedoras de uma maior fiscalização vigilância atendendo à sua atividade profissional.

[174] Que podem ser os comproprietários de ambos os conceitos, os sócios ou colegas de trabalho.

[175] Gerido e organizado pelo Instituto dos Registos e Notariado (doravante IRN).

O que pretendemos realçar é o quadro do espírito do legislador nacional e comunitário que entende que estas pessoas merecem uma especial atenção de vigilância em comparação com o comum cidadão. São os chamados novos grupos de risco numa nova visão da criminalidade à luz da globalização na expressão de Anabela Miranda Rodrigues: " A organização social vai fazer-se, por isso, através da criação de redes (ou comunidades) de indivíduos que se identificam entre si, não importando qualquer distinção entre rede (ou comunidade) legal e criminosa. (…) Uma multiplicidade de grupos sociais constitui-se e reconstitui-se, criminosos ou não, todos funcionando da mesma maneira." (Rodrigues, 2008, p.365). Não que não concordemos com tal seleção e até nem é uma realidade nova no nosso país. Repare-se que a Lei 4/83, de 02 de abril[176], relativa ao controle público da riqueza dos titulares de cargos políticos, já impõe que os titulares dos referidos cargos sejam obrigados a apresentar os seus rendimentos junto do TC, não com o exato propósito de prevenir condutas branqueadoras, mas como uma forma de maior transparência por parte de quem exercer ou é titular de um órgão de soberania. Contudo, que não deixam de ser, por força dos meios e contactos que possuem, em abstrato, potencialmente mais aptas a efetivar condutas branqueadoras. É uma demonstração, com assento legal, de que estas pessoas possuem um risco mais elevado de corrupção e de branqueamento de capitais. Foi a resposta dos órgãos legislativos nacional e comunitário às criticas que se colocam no que diz respeito à proteção dos políticos,[177] os quais, com esta lei, deixaram de ser protegidos, se é que alguma vez o foram, passando antes a merecer uma especial atenção das autoridades judiciárias e órgãos de polícia criminal, pelo menos ao nível de um maior grau de alerta ou vigilância quando envolvidos em operações financeiras. Se o seu efeito for apenas este, rigorosamente ponderados os valores a proteger e a sacrificar, parece-nos não ultrapassar os postulados da nossa Lei Fundamental.

---

[176] Lei com a última redação dada pela lei n.º 38/2010, de 02 de setembro.

[177] E repare-se no n.º 5 do artigo 12º: O regime previsto no número anterior deve continuar a aplicar-se a quem, tendo deixado de ter a qualidade de pessoa politicamente exposta, continue a representar um risco acrescido de branqueamento ou de financiamento do terrorismo, devido ao seu perfil ou à natureza das operações desenvolvidas."

Daqui se depreende que estas pessoas nunca deixarão de ser politicamente expostas bastando para tal que o seu perfil ou natureza das operações assim o determine. Não nos dando o legislador mecanismos para determinar as balizas destes conceitos, o que poderá perigar a legitimidade de tais medidas.

Mais uma vez se demonstra que, a teoria das três esferas, oriunda da jurisprudência alemã, que nos chegou por intermédio de Costa Andrade, é maleável em função da notoriedade ou do cargo que certas pessoas ocupam na sociedade. Escreve o referido autor: " Segundo essa construção, podem diferenciar-se: a esfera da vida íntima ou da intimidade, correspondente a um domínio inviolável e intangível da vida privada, subtraído ao conhecimento de outrem; a esfera da vida privada propriamente dita, que abrange factos que cada um partilha com um núcleo limitado de pessoas, e a esfera da vida pública ou da vida normal de relação, envolvendo factos susceptíveis de serem conhecidos por todos, que respeita à participação de cada um na vida da colectividade." (Andrade, 2013, pp. 94-96). A esfera da vida privada será mais comprimida em função da notoriedade do seu titular, o que nos permite concluir que, quanto menor for a notoriedade pública ou política, maior é a proteção da esfera da vida privada e menor é a legitimidade da sua intervenção ou intromissão.

Parece-nos que o direito penal do agente começa a emergir de estados individuais de pessoas presumidamente perigosas. E aqui sim reside o princípio do grande perigo do direito penal do agente, aquilo a que Mariona Angli chama de inimigo moral: " Por tanto, señalar a determinados sujetos como autores de un delito por su posicionamento evoca a un Derecho Penal de autor y a una configuración del Derecho Penal del enemigo no ya como «sujeto-enemigo peligroso» sino como « sujeto-enemigo-amoral»." (Angli, 2011, pp.558-559). Ou o também denominado direito penal do autor, incompatível com as conceções clássicas da dogmática penal e perigosamente frutíferas na construção do direito penal do inimigo. Seguindo a definição de Dyellber Araújo: "Enquanto para uma gama de juristas têm como delito a constituição de uma infração ou lesão a determinado bem jurídico, para outros a infração delituosa configuraria em um escárnio humano para uma languidez moral, biológica ou psicológica, não se esgotando apenas na ofensa do ato, mas sim no despertar daquilo eu é realmente o autor, ou seja, num florescimento das mais tenebrosas características e que, para tanto, o conjunto destes caracteres denomina-se de *Direito Penal do Autor*." (Araújo, 2009, p.156).

Devemos sempre resistir a estas construções, o direito penal e processual penal, melhor, a ciência global do direito penal não pode assentar na perseguição dos agentes mas sempre nos factos que estes agentes praticam. Por mais desesperada que seja a voz comunitária que implore pela perseguição de certas pessoas, o principal instrumento punitivo do estado tem sempre que assentar nos factos ou condutas e não no tipo de

pessoas que os praticam. Os agentes, ou certo tipo de pessoas, não podem ser a " peste negra da atualidade." (Araújo, 2009, p.177). Assim, apesar de haver um maior indício ou suspeição sobre certo tipo de pessoas, e até legitimo um maior dever de vigilância sobre elas, são os factos por si praticados, e apenas estes, que merecem a atenção das instâncias formais de controlo.

3.2.2 A Lei de combate à criminalidade organizada.

Uma outra medida associada à prevenção do branqueamento de capitais é a já referida Lei 5/2002, de 11 de janeiro, apelidada pelo legislador como " medidas de combate à criminalidade organizada".

Consiste numa lei eclética na medida em que determina regras especiais em relação a alguns meios de prova; estatui um novo meio de obtenção da prova e determina um regime muito especial de arresto com vista a perda alargada de bens a favor do Estado. Apesar de ser uma lei cuja eficácia se verifica, em grande monta, aquando da existência de uma investigação criminal, alguns dos seus institutos podem operar para fins de prevenção criminal. A lei orgânica da polícia judiciária a Lei 37/2008, de 06 de agosto[178], prevê, no artigo 4º, nº3 a possibilidade de realização do registo de voz e imagem no âmbito de operações de vigilância, para fins de prevenção criminal. Como, no momento, estamos a analisar as soluções de prevenção relegamos a análise desta lei para o ponto seguinte do presente trabalho, pois o registo de voz e imagem é predominantemente um meio de obtenção da prova e excecionalmente uma medida cautelar ou de polícia. Contudo não podemos deixar de realçar um aspeto que nos parece ser de grande pertinência. Quando os meios de obtenção da prova, principalmente os mais invasivos dos direitos fundamentais

[178] Com a última redação do Dec. Lei n.º 81/2016, de 28 de novembro. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1004&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=

dos investigados, como é o caso do registo de voz e imagem, passam também a ser medidas cautelares ou de polícia ter-se-á de ter muita atenção na sua legitimação, pois a sua admissibilidade como meio de obtenção da prova, pressupõe pelo menos um suspeito no decorrer de um inquérito, ou seja, o crime já terá sido praticado e assim os direitos fundamentais poderão ser mais ou menos restringidos, em função da necessidade investigatória e da gravidade do crime sob investigação. Quando são usados com o fim de prevenção criminal, não existe ainda sequer investigação, servindo como forma de transmitir à comunidade segurança, libertando-a da criminalidade contudo, o crime ainda não existe. A restrição dos direitos fundamentais assenta apenas e tão só na potencialidade da prática de um crime que de facto ainda não aconteceu, podendo perigar a sua legitimidade por força do já enunciado princípio da intervenção mínima. A sua realização e positivação são efetuadas tendo em vista a sua integração no âmbito de um processo penal, por isso se exige o seu controlo processual e a remessa, obrigatória para a autoridade judiciária. Assim, e na esteira de Paulo Dá Mesquita, a legitimação deste tipo de atos surge com base em necessidades de investigação e não apenas de pacificação social e ainda assim sempre limitadas por diretrizes muito concretas: têm sempre de obedecer aos pressupostos da urgência e do perigo na demora; a apreciação judicial dessa intervenção terá de ser efetuada com base nos juízos de legalidade repressiva e preventiva, ou seja, terá de ser efetuada analisando o processo penal na sua globalidade; nessa apreciação, a autoridade judiciária deverá ter presente que certos atos são praticados pelos OPC, dentro dos seus poderes outorgados por legislação extravagante (as leis reguladoras das forças policiais) e que, neste âmbito, tem competência própria e não competência delegada ou em sua substituição; o controlo posterior terá de ser efetuado com base nos conhecimentos concretos do agente policial no momento da realização do ato, e não apenas com base na informação que chegou à autoridade judiciária (juízo de prognose póstuma); o ato policial tem também de ser apreciado no quadro do contraditório, pois é um meio de obtenção de prova que se pode traduzir como relevante ou até mesmo essencial para a acusação e por esse motivo leve a causa a julgamento. É que uma medida cautelar ou de polícia pode ter uma " dupla função, isto é, através dela a polícia persegue, simultaneamente, uma função de prevenção do perigo e uma função de perseguição criminal." (Mesquita, 2005, p.80). Desta feita, nestes atos de dupla função a autoridade judiciária, tendente à sua ratificação ou homologação deverá centrar esse exercício no âmbito processual, ou seja, deve-se limitar a aferir da possibilidade do seu aproveitamento processual penal e não aferir da sua

validade em termos de prevenção ou de segurança. Tal validade cabe aos OPC, embora sujeitos aos mesmos crivos da proporcionalidade, necessidade e adequação *qua tale* se tratasse de um meio de obtenção de prova.

Resta, o que parece pouco mas que é a pedra basilar ou, como se diria no direito anglo-saxónio, last *but not the least*, analisar as soluções de prevenção que se guiam pela união entre os estados. O que faremos no ponto seguinte do presente trabalho.

3.2.3 A união entre os Estados.

A união entre os Estados é imprescindível no combate ao branqueamento de capitais, conforme refere Francisco Borges referindo-se à criminalidade organizada e inserindo o branqueamento de capitais nesse conceito de forma indissociável: "O exemplo do branqueamento de capitais é também útil para ilustrar a grande complexidade que a criminalidade organizada adquiriu e a forma como esta utiliza em seu proveito a existência de diversas ordens jurídicas (…) podemos afirmar que o combate isolado dos Estados ao fenómeno da criminalidade organizada e do terrorismo está condenado ao fracasso, não existindo alternativa à cooperação internacional, nos mais variados níveis." (Borges, 2012, pp.3-4). Conforme refere Vincenzo Militello, a união entre os Estados na Europa iniciou-se com o Tratado de Amesterdão e sucessivamente tem vindo a ser reforçado com outros tratados, em especial com a Convenção de Palermo subscrita no ano 2000 no combate à criminalidade organizada, como já expusemos antes. Segundo suas palavras. " De este modo, el ya tradicional objetivo de «aproximación de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados membros» podrá alcanzar un resultado inovador: en palabras det Tratado de Amsterdam, la adopción de «normas mínimas en matéria de elementos constitutivos de los delitos y de las sanciones», al menos en sectores como la criminalidade organizada, el terrorismo y el tráfico de estupefacientes (art. 23.e) TUE)." (Militello, 2002, p.49). Ou ainda Jorge Costa que, analisando a relação entre o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo, determina como fundamental, a união entre os estados e das suas polícias, no combate deste tipo de criminalidade: " Requerem assim uma concertação de esforços, a vários níveis, da comunidade internacional, não só no âmbito

legislativo (harmonização), como no reforço da cooperação policial e judiciária." (Costa, J., 2005, p.205). Por fim, Anabela Rodrigues traça de forma exemplar a história normativa do branqueamento de capitais, demonstrando a sua origem no quadro internacional e europeu. (Rodrigues, 2015).

Em bom rigor, grande parte da legislação interna relativa à prevenção do branqueamento de capitais já é uma manifestação clara dessa união, na medida em que, a imposição de constituir direito interno semelhante entre todos os estados membros surge por forma a facilitar a funcionalidade e eficácia das medidas, por serem semelhantes ou homogéneas. Neste sentido também Francisco Borges refere: "É que a inexistência de uma identidade comum mínima no direito penal e no processo penal dos Estados acaba por inviabilizar, a partir de certo nível, a cooperação judiciária entre eles." (Borges, 2012, p.10). Muitas dessas medidas são recomendações do Grupo de Acão Financeira Internacional (doravante GAFI), o qual mais não é do que a formalização de uma preocupação comum a todos os países. Este Gabinete é também um resultado da união de esforços entre estados. Atualmente composto por 36 membros, 34 países e 2 organizações regionais, sendo Portugal um desses países e a Comissão Europeia uma das organizações regionais, o GAFI desenvolveu diversas recomendações, que formam a base de uma resposta coordenada às ameaças do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo.[179]

Apesar de serem várias as manifestações dessa união de esforços vamos dedicar maior atenção à Eurojust e ao mandado de detenção europeu, por força da sua aplicabilidade prática e por força da relação umbilical entre o branqueamento de capitais e o terrorismo.

[179] Também cabe na união de esforços entre os estados a Decisão Quadro n.º 2003/577/JAI, do Conselho, de 22 de Julho, que está na génese da Lei n.º 25/2009, de 05 de junho relativa à emissão e execução de decisões de apreensão de bens ou elementos de prova na União Europeia. De extrema relevância num instrumento de prevenção e repressão do branqueamento de capitais que iremos analisar infra.

3.2.3.1 A Eurojust e o Procurador Europeu.

No que concerne à Eurojust, cumpre-se esclarecer que se trata de um órgão europeu que surgiu como uma consequência dos objetivos criados com o Tratado de Amesterdão no âmbito da cooperação judiciária em matéria penal. Segundo Euclides Dâmaso Simões, os objetivos traçados pelo tratado de Amesterdão consistem em: " facilitar e acelerar a cooperação entre autoridades competentes no que respeita à tramitação dos processos e à execução das decisões; facilitar a extradição entre Estados Membros; assegurar a compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados Membros, na medida do necessário para melhorar a cooperação; prevenir os conflitos de jurisdição e adoptar medidas que prevejam regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis nos domínios da criminalidade organizada, do terrorismo e tráfico ilícito de drogas." (Simões, 2001, p.101). A Eurojust está dotada de competências relativas à cooperação judiciária em matéria penal entre os Estados Membros da União Europeia, no âmbito das investigações e procedimentos penais relacionados com criminalidade grave e organizada, nomeadamente crimes da competência da Europol (Serviço Europeu de Polícia), em que, como é notório, o branqueamento de capitais tem um acento muito importante, desde logo por ser um dos crimes abrangidos pela criminalidade organizada. Em termos gerais, o referido órgão visa estimular e promover a coordenação, facilitar a cooperação e apoiar as autoridades nacionais no que, para além do mais, se refere à execução dos mandados de detenção europeu. Segundo José Luís Lopes da Mota, " a Eurojust – importa sublinha-lo – é o primeiro órgão europeu dotado de competências próprias e de capacidade para interferir nos sistemas de justiça penal nacionais." (Mota, 2004, p.112), que tem vindo a ser entendido como o instrumento, o alicerce na criação do Procurador Europeu. O qual dedicaremos alguma atenção no presente ponto do nosso trabalho, não obstante pressupor uma investigação criminal, por força da sua relação

estreita com a Eurojust e a Europol o que o torna, no nosso entender, indissociável do referido órgão e serviço de combate à criminalidade organizada na União Europeia.

Existem várias resoluções do Parlamento e da Comissão Europeia com vista à criação do também apelidado "advogado da Europa". Referimo-nos em especial à proposta de regulamento do Conselho de 17/03/2013[180], de que resulta exposto o regime jurídico da Procuradoria Europeia que deverá ser aprovada em breve. Conforme resulta da comunicação da comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões[181], a criação da referida procuradoria, bem como a reforma da Eurojust resultou do Tratado de Lisboa, também denominado Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) que determinou a participação do Parlamento Europeu e dos parlamentos nacionais na avaliação das atividades da Eurojust sendo a Procuradoria Europeia instituída a partir da mesma. Segundo resulta da comunicação, "a possibilidade de criar uma Procuradoria Europeia nos termos do artigo 86.º do TFUE fornece por si só uma vasta série de medidas necessárias para investigar e agir penalmente de forma adequada contra a fraude na UE. Por exemplo, a Procuradoria Europeia terá poderes não só para iniciar investigações, mas também mandá-las realizar sob a sua supervisão e responsabilidade. Os poderes da Procuradoria Europeia vão além do que a Eurojust poderia jamais fazer, mesmo que o artigo 85.º do TFUE tivesse sido utilizado ao máximo."[182] Se atentarmos na proposta de regulamento, resulta evidente que o âmbito da competência material da referida procuradoria engloba os crimes que atentam contra os interesses financeiros da União, em especial a fraude transfronteiriça, ou seja, o seu âmbito de atuação diz respeito à fraude relativa aos fundos da União Europeia com especial enfoque na corrupção relativa ao financiamento e subsídios oriundos da União Europeia que lesam o seu orçamento. Em bom rigor trata-se de legitimar através de magistrados do Ministério Publico o objecto do OLAF- Organismo Europeu de luta antifraude (doravante

[180] Disponível em:
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52013PC0534
[181] Disponível em:
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52013DC0532
[182] Conforme resulta do texto da comunicação disponível em:
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52013DC0532

OLAF),[183] que tem vindo a ser dotado de cada vez mais competências materiais estando o branqueamento de capitais também na sua linha de visão quer por força da corrupção ser um dos seus crimes precedentes mas, sobretudo, por este também fazer parte do seu catálogo como uma infração penal lesiva dos interesses financeiros da União Europeia. Repare-se que os próprios instrumentos e comunicações que o criaram e o alteram incluem o branqueamento de capitais como uma conduta lesiva dos interesses financeiros da União Europeia e daí as supra referidas diretivas comunitárias e o GAFI não distinguirem o branqueamento de capitais da fraude relativa aos financiamentos e subsídios oriundos da União Europeia. [184] Melhor, na ótica da União Europeia, o branqueamento de capitais estará sempre abrangido por qualquer instrumento comunitário que vise a luta ou combate contra condutas que atentem contra os interesses financeiros da União e Europeia pois não o dissociam da corrupção ou fraude na obtenção de subsídios comunitários. É certo que tais crimes podem ser precedentes do branqueamento mas não necessariamente. Em nossa opinião, a União Europeia, sobre as vestes da corrupção e fraude, direciona a sua luta contra o branqueamento independentemente da *predicate offense*, pois, se todos os referidos órgãos e resoluções se direcionam no combate e prevenção de condutas que atentam contra os interesses financeiros da União Europeia, o branqueamento de capitais é de facto e de direito um dos tipos de ilícito que cumprem com a referida ofensa não deixando de ser uma fraude em termos objetivos. Inclusivamente, o Parlamento Europeu, a

[183] O Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF) investiga casos de corrupção e faltas graves no âmbito das instituições da União Europeia (UE), assim como casos de fraude lesiva do orçamento da UE. Além disso, contribui para o desenvolvimento da política antifraude da EU, conforme resulta da comunicação da União Europeia disponível em:
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=URISERV:l34008

[184] A este propósito refere a comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu- sobre uma política global da EU contra a corrupção*: Embora de um ponto de vista jurídico que não abrange a área da cooperação em matéria judiciária e policial, é útil lembrar ainda neste contexto que a segunda directiva relativa ao branqueamento de capitais, adoptada em Novembro de 2001 alarga a gama de infracções principais a todos os crimes graves, incluindo explicitamente a "corrupção", obrigando os Estados-Membros a combater e prevenir o branqueamento do produto deste tipo de infracções. As acções que, ao abrigo da legislação dos Estados-Membros, se entendam como corrupção, seja ela passiva ou activa ou nos sectores público ou privado, deverão ser abrangidas tendo em consideração as regras e definições comuns elaboradas com base nos instrumentos da UE, na Convenção da OCDE e nas convenções do Conselho da Europa sobre corrupção.*
Disponível em:
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52003DC0317

23 de outubro de 2013, aprovou um plano de ação da União Europeia para o período de 2014-2019 para o combate à criminalidade organizada, a corrupção e o branqueamento de capitais.[185] De entre as suas principais medidas está a criação da Procuradoria Europeia, a eliminação dos paraísos fiscais na União Europeia e a impossibilidade de candidatura, a inelegibilidade e a perda de cargos públicos de pessoas condenadas, por sentença transitada em julgado, por criminalidade organizada, corrupção e branqueamento de capitais. Como se pode constatar a prevenção e combate de condutas branqueadoras é uma missão prioritária na União Europeia. Neste sentido também escreveu Alfredo José de Sousa, referindo-se à necessidade indenegável da existência de uma procuradoria europeia, ainda quando esta construção assentava numa ideia embrionária: " Só um organismo comunitário com **competência territorial para toda a União Europeia** e todos e cada um dos Estados-Membros como a **Procuradoria Europeia**, e com **regras mínimas comuns** sobre os tipos de crime grave, organizado e transnacional, a responsabilidade criminal substantiva e sobre o respectivo regime processual penal pode responder com um mínimo de eficácia a esta criminalidade que abrange o espaço europeu sem fronteiras internas." (Sousa, 2005, p.181).

Analisando a proposta de regulamento da Procuradoria Europeia cumpre-se salientar os seguintes aspetos: a dupla sindicância ou *doble- hat;* o respeito pelo critério da necessidade e o tratamento de dados pessoais; e a sua relação com a Europol.

---

[185] Sobre o referido plano consultar o comunicado de imprensa disponível em: http://www.europarl.europa.eu/news/pt/news-room/20131018IPR22665/refor%C3%A7ar-a-luta-contra-a-criminalidade-corrup%C3%A7%C3%A3o-e-branqueamento-de-capitais (consultado a 27/02/2017).
Entre as medidas propostas incluem-se: abolir o sigilo bancário; introduzir uma tributação das empresas a nível europeu; promover instrumentos para a apreensão e o confisco do produto do crime, incluindo métodos adicionais de confisco, como o confisco do direito civil, e a reutilização dos bens confiscados para fins sociais; **eliminar os paraísos fiscais em toda a UE** e pôr termo à evasão e planeamento fiscais mediante a adoção do princípio da «origem da riqueza»; prever a **impossibilidade de candidatura, a inelegibilidade e a perda de cargos públicos de pessoas condenadas, por sentença transitada em julgado, por criminalidade organizada, corrupção e branqueamento de capitais**; criminalizar a compra de votos, mesmo que as vantagens sejam imateriais e em benefício de terceiros; criminalizar a manipulação de eventos desportivos a fim de reforçar a luta contra as apostas ilegais no domínio das competições desportivas; **criar e lançar a Procuradoria Europeia, dotando-a dos recursos humanos e financeiros necessários**; reconhecer o papel considerável que o jornalismo de investigação desempenha na identificação de crimes graves; introduzir, a nível europeu, normas uniformes para a proteção dos informadores; estabelecer uma definição de criminalidade organizada que inclua o crime de participação numa organização de tipo mafioso. Negrito nosso.

A dupla sindicância determina a existência do Procurador Europeu e Procuradores Europeus delegados em cada Estado-Membro, eleitos pelo Procurador Europeu, através de uma lista apresentada por cada Estado-Membro, que devem oferecer garantias de imparcialidade e nomeados por cada Estado-Membro.[186]Os procuradores europeus, para além de estarem sob a direção da procuradoria europeia, também estão integrados nos processos judiciais internos, permitindo uma maior controlo e intervenção nas investigações e ações penais em curso, aplicando-se o regulamento da procuradoria e na falta de regulamentação, o direito interno do Estado-Membro onde o inquérito foi aberto. A dupla sindicância consiste em aplicar as regras de investigação da procuradoria e as regras de investigação de cada Estado-Membro, não obstante a competência exclusiva da Procuradoria Europeia para instaurar inquéritos e ações penais, relativas a infrações cometidas contra os interesses financeiros da União Europeia. Contudo, a sua competência poderá ser alargada a investigações internas, quando o facto sob investigação for indissociável dos factos que cabem no âmbito da sua competência exclusiva, impondo-se uma constante interajuda e consulta mútua entre a Procuradoria Europeia e as Procuradorias de cada Estado-Membro.

No que concerne ao princípio da necessidade, salientamos que toda tramitação e intervenção da Procuradoria Europeia se encontra pautada por critérios de necessidade, invocando-se, desde o primeiro momento, o respeito pela Carta dos Direitos Fundamentais

---

[186] Conforme dispõe o artigo 10º da proposta de regulamento, a saber:
Artigo 10.º
Nomeação e destituição dos procuradores
1. Os procuradores são nomeados pelo Procurador Europeu a partir de uma lista de, pelo menos, três candidatos que satisfaçam os requisitos estabelecidos no n.º 2, apresentada pelos Estados-Membros em causa. Os procuradores são nomeados por um período de cinco anos, renovável.
2. Os procuradores devem reunir as qualificações necessárias para o exercício de altas funções judiciárias e possuir experiência relevante como procuradores. Devem oferecer todas as garantias de independência. Os Estados-Membros nomeiam procurador do Ministério Público nacional o procurador do Ministério Público europeu se, no momento da sua nomeação, o procurador em causa não possuir ainda tal estatuto.
3. Os procuradores podem ser destituídos pelo Procurador Europeu se deixarem de satisfazer os requisitos estabelecidos no n.º 2 ou os critérios aplicáveis ao desempenho das suas funções, ou se forem declarados culpados de uma falta grave. Os procuradores não podem ser destituídos do Ministério público nacional pelas autoridades nacionais competentes sem o consentimento do Procurador Europeu durante o exercício das suas funções de procurador do Ministério Público europeu.

da União Europeia[187] e resulta, do n.º 3, do artigo 26º do regulamento a exigência do respeito exíguo pela intervenção mínima no que respeita à aplicação de medidas de inquérito.[188] Critérios semelhantes aos internos portugueses no que toca à restrição de direitos fundamentais. Nas medidas de investigações mais invasivas há um requisito harmonizado em todos os países da União Europeia no sentido de carecer de prévia autorização da autoridade judicial competente a sua concretização. Assim as buscas, as interceções das comunicações, as operações de vigilância, a realização de investigações secretas, entre outras medidas, carecem sempre de previa autorização do Juiz competente, de acordo com as regras do Estado Membro onde tais operações devam ter lugar.[189] Neste âmbito, impõe-se também evidenciar a preocupação com o tratamento de dados pessoais obtidos com a intervenção da Procuradoria Europeia, em especial os que comportam elementos de natureza racial ou étnica, opiniões políticas, convicções religiosas ou filosóficas, a filiação sindical ou dados relativos à saúde e à vida sexual. Neste tipo de dados o tratamento só é possível quando forem estritamente necessários às investigações e se complementarem outros dados pessoais já tratados, estabelecendo-se também prazos para a sua conservação.[190] Esta regulação manifesta o respeito pelos critérios legitimadores da limitação dos direitos fundamentais das pessoas.

---

[187] Lei Fundamental da União Europeia, onde a dignidade da pessoa humana e o respeito pelos direitos liberdades e garantias são a pedra de toque. Com especial referência ao seu capítulo VI, onde a presunção da inocência, os princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade, e o *ne bis in idem* têm uma assento especial.
Disponível em:
http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf
(consultada a 27/02/2017).

[188] Assim determina o artigo 11º e 26º n.º 3 do regulamento:
Princípios de base das atividades da Procuradoria Europeia
1. No exercício das suas atividades, a Procuradoria Europeia assegura o respeito dos direitos consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.
Artigo 26.º
Medidas de inquérito
3. As medidas de inquérito individuais referidas no n.º 1 não devem ser ordenadas sem fundamentos razoáveis nem se o mesmo objetivo puder ser alcançado por meios menos intrusivos.

[189] Assim dispõe o n.º 4 do artigo 26º da proposta de regulamento.
Artigo 26.º
Medidas de inquérito
4. Os Estados-Membros devem assegurar que as medidas de inquérito referidas no n.º 1, alíneas a) a j), são sujeitas a autorização da autoridade judicial competente do Estado-Membro em que devam ser executadas.

[190] Tudo descrito no n.º 4 do artigo 37º e n.º1 do artigo 38º, respetivamente.

Por fim, no que concerne à sua relação com a Europol, que é configurável como a polícia judiciária europeia, determina o artigo 58º uma relação especial da Procuradoria Europeia com aquela,[191] estabelecendo um intercâmbio estreito ao nível de informações entre aquele serviço europeu e a procuradoria, em especial no que concerne a dados pessoais bem como na sua correlação com a OLAF, estando a Europol incumbida do tratamento e intercâmbio de informação criminal e tendo por missão contribuir significativamente para a aplicação das disposições normativas da União Europeia no âmbito do combate à criminalidade organizada, em especial nas organizações criminosas envolvidas. A Europol funciona nos mesmos moldes que a Interpol[192] mas reduzida ao

---

Artigo 37.º
Tratamento de dados pessoais
Os dados pessoais, tratados automaticamente ou não, que revelem a origem racial ou étnica, opiniões políticas, convicções religiosas ou filosóficas, a filiação sindical ou dados relativos à saúde e à vida sexual, só podem ser tratados pela Procuradoria Europeia se forem estritamente necessários às investigações e se complementarem outros dados pessoais já tratados. O responsável pela proteção de dados deve ser imediatamente informado da aplicação do presente número. Esses dados não podem ser tratados no índice referido no artigo 22.º, n.º 4. Sempre que esses dados se refiram a testemunhas ou vítimas, na aceção do n.º 2, a decisão de proceder ao seu tratamento deve ser tomada pelo Procurador Europeu.
Artigo 38.º
Prazos de conservação de dados pessoais
1. Os dados pessoais tratados pela Procuradoria Europeia não podem ser conservados para além da primeira data aplicável de entre as seguintes:
a) Prescrição da ação penal nos Estados-Membros envolvidos na investigação e na ação penal;
b) Absolvição da pessoa e trânsito em julgado da decisão;
c) Perfazimento de três anos após a data de trânsito em julgado da decisão judicial do último dos Estados-Membros envolvidos na investigação ou na ação penal;
d) Determinação pela Procuradoria Europeia da desnecessidade do prosseguimento da investigação ou da ação penal;

[191] Logo no artigo primeiro do referido artigo tal relação realçada.
Artigo 58.º
Relações com as instituições, agências e outros organismos da União Europeia
1. A Procuradoria Europeia estabelece uma relação especial com a Europol.
2 A cooperação estabelecida em conformidade com o n.º 1 implica o intercâmbio de informações, incluindo dados pessoais. Quaisquer dados trocados ao abrigo desta disposição só devem ser utilizados para os efeitos para que foram trocados. Qualquer outra utilização só é permitida na medida em que se insira no mandato do organismo que os dados recebe, e está sujeita a autorização do organismo que os comunicou.
3. A Procuradoria Europeia coopera com a Comissão, incluindo o OLAF, no cumprimento das obrigações decorrentes do artigo 325.º, n.º 3, do Tratado. Para o efeito, devem celebrar um acordo que estabeleça os termos da cooperação.
4. A Procuradoria Europeia estabelece e mantém relações de cooperação com outras instituições, organismos, gabinetes e agências da União.

[192] A Interpol, em inglês, *International Criminal Police Organization* é, conforme determina a sua concetualização, uma organização internacional de investigação criminal. Criada com o propósito de coordenar e cooperar diferentes forças policiais na investigação de crimes com elementos de conexão com

território da União Europeia. Na determinação desta relação próxima espera-se uma maior rapidez e eficiência nos processo crimes que tenham por objeto a investigação de uma infração plurilocalizada promovendo-se a coordenação entre a investigação e a procuradoria no espaço da União Europeia.[193] Como refere Gloria González Fuster: " (…) en ele Espacio de Seguridad, Libertad y Justicia tienden a reforzar sistemáticamente el protagonismos de Europol, por ejemplo concedendo acceso a dicha agencia a las grandes bases de datos europeas que contienen datos personales, o a datos manejados por otros organismos, como la Agencia Europeia para gestión de la cooperation operativa en las fronteras exteriores (Frontex)." (Fuster, 2012, p.601).

Desta feita, entrando em vigor a Procuradoria Europeia, que tal como se referiu antes se espera para breve, o branqueamento de capitais com conexão com vários países da União Europeia e, consequentemente, lesivo dos interesses financeiros da mesma, caberá no âmbito da competência exclusiva da Procuradoria Europeia e assim para a sua prevenção e repressão poder-se-á utilizar todos os mecanismos que o referido regulamento determina, bem como as medidas internas de cada Estado-Membro, surgindo então novas soluções na sua investigação atendendo especialmente ao seu carácter internacional, organizado e evoluído.

---

diferentes países. Esta internacionalização acaba, como vimos antes, por ser uma característica da criminalidade organizada.

Ao nível nacional existe, no momento, uma grande preocupação e posição de aversão à intenção do poder executivo em determinar que se retire da competência da policia judiciária a relação com a Interpol e a Europol passando tal ligação sob a alçada do secretário-geral da segurança interna, entendendo, e bem, que tal possibilidade consiste numa violação do princípio da separação de poderes. Não nos parece ser compatível com o nosso Estado de Direito Democrático que medidas cautelares e de polícia possam ser praticados pelo poder executivo, mesmo com o fundamento na prevenção do terrorismo do branqueamento de capitais. Como constatamos muitos das competências das referidas polícias europeia ou internacional, consistem na pratica de atos investigatórios puros onde a eficácia se garante como seu caracter dissimulado e, consequentemente, restritivo de direitos fundamentais.

[193] Assim resulta da comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu. No seu ponto 3 em especial no âmbito da melhoria da ação penal.

3.2.3.2. O mandado de detenção europeu.

No âmbito ainda das soluções de prevenção, apenas iremos fazer referência ao mandado de detenção europeu e à extradição, em especial no que concerne ao terrorismo. Como já referimos antes, entre o branqueamento de capitais e o terrorismo há uma relação objetiva e com valoração no mundo do direito. Por força de tal relação, a grande parte dos instrumentos judiciários que se podem usar na prevenção e combate daquele são semelhantes aos do terrorismo. O mandado de detenção europeu revela-se de extrema utilidade quando em causa estão crimes plurilocalizados, praticados por uma multiplicidade de agentes e com um vasto carácter organizado, como é o branqueamento de capitais e o terrorismo. Tal determinação, nos moldes em que existe, traz às investigações criminais europeias uma maior facilidade e aplicabilidade da lei adjetiva e substantiva dos respetivos Estados-Membros, conforme é referido por Anabela Miranda Rodrigues: "o mandado de detenção europeu tem como propósito a simplificação e aceleração da cooperação judiciária entre os Estados-membros da União Europeia, no domínio particular da entrega de pessoas suspeitas do ou condenadas pelo cometimento de crimes. Neste sentido, os Estados-membros determinaram substituir o complexo e moroso processo de extradição pelo da entrega, que coincide com aquele no propósito, mas diverge radicalmente dele nas suas características e regime." (Rodrigues, 2003b, p.30).

O Conselho Europeu de Bruxelas, de 21 de setembro de 2001, com o seu plano de ação, no reforço da cooperação ente os Estados-Membros na luta contra o terrorismo, em especial na promoção do princípio do reconhecimento mútuo, aprovou a necessidade de criação de uma ordem de detenção europeia que revogasse o atual sistema de extradição entre os Estados Membros. Este demonstrava ser muito rígido e impróprio a um espaço europeu sem fronteiras e limitador na repressão e combate da criminalidade crescentemente internacionalizada. Neste contexto, surge a Decisão-Quadro relativa ao mandado de detenção europeu. Aqui se define "mandado de detenção europeu" como a decisão judiciária emitida por um Estado-Membro com vista à detenção e entrega, por outro Estado-Membro, de uma pessoa procurada. Como vemos, o seu âmbito de aplicação não se limita à extradição para efeitos de execução de uma condenação, mas tem em vista também o procedimento penal. Neste mesmo sentido escreve Francisco Borges: "O

princípio, depois de ter sido implementado pela primeira vez pela DQ Mandado de Detenção Europeu53, tem vindo a ser aplicado por diversas decisões-quadro aprovadas no âmbito da cooperação judiciária em matéria penal. Sem o seu estabelecimento, a cooperação judiciária em matéria penal não conseguiria atingir os objectivos que a justificam, (…).” (Borges, 2012, p.15).

Trata-se de um processo essencialmente judicial, uma vez que o mandado é emitido por uma autoridade judicial do estado de emissão e é executado sob o controlo de outra autoridade judicial, o Estado de execução. Com este processo proporciona-se uma maior eficácia e rapidez, uma vez garantida a adequada proteção dos direitos fundamentais da pessoa afetada com a detenção.

O resultado final, oriundo da referida decisão-quadro, concretizado com o mandado de detenção europeu, consiste no equilibro entre os Estados mais adeptos da conceção absoluta do princípio do reconhecimento mútuo e os Estados que colocam mais reservas ao afastamento das regras tradicionais da extradição. Para a concretização desse equilíbrio é lavrada uma lista de infrações, relativamente às quais, caso sejam puníveis, no Estado-Membro de emissão, com pena ou medidas de segurança privativas da liberdade de duração máxima não inferior a três anos, não há controlo da dupla incriminação representando uma solução de compromisso entre as duas posições extremas, mas, sem prejuízo da omissão, na referida lista, de certos ilícitos penais inerentes a conceções sociais, políticas e ideológicas muito diferentes entre os Estados-Membros, como o aborto, a eutanásia e o consumo de estupefacientes.

O mandado de detenção europeu é mais um instrumento jurídico tendente à harmonização das diferentes legislações penais e processuais penais dos Estados-Membros, com o intuito de unir os Estados, também, na repressão e luta contra o branqueamento de capitais. Encontramos várias decisões judiciais portuguesas com referência ao branqueamento de capitais e ao mandado de detenção europeu onde se destaca aquilo que o referido instrumento quis salvaguardar: a facilidade de execução e aplicação das leis adjetivas e subjetivas dos diferentes Estados-Membros, permitindo aos diferentes países, com suporte na ubiquidade da lei, a determinação de qualquer um dos países como competente para a realização do inquérito e, consequentemente, a determinação da entrega do suspeito a esse mesmo país. A título de exemplo, referimos o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/09/2011, onde se determina no âmbito de um recurso de um mandado de detenção europeu que: “ estando o crime a ser investigado em França, este é o

país que se posiciona em melhores condições para conhecer toda a actividade criminosa e para proceder ao julgamento do conjunto dos factos, independentemente do lugar em que tenha tido lugar cada uma das parcelas da actividade criminosa ou em que tenha actuado cada um dos respectivos agentes."[194] Daqui resulta que, não obstante poder ser aplicável a lei penal portuguesa, como já corria inquérito noutro país da União Europeia o detido deverá ser entregue a esse país por razões de eficácia e celeridade processual. Caminhamos, pois, a passos largos, para um direito processual penal europeu. Numa outra decisão, a mesma instância formal de controlo, no seu acórdão de 25/02/2010, aponta para a conjugação de várias formas de funcionalidade de lei penal e processual penal portuguesa em conjugação com outras de outro país da União Europeia, ao abrigo do mandado de detenção europeu, determinando que o detido seja entregue no pais estrangeiro aí cumpra o remanescente da pena e depois regresse a Portugal para aqui ser julgado atendendo aos fins das penas, em especial a ressocialização. Conforme resulta da referida decisão: " O recorrente inicia o cumprimento da parte da pena ainda não cumprida e será transferido temporariamente, nos termos do art. 6.º, da Lei 65/2003, para o Reino Unido, Estado membro de emissão, as vezes que forem necessárias para a realização do procedimento criminal pelo crime de fuga de custódia legal/evasão, cumprindo depois em Portugal, se for condenado, a respectiva pena."[195] Mais uma vez, temos a demonstração de que os instrumentos europeus são criados com vista à harmonização e uniformização das legislações internas, sendo tal estratégia fundamental na repressão e combate à criminalidade organizada como é o branqueamento de capitais.

A nível internacional, dos tratados e protocolos entre os países com vista à prevenção e repressão do branqueamento de capitais e, principalmente, quando este está associado ao financiamento do terrorismo, destacam-se dois. Aqueles que apresentam

---

[194] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/09/2015, disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fb1960f5bf9b98a08025793700396ab6?OpenDocument
(consultada em 27/02/2017).

[195] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25/02/2010, disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3590128e280b4559802576ea005e5391?OpenDocument
(consultada em 27/02/2017).

melhores soluções para a prevenção e investigação do branqueamento de capitais, pois a sua concretização ao nível do direito interno resulta em novas soluções na prevenção e investigação do branqueamento de capitais que estudamos ou nos propomos fazer. Referimo-nos à Convenção Internacional para a eliminação do financiamento do terrorismo, a qual originou a Resolução da Assembleia da República n.º 51/2002, [196]que esteve na base da já referida Lei 5/2002, que iremos analisar com maior pormenor no ponto seguinte, e a Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada Transnacional,[197] que entrou em vigor em Portugal em 9/06/2004 e está na origem da lei 25/2008 de 05 de junho que já foi por nós analisada supra no presente ponto.

Assim, resulta do exposto que a união entre os Estados é o melhor caminho para a luta contra este tipo de criminalidade, principalmente no âmbito da sua prevenção, pois a própria natureza das condutas branqueadoras, conforme já foi exposto, permite uma proliferação do seu cometimento por diversos países e por diversos agentes e só com a junção de forças dos Estados se poderá, efetivamente, prevenir o seu cometimento.

3.3 As novas soluções no que concerne à sua investigação.

Ao nível do nosso direito interno, também ocorreram modificações e inovações legislativas. Foram as respostas do legislador português na repressão e prevenção destas novas formas de criminalidade, muitas fruto da iniciativa interna, outras, resultado dos compromissos e união assumidos com outros Estados-Membros, conforme referimos supra.

---

[196] Disponível em: http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/rar-n51-2002terrorismo.html (consultado a 27/02/2017)

[197] Disponível em: http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/ConvCrimOrganiz.pdf (consultado a 27/02/2017)

Antes de analisarmos as novas soluções, no que concerne à sua investigação importa fazer uma breve referência a uma solução que auxilia a investigação do crime de branqueamento, pelo menos a título formal, que é a possibilidade de outorga ao inquérito da excecional complexidade. Tal determinação permite um alargamento dos prazos máximos de duração das medidas de coação e do inquérito, garantindo aos operadores judiciários mais tempo para fazer uma recolha cabal de um crime que quase por natureza comporta dificuldades investigatórias e, por outro lado, permite a manutenção, por mais tempo, de medidas de coação que tendem a evitar também a perturbação das fases investigatórias ou a da ordem e tranquilidade públicas.[198]

Conforme já referimos antes[199], o branqueamento de capitais tem uma relação muito próxima com os crimes informáticos e com terrorismo. Assim, as formas de investigação da referida criminalidade também se aplicam ao crime de branqueamento de capitais, em especial no que diz respeito aos crimes informáticos quer pelo facto de poderem ser um dos seus crimes precedentes mas também, e principalmente, porque as condutas branqueadoras podem operar através de um sistema informático. Tal como já referimos antes a natureza imaterial e rápida dos crimes praticados através do uso da informática obriga e legitima que se investiguem tais condutas também através de especiais meios de obtenção e meios de prova. Assim, importa uma atenção mais cuidada no que concerne aos meios de obtenção de prova, no âmbito dos crimes informáticos. Faremos de seguida uma referência às especificidades de tais métodos e meios de obtenção da prova, tendo sempre como referencia a investigação criminal do branqueamento de capitais. A sociedade da informação assume, na era da globalização uma importância avassaladora, a sua evolução tecnológica é vertiginosa e a acessibilidade generalizável, porém esta descentralização global e este estreitamento das ligações entre as pessoas de todo o mundo, tornaram também geral e comum a todos os Estados o crime informático.

[198] Sobre a excecional complexidade ver o que escrevemos no ponto 1, do presente capítulo
[199] Em especial no ponto 2, do capítulo I, do presente trabalho.

3.3.1 A especificidade na investigação nos crimes informáticos.

Na repressão deste tipo de ilícito penal surge, como vimos supra, a Convenção Cibercrime que tem como objetivo, por um lado, uniformizar a identificação e classificação das condutas como crime informático e, por outro, dotar os Estados signatários de novas ferramentas processuais que consistem na preservação expedita de dados, nas diferentes formas de buscas e apreensões e na previsão de obtenção de dados de livre acesso. Resumidamente, a primeira ferramenta consiste na possibilidade de obter dados, em tempo real, do percurso de uma determinada comunicação, possibilitando que se possa saber quem, num determinado dia e hora, acedeu a um determinado sítio da internet. Esta possibilidade é concretizada através do IP (*Internet Protocole*) que conecta o computador à rede ou ao servidor. Repare-se, porém, que, tratando-se de dados de conteúdo, ou seja, dados que corporizam o conteúdo da comunicação, essa interceção e posterior apreensão terão de ser autorizadas por um Juiz com respeito pelos princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade. É uma atividade semelhante à interceção e gravação de uma conversa ou comunicação telefónica e como tal, restritiva de direitos fundamentais em especial o direito à inviolabilidade ou reserva da vida privada. Logo, para ser válida terá de respeitar os requisitos e condições de admissibilidade impostos pelo legislador ordinário no âmbito das escutas telefónicas.

As buscas e apreensões no ambiente digital, que podem consistir, não na efetiva apreensão dos bens, mas na cópia dos dados informáticos em causa, consagram a obrigação das entidades fornecedoras de internet (ISP- *Internet Service Provider*) de identificar o local onde se encontram os dados que se pretendem apreender. Por último, a obtenção livre de dados consiste na possibilidade de obter dados que estejam alojados de forma digital no estrangeiro, num local de fonte aberta, um local acessível a todos os utilizadores. São ferramentas processuais que tentam estabelecer uma igualdade de armas entre os Estados na investigação criminal e os agentes que utilizam a internet para a prática de crime, uma vez que a dimensão do espaço outorgada a cada um deles é completamente distinta. Porém, da presente convenção ressalta a preocupação em não restringir o direito à reserva da vida privada, inerente a estas formas de comunicação, estabelecendo que, sempre que essa restrição seja potencial, os meios processuais utilizados carecem sempre

de prévia autorização judicial, tal como acontece no âmbito da interceção das comunicações telefónicas.

No regime jurídico-processual da Lei do *ciber* crime, podemos determinar que esta se divide em duas partes: uma parte referente à preservação ou armazenamento de dados informáticos, pois têm a natureza de uma verdadeira apreensão de dados informáticos que poderão ser o meio de prova da prática de crimes informáticos ou praticados através de um sistema informático; a segunda parte corresponde a meios de obtenção de prova que tendem a recolher prova de um crime que está, nesse momento a ser praticado. Com os mecanismos constantes da primeira parte, apenas se tenta descobrir um crime com a recolha de dados que são o seu resultado criminoso ou o veículo da sua prática e como tal o crime já se consumou; e com os da segunda parte, o meio de investigação é concomitante com a prática do crime. A construção de que existem dois regimes na parte adjetiva da Lei do *cibercrime* é também defendida pela jurisprudência da Relação de Évora, em especial no seu acórdão de 20-01-2015 onde se diz: " (…) O regime processual dos artigos 11º a 17º surge como o regime processual «geral» do cibercrime e da prova electrónica. Isto porquanto existe um segundo catálogo na Lei n.º 109/2009, o do artigo 18º, n. 1 do mesmo diploma a que corresponde um segundo regime processual de autorização e regulação probatória. Só a este segundo regime - o dos artigos 18º e 19º - são aplicáveis por remissão expressa os artigos 187º, 188º e 190º do CPP e sob condição de não contrariarem e Lei 109/2009. As normas contidas nos artigos 12º a 17º da supramencionada lei contêm um completo regime processual penal para os crimes que, nos termos das alíneas do n. 1 do artigo 11º, estão (a) previstos na Lei nº 109/2009, (b) são ou foram cometidos por meio de um sistema informático ou (c) em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónico. A diferenciação de regimes assenta na circunstância de os dados preservados nos termos dos artigos 12º a 17º se referirem à pesquisa e recolha, para prova, de dados já produzidos mas preservados, armazenados, enquanto o artigo 18º do diploma se refere à intercepção de comunicações electrónicas, em tempo real, de dados de

tráfego e de conteúdo associados a comunicações específicas transmitidas através de um sistema informático."[200]

A pertinência da distinção, quanto a nós, é também reveladora de uma maior ponderação no respeito pelos princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação. Assim quando em causa esteja apenas a recolha de possíveis elementos de prova, o regime jurídico é menos exigente, enquanto na segunda parte, como se determina a recolha de meios de prova de uma comunicação efetuada através de um sistema informático, ou seja, com o uso da palavra virtual que está acontecer no momento dessa operação, terá de se respeitar os apertados requisitos para a interceção e registo da mesma, tal como acontece com os meios de investigação presentes no CPP que importam uma intromissão nas demais formas de comunicação.

Interessante é também a relação que estes meios de investigação têm com os métodos dissimulados ou ocultos de investigação, como são por excelência as escutas telefónicas. E daí a sua extrema eficácia. Por força de tal relação a doutrina, tendencialmente, divide-se em defender a necessidade dos referidos meios de investigação deverem constar o CPP no seu livro das provas; outras vozes se erguem no sentido de defender que estão muito bem inseridas em legislação extravagante, atendendo principalmente à especificidade que os crimes informáticos possuem que, necessariamente, tem de se verificar também nos seus métodos de obtenção da prova. Tal diferença de opinião assenta sobretudo no facto de se tratarem de meios ocultos de investigação, por força da sua danosidade latente, ou seja, poderem afetar vários destinatários, mesmo sem serem suspeitos, sem nunca terem conhecido a invasão do seus direitos e, assim, segundo os primeiros, a sua não inserção no livro das provas implicará um menor controlo na atuação dos intervenientes judiciários e, com isso, uma maior risco da informação recolhida ser usada para fins diferentes da investigação criminal. Outros autores entendem que o facto de se encontrar fora do CPP em nada põe em causa, de forma desproporcional

[200] Acórdão da Relação de Évora de 20-01-2015, disponível em: http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/2fbdd21285478f5f80257de10056ff7a?OpenDocument

ou desnecessária, os direitos fundamentais dos cidadãos, devendo tal regulamentação existir fora do CPP de forma a realçar as especificidades desta criminalidade e consequentemente dos métodos de recolha e produção da sua prova, permitindo às entidades investigatórias uma maior valência e cooperação com outras entidades policiais ou operadoras de fornecimentos dos serviços de telecomunicações e internet.[201] Compreendemos e realçamos a preocupação dos primeiros autores com o uso de meios de investigação ocultos ou dissimulados, pois a sua eficácia quase constante pode levar à tentação do seu uso ilegal. Todavia, a sua inserção sistemática é um pouco irrelevante pois o mais importante é o respeito exímio do seu regime jurídico, que acreditamos é a regra nos nossos intervenientes judiciários. O facto de a sua danosidade ser de facto maior, e haver um maior risco de lesão de diferentes bens jurídicos titulados por diversas pessoas, é a consequência do próprio meio de investigação, só por si. O mesmo acontece em meios de obtenção da prova descritos no CPP, em especial as escutas telefónicas contudo, tal característica deverá merecer pelos seus utilizadores uma especial atenção no seu uso e/ou autorização para evitar que no caso concreto, haja atropelos aos direitos fundamentais dos cidadãos. Em conclusão, o facto de se encontrar em legislação extravagante na nossa ótica, não potencia uma maior nulidade ou abuso na sua utilização, até porque no seu regime jurídico há referência às regras de obtenção da prova da lei geral que é o CPP.[202]

Assim, o facto de existir um regime probatório no CPP e um fora do CPP carece de uma análise na sua correlação. Iremos, pois, aferir se os meios de investigação constantes na Lei do *ciber* crime determinam uma nova interpretação do regime jurídico de extensão das escutas telefónicas. Apenas relacionamos com este meio de obtenção da prova pois só aqui se colocará a presente questão, principalmente quando o legislador do CPP no artigo 189º n.º1 utiliza a expressão *ou outras formas de transmissão de dados via telemática, mesmo que se encontrem guardadas em suporte digital.*

---

[201]No sentido da necessidade a sua inserção do CPP, Paulo Dá Mesquita (Mesquita, 2010, p.85) e Costa Andrade (Andrade, 2009, p.127). Defendendo a manutenção do regime jurídico fora do CPP, Carlos Cabreiro (Cabreiro, 2001) e ainda Ana Raquel Leite (Leite, A.R., 2013, pp.23-24).

[202] O mesmo se diga em relação ao registo de voz e imagem constante da lei 5/2002, que desde sempre nela esteve estatuído como meio de obtenção da prova e nunca tal argumento foi levantado.

A jurisprudência da Relação de Évora na mesma decisão em referência determina que: "O regime processual das comunicações telefónicas previsto nos artigos 187º a 190º do CPP deixou de ser aplicável por extensão às «telecomunicações electrónicas», «crimes informáticos» e «recolha de prova electrónica (informática)» desde a entrada em vigor da Lei 109/2009, de 15-09 (Lei do Cibercrime) como regime regra. (…) O artigo 189º do CPP nunca é aplicável a crimes informáticos, seja qual for o catálogo aplicável." [203] De facto parece-nos ser esta a melhor interpretação a fazer, pois a lei do *ciber* crime é especial em relação ao CPP e, como em nada o derroga, dever-se-á promover a aplicação da lei especial. Todavia entendemos que o facto de continuar a existir a referida expressão no artigo 189º do CPP poderá dar aso a confusões, pelo que, deveria a mesma ser retirada. Neste mesmo sentido também a Relação de Évora reforça tal entendimento no seu acórdão de 25 de outubro de 2016. Nesta recente decisão judicial, determina-se que existe um regime legal especial de investigação, quando em causa estejam crimes informáticos ou crimes que se relacionem com a informática e, por tal, derrogam o regime jurídico da prova constante do CPP. E nesse sentido esclarece o seguinte: " No caso de investigação e repressão de infrações penais relativas a comunicações, dados de comunicações e sua conservação existe legislação especial que secundariza o CPP e torna quase irrelevantes as Leis nº 5/2004 e 41/2004 para efeitos processuais penais. Tal legislação especial são as Leis nº 32/2008, de 17-07 (Lei relativa a conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações) e 109/2009, de 15-09 (Lei do Cibercrime), assim como a Convenção do Conselho da Europa sobre o Cibercrime de 23/11/2001 (Resolução da AR n.º 88/2009, de 15 de Setembro), também designada Convenção de Budapeste. Tratando-se de dados de comunicações conservadas ou preservadas já não é possível aplicar o disposto no artigo 189º do CPP - a extensão do regime das escutas telefónicas - aos casos em que são aplicáveis as Leis nº 32/2008 e 109/2009 e a Convenção de Budapeste. Isto é, para a

[203] Acórdão da Relação de Évora de 20-01-2015, disponível em: http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/2fbdd21285478f5f80257de10056ff7a?OpenDocument
(consultado em 17/01/2017)

prova de comunicações preservadas ou conservadas em sistemas informáticos existe um novo sistema processual penal, o previsto nos artigos 11º a 19º da Lei 109/2009, de 15-09, Lei do Cibercrime, coadjuvado pelos artigos 3º a 11º da Lei nº 32/2008, se for caso de dados previstos nesta última. A Lei nº 32/2008 tem um regime processual privativo da matéria por si regulada, assente na existência de dados conservados nos termos do artigo 4.º, nº 1 pelos fornecedores de serviços. O regime processual aplicável é o constante dessa lei, inclusive o catálogo de crimes permissivo que ela criou, os crimes graves referidos no artigo 3.º, nº 1. (…) E, face ao nº 2 da Lei 32/2008, a transmissão dos dados as autoridades competentes - MP ou autoridade de polícia criminal competente - só pode ser ordenada ou autorizada por despacho fundamentado do Juiz, nos termos do artigo 9.º do diploma, que regula a «transmissão dos dados» e que apresenta como pressuposto substancial que haja razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter no âmbito da investigação, detecção e repressão de crimes graves. Esta transmissão ou processamento veio a ser regulada pela Portaria n.º 469/2009, de 06 de Maio - Condições Técnicas e de Segurança, Tratamento de Dados de Tráfego - que mantém hoje a redacção dada pela Portaria n.º 694/2010, de 16/08." [204] Esta interpretação, quanto a nós, é a mais correta, pois esclarece a relação entre os diferentes regimes jurídicos, no que diz respeito à prova em ambiente informático. Mais uma vez verificamos que a investigação criminal digital ou informática é especial em relação à que consta no CPP e, assim, não obstante poder receber os princípios deste certo é que, atendendo à sua especificidade, tem um objecto muito próprio que são os dados informáticos.

Por tudo isto, reforçamos que para melhor enquadramento da forma de recolha e preservação de prova, em ambiente informático, seria melhor a criação de um regime processual penal autónomo em diploma diferente quer da lei do *cibercrime*, quer da lei que regula a preservação e conservação dos dados informáticos e respetivos diplomas

[204] Acórdão da Relação de Évora de 25/10/2016 disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/8a62944fb55a34c580258057004f3f1d?OpenDocument
(consultado a 17/01/2017)

complementares, quer do próprio CPP, e onde, de forma sistemática e ordenada, se disporia do regime jurídico da prova digital.

Para Paulo Dá Mesquita verifica-se a existência de um capítulo *escondido* do livro das provas referente à prova eletrónica, que corresponderá ao capítulo V do livro das provas. Segundo o autor: " De qualquer modo, independente de o legislador ter assumido uma via sistemática distinta da integração dos normativos do cap. III da Lei do Cibercrime no CPP, nada obsta a que o intérprete aborde o cap. II da Lei co Cibercrime essencialmente como um envergonhado ou escondido novo cap. V (…) ". (Mesquita, 2010: 101). Quanto a nós, tal regime jurídico deveria ser criado e compilado em legislação autónoma do CPP, de forma a demostrar a especificidade que estes meios de investigação comportam, por força também das especificidades dos crimes que investigam. Contudo, em tal diploma deveriam ser realçadas as exigências de respeito estrito pelos princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação atendendo, mais uma vez referimos, à danosidade e devassa que tais instrumentos em abstrato comportam. E, evidentemente, sem nunca violar o princípio da reserva de lei.

Este novo e específico regime jurídico da prova deverá aplicar-se, como já acontece na investigação do branqueamento de capitais, quando uma das suas condutas seja praticada através de um sistema informático[205] ou os seus atos de execução correspondam a um crime informático. Tal como já referimos antes,[206] apesar de existir uma relação de consunção entre alguns crimes informáticos e o branqueamento quando praticado através do uso de um sistema informático, tal concurso aparente ou de normas não impede que se

[205] E repare-se que a própria lei define o que deve ser entendido como sistema informático.
«Sistema informático», qualquer dispositivo ou conjunto de dispositivos interligados ou associados, em que um ou mais de entre eles desenvolve, em execução de um programa, o tratamento automatizado de dados informáticos, bem como a rede que suporta a comunicação entre eles e o conjunto de dados informáticos armazenados, tratados, recuperados ou transmitidos por aquele ou aqueles dispositivos, tendo em vista o seu funcionamento, utilização, protecção e manutenção;
Face a enunciada definição sempre que se esteja a usar a potencialidade de um aparelho informático, com o uso ou não da Internet, ao abrigo de um programa informático, está-se perante um sistema informático. E como se sabe nos dias que correm muito pouco, ou quase se nada, se pode fazer sem o uso de um computador ou um dispositivo semelhante. Assim, as condutas branqueadoras mais comuns, como as transferências bancárias, as aplicações financeiras, etc, são quase sempre praticadas através do uso de um sistema informático.
[206] No ponto 2, do capítulo I, do presente trabalho.

utilizem os meios de obtenção da prova dos crimes informáticos. Aliás, o sistema informático é um pressuposto para a aplicação das disposições processuais da lei do *cibercrime*, impondo-se um maior grau de ponderação e exigibilidade em relação à interceção das comunicações e às ações encobertas (previstas nos artigo 18º e 19º respetivamente da referida lei). Assim, sempre que um crime seja cometido por meio de um sistema informático, podem-se usar os meios de obtenção da prova relativos aos crimes informáticos. Todavia, nos mais invasivos, tal como acontece no direito probatório constante do CPP, a ponderação da necessidade, adequação e proporcionalidade são realçadas. Detenhamo-nos mais um pouco na interceção de comunicações e nas ações encobertas constantes da Lei do *cibercrime* pois serão aquelas que garantem uma maior eficácia, embora, por outro lado, sejam as que causam uma maior danosidade na inviolabilidade das comunicações e reserva da vida privada.

Na interceção de comunicações[207] há uma remissão para os crimes de catálogo das escutas telefónicas, o que desde logo determina a sua aplicabilidade ao branqueamento de capitais. A sua positivação deveria merecer uma alteração ao regime de extensão das escutas, tal como referimos antes pois, neste meio de obtenção da prova cabem todas as comunicações com o uso da palavra virtual, reduzindo o âmbito de aplicação do artigo 189º, n.º 1, do CPP, às comunicações efetuadas através do uso da palavra falada, pelo telefone ou outro mecanismo, ou diretamente. Mas não remete apenas para o âmbito de

[207] Que comporta a seguinte redação:
Artigo 18.º
Intercepção de comunicações
1 - É admissível o recurso à intercepção de comunicações em processos relativos a crimes:
a) Previstos na presente lei; ou
b) Cometidos por meio de um sistema informático ou em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónico, quando tais crimes se encontrem previstos no artigo 187.º do CPP.
2 - A intercepção e o registo de transmissões de dados informáticos só podem ser autorizados durante o inquérito, se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter, por despacho fundamentado do Juiz de instrução e mediante requerimento do Ministério Público.
3 - A intercepção pode destinar-se ao registo de dados relativos ao conteúdo das comunicações ou visar apenas a recolha e registo de dados de tráfego, devendo o despacho referido no número anterior especificar o respectivo âmbito, de acordo com as necessidades concretas da investigação.
4 - Em tudo o que não for contrariado pelo presente artigo, à intercepção e registo de transmissões de dados informáticos é aplicável o regime da intercepção e gravação de conversações ou comunicações telefónicas constante dos artigos 187.º, 188.º e 190.º do CPP.

aplicação material das escutas impõe também o respeito pela existência das fundadas exigências de necessidade.[208] Em bom rigor, trata-se um meio de obtenção da prova com os mesmos requisitos de substância e de forma das escutas telefónicas mas com um objeto diferente, a palavra virtual. Apenas com uma pequena *nuance*, por força da diferente natureza da forma de comunicação, apesar de várias vozes determinarem que há um erro legislativo nesta parte. Segundo Alberto Cancela na linha de Paulo Dá Mesquita: " Na sua máxima boa vontade, o legislador falhou em demonstrar a sua intenção que se tratava de autorizar que a interceção das comunicações eletrónicas e a obtenção de dados de tráfego se realizem na investigação de crimes cometidos através de meios informáticos. Ao aludir para a alínea b) do número 1 do artigo 18.º, a remissão cai obrigatoriamente sobre o crime em causa (e não sobre a forma como este é praticado)." (Cancela, 2016, p.51). Em nossa opinião, é possível que a interceção sirva os seus precisos termos, ou seja, que se intercete e capte a comunicação realizada, mas podendo servir apenas para a recolha e registo dos dados de trafego, sem necessidade de obtenção do conteúdo da comunicação. Segundo Pedro Venâncio tal interceção abrange: " (…) intercepção de mensagens de correio electrónico em tempo real, ou seja, no seu trajecto do computador do emissor para o computador do receptor através da rede de servidores. Ou ainda a intercepção de mensagens trocadas através de processos de comunicação instantânea (usualmente designados por serviços de "chat", como são os casos do "IRC", do "MS Messenger", ou do "ICQ." (Venâncio, 2011, p.119). [209]Apesar de haver a remissão para crimes do catálogo na alínea b) deve tal remissão ser interpretada de forma ultra sistemática ou seja, o catálogo admite a interceção telefónica na investigação dos crimes punidos com pena de prisão superior a três anos, ou os menos graves, quando praticados através do telefone. Quando estes sejam praticados através de um sistema informático, cabem neste meio de obtenção da prova, pois o que está em causa é a forma de comunicação utilizada e não a palavra virtual. É evidente que esta questão não se coloca quando em causa esteja a investigação

[208] Sobre a excecionalidade das escutas vide o nosso trabalho (Conceição, 2009).
[209]Formas de comunicação que cabiam no regime de extensão das escutas telefónicas.

do crime de branqueamento de capitais, pois desde logo cabem nos crimes de catálogo por força do *quantum* da pena.

No que respeita às ações encobertas[210], faremos apenas uma breve referência. Neste âmbito estende-se a aplicabilidade deste meio de obtenção de prova para a investigações dos mesmos crimes que cabem na interceção das comunicações. As ações encobertas, que objetivamente são um meio enganoso de obtenção de prova mas, admissíveis pela ponderação exígua dos interesses em conflito, neste âmbito, vão permitir que se criem perfis falsos, se encetem conversa ou comunicações falsas, ou até mesmo que se constituam *sites* ou outro tipo de informações online, de forma a investigar a criminalidade referida, isto é, acaba por consistir na prática do crime de falsidade informática mas justificado por exigências de prevenção e investigação criminal.[211] Conforme refere Federico Mata, as ações encobertas em ambiente digital devem obedecer a rigorosos e apertados requisitos: " El procedimiento a seguir se basa en três puntos: autorización y otorgamiento de una identidade falsa, la utilización del engaño como *modus operandi*, y la actuación dentro de lo permitido por una autorización judicial." (Mata, 2012, p.322).[212] Como vemos um pouco diferente no nosso regime português onde a autorização é proferida pelo MP, bastando a ratificação tácita por parte do Juiz.

---

[210] Que comporta a seguinte redação:
Artigo 19.º
Acções encobertas
1 - É admissível o recurso às acções encobertas previstas na Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, nos termos aí previstos, no decurso de inquérito relativo aos seguintes crimes:
a) Os previstos na presente lei;
b) Os cometidos por meio de um sistema informático, quando lhes corresponda, em abstracto, pena de prisão de máximo superior a 5 anos ou, ainda que a pena seja inferior, e sendo dolosos, os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual nos casos em que os ofendidos sejam menores ou incapazes, a burla qualificada, a burla informática e nas comunicações, a discriminação racial, religiosa ou sexual, as infracções económico-financeiras, bem como os crimes consagrados no título iv do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos.
2 - Sendo necessário o recurso a meios e dispositivos informáticos observam-se, naquilo que for aplicável, as regras previstas para a intercepção de comunicações.

[211] Trata-se, como em todos os demais meios de obtenção de prova, uma causa de justificação da ilicitude de natureza processual penal, admitida nos termos da lei penal (vide artigo 31º n.º 1 CP na expressão *ordem jurídica considerada na sua globalidade*).

[212] Importa referir que este autor realça que este meio de investigação é mais utilizado nos crimes sexuais, em especial a pornografia de menores, onde as redes sociais servem como um meio para o seu cometimento.

Assim, a informática e a possibilidade de aceder a formas de comunicação nesse mundo, mesmo com a criação de informações falsas, são um meio de obtenção da prova extremamente eficaz quando em causa estejam condutas branqueadoras, praticadas através do uso da mesma. Aliás, o seu combate e luta pressupõem uma grande atenção a esse mesmo nível.[213] Contudo, se atentarmos ao regime jurídico das ações encobertas previstas na Lei 101/2011, de 25 de agosto, dali resulta que também é uma medida de prevenção e que as exigências de necessidade não são tão fortes como nos demais meios de investigação dissimulados, apenas se exigindo ser *adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, nomeadamente a descoberta de material probatório, e proporcionais quer àquelas finalidades quer à gravidade do crime em investigação*. O que denota uma prevalência da proporcionalidade neste meio de obtenção da prova. Segundo Alberto Cancela, em ambiente digital este meio de obtenção da prova viola o princípio da proporcionalidade. Segundo o autor: " (…) o excessivo alargamento do regime abriu o seu âmbito de aplicação a crimes informáticos específicos e crimes cometidos por meio de sistemas informáticos, sem aprofundar e fundamentar normativamente. Descaracterizando o regime das ações encobertas, que deveria ter caracter excecional, o legislador viria a pôr em causa o princípio da proporcionalidade em sentido amplo." (Cancela, 2016, p.65). No nosso entender este é o princípio prevalente neste meio de obtenção da prova. É certo que na Lei do *cibercrime* alarga-se o seu âmbito de aplicação passando a ser aplicável aos crimes informáticos, aos praticados através de um sistema informático com a cláusula geral da pena superior a 5 anos ou inferior e se tratar de crimes sexuais e os ofendidos forem menores ou incapazes; nos demais ali constantes respeita-se a cláusula dos 5 anos. Assim parece-nos que a proporcionalidade nas ações encobertas na lei do *cibercrime* segue a linha da proporcionalidade da lei geral deste meio

[213] Tenhamos em conta a recente notícia de 04/03/2017, publicitada através de vários meios de comunicação social onde se diz que há uma fuga para *offshore* apenas por falta de controlo ao nível informático das transferências realizada.
Disponível em:
http://expresso.sapo.pt/revista-de-imprensa/2017-02-21-Fisco-deixou-escapar-quase-10-mil-milhoes-para-paraisos-fiscais-em-quatro-anos
http://sicnoticias.sapo.pt/economia/2017-02-24-Ex-diretor-do-Fisco-desmente-Nuncio-sobre-transferencias-para-offshores
(consultados a 04/03/2017)

de obtenção da prova, adaptando-a à nova realizada da criminalidade informática ou praticada através de um sistema informático. A crítica que podemos apontar é à própria lei geral, pois a necessidade não está referenciada no texto da lei mas resultará inferida do artigo 18º n.º 2 da CRP.

Assim, e em jeito de conclusão no que concerne às formas de investigação no âmbito da informática entendemos que seria relevante a criação de um regime probatório autónomo onde o branqueamento de capitais dele deveria dele constar de forma expressa[214], não obstante a sua inexistência não impedir a utilização dos referidos meios. Desta forma, seria claro e simples para os investigadores que as condutas branqueadoras informáticas cabem no âmbito dos meios de investigação ao serviço do *cibercrime*.

Não podemos deixar de fazer uma referência a um outro meio de obtenção da prova constante do regime de extensão das escutas telefónicas, que não intercepta qualquer comunicação mas antes permite que se determine a localização ou o rasto da localização de um certo aparelho de telefone ou o registo das suas comunicações efetuadas. Referimo-nos à localização celular. Apesar se se encontrar descrito na lei já há longos anos, mais uma vez, a evolução tecnológica permitiu dotá-la de melhor e mais capacidades no que concerne ao seu fim. Este instrumento legal pode assumir várias configurações: é uma medida cautelar ou de polícia, é um meio de obtenção da prova e um meio de conservação da prova. Neste sentido encontra-se também a já citada jurisprudência da Relação de Évora de 25/10/2016, onde se escreve: "Antes da entrada em vigor das Leis 32/2008 e 109/2009, podia afirmar-se que havia duas formas úteis «processualmente úteis» de usar a localização celular. Uma delas a medida cautelar de polícia prevista no artigo 252º-A do CPP e a outra o meio de obtenção de prova previsto no artigo 189º, n. 2 do mesmo código, que se mantém em vigor para a localização celular em tempo real. Agora co-existem três realidades distintas através do acrescento da obtenção de dados de localização celular «conservados» por via da Lei nº 32/2008. Os requisitos do número 3 do artigo 9º da Lei 32/2008 mostram-se de verificação alternativa. O conceito de «suspeito» dele constante exige «determinabilidade» e não «determinação». A previsão do artigo 252º-A do CPP é

[214] Semelhante ao catálogo constante da lei 5/2002, de 11 de janeiro ou da lei 101/2011, de 25 de agosto.

claramente uma previsão de carácter excepcional para situações de carácter excepcional."[215] Assim, este meio de investigação pode atuar em diversas frentes sendo, nos dias que correm, uma instrumento útil e de elementar utilização atendendo às potencialidades dos próprios aparelhos de telefone, bem como à evolução tecnológica. Quer seja em tempo real, quer seja a sua recuperação por poderem ser armazenados, pressupõe um processo penal em curso com respeito pelos princípios e limites já enunciados dos meios mais invasivos de investigação. Pois aqui é a reserva da vida privada e a liberdade ambulatória que são postas em causa com a sua utilização. Deverá haver uma cautela ainda mais acrescida, quando funciona como medida cautelar ou de polícia e, neste caso, só quando necessário para afastar o perigo para a vida ou integridade física grave, devendo ser comunicados de imediato ao Juiz que será o competente no futuro inquérito a instaurar. Ora, como medida cautelar ou de polícia não pode a localização celular ser utilizada na prevenção do branqueamento de capitais, até porque a própria natureza do crime e a forma do seu cometimento parece-nos de pouca praticabilidade e eficácia, com a localização celular numa fase embrionária da fase de investigação criminal por excelência.

Por fim, importa referir que não se pode confundir localização celular com vigilância eletrónica, pois esta serve como uma medida que determina meios de controlo à distância, para assegurar o cumprimento de certas medidas de coação, formas de cumprimento da pena de prisão ou regime de permanência na habitação, regime de adaptação à liberdade condicional, ou medidas de controlo do afastamento do agente do crime nos casos de violência doméstica, como se encontra previsto na Lei n.º 33/2010, de 02 de Setembro. A única relevância investigatória que esta lei concede é a possibilidade dos dados obtidos pelos serviços de vigilância eletrónica poderem servir para fins de investigação criminal, sendo semelhante aos dados informáticos da Lei do *cibercrime*.[216]

---

[215] Acórdão da Relação de Évora de 25/10/2016 disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/8a62944fb55a34c580258057004f3f1d?OpenDocument
(consultado a 17/01/2017)

[216] Conforme dispõe o seu artigo 31.º:
Transmissão dos dados
As autoridades judiciárias e os órgãos de polícia criminal podem solicitar aos serviços de reinserção social informação da base de dados de vigilância eletrónica para fins de investigação criminal.

Contudo a Lei do *cibercrime* regula de forma pormenorizada tal recolha ou pesquisa de dados informáticos[217], o que não acontece na lei relativa à vigilância eletrónica onde se

[217] Em especial nos seus artigos 15º de onde se depreende a demonstração para o cumprimento das exigências de investigação temperadas pela necessidade e adequação.
Vejamos a sua redação:
Artigo 15.º
Pesquisa de dados informáticos
1 - Quando no decurso do processo se tornar necessário à produção de prova, tendo em vista a descoberta da verdade, obter dados informáticos específicos e determinados, armazenados num determinado sistema informático, a autoridade judiciária competente autoriza ou ordena por despacho que se proceda a uma pesquisa nesse sistema informático, devendo, sempre que possível, presidir à diligência.
2 - O despacho previsto no número anterior tem um prazo de validade máximo de 30 dias, sob pena de nulidade.
3 - O órgão de polícia criminal pode proceder à pesquisa, sem prévia autorização da autoridade judiciária, quando:
a) A mesma for voluntariamente consentida por quem tiver a disponibilidade ou controlo desses dados, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado;
b) Nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa.
4 - Quando o órgão de polícia criminal proceder à pesquisa nos termos do número anterior:
a) No caso previsto na alínea b), a realização da diligência é, sob pena de nulidade, imediatamente comunicada à autoridade judiciária competente e por esta apreciada em ordem à sua validação;
b) Em qualquer caso, é elaborado e remetido à autoridade judiciária competente o relatório previsto no artigo 253.º do CPP.
5 - Quando, no decurso de pesquisa, surgirem razões para crer que os dados procurados se encontram noutro sistema informático, ou numa parte diferente do sistema pesquisado, mas que tais dados são legitimamente acessíveis a partir do sistema inicial, a pesquisa pode ser estendida mediante autorização ou ordem da autoridade competente, nos termos dos n.os 1 e 2.
6 - À pesquisa a que se refere este artigo são aplicáveis, com as necessárias adaptações, as regras de execução das buscas previstas no Código de Processo Penal e no Estatuto do Jornalista.
Artigo 16.º
Apreensão de dados informáticos
1 - Quando, no decurso de uma pesquisa informática ou de outro acesso legítimo a um sistema informático, forem encontrados dados ou documentos informáticos necessários à produção de prova, tendo em vista a descoberta da verdade, a autoridade judiciária competente autoriza ou ordena por despacho a apreensão dos mesmos.
2 - O órgão de polícia criminal pode efectuar apreensões, sem prévia autorização da autoridade judiciária, no decurso de pesquisa informática legitimamente ordenada e executada nos termos do artigo anterior, bem como quando haja urgência ou perigo na demora.
3 - Caso sejam apreendidos dados ou documentos informáticos cujo conteúdo seja susceptível de revelar dados pessoais ou íntimos, que possam pôr em causa a privacidade do respectivo titular ou de terceiro, sob pena de nulidade esses dados ou documentos são apresentados ao Juiz, que ponderará a sua junção aos autos tendo em conta os interesses do caso concreto.
4 - As apreensões efectuadas por órgão de polícia criminal são sempre sujeitas a validação pela autoridade judiciária, no prazo máximo de 72 horas.
5 - As apreensões relativas a sistemas informáticos utilizados para o exercício da advocacia e das actividades médica e bancária estão sujeitas, com as necessárias adaptações, às regras e formalidades previstas no CPP e as relativas a sistemas informáticos utilizados para o exercício da profissão de jornalista estão sujeitas, com as necessárias adaptações, às regras e formalidades previstas no Estatuto do Jornalista.

limita a determinar que podem ser usados para fins de investigação criminal. Tal simplicidade poderá ser perigosa pois, tais dados contêm informações pessoais dos cidadãos e o crivo da sua utilização ou armazenamento deve ser ponderado. Logo, no nosso entender, deveria existir uma remissão paras os requisitos e condições de admissibilidade, previstos na pesquisa de dados informáticos e apreensão de dados informáticos, constantes da Lei do *cibercrime* (que remetem para o regime das buscas e apreensões do CPP). É certo que estes são mais invasivos que os resultantes da vigilância eletrónica contudo, não deixam de ser dados ou elementos pessoais que carecem do mesmo tratamento jurídico-processual. Como é evidente tais dados poderão ser utilizados na investigação do branqueamento de capitais.

Por fim importa ainda referir que em 28 de novembro de 2016 entrou em vigor o Dec. Lei 81/2016, de 28 de novembro, que criou a Unidade Nacional de Combate ao Cibercrime e à Criminalidade Tecnológica[218] que surgiu de forma a especializar a PJ no combate e prevenção deste tipo de criminalidade, bem como para " reforçar o ajustamento com as estruturas europeias e internacionais de informação e contrainformação criminal (v.g., a EUROPOL e a INTERPOL), tendo em vista a luta eficaz contra o cibercrime assente na recolha e partilha de informações criminais e criminógenas, na constituição de equipas internacionais que permitam respostas articuladas entre Polícias e representantes

---

6 - O regime de segredo profissional ou de funcionário e de segredo de Estado previsto no artigo 182.º do Código de Processo Penal é aplicável com as necessárias adaptações.
7 - A apreensão de dados informáticos, consoante seja mais adequado e proporcional, tendo em conta os interesses do caso concreto, pode, nomeadamente, revestir as formas seguintes:
a) Apreensão do suporte onde está instalado o sistema ou apreensão do suporte onde estão armazenados os dados informáticos, bem como dos dispositivos necessários à respectiva leitura;
b) Realização de uma cópia dos dados, em suporte autónomo, que será junto ao processo;
c) Preservação, por meios tecnológicos, da integridade dos dados, sem realização de cópia nem remoção dos mesmos; ou
d) Eliminação não reversível ou bloqueio do acesso aos dados.
8 - No caso da apreensão efectuada nos termos da alínea b) do número anterior, a cópia é efectuada em duplicado, sendo uma das cópias selada e confiada ao secretário judicial dos serviços onde o processo correr os seus termos e, se tal for tecnicamente possível, os dados apreendidos são certificados por meio de assinatura digital.

[218] Legislação disponível em:
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2608&tabela=leis&so_miolo=
(consultada em 21/01/2017)

das Magistraturas e na realização de operações policiais transnacionais."[219] Mais um instrumento que dota a PJ de competência científica na luta contra a criminalidade informática e a criminalidade praticada por meio da informática, cumprindo assim as soluções e fins constantes na União Europeia.

Tal como já antes referimos,[220] o branqueamento de capitais tem também uma relação muito própria com os crimes de terrorismo, em especial o financiamento ao terrorismo, muitas vezes catalogados como indissociáveis. Para além de outras consequências que já explanamos, ao nível da investigação e prevenção criminais tem também uma grande repercussão, na medida em que, as medidas que se aplicam aos crimes de terrorismo podem também ser utilizadas para combater o branqueamento de capitais, surgindo, desta feita, como mais e novas soluções na sua investigação e prevenção.

A esta temática nos dedicaremos no ponto seguinte.

3.3.2 A especificidade na investigação dos crimes de terrorismo.

A Lei 52/2003 de 22 de agosto (Lei de Combate ao Terrorismo) veio alterar o n.º 2 do artigo 1º do CPP, no qual hoje se estabelece a identificação dos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizadas. Estes crimes estão definidos nos n.ºº 2 e 3 da referida lei penal avulsa, para além dos constantes no direito penal do catálogo.

A identificação conjunta deste tipo de criminalidade possibilita a aplicação de regimes processuais penais mais severos e rigorosos, na restrição dos direitos fundamentais. As buscas e revistas são efetuadas pelos órgãos de polícia criminal sem ser necessário o mandado do Juiz, conforme estabelece o n.º4 do artigo 174º CPP; os prazos de duração da prisão preventiva e das outras medidas de coação são alargados (n.º2 do artigo 215º); pode o detido ser mantido em regime de incomunicabilidade antes do primeiro

[219]Fundamento constante na exposição de motivos do referido Dec. Lei.
[220] Em especial no ponto 2, do capítulo I, do presente trabalho.

interrogatório judicial (n.º 4 do artigo 143º) e, como regime especial para este tipo de criminalidade, as escutas telefónicas podem ser autorizadas ou ordenadas por um Juiz diferente do Juiz do processo, quer dizer, a autorização ou ordem pode ser emitida pelo Juiz do lugar onde se possam realizar as conversas ou comunicações telefónicas.

Este regime jurídico impõe-se por razões de eficácia e operacionalidade e não acarreta qualquer dificuldade acrescida em sede de restrição dos direitos fundamentais. Contudo o foco neste tipo de criminalidade assenta na sua prevenção. Todos os instrumentos jurídicos criados têm como *ratio* impedir a realização das suas condutas atendendo à danosidade avassaladora que tais crimes potenciam. Basta atentarmos à analisada Lei 25/2008, de 25 de junho, recentemente revogada pela lei 83/2017, de 18 de agosto que, apesar de direcionada principalmente para a prevenção do branqueamento de capitais, pretende, com o mesmo, evitar que existam fundos que possam financiar o terrorismo.

Verifica-se também um aumento do conceito de pessoas que podem ser visadas com estes novos meios de investigação, ou já antigos com menos restrição no seu uso, ou seja, o alarme é de tal ordem que todos nós passamos a ser suspeitos. Basta pensarmos na justificação e aceitação de instalação de novos sistemas de videovigilância em espaços públicos, posição em que a Inglaterra tem uma posição de destaque, mas que trespassa todos os países da união Europeia e, tal com refere a autora Anna Oehmichen, na Alemanha, existe legislação que permite a busca de dados pessoais de indivíduos que possuam algumas características que sejam consideradas suspeitas, por exemplo estudar engenharia, ter entre e 20 a 30 anos e ser muçulmanos. Em suas palavras: " (…) las «leyes com sospecha general», la llamada *Rasterfahndung,* merced a la cual existe la possibilidad de buscar (electrónicamente) um registo com datos personales, por ejemplo un registo de una universidade, com critérios específicos «sospechosos», como «estúdios de ingeniería, hombre, entre 20 y 30 años, de Pakistan o Afganistán o Iran o Sudan, musulmán» para identificar gente peligrosa que podría cometer un acto terrorista algún día." (Oehmichen, 2011, p.510). A prevenção do terrorismo é levada ao limite. Melhor, no nosso entender, ultrapassa-o. Não é configurável que cataloguemos as pessoas em função da sua origem,

etnia ou escolhas, como propensas à prática de crimes no futuro, será criar agentes do crime com base em presunções desiguais e discriminatórias. Esta construção é o novo conceito da conceção lombrosiana da escola positivista antropológica, adaptada ao nosso tempo.[221] Será o excesso do excesso, pois limitam-se direitos fundamentais com base em factos que não aconteceram, nem existe nada que depreendam que vão efetivamente concretizar-se, nem sequer atos preparatórios. Parece que os realizadores de Hollywood começam a influenciar o mundo do direito, onde os relatórios minoritários de quem prevê o crime passam a ser fonte da perseguição criminal.[222] Mais uma vez, com estas medidas, se demonstra que caminhamos para um novo direito penal: onde o tipo ou a qualidade do agente começa a demonstrar ter extrema relevância. Melhor, o tipo de agente já induz algum juízo de suspeição em relação à propensão para a prática de certos factos.[223] Mas concentremo-nos nas suas medidas.

Hoje, o terrorismo não vive nem é encarado de per si, ou seja, as medidas criadas para o seu combate são pensadas não só para este crime mas para a luta contra o crime organizado internacional, em que o branqueamento tem também o seu acento tónico, conforme refere Javier Jiménez Fortea:“ se concibieron pensando en la lucha antiterrorista, aunque su utilidade vaya más allá, en la medida que sirven para combater el crimen organizado y/o transnacional en general.” (Fortea, 2011, p.614). E como já referimos antes o “novo” terrorismo começou com os atentados de 11 de setembro de 2001 e desde logo, a primeira reação a tais atos por parte dos Estados Unidos da América foi o *Patriot Act*.[224] Neste diploma aproveitaram-se as medidas pré-existentes na luta contra a criminalidade organizada e o branqueamento de capitais para a o combate ao terrorismo. As já existentes

[221] Cesare Lombroso é conhecido na criminologia como pai da escola positiva antropológica. O seu estudo é caracterizado por uma frase que muito utilizava nos seus estudos que grosso modo atestava que os criminosos eram detetáveis à vista desarmada. Um conceção da identificação dos agentes com base nas suas características físicas ou antropológicas. Hoje uma conceção de se rejeitar mas que parece ressurgir com outros contornos.

[222] Referimo-nos ao filme de 2002, baseado no livro de Philip Dick, de Steven Spielberg onde Tom Cruise é personagem principal com o título original de Minority Report. Apesar de reproduzir um futuro ainda distante de nós (2054) parece que as suas perigosas influências já se começam a sentir.

[223] Questão que aprofundaremos com maior acuidade no ponto 3 do capítulo III do presente trabalho.

[224] Disponível em:
https://www.justice.gov/archive/ll/what_is_the_patriot_act.pdf
(consultado em 07/03/2017)

tornaram-se mais invasivas e foram criadas novas para a luta contra o terrorismo, mas que acabaram por se poder também aplicar ao branqueamento de capitais, " la Ley Patriótica- la Patriot Act- de 26 de octubre de 2001, que consiste en un conjunto de medidas que ha modificado multitude de disposiciones ya existentes e introducido otras, en relación com la definición de los delitos de terrorismo; la detención, el interrogatório y las sanciones a terroristas, la intervención de las comunicaciones; el blanqueo de capitales; (…) " (Fortea, 2011, p.618).

A principal característica das medidas de combate ao terrorismo assenta na união de esforços entre os Estados. Como o efeito deste tipo de criminalidade é transnacional e transversal então a resposta será usar essa caraterística harmonizando e concertando instrumentos entre os Estados. O branqueamento de capitais também comportas estas mesmas características de transnacionalidade e transversalidade contudo, os efeitos do terrorismo são mais nefastos e mais visíveis ao comum cidadão.

De seguida, iremos dedicar a nossa atenção a uma lei que se aplica no combate ao branqueamento de capitias, ao terrorismo e, implicitamente, a alguns crimes informáticos.

3.3.3 A especificidade da Lei de combate à criminalidade organizada (a Lei 5/2002, de 11 de janeiro)

Constatamos, face ao exposto, que novos e mais eficazes mecanismos de obtenção e conservação da prova estão ao serviço da investigação do branqueamento de capitais que poderão afastar as suas dificuldades investigatórias, quer pela sua forma de execução per si, quer, e também por estar ínsito à criminalidade organizada. A inserção do branqueamento de capitais como um dos crimes catalogados como criminalidade organizada outorga à sua investigação de novos e mais eficazes meios de obtenção da prova. A principal fonte é a já referida Lei 5/2002, de 11 de janeiro, que, apesar de não ser

nova, hoje em dia tem uma aplicação constante e com grande eficácia, estando sempre sobre a atenção do legislador nacional e comunitário. [225] Será agora o momento da sua análise.

Já por diversas vezes ao longo do presente trabalho nos referimos a esta lei, pois tem implicações e âmbitos de aplicação muito próprios, que à primeira vista determinariam uma redução da sua aplicabilidade mas de facto assim não o é. Conforme já referimos antes a Lei 5/2002, de 11 de janeiro é também denominada medidas de combate à criminalidade organizada, e nela se consagram regras especiais em relação a alguns meios de prova; estatui um novo meio de obtenção da prova e determina um regime muito especial de arresto, com vista à perda alargada de bens a favor do Estado. Analisemos cada uma dessas medidas.

3.3.3.1 O segredo profissional.

No que concerne às regras especiais em relação a alguns meios de prova referimo-nos ao regime relativo ao segredo profissional, em especial o financeiro. Logo no artigo 2º da referida lei, se determina de forma automática a quebra do segredo a certas entidades, grosso modo as financeiras e fiscais, na investigação dos seus crimes de catálogo, bastando que existam *razões para crer que as respetivas informações têm interesse para a descoberta da verdade.* Contudo, tal quebra de segredo carece de ordem da autoridade judiciária competente que, como é evidente, tem sempre de ser fundamentada[226], desde

[225] A redação dada pela Lei n.º 55/2015, de 23/06 determinou a inserção dos crimes de terrorismo no seu catálogo. A sua redação mais recente resulta da Lei 30/2017, de 30 de maio, que transpôs para a ordem jurídica interna a diretiva comunitária 2014/45/EU do Parlamento Europeu e o do Conselho relativa ao congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia, alargando, de novo, o catálogo dos crimes e estabelecendo um novo regime no que diz respeito ao arresto preventivo, de modo a garantir uma maior eficácia, conforme melhor aprofundaremos no ponto 3.3.3.3, do presente trabalho.

[226] Tal como impõe o seu n.º 2:
Artigo 2.º
Quebra de segredo

logo por razões de legitimação da restrição do direito ao segredo e, consequentemente, de forma permitir o efetivo exercício do contraditório. Tal como é referido pelos magistrados do MP: " o despacho que determina a quebra do sigilo dos membros de órgãos sociais, dos empregados e dos prestadores de serviços de instituições de crédito e de sociedade financeiras, bem como dos funcionários da administração fiscal, deve ser *fundamentado* (…) não vislumbramos por que excluir dessa fundamentação as suas razões determinantes, em sede de definição e concretização do interesse para a descoberta da verdade." (DIAP Distrital de Coimbra, 2004, p.71). Ainda neste trabalho se aprecia a duração de tal medida, a possibilidade do pedido ser genérico abrangendo arguidos ou outras pessoas não relacionadas com o crime, mas que acabam por ser afetadas com tal medida e, por fim, a discussão sobre a possibilidade das autoridades judiciárias e os órgãos de polícia criminal poderem diretamente aceder às bases de dados da administração fiscal.

Ora na esteira do que é ali defendido, concordamos que a quebra de segredo deverá manter-se enquanto a investigação criminal permanecer, até porque é por força de exigências investigatórias que esta quebra de segredo é legitimada as quais poderão permanecer enquanto durar a investigação. No que concerne ao pedido genérico e os visados poderem ser arguidos ou não, também entendemos que, de facto, se impõe um maior grau de exigência de fundamentação, quando o visado não é arguido pois, quanto a este, como não é sujeito processual, a ponderação dos interesses em conflito deve ser determinada com maior acuidade até porque não beneficia das mesmas garantias de defesa do sujeito do processo arguido.

No mesmo sentido também se encontra Germano Marques da Silva que escreve: "Não me repugna nada que certos segredos, nomeadamente os atinentes ao exercício da função pública, v.g. fiscais, e a actividade bancaria, cedam perante as necessidades de combate à criminalidade organizada, como não me repugna que cedam, em geral, relativamente ao combate a quaisquer tipos de crime, desde que a sua gravidade o justifique (principio da proporcionalidade)." (Silva, 2005, p.78). Parece, segundo as suas

---

2 - Para efeitos da presente lei, o disposto no número anterior depende unicamente de ordem da autoridade judiciária titular da direcção do processo, em despacho fundamentado.

palavras, que as exigências de proporcionalidade são suficientes para levantar o segredo profissional, pelo menos naquele tipo de segredos. Todavia alertamos que tais segredos são muitas vezes manifestações de exercício livre de certas atividade e profissões, e como tal, são direitos fundamentais que, para poderem ser restringidos, não basta a proporcionalidade, é necessário a verificação cumulativa das outras condições de restritibilidade de direitos fundamentais: a necessidade e a adequação.

Por fim, a possibilidade de acesso à base de dados, após a entrada em vigor da lei do *cibercrime*, tal legitimidade não carece de qualquer adversidade, pois como vimos, hoje tais instrumentos de investigação são aceites desde que respeitados os seus requisitos, que correspondem ao respeito pela legitimidade de restrição de direitos fundamentais no s termos do disposto no n.º 2 do artigo 18º da CRP. Constando, inclusivamente, de forma expressa a possibilidade dos órgãos de polícia criminal procederem à sua pesquisa sem prévia ordem da autoridade judiciária quando em causa esteja o crime de branqueamento de capitais, entre os outros associados à criminalidade altamente organizada, violenta ou terrorismo, cabendo no seu âmbito de aplicação.[227]

O segredo profissional em sentido lato existe, por um lado, de forma a salvaguardar o direito à reserva da vida privada do cidadão que contacta com certo tipos de atividades e profissões, podendo ter a segurança que aquilo que lhes transmite (que cabe na sua esfera da vida privada) fica a coberto por este dever de guardar segredo; por outro lado, é também uma garantia de funcionalidade das referidas atividades profissionais, pois só conhecendo todas as premissas se poderá conseguir chegar a uma conclusão. A possibilidade de apresentação de produtos financeiros ou aplicações financeiras carece sempre de um

[227] Referimo-nos ao artigo 15º da lei do *cibercrime*, que regulamenta a pesquisa de dados informáticos onde no seu número 3 se estatui:
3 - O órgão de polícia criminal pode proceder à pesquisa, sem prévia autorização da autoridade judiciária, quando:
a) A mesma for voluntariamente consentida por quem tiver a disponibilidade ou controlo desses dados, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado;
b) Nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa.
4 - Quando o órgão de polícia criminal proceder à pesquisa nos termos do número anterior:
a) No caso previsto na alínea b), a realização da diligência é, sob pena de nulidade, imediatamente comunicada à autoridade judiciária competente e por esta apreciada em ordem à sua validação;

pressuposto prévio que é saber o montante do capital que o cliente detém, disposto a sujeitar a produtos bancários. Contudo, na eterna conflitualidade entre os direitos e o interesse investigatório, neste tipo de criminalidade e nesta lei, de forma crassa, prevalece este último. Atendendo às entidades que estão sujeitas a esta medida de combate resulta, no nosso entender, que esta é criada, ou pelo menos será mais profícua, no combate ao branqueamento de capitais. Pois é através delas ou por elas que as condutas branqueadoras normalmente trespassam.[228]

3.3.3.2 O registo de voz e imagem.

Resulta da lei sob estudo a existência de um meio de obtenção da prova que não consta da lei processual penal em sentido estrito: o registo de voz e imagem, que surge como um meio de obtenção de prova direcionado para o combate deste tipo de criminalidade. Como escreve Mário Ferreira Monte: " Trata-se de um alargamento dos meios de obtenção da prova relativamente ao regime previsto no CPP. O que vem responder à necessidade de relativizar as garantias em nome de uma justiça mais eficaz em certos domínios concretos, tais como o da criminalidade organizada e económico-financeira." (Monte, 2004a, pp.83-84) Assim importa desde já determinar quais serão as diferenças que tal meio de obtenção de prova comporta em comparação com os dele constante.

A primeira análise a aferir será na (in) existência de diferenças entre o registo de voz e imagem e as reproduções mecânicas do artigo 167º do CPP. Desde logo, podendo parecer uma diferença meramente conceptual mas que não é, o primeiro é um meio de obtenção da prova e o segundo um meio de prova, Logo ao contrário do registo de voz e imagem em que a sua admissibilidade é aferida antes da sua realização, nas reproduções

[228] Basta pensarmos na já analisada lei de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e terrorismo onde apensar de existirem outras entidades, são as instituições bancárias as principais visadas com a referida lei e constantemente supervisionadas no cumprimento desses mesmos deveres.

mecânicas o que se procederá é à avaliação da sua admissibilidade depois de realizadas. Só não será de admitir a sua utilização, se a sua obtenção corresponder à prática de um crime. Conforme é referido pelo Supremo Tribunal de Justiça: "Na verdade, ao estabelecer-se que as reproduções fotográficas, ou cinematográficas, só valem como prova dos factos, ou coisas, reproduzidas se não forem ilícitas, nos termos da lei penal, não se equaciona tão somente uma condição de validade da prova, assente na constatação da tipicidade de uma conduta como crime, mas exige-se, também, que o acto não seja afectado pela sua ilicitude e esta não se esgota no preenchimento de um tipo legal de crime. Para que um comportamento seja punido como crime, exige-se que, além se encontrar tipificado na lei penal, configure, também, um acto ilícito, e culposo, o que implica a ponderação da existência, ou não existência, de uma causa de justificação da gravação ou da fotografia que se pretende utilizar como meio de prova." [229] Sobre o especial aspeto da gravação feita por particulares e a sua relevância probatória, já nos pronunciamos antes em outros trabalhos, onde escrevemos: "A conduta de um particular que procede a filmagens e gravações da imagem do investigado, mesmo enquanto este se encontra na via pública, contra a sua vontade consiste na prática do crime previsto e punido nas alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 199º CP. Quer do ponto de vista objetivo (pois o agente está preencher os elementos objetivos do tipo ao fotografar ou filmar outra pessoa e/ou a utilizar ou permitir que se utilizem fotografias ou filmes obtidos nos termos descritos), quer do ponto de vista subjetivo (pois o particular conhece e quer a conduta descrita, até pelo caráter dissimulado que utilizou na sua obtenção). Tipicidade que indicia a ilicitude do facto que quanto a nós não é afastada. Pois, sendo a conduta a prática de um crime a sua utilização para efeitos probatórios só é lícita se corresponder a algum dos meios de obtenção de prova ou meios de prova previstos no CPP. Aqui, neste catálogo, já o legislador ordinário, respeitando os princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade, admite certos métodos de obtenção de prova com a restrição de direitos fundamentais. Ou seja, os meios de obtenção

[229] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/09/2011, disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/25cd7aa80cc3adb0802579260032dd4a?OpenDocument
(consultado em 14/03/2017)

da prova descritos no CPP são, em bom rigor dogmático, causa de exclusão da ilicitude de natureza processual penal. Logo, para determinada conduta que corresponda à prática do crime poder ter valor probatório, terá de estar catalogada na lei do processo como meio de obtenção da prova, sob pena de ser abusiva a intromissão nos direitos fundamentais dos investigados. Não se bastando a enunciação de exigências de justiça." (Conceição, 2015:150). O que pretendemos salientar é que, se no registo de voz e imagem tal ponderação acontece antes da sua autorização, nas reproduções mecânicas, necessariamente, a ponderação terá ainda que ter um peso maior porque a restrição já operou e não se está a ponderar que possa verificar-se a lesão, mesmo que justificável, a lesão já aconteceu. Pois não se descure que em causa estão bens jurídicos autónomos da reserva da vida privada, ou seja, o direito à palavra falada e o direito à imagem e, como bem refere Mário Ferreira Monte: " (…) a verdade é que um dos aspectos positivos que o artigo 6º trouxe foi o de realçar a natureza constitucional, autónoma e jurídico-penalmente relevante de tais interesses." (Monte, 2004b, p.102).

Importa ainda salientar a sua diferença em relação ao regime de extensão das escutas telefónicas. O registo de voz e imagem remete para os requisitos de forma das escutas telefónicas com as necessárias adaptações. Não obstante o seu regime de extensão deste meio de obtenção da prova permitir a interceção das comunicações entre presentes, o registo de voz e imagem, como a sua própria conceptualização induz, pressupõe a captação da voz e da imagem do visado, logo, não cabe no referido regime de extensão. Mas está sujeito às suas formalidades, salientando-se o controlo relativamente apertado a sua duração e fiscalização nos termos do disposto no n.º 3 e 4º do referido 188º do CPP[230]. Neste âmbito fazendo um paralelismo entre o regime das escutas telefónicas e o registo de

[230] Cuja redação é a seguinte:
3 - O órgão de polícia criminal referido no n.º 1 leva ao conhecimento do Ministério Público, de 15 em 15 dias a partir do início da primeira intercepção efectuada no processo, os correspondentes suportes técnicos, bem como os respectivos autos e relatórios.
4 - O Ministério Público leva ao conhecimento do Juiz os elementos referidos no número anterior no prazo máximo de quarenta e oito horas.
Daqui se depreende com a concretização de lapsos temporais bastante apertados o rigor no procedimento das operações. Apesar de existirem outras vozes nos nosso entender, como já tivemos oportunidade de referir em outros trabalhos, tais incumprimentos geram a nulidade de prova constante do n.º 3 do artigo 126º do CPP, até por remissão expressa do artigo 190º do CPP. (Conceição, 2009).

voz e imagem, constamos que o juízo de proporcionalidade é mais exigente neste do que nas escutas contudo, a necessidade carece de ser demonstrada com maior rigor nas escutas do que no registo de voz e imagem, ou seja, podem-se escutar mais crimes do que aqueles que podem ser investigados através do registo de voz e imagem. Neste sentido, também Carlos Rodrigues de Almeida escreve: "Se comparamos esses requisitos com os estabelecidos em matéria de escutas telefónica e afins verificaremos que as diferenças se situam na delimitação dos crimes de catálogo que permitem a utilização de cada um destes meios de obtenção da prova e no grau de relevância da sua utilização para a consecução dos fins da investigação." (Almeida, 2004, p.110).

Assim, e em jeito de conclusão o registo de voz e imagem é diferente o regime de extensão das escutas pois permite a captação da imagem e voz, concomitantemente, independentemente de existir ou não qualquer comunicação ou conversação. " É aqui que o texto da Lei n.º 5/2002, ao referir apenas «o registo de voz e imagem», independentemente das circunstâncias em que ocorra e do meio utilizado, pode permitir algo mais que o CPP não permite." (Monte, 2004, p.100), preponderando a proporcionalidade e cedendo às exigências de necessidade em prol dos crimes em investigação que, como já referimos antes[231], comportam, por regra, maiores dificuldades investigatórias.

Temática mais controversa, por contundente com princípios informadores da estrutura essencialmente acusatória do nosso modelo de processo penal, é o arresto preventivo dos bens com vista à sua perda alargada a favor do Estado. Eis o que analisaremos de seguida.

[231] Em especial no ponto 1, do presente capítulo.

3.3.3.3 O arresto preventivo com vista à perda alargada de bens a favor do Estado.

Importa desde já determinar que tal medida foi criada com o propósito de se conseguir "confiscar" [232] o património dos arguidos cujos crimes praticados visavam isso mesmo, a obtenção de lucro e de mais património resultante de práticas criminosas difíceis de investigar e controlar os seus ganhos, sendo o branqueamento de capital o principal instrumento para o efeito. Como refere João Conde Correia e Hélio Rodrigues, referindo-se à independência entre o pedido civil e o confisco de forma geral e não à perda alargada de bens a favor do Estado mas que necessariamente a esta se aplica, a *ratio* deste e outros institutos é demonstrar ao agente e à comunidade que o crime não compensa. Como referem: "Intervém sempre por forma a restituir o condenado ao *status* patrimonial anterior à prática do crime e, desta forma, mesmo que a vítima nada faça, demonstrar que ele não compensa." (Rodrigues & Correia, 2015, p.9).

Realçamos desde já que este instituto é transversal a toda União Europeia existindo, inclusive, legislação interna no sentido de determinar a execução de decisões das autoridades judiciárias europeias relativas a decisões de apreensão de bens ou elementos de prova. Referimo-nos à Lei 25/2009, de 5 de junho, onde, como é evidente, o branqueamento de capitais também se encontra previsto no seu âmbito de aplicação.[233]

---

[232] Como refere Ana Duarte o confisco foi abolido há vários séculos atrás com vista a humanizar o direito penal impedindo sanções tão graves que colocassem o arguido e toda a sua família despojados de qualquer capacidade de sustento: "Se recuarmos à época das ordenações, o confisco geral era essencialmente uma medida política e económica, estava especialmente delineado para crimes económicos cuja motivação fosse o enriquecimento e também para crimes políticos. Era muito frequente o funcionamento deste mecanismo, até que contagiado pelos "ventos de mudança", o confisco geral de bens foi abolido em 1822. A sua proibição foi um legado iluminista, foi uma tentativa de humanizar a justiça, e de não permitir que o criminoso e a sua família fossem "atirados" para a miséria." (Duarte, 2013, p.10).

[233] Resultado da Decisão Quadro n.º 2003/577/JAI, do Conselho, de 22 de julho que é também uma manifestação da união de esforços entre os Estados no combate ao branqueamento de capitais de forma tácita, funcionando de forma imediata como forma à recolha de meios de prova e subsequente perda de bens, no âmbito do princípio do reconhecimento mútuo das decisões das autoridades judiciárias na União Europeia.

Podendo o Estado a quem se dirige o pedido de execução escolher qual o melhor mecanismo interno para o seu efeito.[234]

O confisco, desde logo pela sua própria expressão, que o legislador quis substituir por perda, não é bem aceite pela comunidade jurídica pois, a sua história lembra-nos dos maiores abusos e atropelos que o poder punitivo do estado infligia ao seu cidadão. " Séculos e séculos de abuso e de prepotência geraram a forte reação iluminista da proibição do confisco e contribuíram para criar um clima geral que ainda lhe é muito hostil. Temos medo que esses excessos passados se repitam e, por isso, esquecemos que o confisco num Estado de direito é muito diferente do confisco num Estado absoluto." (Correia & Rodrigues, 2017, p.13). De facto, não se pode confundir o confisco da época medieval com o confisco atual, contudo, de forma a evitar os efeitos perniciosos que comporta, independentemente da época, impera sempre determinar o seu regime jurídico com muita exatidão e sempre com respeito pela pessoa, enquanto tal, impedindo que o arguido seja usado como um mero objeto que sirva como forma de intimidação comunitária.

Assim, importa fazer uma mera referência aos institutos internos portugueses cuja consequência, grosso modo, é a perda de bens a favor do Estado.

No que concerne à perda de bens a favor do Estado e aos mecanismos a ela subjacentes importa distinguir a apreensão (artigos 178º e seguintes do CPP); a perda de vantagem (artigo 111º do CP); o arresto preventivo (artigo 228º do CPP); e o arresto com vista à perda alargada de bens a favor do Estado (artigos 7º e 10º da Lei 5/2002, de 11 de janeiro).

Fazendo uma distinção sumária, cumpre esclarecer que a apreensão é um meio de obtenção da prova e, assim, a sua finalidade é a recolha de matéria probatório que não tem, *ab initio*, a função de permitir a perda de bens por parte do agente do crime, contudo, após a decisão final, podem os bens apreendidos serem declarados perdidos a favor do Estado (nos termos do n.º 7 do artigo 178º, do CPP, constando o regime jurídico dessa perda no artigo 109º do CP). A perda de vantagens é também uma consequência da prática do crime

[234]Assim determina o n.º 4 do artigo 12º da referida lei o qual, não obstante remeter para as regras do processo penal como estas fazem apelo a regras substantiva, também estas se aplicam por força desta ligação sistemática e de conteúdo.

a nível substantivo (artigo 11º do CP). Não é vista pelo legislador como uma sanção penal mas antes uma consequência, próximo do direito administrativo sancionatório, pela prática do crime e assim, todos os bens ou vantagens obtidas através da prática de um facto ilícito podem ser declarados perdidos a favor do Estado. O arresto preventivo (artigo 228º CPP), a par da caução económica, é uma medida de garantia patrimonial que tem como fim permitir o arresto de certos bens com vista a assegurar o cumprimento de obrigações pecuniárias oriundas do processo penal. O arresto com vista à perda alargada de bens a favor do Estado constante dos artigos 7º e 10º da Lei 5/200, de 11 janeiro é uma medida criada no combate à criminalidade organizada onde o branqueamento de capitais, como temos vindo a reiterar, tem também o seu assento, o qual tem por fim a: " restituição do arguido ao *status* patrimonial anterior à prática do crime". (Correia, 2015, p.523).

São como constatamos medidas diferentes e podem ter como objeto coisas distintas, desde produtos, objetos, vantagens, lucro, preço ou recompensa. Contudo qualquer uma dessas "coisas" pode ser apreendida, declarada perdida, arrestada, a título de medida cautelar, ou com vista à perda alargada. [235]

O arresto preventivo, com vista à perda alargada de bens a favor do Estado, é a mais controversa por importar presunções, cabendo ao arguido o ónus de a ilidir. Carecendo de uma melhor clarificação do seu regime legal, na sua determinação atendendo à consequência que da mesma advém.

---

[235] Sobre a distinção entre as referidas figuras vide o texto de João Conde Correia. (Correia, 2015). Numa outra obra, o mesmo autor distingue, com profundidade os referidos conceitos determinando os efeitos diferentes do confisco em razão da diferença dos bens que são o seu objeto, em que num se protegem os interesses de terceiro e noutro não há essa preocupação legislativa, até porque se dirigem ou tem como fim beneficiar o agente. Assim segundo Conde Correia os objetos que tiverem servido ou que estivessem destinados a servir para a prática de um facto ilícito típico sãos os instrumentos do crime; os que forem por estes produzidos são os produtos do crime; as vantagens são as recompensas dadas ou prometidas ao autor ou a terceiro, as coisas, os direitos ou vantagens adquiridos através do facto ilícito típico por aquele ou por outrem podendo consistir num aumento do activo ou diminuição do passivo, no uso ou consumo de coisas ou de direitos alheios ou na mera poupança ou supressão de despesas. Abrangendo-se assim as vantagens direta ou indiretamente adquiridas, podendo caber aqui também os bens em que se transforma as vantagens ou a recompensa. (Correia, 2012).
Diferente é o cálculo da vantagem confiscável onde caberá às autoridade judiciárias demonstrar a sua realização mas que segundo o autor poderão assentar em estimativas do julgador que não podem ser totalmente abstractas: (…) A operação não pode consistir numa mera suposição, alheia à realidade." (Correia, 2012, p.92).

Resulta do artigo 10º da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, a possibilidade de se proceder ao arresto dos bens do arguido, com vista à sua perda alargada a favor do Estado, por se presumir que a sua titularidade é oriunda da prática de um dos crimes do catálogo. Terá de ser o arguido a demonstrar a sua proveniência lícita. Na esteira de Damião da Cunha e Ana Duarte, consideramos que tal presunção abrange o património total do arguido: "O que acontece é que quem beneficia da presunção fica desonerado de provar o facto presumido. Assim, na realidade, é todo o património do arguido que é tido como proveniente de fonte ilícita e adquirido dentro dos cinco anos anteriores à constituição de arguido, pois só desta forma fará sentido que o arguido tenha que ilidir a presunção." (Cunha, 2004, p.136).

O legislador determina um critério geral que permite ilidir a referida presunção, ou seja, se os bens, ou património, se encontrarem na esfera jurídica do arguido há mais de cinco antes até a sua constituição como tal, a presunção é ilidida. Várias são as vozes que referem que se verifica um verdadeiro ónus da prova por parte do arguido. Damião da Cunha defende que tal perda é uma verdadeira sanção que visa anular as vantagens presumidas de uma atividade criminosa que implica uma regra de inversão do ónus da prova. (Cunha, 2004, p.126). Impendendo ao arguido a prova da sua proveniência licita ou que está na sua titularidade há mais de 5 anos e como esta medida pressupõe um processo penal, parece resultar a violação da estrutura acusatória do modelo de processo penal português, pois uma dos aspetos que a caracteriza é a inexistência de ónus de prova por parte do arguido. Neste mesmo sentido também escreve Jorge Godinho: " (...) afigura-se que o confisco «alargado» com base em presunções e com inversão do ónus da prova incorre numa série de violações do princípio da presunção da inocência: presume a existência dos pressupostos de que depende a sua aplicação; distribui o ónus da prova ao arguido; suprime o direito ao silêncio; e resolve o *non liquet* contra o arguido." (Godinho, 2003, p.1359). Contudo importa aferir se de facto é assim mesmo, e nessa medida, é premente distinguir duas figuras que resultam deste regime: o arresto preventivo e a efetiva perda alargada de bens a favor do Estado.

No que diz respeito à perda alargada de bens a favor do Estado não é unívoca a doutrina na sua classificação. Autores, como Damião da Cunha, entendem que a perda alargada é uma sanção administrativa, outros, como Jorge Godinho, entendem que que é de natureza substantiva semelhante a uma medida de segurança (Godinho, 2010), outros, como Augusto Silva Dias, entendem que é um efeito da pena (Dias A. S., 2010) e ainda

outros, como Pedro Caeiro, que a sua existência é inequivocamente resultado da política criminal. (Caeiro, 2011).

Em nossa perspetiva, como só é determinada após a condenação, acaba por ter uma ligação à questão penal, contudo, as regras que a determinam não se prendem com a determinação de um juízo de culpa. Melhor, para operar tem de se verificar um juízo de culpa e de prova já cabalmente determinado, contudo a sua concretização não está dele dependente. Parece-nos que, apesar de ter finalidades semelhante à pena, em especial de prevenção geral positiva, no sentido de transmitir à comunidade que o crime não compensa e que o agente que enriquece com o crime fica sem esse enriquecimento, os termos da sua determinação são mais próximo de uma consequência de natureza administrativa sancionatória do que propriamente de uma pena, pois o cômputo dessa perda é realizado com base em apuramentos patrimoniais e não com base no grau de culpa do agente. " No fundo, uma medida de correção e de confirmação da validade e d vigência do ordenamento jurídico que, apenas pode retirar o património incongruente do condenado, devendo deixar o restante incólume." (Correia, 2012, p.116). Até porque, para o poder ser, por força do princípio da legalidade, deveria resultar como tal no catálogo das sanções penais quer sejam, principais, acessórias ou de substituição.

Mas tal natureza não deve facilitar a sua utilização por não estar dependente dos obstáculos que a lei penal impõe. A sua natureza administrativa deve impor ao aplicador da lei e ao legislador sérias e imperiosas regras de atuação do Estado, sob pena de se repristinar o confisco da idade média, onde o propósito era despojar o agente de bens impossibilitando a sua subsistência. Neste sentido também se encontra João Conde Correia, quando refere: " Quem, pelo contrário, afastar a natureza penal do instituto terá o caminho facilitado, mas, mesmo assim, não poderá esquecer determinadas condicionantes imprescindíveis à sua legitimidade num verdadeiro Estado de direito. O confisco não fica confiado ao arbítrio do legislador e, muito menos, do seu executor." (Correia, 2012,p.115).

E, mesmo de natureza administrativa sancionatória, deverá ser executada após o trânsito em julgado do referido juízo decisório, pois é a prática do crime que legitima a sua aplicação, de contrário, e mais uma vez, regressariam as considerações sobre um direito penal e processual penal do inimigo. Salientando tal perigo encontramos Augusto Silva Dias, que, como já vimos, entende que a natureza do confisco é penal constituindo um efeito da pena. Conforme refere:" A sua natureza é, pois, eminentemente penal, constituindo em nosso entender um efeito da pena." (Dias A. S., 2010, p.39). Defende o

referido autor que apesar de tal consequência comportar uma limitação à presunção da inocência, é suportável e legítima por respeito pela proporcionalidade. Contudo, apenas poderá ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória do crime que legitima o referido confisco. "Se não é ilegítimo que o confisco seja aplicado na sentença condenatória, como efeito da pena, já é inadmissível que seja executado antes do trânsito em julgado daquela sentença." (Dias A. S., 2010, p.43). Apesar de legítima, só é exequível após a força da decisão judicial se verificar dentro e fora do processo e nunca antes, pois se assim não for, estamos a aplicar, uma medida que depende da prática de um crime, sem este se ter, de facto, judicialmente verificado.

No que concerne ao arresto, nem sequer há juízo de culpa formado, pois aqui, normalmente, encontramo-nos na fase de investigação por natureza, logo no início do processo penal, onde a presunção da inocência deve ter uma maior incidência e é aqui, neste momento tão precoce do processo penal, que o ónus da prova carece de ser cumprido pelo arguido se quiser evitar o arresto do seu património. Ou seja, com base nesta lei e regime em análise, logo no inquérito poderá o MP requerer ao JIC a realização do arresto de todo o património do arguido, cabendo a este impugnar tal decisão com o ónus de demonstrar o que é de proveniência lícita ou demonstrar que já passaram os já referidos cinco anos à data da sua constituição como arguido, tentando afastar a presunção. Parece-nos que, tal imposição sobre o arguido, vista por este prisma, é de facto violadora da sua garantia constitucional de presunção de inocência, do princípio da culpa, da proibição da sua autoincriminação e necessariamente do modelo acusatório.

A sua associação umbilical ao processo penal, não obstante em causa estar a criminalidade organizada, não permite que se aniquilem princípios tão basilares como os enunciados. Também seguindo esta linha de raciocínio está Germano Marques da Silva, que defende que, em vez de se criarem presunções, o melhor seria existir uma obrigação fiscal para todos os cidadãos de fazerem uma espécie de inventários dos seus bens. Conforme refere: "Tenho sérias reservas quanto a esta medida, porque muitas vezes e de prova impossível a origem lícita dos bens, nomeadamente que estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido. (...) Não seria muito mais razoável, mais justo e mais eficaz que, primeiro, em lei tributaria se impusesse a obrigação a todos os cidadãos de terem um inventário dos seus bens com o que se preveniria não só aquele tipo de crimes, mas muitos outros, nomeadamente a fraude fiscal, que consta ser um mal muito generalizado e certamente não muito menos grave do

que alguns dos crimes indicados no art. 1º da Lei n.º 5/2002 (contrabando, por exemplo?) ” (Silva, 2005, p.75). Não estamos certos de que a solução apresentada pelo ilustre penalista possa ser exequível ou fiscalizável pela autoridade tributária, contudo não deixa de ser uma solução menos lesiva dos princípios informadores do nosso processo penal, do que a criação de presunções judiciais com ónus de impugnação pelo arguido.

Apesar de, como vimos antes, serem vários os instrumentos comunitários e internacionais que determinam a necessidade dos Estados criarem medidas internas eficazes no combate ao branqueamento de capitais, parece-nos que o legislador português com a Lei 5/2002, de 11 de janeiro, fê-lo apenas com vista ao cumprimento da sua eficácia. O facto de poder funcionar o arresto, nos moldes que está consignado, é permitir, logo no momento da investigação, que o arguido fique despojados dos seus bens. Decretado o arresto, fica impedido de movimentar saldos bancários, alinear património, ou qualquer outra operação para fazer face às despesas que tem com o seu processo, ou de ter meios para subsistir. Cabe-lhe, ainda, ter de provar a origem do seu património, sob pena de o arresto se manter até à decisão final que até pode vir a ser absolutória. Conforme refere Ana Duarte: “Tais violações seriam perfeitamente evitáveis se o procedimento previsto na Lei n.º 5/2002, apenas se iniciasse após a sentença de condenação transitada em julgado, mesmo que estando sempre ligado ao processo principal pelo qual houve condenação.” (Duarte, 2013, p.46). Segundo a autora, o regime seria igual, mas após a emissão de um juízo de culpa, funcionando a data da constituição como arguido como a linha temporal de fundamento probatório bastante da licitude da sua proveniência, aliás como resulta da própria lei geral civil e processual civil. Contudo, parece-nos que, se o arresto preventivo tem por fim garantir que, efetivamente exista património do arguido que possa vir a ser declarado perdido, sendo decretado só após da condenação definitiva, pode nada existir nesse momento. O arresto preventivo é uma garantia à exequibilidade da perda alargada, se forem concomitantes de nada serve o arresto. Assim, defendendo-se que o arresto só pode funcionar após a condenação transitada em julgado, é retirar-lhe o seu efeito útil.

Cumpre-se ainda salientar que o TC foi chamado a pronunciar-se sobre o regime da perda alargada prevista no artigo 7º e 9º, da referida lei, tendo determinado não ser inconstitucional tal regime com base na existência de um processo autónomo oriundo do processo penal, onde o contraditório é exercido de forma plena. Conforme é referido: “ (…) o montante apurado como devendo ser declarado perdido em favor do Estado deve constar de um ato de liquidação, integrante da acusação ou de ato posterior, onde se

indicará em que se traduz a desconformidade entre o património do arguido e o que seria congruente com o seu rendimento lícito. Este ato de liquidação é notificado ao arguido e ao seu defensor, podendo o arguido apresentar a sua defesa, nos termos já referidos, assegurando-se, assim, um adequado exercício do contraditório, sendo que, conforme se referiu, para ilidir a presunção, o arguido pode utilizar qualquer meio de prova válido em processo penal, não estando sujeito às limitações probatórias que existem, por exemplo, no processo civil ou administrativo, além de que o próprio tribunal deverá ter em atenção toda a prova existente no processo, donde possa resultar ilidida a presunção. (…) Acresce ainda que, no plano processual, o regime de perda de bens previsto na Lei n.º 5/2002, embora assente numa condenação pela prática de determinado ilícito criminal (integrante do catálogo previsto no artigo 1.º da Lei n.º 5/2002), está sujeito a um procedimento próprio, enxertado no procedimento criminal pela prática de algum dos aludidos crimes, no qual o legislador não deixou de ter em atenção diversas garantias processuais." [236] Face ao exposto, na nossa perspetiva, o TC determina não ser inconstitucional a perda alargada com base em vários pressupostos: existência de um ato de liquidação; o exercício do contraditório e o facto de ser um procedimento autónomo do processo penal. Ora, tais requisitos apenas se verificam quanto à concretização da efetiva perda alargada com base na existência de um juízo de culpa formado aquando da decisão condenatória, ou atrevemo-nos nós, após o seu trânsito em julgado. No arresto preventivo tais garantias são muito menores principalmente por se encontrar ainda, por regra, na fase investigatória e poder afetar o património de terceiros. Conforme refere João Conde Correia:" A criação de providências cautelares capazes de acautelar a perda do valor das vantagens pressupõe, todavia, outros equilíbrios. (…) A concordância prática entre os interesses contraditórios, dita, portanto outras regras." (Correia, 2015, p.524). Bem se sabe que o arresto com vista a perda alargada terá por fundamento o justo receio da perda patrimonial, contudo, atendendo à origem do mesmo num processo penal, a criação de um ónus probatório para o sujeito processual que não pode ser obrigado a contribuir na investigação do crime que se

[236] Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 392/2015, disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150392.html (consultado em 21/11/2016)

suspeita ter praticado, consistirá numa diabólica *probatio*. Aliás, como é referido pelo citado autor, como se tratam de providências cautelares terá de se verificar cumulativamente: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* que, traduzido para o processo penal, se traduz em prova indiciária suficiente da incongruência do património do arguido e o justo receio da sua dissipação.[237] E este carece de ser demonstrado pelo MP. O facto de a lei consagrar presunções não desonera o MP da prova dos referidos pressupostos e carece de ser comprovada pelo Juiz. E se tal tarefa for cumprida pelas referidas autoridades judiciárias fica pelo menos mais desvanecida a obrigação do arguido na produção de prova em processo penal. Como bem realça o mesmo autor quanto: " mais agressivo for o mecanismo, maiores deverão ser – insistimos- aquelas premissas." (Idem, 2015, p.539).

Assim, no nosso entender, se as autoridades judiciárias aquando do arresto preventivo, demonstrarem de forma clara a existência de indícios de que o arguido praticou o crime sob investigação, demonstrarem também a existência de incongruência patrimonial e que existe perigo da sua dissipação, não há um violação da presunção da inocência do princípio da culpa ou da proibição da sua autoincriminação pois, a prova que o arguido carece de fazer é, em bom rigor, o exercício do contraditório. Na esteira de Pedro Caeiro, entendemos que a força probatória não deverá ser tão exigente como nos juízos de condenação, mas, sim, a prova indiciária suficiente, assente no maior grau de probabilidade da existência do facto. (Caeiro, 2011, p.317-318). Realça ainda Pedro Caeiro que as autoridades judiciárias, para além de demonstrar a incongruência patrimonial, não podem dela, exclusivamente, se determinar a existência de prova indiciária da prática do crime pelo agente: " (…) o tribunal não pode inferir a actividade criminosa exclusivamente a partir da existência de um património incongruente, (…). " (Caeiro, 2011, p.315). Também neste sentido, João Conde Correia afirma: " Concluir que o arguido cometeu este ou mais crimes (e aplicar-lhes as respetivas consequências jurídicas) seria uma violação da presunção da inocência, incompatível com a nossa Constituição." (Correia, 2012, p.111).

[237] Como vermos de seguida, em certas circunstâncias, o *periculum in mora* deixa de ser um requisito para a aplicação do arresto.

Tratam-se de medidas diferentes com efeitos diferentes, apesar de relacionadas e interdependentes.

Importa ainda salientar que a determinação do património incongruente é algo fundamental, pois é a partir dessa manifestação que se lança mão destes instrumentos, carecendo o arguido de perceber como esse cálculo foi obtido e com que suporte probatório. Se tais elementos não resultarem do processo, trata-se de uma medida de confisco aliada ao direito penal do inimigo. Neste sentido João Conde Correia escreve: " O valor deste património confiscável deverá ser avaliado (recorrendo a perícias, documentos, índices de preços) ou, quando isso não for possível estimado. O cálculo deverá ser, em ambos os casos, o mais rigoroso possível. Não podemos correr o risco de subavaliações, que impedem ou diminuem o justo alcance da presunção, beneficiando o condenado, nem, ao invés, de sobre avaliações, capazes de fazer funcionar injustamente a presunção e, logo, de prejudicar o visado. A justa avaliação do seu património é imprescindível ao bom funcionamento dessa medida." (Correia, 2012, p.106). E, acrescentamos nós, cálculos que têm de ser exibidos ao arguido para que este sujeito processual possa exercer, de forma cabal, o seu legitimo direito ao contraditório. No que concerne ao apuramento do património incongruente e da respetiva liquidação, a recente alteração legislativa - a lei 30/2017, de 30 de maio – veio esclarecer duas questões controversas na doutrina, em especial se o arresto pode ser decretado sem a competente liquidação e se pode ou não haver dispensa do *periculum in mora* no seu decretamento, temáticas interrelacionadas e que de imediato as analisaremos.

O artigo 10º da lei 5/2002, de 11 de janeiro é composto por quatro números, tendo o n.º 2 sofrido uma alteração com a referida lei do presente ano. Ou seja, a redação primitiva do referido número consistia no seguinte: " A todo o tempo, o Ministério Público requer o arresto de bens do arguido no valor correspondente ao apurado como constituindo vantagem de actividade criminosa"; e hoje tem a seguinte redação: " A todo o tempo, logo que apurado o montante da incongruência, se necessário ainda antes da própria liquidação, quando se verifique cumulativamente a existência de fundado receio de diminuição de garantias patrimoniais e fortes indícios da prática do crime, o Ministério Público pode requerer o arresto de bens do arguido no valor correspondente ao apurado como constituindo vantagem de atividade criminosa." O demais manteve-se igual incluindo o n.º 3 do qual se prescinde do *periculum in mora* desde que tenham sido recolhidos fortes indícios da prática do crime. Numa análise meramente literal parece resultar que o

comando do n.º 2 desdiz o que resulta no número 3 contudo, atendendo à exposição de motivos da diretiva comunitária que está na base da lei 30/2017, não nos parece que assim seja. Apesar da exigência dos fortes indícios ser comum nos dois artigos, entendemos que não são contraditórios. Ou seja, o *periculum in mora* constante do n.º 2 associado aos fortes indícios refere-se as situações em que o arresto é decretado ainda sem a liquidação, mas com o apuro da existência de incongruência patrimonial, ou seja, durante a fase do inquérito. A diretiva comunitária estabelece a necessidade dos estados membros criarem medidas que garantam a eficácia[238] da perda alargada de bens. A construção que Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues faziam da expressão do legislador " …a todo o tempo…" da antiga redação, acabou por ter acolhimento legal não por força dessa expressão mas com a referência " … se necessário ainda antes da própria liquidação…". Para os referidos autores, a possibilidade do arresto puder ser requerido a todo o tempo pelo MP, significava que o arresto podia ser decretado sem a competente liquidação demonstradora da referida incongruência. (Rodrigues & Rodrigues, 2013, p.100). A nova lei veio a dar-lhes razão, apesar de não sustentada na execução lata desta providência cautelar.

[238] Basta atentarmos ao disposto ao ponto 21 da exposição de motivos e ao artigo 7º da referida diretiva para que se possa concluir pelo que acabamos de expor. De onde consta: " Deverá ser possível decidir a perda alargada caso o tribunal conclua que os bens em causa derivaram de comportamento criminoso. O que precede não implica a obrigatoriedade de provar que os bens em causa provêm de comportamento criminoso. Os Estados-Membros poderão determinar que bastará, por exemplo, que o tribunal considere em função das probabilidades, ou possa razoavelmente presumir que é bastante mais provável, que os bens em causa tenham sido obtidos por via de um comportamento criminoso do que de outras atividades. Se assim for, o tribunal terá de ponderar as circunstâncias específicas do caso, incluindo os factos e as provas disponíveis com base nos quais poderá ser pronunciada uma decisão de perda alargada. O facto de os bens da pessoa serem desproporcionados em relação aos seus rendimentos legítimos poderá ser um dos elementos que levam o tribunal a concluir que os bens provêm de comportamento criminoso. Os Estados-Membros poderão também fixar um prazo durante o qual os bens possam ser considerados como provenientes de comportamento criminoso." E o artigo 7º:
"1. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir o congelamento de bens, tendo em vista uma eventual decisão de perda subsequente. Tais medidas, que devem ser impostas pela autoridade competente, incluem uma atuação urgente quando necessário para preservar os bens.
2. Os bens na posse de terceiros, conforme referido no artigo 6.o, podem ser sujeitos a medidas de congelamento para efeitos de uma eventual decisão de perda subsequente."
Contudo, e paralelamente, a diretiva promove que se garanta um efetivo direito ao contraditório dos visados pelas referidas medidas quer sejam o próprio arguido ou terceiros.
Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0042
(consultada a 31/08/2017)

Assim, e em conclusão, a nova redação do artigo 2º do artigo 10º da lei 5/2002, permite que o arresto preventivo possa ser decretado sem a efetiva liquidação mas sustentada, cumulativamente, na existência de fortes indícios de um dos crimes do catálogo, *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ao contrário do arresto requerido após a liquidação, - necessariamente após a acusação conforme determina o n.º 1 do artigo 8º -, pois, os fortes indícios afastam a necessidade do fundado receio de diminuição de garantias patrimoniais pois, com a fixação do objeto do processo os factos deles constantes encontram-se suficientemente indiciados, sendo, portanto, mais provável a condenação do que a absolvição.[239] Realce-se ainda que, na primeira hipótese pode não haver liquidação mas, tem de estar apurado o montante da incongruência, sob pena de o arresto preventivo ser mais uma medida vestida de combate à criminalidade organizada mas que em rigor é uma medida de direito penal e processual penal do *inimigo.*

Por força de tudo o que acabamos de considerar, não podemos concordar com a posição de Hélio Rodrigues, quando defende que o decretamento do arresto preventivo pode ser realizado sem a prévia constituição de arguido. Segundo este autor, a autonomia entre esta medida e o processo penal implica uma derrogação das normas adjetivas que determinam a obrigatoriedade de constituição prévia de arguido, a aplicação de uma medida de coação ou de garantia patrimonial. Ou seja, atendendo à diferente natureza deste arresto preventivo com a medida cautelar tipificada no CPP, e ainda as apreensões, por se aplicar no âmbito da criminalidade organizada, defende que não é obrigatório o cumprimento do princípio do subjetivo. Conforme refere: " (…) ao contrário do que ocorre com todas as medidas de coacção e de garantia patrimonial, o arresto preventivo não exige qualquer intervenção pessoal do titular dos bens afectados, uma vez que esta se dirige exclusivamente contra determinada parcela do património, que como vimos pode pertencer ou não a alguém comprometido com a prática de um facto ilícito típico. O arresto preventivo persegue precisamente o mesmo objectivo almejado com confisco, embora actue num momento prévio e com finalidade preventiva de garantia. Com o arresto e com o

[239] Sobre o conceito de indícios suficientes ver o que escrevemos no ponto 1.2, do capítulo II, do presente trabalho, em especial, a nota de rodapé n.º 104.

confisco que lhe seguirá não se castiga qualquer pessoa por via de um comportamento antijurídico, mas garante-se, unicamente, que é corrigida a situação patrimonial ilícita criada pela prática do crime." (Rodrigues H., 2015, p.29). Concluindo, por força da referida argumentação que não carece de existir arguido aquando do decretamento do arresto preventivo. É nosso entender, não obstante o fim e eficácia da medida, que esta não possa ser decretada antes da constituição prévia de arguido. De facto, a finalidade do arresto preventivo na Lei 5/2002, é garantir a concretização da perda alargada de forma a repor a situação patrimonial à data anterior à prática do crime, porém, desse mesmo ponto de vista há um castigo ao agente, que vai perder todo o património obtido com a prática do crime. Perda que entendemos não ter natureza penal, mas sim administrativa ou civil, como referimos, mas, também, de forma clara, transmite à comunidade, que se encontra descrente com a justiça penal neste tipo de criminalidade, que o crime não compensa não traz vantagens patrimoniais. Se o arguido é condenado por ele, as vantagens e bens que conseguiu obter vão ser perdidos a favor do Estado. Contudo, se de facto tem de existir uma suspeita da prática do crime pelo arguido não se compreende, nem se coaduna com os ditames constitucionais, que este existindo perfeitamente identificado não seja constituído como arguido. Assim, o determina o artigo 58º b) e a) do CPP. A própria alínea a), como uma forma de constituição obrigatória ou *ope legis* de arguido, deve ser interpretada num sentido mais lato do que resulta do texto legal, pois, em bom rigor, não importa se o suspeito preste ou não declarações, a sua constituição como arguido é obrigatória porque tem o primeiro contacto efetivo com o processo. Melhor, o legislador demonstra com esta disposição legal que pretende proteger o suspeito quando se apliquem medidas processuais que possam afetar os seus direitos fundamentais (incluindo o seu direito de propriedade sobre o seu património) e protege-o com a sua constituição como arguido. Ora se para ser decretado o arresto, têm de existir fundadas suspeitas de que aquele agente praticou um dos crimes do catálogo, ele terá de ser previamente constituído como arguido, essa é uma imposição legal com assento constitucional pois o arguido é um sujeito e não um objeto do processo.

Com este entendimento também se pronunciou, recentemente, a Relação o Porto no seu acórdão de 2016/10/19, em que se refere: " A constituição como arguido, do requerido titular do património cujo arresto se pretende, sendo suspeito da prática de crime objecto dos autos, é obrigatória e deverá ser decidida em simultâneo com a decisão que defira a pretensão, sendo os actos próprios de constituição de arguido levados a cabo na execução

do arresto, ou logo que possível."[240] Esta decisão, não obstante referir-se ao arresto preventivo do CPP, tem uma argumentação se aplica ao procedimento cautelar sobre análise, pois, tal como no arresto do artigo 228º do CPP não é necessária a audição prévia do arguido mas sim a sua constituição prévia como tal, atendendo aos pressupostos que ambos os arrestos comportam, com natureza de verdadeiras providências cautelares, há sempre que identificar o seu destinatário que neste arresto, é indubitavelmente, o arguido. E tal constituição prévia de arguido não periga a eficácia da diligência, pois, operando *ope legis*, só depois de executada é que poderá o arguido reagir em conformidade com os direitos que lhe são outorgados.

Só uma última adenda ao nosso raciocínio. Repare-se que esta *providência cautelar* não é a única do processo penal, existem ainda outras muito mais graves para os direitos fundamentais do arguido, em especial a sua liberdade física. Referimo-nos às medidas de coação, em concreto, à prisão preventiva que se aplica, por regra, na fase de investigação, a um arguido que se presume inocente e não é, por isso, inconstitucional. Na árdua tarefa de compatibilização dos interesses conflituantes do processo penal, a descoberta da verdade material e a paz e tranquilidade públicas prevalecem perante os direitos, liberdade e garantias do arguido. No arresto preventivo, funcionando nos moldes de uma verdadeira providência cautelar, prevalece a necessidade de se transmitir ao arguido e à comunidade que o crime não compensa, colocando-o na mesma situação patrimonial que se encontrava antes da prática do crime, ou garantindo tal facto com o arresto, perante a proibição da existência de ónus da prova por parte do arguido que, tal como já referimos, nem será um verdadeiro ónus probatório, mas o exercício do contraditório (se as autoridades judiciárias não se deixarem suportar apenas na presunção estabelecida na lei, mas demonstrando a existência de uma incongruência patrimonial), apesar de, como refere Pedro Caeiro: " o crime, por definição, *compensa* mesmo quando não se trate de uma auto-gratificação puramente egoística." (Caeiro, 2011, p.274).

---

[240] Disponível em:
Acórdão da Relação do Porto de 19/10/2016
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/59c589d6380672508025806800 57a8e7?OpenDocument
(consultado a 22/03/2017)

Uma pequena e última referência ao Gabinete de Recuperação de Ativos (doravante GRA) que foi instituído com a Lei 45/2011, de 24 de junho, criado na dependência da Policia Judiciária e com funções semelhantes a este OPC, em especial a identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes, a nível interno e internacional, assegurar a cooperação com os gabinetes de recuperação de ativos criados por outros Estados. [241] É, portanto, um órgão de investigação criminal a quem incumbe a concretização dos instrumentos adjetivos e substantivos que pressuponham a perda de bens ou vantagens pela prática de um crime em investigação, independentemente da sua terminologia ou sede normativa. É o GRA, composto por elemento da polícia judiciária, da autoridade tributária, dos registos e notariado, e da direção das alfândegas e impostos especiais para consumo, quem concretizará no campo o arresto preventivo com vista à perda alargada dos bens a favor do Estado, e demais mecanismos com natureza cautelar à identificação e apreensão de todos os resultados criminosos. Pode o GRA aceder à base de dados dessas entidades bem como do Banco de Portugal e demais instituições de onde se conseguirá determinar a titularidade do património das pessoas. A gestão de tais bens apreendidos ou considerados perdidos a favor do Estado, de forma geral, incumbe ao Gabinete de Administração de Bens (doravante GAB), o qual determinará o destino a atribuir aos referidos bens.[242] Restará saber quem controla ou domina estes tão vastos e importantes poderes. É a liquidação realizada pelo GRA e executada pelo MP, tal como referimos, que vai determinar a amplitude do arresto e da correspondente perda alargada, consistindo o seu objecto e limite.

---

[241] Assim, determinando o seu artigo 3º com a epígrafe Missão.

[242] Conforme dispõe o artigo 10º da lei 45/2011.

Administração de bens

1 - A administração dos bens apreendidos ou recuperados, no âmbito de processos nacionais ou de actos de cooperação judiciária internacional, é assegurada por um gabinete do Instituto de Gestão Financeira e de Infra-Estruturas da Justiça, I. P. (IGFIJ, I. P.), designado Gabinete de Administração de Bens (GAB).

2 - Compete ao conselho directivo do IGFIJ, I. P., a prática de todos os actos de administração e gestão do GAB.

3 - No exercício dos seus poderes de administração compete ao GAB:

a) Proteger, conservar e gerir os bens recuperados ou à guarda do Estado;

b) Determinar a venda, a afectação ao serviço público ou a destruição dos bens mencionados na alínea anterior, desde que salvaguardado o cumprimento da regulamentação comunitária aplicável;

c) Exercer as demais competências que lhe sejam legalmente atribuídas.

Assim, e em jeito de conclusão, consideramos que o arresto preventivo, com vista à perda alargada de bens a favor do Estado, está intimamente relacionado com o branqueamento de capitais, aliás, a própria incriminação deste tipo de ilícito tem a mesma *ratio* que esse regime, a título de politica-criminal: evitar que o crime seja uma fonte de enriquecimento, impedido a fruição dos seus produtos ou vantagens determinando-se que o arguido que o pratica fique colocado mas mesma situação patrimonial que se encontrava antes de o cometer. É uma medida premente face à nova criminalidade que de forma exponencial visa a obtenção do lucro contudo, carece de ser determinada a sua concretização com muita cautela. Não pode a sua aplicabilidade, principalmente no arresto preventivo, ser sustentada apenas com base em presunções que o arguido careça de ilidir. Tem de existir suporte probatório suficiente da proveniência ilícita dessas vantagens e proveitos, bem como a sua determinação, cabendo ao arguido, no âmbito do exercício do contraditório, impugnar tais fontes probatórias ou convicções. As autoridades judiciárias não podem limitar a decretação do arresto, em especial, e da perda alargada, em geral, à presunção que resulta da lei. Se tal se verificar, este instituto, que tem um fundamento comunitário legitimador, acaba por ser apenas e tão só persecutório ou de expiação e, por tal, ilegítimo e ilegal.

3.4 Breve referência à lei de proteção de testemunhas.

Neste ponto iremos apresentar uma breve referência à lei de proteção de testemunhas. Não faremos uma análise exaustiva da sua *ratio* ou do seu regime, mas apenas uma resenha do seu âmbito de aplicação e da sua relação com a criminalidade organizada, como uma forma de auxílio na sua investigação.

A lei da proteção de testemunhas em Portugal[243], apesar de não ter o seu âmbito de aplicação circunscrito à criminalidade organizada em geral, e ao branqueamento de capitais em especial, certo é que, serve este tipo de criminalidade. Por força dos já descritos fenómenos a ela associados, impõe-se a sua utilização com maior frequência. Este é um dos motivos da sua análise no presente momento deste trabalho. Por outro lado, a sua aplicabilidade prende-se, como melhor iremos demonstrar de seguida, não só às testemunhas em sentido processual penal, mas aos colaboradores de justiça- conceito que estará na base do arrependido colaborador.[244]

A referida lei determina várias medidas de proteção a quem possa auxiliar a investigação criminal, mas tal auxilio a colocará em perigo, ou aos seus familiares. É também uma manifestação da proteção da vítima, a qual hoje merece um tratamento autónomo e muito completo.[245] Contudo, como referimos, não afasta a possibilidade dos

---

[243] Lei n.º 93/99, de 14 de julho, com a última redação dada pela Lei n.º 42/2010, de 03 de setembro.

[244] Temática que aprofundaremos no seguinte e último capítulo, do presente trabalho.

[245] Basta pensarmos no estatuto da vítima em processo penal, positivado com a lei n.º 130/2015, de 04 de setembro, com alargamento do conceito de vítima, dos seus poderes de intervenção bem como, a atribuição de direitos não só no processo mas fora dele.
Lei que procedeu à uma das recentes alterações do CPP criando um novo " sujeito processual": a Vítima
"Artigo 67º-A"
1 - Considera-se:
a) 'Vítima':
i) A pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou psíquica, um dano emocional ou moral, ou um dano patrimonial, diretamente causado por ação ou omissão, no âmbito da prática de um crime;
ii) Os familiares de uma pessoa cuja morte tenha sido diretamente causada por um crime e que tenham sofrido um dano em consequência dessa morte;
b) 'Vítima especialmente vulnerável', a vítima cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua idade, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social;
c) 'Familiares', o cônjuge da vítima ou a pessoa que convivesse com a vítima em condições análogas às dos cônjuges, os seus parentes em linha reta, os irmãos e as pessoas economicamente dependentes da vítima;
d) 'Criança ou jovem', uma pessoa singular com idade inferior a 18 anos.
2 - Para os efeitos previstos na subalínea ii) da alínea a) do n.º 1 integram o conceito de vítima, pela ordem e prevalência seguinte, o cônjuge sobrevivo não separado judicialmente de pessoas e bens, ou a pessoa que convivesse com a vítima em condições análogas às dos cônjuges, os descendentes e os ascendentes, na medida estrita em que tenham sofrido um dano com a morte, com exceção do autor dos factos que provocaram a morte.
3 - As vítimas de criminalidade violenta e de criminalidade especialmente violenta são sempre consideradas vítimas especialmente vulneráveis para efeitos do disposto na alínea b) do n.º 1.
4 - Assistem à vítima os direitos de informação, de assistência, de proteção e de participação ativa no processo penal, previstos neste Código e no Estatuto da Vítima.

mecanismos de proteção se poderem também aplicar a outros intervenientes ou sujeitos processuais. Vejamos porquê e como.

De uma forma geral, a doutrina nacional relaciona a presente lei com a criminalidade organizada. E fá-lo, e bem na nossa opinião, por força de dois grandes aspetos: por um lado, porque é este tipo de criminalidade que, por força das suas características, e do seu âmbito objetivo e subjetivo[246], mais perigos cria à integridade física ou moral das pessoas, à sua vida e seus bens patrimoniais de valor consideravelmente elevado; por outro lado, porque é neste tipo de criminalidade que quem está dentro da sua rede, é quem melhor pode explicar o seu funcionamento e, nessa medida, para não sofrer represálias dos outros comparticipantes, carece de proteção por parte do Estado.

Conforme refere José Lopes da Mota, as novas formas de criminalidade ou as novas formas da prática da criminalidade levam a que, cada vez, só quem se encontra dentro das suas malhas poderá auxiliar a investigação criminal. Conforme refere: " A descoberta e punição destas formas de criminalidade dependem, em grande medida, dos contributos de pessoas ligadas ou conhecedoras das organizações e das actividades criminosas ou de pessoas inseridas em grupos fechados, muitas vezes numa relação de subordinação ou dependência." (Mota J., 2006, p.33). E assim, é neste tipo de criminalidade que estas medidas de proteção carecem de ser aplicadas de forma mais preponderante[247]. É também neste tipo de criminalidade, onde as dificuldades investigatórias mais se fazem sentir e, consequentemente, carecem de ser encontradas novas formas de auxiliar a investigação com respeito pela lisura do caminho da descoberta da verdade.[248]

---

5 - A vítima tem direito a colaborar com as autoridades policiais ou judiciárias competentes, prestando informações e facultando provas que se revelem necessárias à descoberta da verdade e à boa decisão da causa."

[246] Sobre o conceito de criminalidade organizada vide, ponto 3, do capítulo I, do presente trabalho.

[247]Também neste sentido determina o legislador em processo penal, quando refere que é neste tipo de criminalidade que as medidas de protecção de testemunhas devem operar regulada em legislação extravagante.

Conforme determina o n.º2, do artigo 139º do CPP:

"A protecção das testemunhas e de outros intervenientes no processo contra formas de ameaça, pressão ou intimidação, nomeadamente nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, é regulada em lei especial."

[248] Sobre as dificuldades de investigação vide, ponto 1, do presente capítulo.

Também nesta lei se tenta harmonizar os interesses conflituantes que, neste conspecto, podem ser catalogados como: a segurança da que quem auxilia a investigação criminal e, por inerência, auxilia no combate à criminalidade difícil de investigar; e os direitos de defesa do arguido como consequência do modelo acusatório e democrático do nosso processo penal, em especial o princípio da igualdade de armas, da lealdade e, acima de tudo, do contraditório. Ou seja, como desta lei poderão resultar medidas de proteção que podem ir desde a prestação de declarações por videoconferência, à reserva do conhecimento da identidade da testemunha, ter-se-á de se assegurar um efetivo direito ao contraditório pelo arguido, ou demais sujeitos processuais, em especial no que concerne à imediação do seu depoimento, cara cara, e contraditório *in loco*. Quanto a nós, para o concretizar, da referida lei resultam dois aspetos cruciais: estas medidas têm caráter excecional[249]; e, o mais hegemónico, nunca a convicção do julgador pode assentar apenas nas declarações ou testemunhos prestados pela pessoa protegida ao abrigo da presente lei.[250] O valor probatório dos meios de prova resultantes da pessoa protegida tem um peso muito precário e muito longe de legitimar a fundamentação da condenação dos agentes do crime. Assim, na árdua tarefa de harmonização dos interesses conflituantes, com este regime, consegue-se uma composição respeitadora dos ditames constitucionais.

Esta lei é, então, também um instrumento de auxílio na investigação criminal do branqueamento de capitais e, apesar de não ser nova, hoje em dia, é de uma importância acrescida, face à evolução do seu cometimento e a sua associação à criminalidade organizada. Verificando-se medidas de proteção mais profundas e, necessariamente, menos consonantes com o exercício pleno do contraditório, em função da gravidade do crime sob investigação. O que demonstra o respeito pela proporcionalidade aquando a da determinação da mediada de proteção a aplicar.

---

[249] Assim está determinado logo no seu artigo 1º, no n.º 4 que tem a seguinte redação:
"As medidas previstas na presente lei têm natureza excepcional e só podem ser aplicadas se, em concreto, se mostrarem necessárias e adequadas à protecção das pessoas e à realização das finalidades do processo."
[250] Assim está estatuído no n.º2 do artigo 19º da referida lei, com a seguinte redação:
"Nenhuma decisão condenatória poderá fundar-se, exclusivamente, ou de modo decisivo, no depoimento ou nas declarações produzidas por uma ou mais testemunhas cuja identidade não foi revelada."
Valor probatório que, adiantamos, deverá ter também o das declarações obtidas com o arrependido colaborador, como melhor explicamos, infra, no ponto 4.4, do capítulo seguinte, do presente trabalho.

Importa ainda referir que, apesar da terminologia da lei poder levar o intérprete à redução da sua aplicação às testemunhas, estamos certos, os seus destinatários poderão ser outros intervenientes processuais que não apenas a testemunha no sentido processual penal. Estamos convictos que é essa a intenção clara do legislador aquando da definição de testemunha refere: " Testemunha: qualquer pessoa que, independentemente do seu estatuto face à lei processual, disponha de informação ou de conhecimento necessários à revelação, percepção ou apreciação de factos que constituam objecto do processo, de cuja utilização resulte um perigo para si ou para outrem (…) ". Esta descrição permite-nos concluir que não coincide com o conceito de testemunha nos termos dos artigos 128º e seguintes do CPP. Código onde, inclusive, não consta qualquer definição de testemunha. Resulta antes, a delimitação de um regime relativo ao seu objeto, capacidade, direitos e deveres, impedimentos, recusas ou escusas. O que importa, ao abrigo da lei da proteção de testemunhas, é que alguém tenha conhecimento ou informação de algum facto relacionado com a investigação. Mais, em vários dispositivos da referida lei, resulta o uso da expressão: "prestação de depoimento ou de declarações", que corresponde à diferença entre a prova testemunhal e a prova por declarações. Assim, como melhor analisaremos infra[251], a prova por depoimento é a prova testemunhal, a prova por declarações é prestada pelos sujeitos processuais, com regras e valências probatórias muito diferentes, principalmente, a prova por declarações do arguido.

Posto isto, concluímos que qualquer pessoa, mesmo sujeito processual, poderá ter cobertura neste conceito de testemunha ao abrigo da presente lei.[252] Mesmo os agentes do crime. Logo, será uma lei de proteção de "colaboradores da justiça" e não apenas de testemunhas.

Neste sentido escrevem José Lopes da Mota e Rui Patricio, entre outros.

O primeiro autor, assentando o seu estudo nas fontes comunitárias que estão na origem do regime legal nacional da lei de proteção de testemunhas escreve, afirmando: " O conceito de testemunha inclui todas as pessoas que, independentemente da sua posição no

[251] Em especial no ponto 1.1.2, do capítulo seguinte, do presente trabalho.
[252] Trata-se, inclusivamente, de uma lei em sentido formal e, nessa medida, respeitadora da hierarquia do regime das leis penais.

processo e da sua designação face ao direito nacional dos Estados-membros, disponham de elementos relevantes para a prova (…) ". (Mota J., 2006, p. 41). Ou ainda: " (…) compreendem-se as pessoas acusadas ou condenadas por participação numa organização criminosa ou crimes praticados pela organização que aceitam cooperar com a justiça, nomeadamente dando informações relevantes para a descoberta dos crimes, os quais poderão beneficiar de medidas de protecção." (Idem, 2006, p.41). Conforme se constata, não importa a terminologia utilizada na legislação interna, o que é relevante é que as pessoas possuam conhecimentos de elementos relevantes para a prova do crime sob investigação.

Rui Patrício vai no mesmo sentido, defendendo-o de forma mais pragmática, quando diz: " (…) importa ter em conta que, em face do texto legal, me parece que se não pode excluir desta disciplina de protecção o próprio Arguido, nomeadamente o co-Arguido, que veja ameaçados aqueles bem jurídicos, por força do seu alegado conhecimento sobre factos objecto do processo, e desde que verificados os demais pressupostos da lei de protecção e, bem assim, da legislação processual penal no seu conjunto." (Patrício, 2004, p.283). Não tem dúvidas o autor que estas medidas e proteção abrangem o coautor e refere-se mesmo ao conceito de arrependidos que, após colaborarem com a justiça, carecem da ajuda do Estado na proteção da sua integridade física ou até mesmo da sua própria vida. Conforme veremos com maior pormenor infra, entendemos que o arrependido colaborador não se basta com esta proteção, apesar de considerarmos que nela também se possa subsumir.

Por fim, referimos ainda que, de todas as medidas de proteção constantes na referida lei, aquela que mais controversa cria, porque mais limitadora da defesa do arguido, é a constante do artigo 16º[253]. Na medida em que, legitima que se proteja a testemunha de

[253] Com a seguinte redação:
"Artigo 16.º
Pressupostos
A não revelação da identidade da testemunha pode ter lugar durante alguma ou em todas as fases do processo se estiverem reunidas cumulativamente as seguintes condições:
a) O depoimento ou as declarações disserem respeito a crimes de tráfico de pessoas, de associação criminosa, de terrorismo, de terrorismo internacional ou de organizações terroristas ou, desde que puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a oito anos, a crimes contra a vida, contra a integridade física, contra a

tal forma a não ser possível sequer identificá-la. E por isso, os critérios para a sua admissibilidade são mais exigentes, sendo um deles os típicos crimes do catálogo legitimadores da utilização de meios de prevenção e investigação mais invasivos e limitadores dos direitos fundamentais do cidadão: a criminalidade organizada, onde o branqueamento de capitais, já sabemos, tem um papel preponderante; a existência dos já enunciados perigos para o declarante; e por fim, haver razões para querer que o seu depoimento é credível e com um *contributo probatório de relevo*.

Trata-se de mais uma medida que cria novas soluções para fazer face às inúmeras e, muitas vezes inultrapassáveis, dificuldades de investigação ou repressão da referida criminalidade. Restará saber se o seu efeito é adequado ao fim para a qual foi determinada. Conforme demonstraremos de seguida, parece-nos que, apesar de auxiliar não elimina as dificuldades investigatórias ou de prevenção.

---

liberdade das pessoas, contra a liberdade ou autodeterminação sexual, de corrupção, de burla qualificada, de administração danosa que cause prejuízo superior a 10 000 unidades de conta, ou cometidos por quem fizer parte de associação criminosa no âmbito da finalidade ou actividade desta;
b) A testemunha, seus familiares, a pessoa que com ela viva em condições análogas às dos cônjuges ou outras pessoas que lhes sejam próximas correrem um grave perigo de atentado contra a vida, a integridade física, a liberdade ou bens patrimoniais de valor consideravelmente elevado;
c) Não ser fundadamente posta em dúvida a credibilidade da testemunha;
d) O depoimento ou as declarações constituírem um contributo probatório de relevo."

III A investigação criminal e o estatuto do arrependido colaborador.

É inegável, conforme vimos antes, as dificuldades investigatórias que o crime de branqueamento de capitais e, necessariamente, os seus crimes precedentes comportam. Apesar de todos os esforços da law *in books* e da *law in action* essas dificuldades ainda se mantêm. Bem vimos que a estratégia interna e internacional vai no sentido de se focarem nas medidas de prevenção deste tipo de criminalidade e da união entre os Estados contudo, mesmo com este esforço, é um facto que o crime continua a acontecer de forma exponencial e as suas dificuldades investigatórias ainda persistem. Assim, têm surgido manifestações da necessidade de se colocar no seio do direito probatório em processo penal, a necessidade de colaboração do próprio investigado na recolha de prova do crime. Não que tal já não aconteça com a prova por declarações contudo, o que nos parece é que estará em causa um meio da obtenção dessas declarações, ou seja, a existência de benefícios ou benesses, ao arguido que, prestando declarações, decide colaborar com a investigação. Assim, o que nos propomos analisar é se, ao abrigo do princípio da legalidade da prova, tal procedimento para obtenção do referido meio de prova é ou não proibido, atendendo aos ditames constitucionais e ordinários. Trata-se, fundamentalmente, de legitimar o procedimento na obtenção das declarações de coarguido, quando colabora na investigação criminal.

A colaboração do arguido na recolha da prova e o seu valor probatório há muito que ocupam o labor da doutrina e da jurisprudência, no entanto, por força das já enunciadas dificuldades investigatórias neste tipo de criminalidade, parece ser emergente a positivação do seu procedimento e aferir da (in) validade do mesmo e do seu resultado.

É esta a problemática que nos propomos tratar no presente capítulo que é emergente na investigação do branqueamento de capitais mas que acaba por ser transversal à criminalidade organizada e económico-financeira, tal como refere Medina de Seiça: " (…) a máxima efetivação possível da ideia de justiça, no processo penal, requer uma cuidada f*ormalização* do *procedimento probatório* (no seu sentido mais lato). Tanto na dimensão aquisitiva do material probatório, como no momento mais estritamente valorativo." (Seiça,

2003, p.1390). E, acrescentamos nós, independentemente do tipo de crime a investigar e a exigências investigatórias que se façam sentir.

É o que faremos de seguida, isto é, aferir se a emergência desta nova forma de investigação se coaduna com o princípio da legalidade em processo penal – que impede qualquer tipo de discricionariedade pelo MP na seleção do tipo de criminalidade a investigar e, muito menos, permite a existência de pactos ou acordos com particulares para efetivar a sua função primordial que é dirigir a ação penal- e, consequentemente, com a estrutura essencialmente acusatória do nosso modelo de processo penal português

1. Que outras respostas legais serão necessárias (369º-A, n.º 9 CP)?

Em várias disposições do nosso direito substantivo e adjetivo é feita a referência à possibilidade de atenuação especial da pena, quando o agente colabore de forma decisiva na recolha das provas que permitam a identificação ou a detenção dos outros agentes do facto sob investigação. No branqueamento de capitais, no seu n.º 9, artigo 368º- A, resulta a seguinte disposição*: a pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens.* Analisando este dispositivo legal pronuncia-se, Paulo Pinto de Albuquerque, da seguinte forma: " É ainda causa de **atenuação especial facultativa** da pena a prestação de um contributo fundamento do agente para a realização da justiça: a recolha de novas provas que permitam a identificação, a localização ou a captura dos responsáveis pela prática do crime precedente." (Albuquerque, 2008, p.871). O negrito é do autor e, como melhor explicaremos infra entendemos que tal faculdade deverá deixar de existir e passar a ser uma condição para a admissibilidade da colaboração.

Conforme já referimos antes, é, inclusivamente, esta norma que nos permite concluir que o bem jurídico do crime de branqueamento de capitais, mesmo mediatamente, é também a perseguição e investigação criminal dos agentes dos crimes precedentes e também daí a sua inserção no capítulo dos crimes contra a realização da justiça, pois, igualmente aqui, a axiologia da sistematização dos crimes na parte especial da CP tem grande importância. Por um lado, em obediência ao princípio da relevância do bem jurídico, dela podemos depreender a graduação dos valores pelo que se pauta no nosso Estado de Direito Democrático, resultando daí mesmo uma mensagem muito clara: a mensagem de que temos uma sociedade em que o Homem prevalece perante a sociedade, ou, pelo menos, que os valores da pessoa humana estão em primeiro lugar e os valores em que assenta o Estado estão em último lugar. Por outro lado, tal catalogação também serve como instrumento auxiliador do intérprete na determinação do bem jurídico que a conduta incriminadora visa proteger, ou seja, o bem jurídico corresponde ao valor que funciona como catalogação do capítulo onde esse crime está inserido.

Posto isto, quanto a nós, dúvidas não restam que a realização da justiça na perseguição e investigação dos crimes precedentes do branqueamento de capitais é um dos interesses deste crime, de forma a promover que o Estado consiga deter as vantagens obtidas através de condutas criminosas.

Dispõe ainda o n.º 7 do 368º-A: *quando tiver lugar a reparação integral do dano causado ao ofendido pelo facto ilícito típico de cuja prática provêm as vantagens, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em 1.ª instância, a pena é especialmente atenuada*. Daqui se depreende, também, que a preocupação do legislador assenta primordialmente em evitar o prejuízo dos danos causados pelo crime precedente, cuja reparação é tida em conta na determinação da medida concreta da pena. Trata-se, como veremos melhor infra, da manifestação da reparação que consta da parte geral do CP, realçada neste tipo de crime.

Resta assim aferir se a colaboração do agente do crime, principalmente na investigação, é legítima ou não no nosso país.

É inequívoco que o arguido não é obrigado a colaborar na sua própria investigação, por força do já enunciado antes *nemo tenetur ipsum acusare*, constante da nossa lei fundamental, em especial como uma consequência da presunção da inocência e da estrutura essencialmente acusatória do nosso modelo de processo penal português. Mas se o quiser poderá fazê-lo. Nada o impede de colaborar na investigação, na recolha de provas ou que confesse de forma integral e sem reservas o crime por si perpetrado, que no julgamento equivale à renúncia da produção da demais prova, ou ainda que se arrependa da continuação da execução do facto ou que tente evitar a produção dos danos dele decorrentes. Resta saber em que condições o faz, qual a sua motivação e que implicações terá tal colaboração, quando este não seja o único investigado ou arguido.

Conforme refere Costa Andrade o direito à não autoincriminação, impõe que em prol da presunção da inocência do arguido e seus respetivos corolários, o arguido não tenha de contribuir para a sua própria investigação e de ser obrigado a depor sem que tal resulte da sua vontade livre e esclarecida, que não possa ser compelido a prestar declarações, e que tal garantia impeça que, desta falta de colaboração, não se possa retirar qualquer juízo

de assunção de responsabilidade ou de culpa.[254] Em suas palavras uma verdadeira e efetiva "liberdade de declaração" (Andrade, 2013, p.120). Esta "liberdade" contém uma dupla dimensão: uma positiva, que implica que "tenha de se garantir ao arguido a oportunidade efetiva de se pronunciar contra os factos que lhe são imputados, em ordem a infirmar as suspeitas ou acusações que lhe são dirigidas" e uma negativa, que veda toda e qualquer tentativa de obtenção de declarações autoincriminatórias, através de coação ou meios enganosos", sendo esta ultima dimensão a que se associa ao brocardo latino nemo *tenetur se ipsum accusare.* Em súmula, refere o autor que "o arguido não pode ser fraudulentamente induzido ou coagido a contribuir para a sua condenação, a carrear ou oferecer meios de prova contra a sua "defesa", quer no que diga respeito aos factos que relevam para a questão da "culpabilidade", quer em relação aos respeitantes à medida da pena, e isto porque em qualquer um dos domínios não impende sobre o arguido um dever de colaboração, sendo necessário garantir que "qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de autorresponsabilidade." (Idem, 2013, p.121). Sendo até algo naturalisticamente associado ao ser humano ou como refere Joana Bernardo: "a tendência para a autopreservação do ser humano, que o leva a não se autoincriminar e a lutar pela sua liberdade." (Bernardo, 2013, p.8). Contudo, como já referimos, poderá fazê-lo desde que tal decisão seja livre e esclarecida, principalmente no que concerne aos efeitos jurídicos que, de tal declaração, ou melhor, colaboração, se possam retirar. Tal como muito bem ensina Paulo Dá Mesquita o importante é limitar a intervenção do Estado na vontade do arguido nessa mesma colaboração. " Na jurisprudência constitucional portuguesa e do TEDH, a linha de fronteira da prerrogativa contra autoincriminação, e da protecção de outros direitos, nomeadamente privacidade e auto-determinação corporal, não implica necessárias roturas em termos de repercussão jurídico-prática, atendendo à administração de restrições ao próprio direito contra a autoincriminação. A destrinça empreendida à luz do direito constitucional norte-

[254] Referimo-nos ao contrário do vocábulo popular de que *quem cala consente.* Este princípio impõe exatamente, que tal construção não possa acontecer. Não é pelo facto do arguido não falar, não colaborar com a investigação que, deste comportamento omissivo, se possa retirar que praticou os factos, ou parte deles, que indiciariamente lhe imputam.

americano relaciona-se com o núcleo fundamental da liberdade do indivíduo na sua relação com o Estado, em que o recorte da prerrogativa se apresenta fundamental dada a existência de limites absolutos de interferência estatal na vontade do arguido." (Mesquita, 2011, p.556).

Não existe o dever em abstrato do arguido colaborar com a investigação, mas se este quiser pode fazê-lo, desde que resulta de um ato próprio da sua vontade, conforme refere Figueiredo Dias: " a utilização do arguido como meio de prova seja sempre limitada pelo integral respeito da sua vontade (…) só no exercício de uma plena liberdade da vontade pode o arguido decidir se e como deseja tomar posição perante a matéria que constitui objecto do processo." (Dias, 1991, pp.27-28). Também neste sentido escreve Adriana Ristori: " (…) a regra é o Estado promover a busca da verdade por seus próprios meios, sem colaboração do acusado, uma vez que vigora o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Preservando o núcleo essencial deste princípio, é possível haver limitações, que devem ser estabelecidas por lei. (…) a sua colaboração depende do seu consentimento, após ter sido instruído acerca do direito ao silêncio, garantindo-lhe estar livre de qualquer tipo de coação que possa retirara sua liberdade de autodeterminação." (Ristori, 2007, p.161).

Ainda balizando e distinguindo a proibição da autoincriminação e a colaboração do arguido, em especial o direito ao silêncio como manifestação daquela proibição escreve Lara Pinto: " (…) o privilégio contra a autoincriminação abrangeria, em abstrato, o direito ao silêncio no seu âmbito de aplicação, uma vez que, o privilégio abarca toda e qualquer colaboração na sua incriminação, mas devido à especificidade de se tratar de um meio de prova por declarações, ganha uma certa autonomia, ficando numa relação de especialidade face ao privilégio contra a autor-incriminação." (Pinto, 2010, p.110). Na ótica da referida autora o direito ao silêncio do arguido é uma decorrência do *nemo tenetur*, em especial na recusa em prestar declarações.

De facto assim o é. Conforme já referimos antes[255], este direito resulta por força do arguido ser um sujeito do processo e não o seu objeto e, principalmente, porque não é

[255]Em especial no ponto 2, do capítulo II, do presente trabalho.

obrigado a produzir prova contra si próprio. Contudo, conforme vimos há várias derrogações desse mesmo direito, mesmo sem o consentimento do arguido.

Referimo-nos em especial às escutas telefónicas onde de facto o resultado da escuta são as declarações do arguido, reduzidas a escrito. E, neste aspeto, entendemos que o interesse investigatório, desde que bem preenchidos os requisitos e condições de admissibilidade do referido meio de obtenção da prova, prevalece perante o direito que o arguido tem em não prestar declarações.[256] Sobre esta temática, tem Paulo Dá Mesquita uma posição um pouco diferente, mas assertiva. Defende o referido autor que, quando são os meios de obtenção da prova que captam as declarações de arguido - as referidas escutas, o registo de voz e imagem, mesmo a prova documental redigida por ele, entre outros- trata-se de *declarações extraprocessuais do arguido,* por não terem sido voluntariamente prestadas pelo mesmo junto das entidades investigatórias e, nessa medida, podem ser valoradas sem qualquer contingência, desde que o método que as obteve seja lícito. Ao contrário das *intraprocessuais* cuja valoração é extremamente limitada, atendendo à proibição da autoincriminação e ao direito ao contraditório. Assim refere: " Apesar da regulação processual dos procedimentos de captação e registo, bem como do respetivo controlo judiciário, o seu objecto são apenas declarações extraprocessuais, comunicações em que o arguido não procede a narrativas dirigidas aos agentes estaduais com vista aos fins do processo. Daí que no plano axiomático-dedutivo, o sistema dirigido à captação para fins probatórios da palavra do arguido possa conviver com o sistema de proibição genérica de valoração das declarações do arguido." (Mesquita, 2011, p.584). Igualmente, segundo o autor a possibilidade da coexistência do direito ao silêncio e a possibilidade de o mesmo puder ser violado por meios de obtenção da prova assenta no facto de aquele direito só existir quando o arguido sabe que está a ser investigado e sabe que está perante uma entidade investigatória e decide se quer, ou não, prestar declarações, por não ser obrigado a auto-incriminar-se. Se o faz sem o saber, por métodos ocultos de investigação, então o direito ao silêncio já não tem relevância e este colabora ativamente na sua incriminação, mesmo sem o saber. É de facto mesmo assim, contudo, por força desta constatação, tem-se

[256] Em especial, o nosso anterior trabalho (Conceição, 2009).

entendido que o meio de prova que daqueles meios de obtenção de prova resultam não são, por si só, suficientes para formar a convicção do julgador. Carecem, sempre, de ser corroborados com outros meios de prova e, claro, sempre que respeitem as condições de admissibilidade e as formalidades sejam respeitadas.[257]

Inês Ferreira Leite distingue duas figuras, o arguido "colaborador" e o arguido " arrependido": " O primeiro arrepende-se da prática do facto ou desiste da continuação da actividade criminosa, optando por colaborar na administração da justiça, através de uma actividade de recolha de meios de prova ou fornecendo informações relevantes que possam constituir, em si, um meio de prova. O segundo desiste da prática do crime ou arrepende-se do mesmo, procurando evitar um dano ou ressarcindo o dano causado." (Leite I. F., 2010, p.385). No nosso entender, ambos são arrependidos, talvez não no sentido ontológico contudo, só o arrependido colaborador poderá auxiliar a investigação, ou seja, o arrependimento do arguido pode de facto não ser real, podendo no seu interior e consciência não se ter arrependido mas tem de o demonstrar perante os demais sujeitos processuais e quando coadjuva a investigação passa a ser também colaborador. É nesta vertente de arrependimento que nos iremos focar. O arguido cujo arrependimento pode até nem ser genuíno, no seu interior, mas que deve aparentar existir de forma sincera para merecer uma diminuição do grau de culpa e consequentemente uma menor exigência do

[257]Existem contudo, várias vozes na jurisprudência que determinam que sendo a escuta válida e o seu resultado probatório junto ao processo nada impede que o tribunal forme a sua convicção apenas no referido material probatório.
Assim a Relação de Coimbra de 29/02/2012, disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/129053adcd72a36c802579c8003cc9bf?OpenDocument
(consultado em 09/05/2017)
A Relação de Lisboa 24/10/2007, disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/8aa3c489673e4173802573aa00418156?OpenDocument
(consultado em 09/05/2017)
Não podemos concordar com estas posições. Apesar das escutas serem um meio de obtenção da prova válido, é certo que são portadoras desta particularidade: tratam-se de um meio de obtenção da prova dissimulados e extremamente lesivos dos investigados e de todos aqueles que com ele contactam. Assim, para evitar a sua vulgarabilidade, por força da sua eficácia, nunca podem ser suficientes ou capazes, por si só, de derrogar o princípio da presunção da inocência.

cumprimento dos fins das penas[258]; e que contribui de forma relevante na investigação criminal do seu ou de outros crimes praticados por outros arguidos.

De forma a melhor compreender a problemática que aqui nos propomos tratar iremos dividir o nosso estudo em cinco partes.

Numa primeira parte, analisaremos as manifestações de colaboração do arguido no processo penal e direito penal português.

De seguida, iremos analisar em especial as declarações de co-arguido, quando um presta declarações em desfavor a outro arguido, e se haverá violação da presunção da inocência e da proibição da autoincriminação.

Posteriormente, iremos analisar as influências do direito anglo-saxónico nesta matéria pois muita regulamentação existe nos países desta família, uma vez que, aqui, o modelo de processo penal, normalmente, é um modelo de partes e como tal a negociação com a colaboração do arguido é algo completamente enquadrada nos seus princípios informadores da investigação criminal e aceite pelos destinatários das normas.

Faremos, também, uma análise no que concerne a dois países da família romano-germânica que já há longa data aplicam este regime ao arguido que colabora com a investigação (o Brasil e Itália). Escolhemos estes e não outros, por força da luta, já bastante antiga mas que cada vez mais se reforça, que os caracteriza no combate à corrupção é às mafias criminosas, respetivamente. No intuito de aferir em que termos, estes países da mesma família do direito português, conseguem aplicar este regime, sem desrespeitar as suas origens ou génese que assentam da legalidade quase estrita.

Depois, analisaremos o aparecimento do estatuto de arrependido colaborador e sua compaginação com o nosso modelo de processo penal, aferindo das novas necessidade de investigação, atendendo a criminalidade organizada com elevada sofisticação e avanço tecnológico.

---

[258] O arrependimento sincero é o que se espera conseguir, mas aferir da sua verdadeira existência é impossível. O interior e a consciência de cada um ninguém consegue descobrir, senão por vontade de quem declara. Aos destinatários da declaração resta fundar a sua convicção em função de outros sinais ou indícios que possam corroborar a existência de um arrependimento sincero, mesmo que ontologicamente indemonstrável.

E, por último, apresentaremos um modelo possível de estatuto jurídico de arrependido colaborador.

1.1 As manifestações positivas, de relevância probatória, da colaboração de arguido na investigação criminal.

Conforme já referimos antes, o arguido não é obrigado a colaborar na investigação criminal do facto, ou factos, que indiciariamente lhe imputam, mas pode fazê-lo, desde que consciente e esclarecido da repercussão que tal colaboração determina. Pode concretiza-lo, quanto a nós por força de dois óbices: ou porque assume a sua autoria e confessa o seu cometimento; ou porque o assume e entende que a sua colaboração poderá auxiliar a tarefa das autoridades judiciárias e órgãos de polícia criminal na investigação criminal. Melhor, parece-nos que é este o enquadramento que o legislador nacional configura, quando regulamenta situações de colaboração do arguido.

Para o legislador português também importa, logo em sede de punibilidade, o agente que, apesar de iniciar a execução do crime, se arrepende do seu cometimento e tudo faz para evitar a produção do seu resultado. É um arrependimento que determina que o agente não seja punido pois apesar de ter revelado energia criminosa, arrepende-se da conduta delituosa que realizou e tudo faz para evitar o resultado. Há outros comportamentos do agente, posteriores ou anteriores ao cometimento do crime, que, não obstante não impedirem a sua responsabilização, são relevantes na determinação da medida concreta da pena. Detenhamos alguma atenção em cada uma delas.

1.1.1 As figuras do arrependimento/desistência e as regras de determinação da medida concreta da pena.

Várias são as figuras de desistência, de arrependimento ou intuito de reparação do dano causado que surgem no âmbito do direito substantivo, quer oriundas da parte geral, e portanto aplicáveis a todo o tipo de criminalidade, quer na parte especial que, como veremos, se aplicam a certos crimes conotados como criminalidade organizada onde, como é evidente, consta o branqueamento de capitais.

Traduzem-se na relevância, ao nível da punibilidade ou determinação da medida concreta da pena, da colaboração do arguido no sentido de evitar que o crime se verifique, ou melhor, evitar a sua consumação ou a produção do seu resultado.

Referimo-nos em especial à desistência da tentativa e a desistência no caso de comparticipação, artigos 24º e 25º da CP, respetivamente. São duas normas que funcionam como causas de exclusão da punibilidade quando o agente, de forma voluntária, desiste de continuar com o *iter criminis* impedindo a verificação do resultado ou a consumação do crime. Podendo até continuar a verificar-se a sua impunidade mesmos que o crime se consuma ou se produza o resultado se o agente se *esforçar seriamente* para o impedir e não consegue, ou porque o resultado escapa do seu domínio ou porque outros agentes prosseguem na execução do crime.

Neste âmbito, a doutrina tende a distinguir a tentativa inacabada da acabada.[259] Na tentativa inacabada, o agente tem em mente um plano já definido pratica atos de execução, mas desiste no meio ou não faz tudo o que, na sua opinião, era necessário fazer para parar a consumação. Na tentativa acabada, só resta ao agente tentar evitar a produção do resultado uma vez que já praticou todos os atos de execução, já se encontra exaurida a tentativa. Enquanto na tentativa inacabada, é essencial que o agente desista voluntariamente, para que ele deixe de ser punido, no caso da tentativa acabada, é exigido do agente não só uma

[259] Figueiredo Dias (Dias, 2007, p.247); Germano Marques da Silva (Silva, 1998, p.189) e Gunter Jakobs (Jakobs, 1997, p.232), entre outros.

simples desistência voluntária, mas o arrependimento ativo. Uma pessoa que já chegou ao fim da execução obviamente não pode desistir. Quando já se fez tudo o deveria se ter feito, não há do que desistir. O que ele pode é, ativamente, intrometer-se no processo que desencadeou e começar um outro processo, tentando evitar que um certo resultado aconteça.

A relevância da desistência ou do arrependimento, que excluem a punibilidade, resulta por razões de natureza dogmática e de política criminal.[260] Ou seja, se não fosse relevante, a desistência na tentativa poderia servir como um incentivo à concretização total do crime, pois, se o agente sabe que vai ser sempre punido, mesmo que desista, nada o demoverá de o acabar. Por outro lado, se o agente desiste da prática de atos de execução ou se arrepende de forma premente, tentando impedir a consumação, já não se verifica necessidade de prevenção especial, pois o agente, com a sua desistência e arrependimento regressou ao mundo da licitude, mesmo que impeça o resultado *não compreendido no tipo de crime.* Quer dizer, sempre que o agente manifeste um arrependimento ativo, mesmo em crimes de mera atividade, ou crimes formais, tal arrependimento deve ter assento. É o que resulta do disposto no artigo 374º- B, n.º 1, do CP ou do 299º, n.º 4, do CP, corrupção e associação criminosa, respetivamente, em que, a relevância da desistência ou do arrependimento tem lugar na parte especial do CP. Contudo, vozes se levantam defendendo que mesmo pelo 24º, deverá ser aplicada a relevância da desistência ou do arrependimento, nos crimes de mera atividade, entendendo como resultado não compreendido no tipo, o resultado que materialmente se pretende evitar com a incriminação mesmo que não faça parte da factualidade típica, podendo ser uma mera condição objetiva de punibilidade.

Assim, não obstante a corrupção, ou a associação criminosa serem crimes de mera atividade poderá a desistência ou o arrependimento do agente merecer a dispensa ou atenuação da pena. Conforme refere Manuel Cavaleiro Ferreira: " (…) do modo como o art. 24.º CP está redigido, ele dá abertura a uma isenção de penas sem limites para os crimes consumados, quando são preenchidos os requisitos neles inerentes." (Ferreira, 1992

[260] Sobre as explicações teóricas da relevância da desistência voluntária, e sobre a sua qualificação como causa de exclusão da culpa ou causa de inexistência da pena, ver por todos Muñoz Conde e Mercedes Garcia (Conde & Garcia, 1996, p.440).

(reimpressão 1997), p.423). Contudo o legislador criou, na parte especial, estas figuras da desistência e arrependimento nestes dois tipos de crime, por força também da danosidade que comportam e da sua existência exponencial no nosso pais, de forma a demover a sua prática criando, no próprio tipo causas de não punibilidade, semelhantes às da parte geral, e uma muito especial, a exclusão da punibilidade quando o agente dá início à investigação. Para além da desistência, a promoção da ação penal é uma forma de permitir a não punibilidade do agente.[261]

As mesmas considerações são atendidas no caso de comparticipação criminosa, em que o agente que impede a consumação ou o resultado do crime não é punido, bem como aquele que faz de tudo para os evitar, mas os demais comparticipantes completam a sua execução e o resultado se verifica-se.

É claro, portanto, que a desistência ou o arrependimento do agente importam na intervenção penal dos seus comportamentos. Assim, a sua *autocolaboração* para evitar que o crime aconteça ou que se produzam os seus resultados, tem relevância dogmática fazendo com que não seja punido.

Outra manifestação da relevância substantiva do arrependido resulta das normas que regulamentam a determinação da medida concreta da pena. Artigos 71º e 72º do CP.

As referidas normas não excluem a punibilidade do agente mas o facto de este reparar os danos causados ou mostrar sério arrependimento, após a consumação do crime, poderá permitir a aplicação de uma atenuação da pena.[262]

A reparação do dano, por regra, não exclui a responsabilidade do agente, pois, ao contrário do que acontece na desistência e no arrependimento ativo, o agente limita-se a compensar o dano que causou e não a impedir que ocorra. E por isso, por razões de política

---

[261] Curioso é o disposto no n.º1 do artigo 374º-B da CP, que determina a dispensa de pena se o agente denunciar o crime no prazo de 30 dias após a prática do ato e sempre antes da instauração do procedimento criminal. Parece-nos uma norma de aplicação prática difícil, pois como poderá o agente saber da existência ao não do inquérito. Mesmo que o denuncie, no prazo determinado – prazo que não compreendemos a sua determinação e porque aquele prazo e não outro – não saberá se a investigação já foi iniciada ao não. Parece-nos ser uma norma apenas com uma finalidade dissuasora mas cuja concretização prática é difícil de poder operar. Os demais números são consentâneos com o arrependimento e a desistência este número é uma verdadeira novidade do legislador nacional, por imposição internacional.

[262]Por força do artigo 73º do CP, os termos de atenuação especial permitem uma redução que se pode demonstrar substancial na moldura penal do crime praticado.

criminal e dogmáticas, o agente deve continuar a ser punido.[263] Neste sentido nos ensina Damião da Cunha quando refere: " Deve, aliás, acrescentar-se o seguinte: neste caso, em que se verifica um perigo concreto, criado pelo agente, este, ao impedir um dano – qualquer que ele seja -, está a actuar impedindo uma ofensão a um bem jurídico por ele próprio provocada; neste sentido, há como que uma obrigação de agir (um dever de agir), face à situação de perigo que (dolosa ou negligentemente) ele provocou. A eventual punibilidade do agente pareceria, neste caso, ser pouco razoável." (Cunha, 2000, p.1039). O referido autor em comentário a uma disposição, na parte especial do código penal, dos termos de atenuação e dispensa de pena, afirma que o impedimento do dano impede a punibilidade mas, já não se poderá chegar à mesma conclusão quando opera a reparação do dano, ou pelo menos, não de forma imediata.

Estas regras gerais que auxiliam o intérprete no cômputo da medida concreta da pena resultam de forma expressa referenciada em alguns crimes da parte especial do CP com este e outro conteúdo. Como é o caso dos n.ºº 7 e 9 do artigo 368º-A da CP, respetivamente.

O n.º 7 do artigo 368º-A consiste na reparação do dano causado, nos termos do comando geral, determinando a atenuação especial da pena mas, desde que tal reparação opere até ao início da audiência de discussão julgamento.

O n.º 9 do artigo 368º -A do CP é, como vimos, uma referência à possibilidade de atenuação especial da pena com a colaboração do arguido na investigação criminal. Segundo Inês Leite, a diferença entre os termos da atenuação especial, constantes dos enunciados artigos da parte geral do CP e esta forma especial de atenuação resulta do tipo de criminalidade em causa. Ou seja: " (…) as normas que assentam na colaboração com a atividade probatória serão aplicáveis apenas a formas de criminalidade especialmente complexa ou organizada e dependem se ter sido fornecido, pelo agente do crime, um contributo decisivo para a recolha da prova do crime quanto a outros participantes ou agentes do crime." (Leite, I, 2010, p.298). Concordamos totalmente com a autora e não

[263] Pode contudo, a restituição ou reparação, em certos crime e com certos requisitos levar à extinção da responsabilidade do agente. É o que se verifica nos crimes contra o património, nos termos do artigo 206.º do CP.

temos dúvidas que é para este tipo de criminalidade que surge o arrependido colaborador e que para o ser e merecer, tem de ter uma participação decisiva ou de grande relevância na investigação. Mas, como melhor explicaremos infra,[264] este agente, segundo a nossa estrutura de processo penal português bem como os próprios fins das penas, não pode beneficiar de uma isenção de pena ou exclusão da sua responsabilidade pois, não desistiu nem se encontra ao abrigo de um arrependimento ativo, nos termos dogmáticos, e nem procede a qualquer reparação do dano acusado, há antes, sim, uma colaboração decisiva da investigação criminal e, consequentemente, na realização da justiça. Se a consequência da sua colaboração na investigação criminal puder passar por uma ausência de responsabilidade criminal, claramente demonstra que deixamos de ter um processo penal de sujeitos, mas antes de partes, onde a não punibilidade do arguido poderá estar em cima de uma mesa de negociação com base em necessidade investigatórias.

Parece-nos claro que o arrependido colaborador serve o fim da investigação criminal, funcionando como uma forma especial de atenuação da pena, no âmbito da criminalidade organizada. É para e por força do caráter organizado do crime que surge e urge o arrependido colaborador. Apesar dos esforços para fazer face às necessidades investigatórias deste tipo de criminalidade[265], onde o branqueamento de capitais tem uma posição de relevo, constata-se que se revelam insuficientes e daí a necessidade de criar outro meio de coadjuvar a recolha e obtenção de prova.

Também neste sentido e, parece-nos, até um pouco mais longe, escreve também Damião da Cunha. Defendendo que a atenuação/dispensa de pena prendem-se com juízos autónomos de necessidade e gravidade da pena mas, que não deixa de ser uma pena. No sentido em que fica determinado um juízo de culpa mas a determinação da pena merecer uma atenuação ou até uma dispensa de pena por desnecessidade, atendendo aos seus fins. Defendendo a sua aplicação ao arrependido que colabora de forma relevante determinando uma redução da perigosidade da " organização criminosa". Conforme refere: " Assim seguramente parece-nos ser de inserir nesta linha de pensamento o caso do estatuto de "

[264] Em especial no ponto 1.5, do presente capítulo.
[265] Sobre as dificuldades investigatórias e as soluções para lhe fazer face ver o capítulo II, do presente trabalho, em especial os pontos 1 e 3.

arrependido" (onde legalmente se admita a eficácia, em termos punitivos, da colaboração relevante). Também aqui, ao prever-se uma alternativa atenuação/dispensa de pena, se trata de uma condenação, com dispensa, por eliminação ou redução sensível da perigosidade da " organização criminosa"." (Cunha, 2005, p.245).

Assim, e em suma, existem, essencialmente, quatro figuras de manifestação do arrependimento do agente: a desistência, o arrependimento ativo, a reparação dos danos e o arrependido colaborador. Em todas elas o arrependimento como um ato de contrição existirá, apesar de ter um maior pendor numas do que noutras. Contudo, não têm todas a mesma consequência, enquanto nas duas primeiras há uma exclusão da sua punibilidade, nas duas últimas verifica-se uma atenuação especial da pena, quer por o arguido demonstrar um menor grau de culpa por força de comportamentos que adota, antes ou depois do crime, que merecem relevância pelo julgador; e outros que por auxiliarem de forma decisiva a investigação e porque o crime comporta extrema dificuldade investigatória, merecerão uma atenuação especial da pena, principalmente por força da satisfação das exigências de prevenção geral.

Resta assim analisar outra *manifestação* de *arrependimento*: as declarações de coarguido e suas regras de obtenção e valoração como meio de prova. A sua relevância na determinação do estatuto do arrependido colaborador merecerá uma análise mais cuidada da nossa parte, o que faremos de seguida.

1.1.2 As declarações de coarguido.

Grande parte dos autores sempre que se referem ao arrependido colaborador fazem referência às declarações de coarguido. Como a colaboração do arguido acontece nas fases investigatórias, fornecendo provas decisivas na execução das mesmas, o arguido deverá prestar declarações em julgamento, de forma a beneficiar da atenuação especial da pena que o Juiz de julgamento lhe pode outorgar, por força desse estatuto.

Parecem-nos indissociáveis as declarações de coarguido das de arrependido colaborador podendo, contudo resultar, deste, outro meio de prova. Como auxilia a investigação deverá prestar declarações, mas poderá com elas, ou através delas, resultar outros meios de prova ou até mesmo meios de obtenção da prova. Basta pensarmos num

arguido que colabora com a investigação na descoberta dos agentes do crime precedente indicando um local onde essa prática acontece ou onde se encontram documentos demonstrador a sua verificação. Para além das suas declarações poder-se-á realizar buscas, revistas com a consequente apreensão de documentos. Ou então a mera indicação do arrependido colaborador da identificação de comparticipantes do branqueamento ou dos crimes precedentes e a partir daí se colocar os identificados sob escuta.

Por outro lado, se o arrependido colaborador só pode ter lugar no âmbito da criminalidade organizada, e tal como vimos antes[266], esta pressupõe a comparticipação criminosa e até mesmo a associação criminosa, necessariamente, terá de existir mais do que um arguido no processo. Podendo, por força do seu estatuto processual, exercer o seu direito ao silêncio e aparecendo o arguido colaborador a prestar declarações contra aquele. Analisemos regime jurídico-processual das declarações de coarguido.

1.1.2.1 As declarações de arguido e a prova testemunhal.

Desde logo, cumpre-se salientar que as declarações de arguido são um diferente meio de prova da prova testemunhal. E várias e ponderosas são as suas diferenças. Analisemo-las de forma sucinta.

As diferenças assentam essencialmente em dois grande vetores: a inexistência da obrigação de prestar juramento[267]; e a possibilidade de a qualquer momento recusar prestar declarações sem necessidade de qualquer fundamentação ou justificação[268]. Consequentemente, não incorre em qualquer tipo de crime se não prestar declarações ou se o fizer de forma falsa. Conforme refere Medina de Seiça: " (…) não estando o arguido obrigado a responder nem a responder com verdade a quaisquer perguntas sobre os factos imputados, a sua recusa a prestar declarações ou a eventual falsidade das mesmas não

[266] Em especial no capítulo I, no ponto 3.
[267] Conforme dispõe o 140º n.º 3 do CPP.
[268] Conforme dispõe o 345º n.º1 *in fine* do CPP.

configura a tipicidade do crime de desobediência e do crime de falsas declarações." (Seiça, 1999, p.32).

Assim, a impossibilidade do arguido depor como testemunha funciona como um impedimento, sempre que tenha essa qualidade de arguido no próprio processo ou em processos conexos, enquanto se mantiver como arguido e mesmo que os processos se separem e o arguido já tiver sido condenado com transito em julgado, só podem ser testemunhas se expressamente nisso consentirem.[269] Tal como muito bem afirma o referido autor: " (…) o processo penal não é forma asséptica de um ponto de vista axiológico; antes a forma como encarna já uma opção valorativa, mais, contém, ela própria, um valor. (…) não há dúvida que um dos mais marcantes limites à investigação passa pelo respeito da liberdade de declaração que o Estado tem de reconhecer aos diversos participantes processuais, sob pena de a "verdade" alcançada ser comunitariamente insuportável." (Idem, 1999, p.35). E, defendendo a tese material da doutrina alemã do conceito material de coarguido, determina que tal impedimento se deve manter mesmo sem a formalização da conexão processual do artigo 24º do CPP, mas que exista de facto. E, ainda, que a mesma possa até ser ultrapassada, se não se verificar uma total autonomia do crime sobre o qual o arguido é chamado a depor. Concordamos em absoluto com esta construção. Não se pode interpretar o impedimento que impedimento que evita a confusão entre estes dois meios de prova, do ponto de vista meramente formal ou adjetivo. A *ratio legis* do impedimento assenta na existência de conexão entre os factos: " (…) o ponto fulcral reside na comprovação da total autonomia da infracção sobre qual o arguido é chamado a depor (…)." (Idem, 1999, pp.65-66).

E, por outro lado, na esteira deste mesmo autor, entendemos que a qualidade de arguido, e necessariamente de coarguido, se mantém até ter havido uma decisão definitiva da sua responsabilidade criminal, mesmo que lhe seja favorável. Desta feita, o arquivamento por falta de provas, por ser uma decisão que faz apenas caso julgado formal, enquanto o crime não prescrever, a qualidade de arguido para efeitos do impedimento a

[269] Assim determina o artigo 133º n.º 1 a) e n.º 2 do CPP

testemunhar deve manter-se, só podendo ser testemunha, nestes casos se nisso expressamente consentir.

Se se violar o impedimento e o arguido prestar declarações na qualidade de testemunha operam duas consequências: uma ao nível adjetivo e outra a nível substantivo.

A nível adjetivo resulta uma verdadeira proibição de valoração da prova, ou seja, como a prova foi produzida através uma um procedimento ilegal origina, necessariamente, uma proibição de valoração da prova. E ao contrário do que defende Medina de Seiça, não consideramos que a mesma possa ser ratificada por interrogatório posterior. Segundo refere o autor: " (…) torna-se claro que a proibição não vale em termos absolutos, devendo ceder caso o declarante depois de esclarecido do seu direito a recusar o depoimento o «"ratifique" em interrogatório posterior»." (Seiça, 1999, p.94). No nosso entender, aquele meio de prova não pode ser valorado pelo julgador e não se pode convalidar, pois esta é uma das características da proibição de prova. Contudo, se posteriormente o arguido quiser prestar declarações o meio de prova é outro. Não é prova testemunhal convalidada mas sim a prova por declarações do arguido que aceita depor como testemunha, apesar de poder ter o mesmo conteúdo do ponto de vista factual, pois aquela está inquinada. Apesar de a declaração ter sido proferida pelo arguido, o facto de o obrigar a prestar juramento e adverti-lo que incorre na prática de um crime se não depuser com verdade, é, na nossa ótica, um meio enganoso de obtenção desse meio de prova e, consequentemente gera uma nulidade de prova sendo um dos seus efeitos a impossibilidade de se convalidar. Em interrogatório posterior, poderá fazer cessar o *veneno* da proibição através da criação de um *clean path*, prosseguindo a investigação sem qualquer mácula.

A nível substantivo, o facto de o arguido depor como testemunha, vigorando o impedimento, tem como consequência a não verificação de qualquer crime. Ou seja, o juramento prestado pelo arguido/testemunha com a cominação de incorrer na prática do crime, se não responder com a verdade, não tem qualquer eficácia, é como senão tivesse acontecido. Essa é uma das consequências da nulidade de prova: não tem qualquer relevância ou valor. A única utilidade que a elas está associada é a possibilidade de se

prosseguir criminalmente contra quem utilizou métodos proibidos para a sua obtenção[270]. Nessa medida não gera qualquer tipo de responsabilidade criminal por falta de preenchimento dos elementos objetivos do crime de falsidade de declaração ou de testemunho.

Assim, resulta uma evidente diferença entre a prova por declarações de arguido e a prova testemunhal. Diferenças imposta pelo sujeito processual que a produz, que por se presumir inocente, por não ser obrigado a produzir prova contra si próprio merece um tratamento diferenciado, o qual será ainda mais preponderante quando existam outros coarguidos.

Antes de analisarmos tal regime, impõe-se avaliar as diferenças entre as declarações de coarguido e um outro meio de obtenção da prova dissimulado: as ações encobertas. É o que faremos de seguida.

1.1.2.2 As declarações de coarguido e as ações encobertas.

Importa ainda distinguir as declarações de coarguido do regime jurídico das ações encobertas. Por duas ordens de razão, por um lado, porque deste meio de obtenção da prova também poderão resultar como meio de prova as declarações de coarguido; por outro lado, há posições doutrinais que, aquando da análise do regime do arrependido colaborador, fazem referência às ações encobertas como uma forma de o mesmo poder operar.

Já enunciamos o regime jurídico das ações encobertas aquando da análise dos meios de obtenção da prova de natureza extravagante, ou fora do livro das provas do nosso CPP, para onde remetemos.[271] Realçamos, apenas, que colocaremos em consideração o agente encoberto e o infiltrado, nunca o provocador, por ser um meio de obtenção da prova

[270]Assim determina o n.º 4 do artigo 126º do CPP.
[271]Ver em especial o ponto 2, do capítulo II, do presente trabalho.

absolutamente proibido, trazendo implicações do ponto de vista adjetivo e substantivo. Conforme refere Augusto Meireis: " no que respeita à colocação processual pena da figura, trata-se sem dúvida de um problema de validade da prova produzida geralmente recondutível aos «métodos proibidos de prova», «sub specie» «meios enganosos»» de acordo com o disposto no artigo 126º do CPP. (…) No que respeita à colocação substantiva da figura do agente provocador, como vimos, será um verdadeiro instigador do crime tentado." (Meireis, 1999, pp.159-160). E desta feita torna-se inútil a sua análise na relação com as declarações de coarguido ou do arrependido colaborador por se tratar de uma nulidade de prova que contaminará todas aquelas que dele sejam decorrentes, como decorrência da *fruit of the poisonous tree doctrine*.[272]

Conforme referem Inês Leite e Mafalda Matos, a lei das ações encobertas não descreve a possibilidade de o agente encoberto ou infiltrado poder ser um dos arguidos do crime em investigação. Contudo é quase unanime da doutrina e jurisprudência que o agente encoberto poderá ser: " um agente da autoridade, ou alguém que com ele actua de forma concertada (…)." (Meireis, 1999, p.192). Ou, como de forma clara e pragmática escreve Rui Pereira: " (…) desde que se respeite os requisitos de adequação, o " agente encoberto" pode ser co-autor de um crime. Exigível é, apenas, que não tenha sido ele, de alguma modo, a induzir os restantes co-autores à prática do crime." (Pereira, 2004, p.32). Nada impedindo portanto, que o agente do crime possa também ser um dos agentes da lei das ações encobertas.

Contudo, e na esteira das enunciadas autoras, também entendemos que a sua utilização deverá ter carácter excecional. E não impede, muito pelo contrário assim impõe a lei, que sendo agente do crime e seja identificado como tal pela PJ, este OPC deverá obrigatoriamente constituí-lo arguido, seguindo-se os trâmites processuais no mesmos moldes que noutros suspeitos, com respeito pelo princípio da legalidade. E desta feita, " o recurso à figura do agente encoberto não afasta a abertura de inquérito contra si, a sua constituição como arguido e o valor das declarações do agente encoberto será medido no mesmo modo que quaisquer declarações de coarguido (…)." (Matos, 2013, p.11).

[272] Sobre esta temática ver o nosso anterior trabalho (Conceição, 2009).

Também neste sentido escreve António Henriques Gaspar, dizendo: " (…) vistas as exigências do contraditório em audiência, o relato da acção, se for junto ao processo, só poderá, por princípio, ter relevância em termos probatórios de julgamento com a intervenção do próprio agente encoberto." (Gaspar, 2004, p.52). Tratando-se de arrependido colaborador, a intervenção consiste nas declarações de coarguido.

Assim, respeitando-se o princípio da legalidade processual, não nos choca que o arrependido colaborador possa praticar uma das figuras legítimas das ações encobertas, desde que tal colaboração passe pelo crivo do MP e do JIC, autoridades judiciárias que, como explicaremos melhor, infra[273], deverão determinar a verificação do cumprimento pelos princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação.

Todavia, realçamos que o regime das ações encobertas, por si só, já carece da concretização dos enunciados princípios, aquando da sua autorização pelo MP. No nosso entender, se as mesmas forem executadas pelo arguido deverão, desde logo, as exigências de investigação ser mais proeminentes, e, como já caberão no estatuto de arrependido colaborador, carecem também do crivo judicial a sua realização.

Desta feita, em abstrato nada impede que o arguido possa ser um dos " homens de confiança". Contudo, quando assim aconteça o juízo de admissibilidade deste meio de obtenção da prova carece de ser efetuado com muito maior cautela e terá de existir um grave e crassa necessidade investigatória.

Sendo o arrependido colaborador um arguido poderá também participar numa ação encoberta. Como já referimos anteriormente, do arrependido colaborador poderão resultar outros meios de obtenção da prova, e um deles, poderá ser uma ação encoberta. Contudo, se o " homem de confiança" for o arrependido colaborador, o juízo de admissibilidade acrescido que se impõe quando é um arguido a fazê-lo, será ainda maior quando para além de arguido seja também arrependido colaborador.

[273] Em especial os pontos 1.3., 1.5. e 1.6. do presente capítulo.

1.1.2.3 O valor probatório das declarações de coarguido.

Balizadas as diferenças entre a prova por declarações de arguido, a prova testemunhal e as ações encobertas, surge o momento para determinar qual é o valor probatório que as suas declarações assumem perante os demais coarguidos.

O facto de as suas declarações poderem afetar, ou até mesmo esvaziar o silêncio que outros arguidos pretendem, legitimamente, exercer, tem como consequência a proibição de valoração de prova contra os coarguidos silentes[274]. Posição já defendida por Rodrigo Santiago muito antes da alteração legislativa de 2007 que, conjuntamente com outras vozes, determinou tal proibição no texto da lei. Conforme referia: " (…) as declarações assim prestadas, máxime as que o forem em audiência de julgamento, por um ou mais co-arguidos (…) não podem validamente ser assumidas como meio de prova relativamente aos outros, servindo tais declarações, no âmbito da co-arguição, única e exclusivamente como meio de defesa pessoal do arguido ou arguidos que as tiverem prestado (…)." (Santiago, 1994, p.62). E Teresa Pizarro Beleza ia ainda mais longe e pragmaticamente determinava uma proibição de prova: " Na medida em que esteja totalmente subtraído ao contraditório o depoimento de c-arguido não deve constituir prova atendível contra o (s) co-arguido (s) por ele afectado (s), a sua valoração seria ilegal e inconstitucional." (Beleza, 1998, p.59). Ou ainda Muñoz Conde quando escrevia: " (…) es essa confesión del arrepentido, pues ser que al final nos quedemos sin la eficácia, puesto que esa confésion en si misma no es suficiente como elemento probatório para la condena de los demás." (Conde, 1996, p.154). Apesar de serem estudos bastante antigos, são reveladores do carácter visionário dos mesmos e também demonstradores que a evolução do mundo do direito acompanhou a sua posição, mas progressivamente, com algumas alterações, atendendo às novas exigências de investigação, não neste conspecto.

Neste mesmo sentido, e já num escrito mais recente, também escreve Paulo Dá Mesquita determinando que a proibição de valoração da prova por declarações de

[274] Tal como determina o 345º n.º 4 do CPP.

coarguido, quando os demais estão em silêncio, se prende, em grande monta, na impossibilidade de exercício do contraditório. Em suas palavras: "Será fundamentalmente o específico desenvolvimento da formação da prova e da inquirição que gera uma mácula na falta de contraditório pleno. Matéria objeto de recente intervenção legislativa, prescrevendo-se que no caso do arguido que fala em julgamento mas se escusa a responder a perguntas do defensor do co-arguido é proibida a valoração como prova dessas declarações para inferências *prejudiciais* ao co-arguido." (Mesquita, 2011, p.591).

Caso não exista silêncio por parte dos coarguidos, este meio de prova cabe na livre apreciação do julgador, o qual tem a liberdade de determinar o valor probatório dessas declarações, mas desde logo significará que se deverá ter uma maior atenção na determinação dessa convicção, atenta a posição especial que este arguido tem no processo penal. Inclusivamente, a apreciação que o Juiz faz dessas declarações de coarguido carecem, por regra, de ser corroboradas com outros meios de prova. Demonstra-se, tendencialmente, ser insuficiente apenas este meio de prova para que o Juiz se possa convencer de que o facto, ou factos, se verificaram mas, desde que o arguido declarante demonstre que tem um interesse egoísta nessa valoração. Ou seja, quando o arguido presta declarações apenas para incriminar outro arguido ou para dividir responsabilidades, não é legítimo valorar essas declarações contra os outros coarguidos e tais declarações carecem de outro suporte probatório para se poder proferir um juízo decisório final. Neste sentido tem vindo a decidir a jurisprudência dominante, em especial a Relação do Porto, que no seu acórdão de 05/12/2014, determina que: " Revela-se prudente desconfiar, não de todas declarações do co-arguido, mas das declarações do co-arguido que se encontre numa das referidas situações. Já relativamente às declarações do arguido fora de situação suspeita, a fragilização do potencial probatório deste contributo carece de justificação. Nada impede que o tribunal valore declarações prestadas por um coarguido, mesmo que em prejuízo de outros arguidos, ainda que não disponha de outros meios de prova que corroborem tais declarações." [275] Assim, segundo os tribunais superiores, a força probatória das declarações

[275] Acórdão da Relação do Porto de 05/12/2014. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/cb2a6d4be3ca614f80257c84004d0211?OpenDocument (consultado a 10/04/2017).

de coarguido é determinada pelo julgador em função do caso concreto nada impedindo que esta possa por si só ser suficientes para o julgador forma a sua convicção. Mas, neste caso, o Juiz tem um dever acrescido de fundamentação, de forma a demonstrar ao destinatário da sua decisão a razão pela qual entende que as declarações de coarguido não merecem a desconfiança que, normalmente, estas possuem, atendendo ao interesse muito pessoal na resolução da causa, de quem as emite. A fundamentação da forma como o julgador aprecia este meio de prova tem de ser bastante cuidada e proferida com muita acuidade, sob pena de as declarações de coarguido poderem ter uma força probatória especial, que não podem merecer, atendendo à sua natureza e, principalmente, ao papel que quem as emanas possui no processo penal.

Logo, em nossa perspetiva não podem as declarações de coarguido ser suficientes para a balar a presunção da inocência dos demais coarguidos. Basta que as declarações de coarguido sejam contraditórias para o julgador não poder, apenas com base nas mesmas, considerar provados os factos. Carecem sempre de ser corroborados com outros elementos de prova ou com a demonstração pragmática por parte do julgador do porquê de serem suficientes, até por força da menor credibilidade que tais declarações em abstrato possam possuir, desde logo, pelo facto do arguido não ser obrigado a falar com verdade. Já assim o defendia Medina de Seiça no seu enunciado estudo de 1999: " (…) com a corroboração significa-se a existência de elementos oriundos de fontes probatórias distintas da declaração que, embora não se reportem diretamente ao mesmo facto narrado na declaração, permitem concluir pela veracidade desta." (Seiça, 1999, p.228). Em bom rigor, o que defende autor é a exigência de uma melhor e determinante motivação a que, face ao que expusemos, nada temos a apontar.

Teresa Pizarro Beleza acrescenta ainda um outro argumento. Para esta autora, as declarações de coarguido têm uma credibilidade muito diminuta, pela fragilidade principalmente pela possibilidade que o arguido tem de mentir e nada lhe acontecer por força dessa mentira. Refere a autora que: " (…) se pode retirar da regulamentação da lei portuguesa uma ideia de diminuída credibilidade do depoimento de co-arguido, o que em alguma medida «afecta» aquela liberdade de convicção (…) trata-se, em meu parecer, de uma prova que merece reservas e cuidados muito especiais na sua admissão e valor, dada a sua fragilidade." (Beleza, 1998, pp.48-49). É mais um texto, já com alguns anos, mas que revela a atitude, quase generalizada, das especificidades da prova, por declarações de coarguido que, no nosso entender, ainda persistem.

Mais acrescida fica a necessidade de corroboração, quando essas declarações resultarem com a sua prestação, mediante uma identidade fictícia, o que opera com alguma frequência no regime das ações encobertas, como como vimos, e também podem operar nas situações de arrependido colaborador. E, como refere Sandra Pereira, referindo-se à prova produzida por agente infiltrado, em correlação com a lei de proteção de testemunhas: " (…) o relato tem valor probatório em conjugação com os demais meios de prova, visto que só em articulação com eles é que se pode fundar a sua junção ao processo. (…) o depoimento do agente só poderá fundamentar uma condenação se for corroborado por outros meios de prova." (Pereira S., 2010, pp.158).

Assim, as declarações de coarguido cabem na livre apreciação da prova pelo julgador, com a especificidade de, por serem oriundas do arguido, merecerem uma especial atenção na fundamentação dessa convicção pelo julgador e, normalmente, carecerem de ser corroboradas por outros meios de prova.

As declarações de coarguido não deixam de ser uma prova por declarações, muito especial, e, por força disso, o legislador a elas se dedica com algum cuidado.

Faremos de seguida uma pequena referência à sua previsão normativa e à eficácia que com ela se pretende atingir.

1.1.2.4 As manifestações positivas da relevância das declarações de coarguido.

Várias são as manifestações da atenção do legislador nacional às declarações de coarguido que, como é evidente, têm a sua sede na audiência de discussão e julgamento pois é nesta fase do processo que, preferencialmente, se produzem. Referimo-nos, em especial, à acareação de coarguidos, à tomada de declarações em sede de julgamento e à confissão, artigos 146º, n.º 1, e 343º e 344º do CPP, respetivamente.

No que concerne à acareação, no nosso entender, independentemente de quem é o seu objeto, arguido, testemunhas, ou assistentes, o seu funcionamento serve apenas para ajudar o Juiz a formar a sua convicção sobre quem estará a proferir declarações verdadeiras. Apenas serve este propósito aferir da credibilidade dos declarantes, valendo, como se pode constatar na prática forense, como uma forma de os visados poderem

digladiar argumentos, no sentido de fazer crer ao intérprete quem está a dizer a verdade e, consequentemente, verifica-se uma manifestação do exercício do direito ao contraditório.

Quanto às declarações do coarguido em sede de julgamento, refere o n.º 4 do artigo 343º do CPP que respondendo vários coarguidos, o tribunal ajuizará a forma como devem prestar essas declarações, se os ouve a todos ou um de cada vez. Se decidir ouvi-los separadamente, mal regressem à audiência, o Juiz deverá transmitir aos demais coarguidos as declarações prestadas pelo que foi ouvido, quando não estavam presentes. Tal exigência deve-se, quanto a nós, à concretização do contraditório, no sentido em que a liberdade de declaração do arguido possa ser sindicada pelos demais coarguidos que também decidiram prestar declarações, refletindo também a lisura da produção da prova. Se por força da imediação, o Juiz tem em conta a prova que lhe foi apresentada diretamente em audiência de discussão e julgamento, também os demais sujeitos processuais, em especial os arguidos, devem saber qual foi a prova que foi produzida, até por uma questão de igualdade de armas.

Ainda uma pequena referência à confissão integral e sem reservas que pode levar à renúncia da produção da demais prova e a consequente prova dos factos confessados. Estas declarações confessórias têm força probatória pleníssima, assim determina o artigo 344º, n.º2, do CPP. Contudo, se houver coarguidos e a confissão integral e sem reservas não se verificar relativamente a todos já não se verifica esta força probatória, nos termos do n.º 3 desse mesmo artigo, pois, como é evidente, não há a assunção de forma integral por todos os arguidos e não poderá deixar de haver a produção da demais prova, porquanto, nem todos os factos podem ser dados como provados atenta a inexistência da confissão do seu cometimento. Mas, apesar de não ter esta força probatória, nada impede que o tribunal as valore, de acordo com a sua livre apreciação.

Em jeito de conclusão, resulta demonstrado que apesar das declarações de coarguido não terem uma referência autónoma, como meio de prova é certo que o legislador a elas atende em vários dispositivos legais. Não são um meio de proibido prova, muito pelo contrário, são totalmente permitidas atendendo à liberdade de declaração do arguido e ao princípio da legalidade da prova. Contudo, atendendo ao sujeito que as presta, carece de uma maior atenção principalmente quando com elas põem em causa os direitos de outros arguidos, em especial, o seu já referido direito ao silêncio como manifestação do *nemo tenetur se ipsum acusare*. Todavia, nada impede na lei ou na axiologia processual penal a sua utilização e valoração probatória, muitas vezes fundamental, sendo

fundamentada no princípio da livre apreciação da prova, atendendo as especificidades de cada caso concreto. Aliás como bem refere Costa Andrade: " O que aqui está fundamentalmente em jogo é garantir que qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de autorresponsabilidade. Na liberdade de declaração espelha-se assim, o estatuto do arguido como autêntico *sujeito processual*." (Andrade 2013, p.121).

Liberdade de apreciação, realçamos, que não é sinónimo de arbitrariedade mas liberdade com um dever, onde o critério objetivo do homem médio é um mecanismo indicador e até limitador do seu exercício e, ainda, limitada pelas regras de experiência e por algumas forças probatórias com um valor especial.

O arrependido colaborador, como já afirmamos antes terá sempre que prestar declarações em julgamento, prestando deste modo, declarações de coarguido. Contudo a sua relevância probatória não se reduz a este meio de prova especial, muito pelo contrário, é muito maior a sua importância em sede de investigação criminal e aqui, sim, carece de ser apreciada a sua legitimidade e a concretização do seu procedimento como meio de obtenção de prova que entendemos que é. De forma a aferir da possibilidade de concretização desse estatuto em Portugal, vamos analisar o regime jurídico do direito anglo-saxónico pois, nos países desta família a colaboração do arguido na investigação é um mecanismo natural e totalmente de acordo com o seu sistema jurídico processual-penal. É o que faremos de seguida.

2. O modelo anglo-saxónico.

O princípio da oportunidade é a regra no que concerne aos países oriundos do regime anglo-saxónico, traduzindo-se *grosso modo* na possibilidade atribuída ao MP de promover e negociar acordos com os suspeitos ou investigados. Trata-se de um modelo onde vigora o processo penal acusatório puro ou de partes e, nessa medida, a negociação entre o MP e o investigado é uma constante e uma regra no seu procedimento. Aliás a discricionariedade que é outorgada ao MP é de tal ordem que o próprio poderá nem deduzir acusação, se conseguir do investigado a colaboração que entenda ser conveniente.

Antes de avançarmos na apresentação das soluções de *plea bargaining*, importa contudo realçar que, nestes sistemas, a principal fonte de direito são as decisões dos tribunais ou a regra do precedente, o que implica que a legalidade surja com base num caso concreto e depois se possa aplicar, por semelhança, a casos análogos. O que é totalmente diferente do sistema jurídico português.[276] A lei é sempre geral e abstrata nunca podendo ser criada para responder juridicamente a um caso concreto, a não ser com a *norma ad-hoc*, que por ser individual e concreta, por ser criada pelo intérprete, tem caracter excecionalíssimo. Como refere Cláudia Santos, citando Silva Sánchez: " (…) o Juiz anglo-saxónico tende a procurar uma solução orientando-se em primeira linha " para uma solução justa do caso, em que se tenham em consideração os diferentes interesses conflituantes", enquanto " para o Juiz continental as categorias, subcategorias e regras do sistema tradicional do delito aparecem, pelo contrário, sobretudo, como uma técnica de justificação de decisões."" (Santos, 2014, p.134).

Apesar de ser típica e originária da *Comom Law*, há cada vez mais manifestações deste regime nos países da *Civil Law*, ou como diz Robert Strang, por todo o mundo: " There has been a significant wave of expansion in the growth of plea bargaining

[276] Apesar do grande interesse que a comunicação social hoje tem pelos processos-crime, o que lhes outorga uma grande notoriedade e interesse pela comunidade civil, tal como já referimos antes, estamos em crer que tal conotação e divulgação não permite nem legitima que se legisle para responder a casos concretos. Admitir tal postura legislativa seria destruir de forma arrebatadora o nosso estado de direito e os princípios basilares em que assenta.

mechanisms throughout the world." (Strang, 2017, p.32), embora não todas no mesmo sentido e com o mesmo efeito mas é transversal a todos os países. Segundo alguns autores trata-se da: " americanization of criminal procedures (…). " (Alkon, 2010, p.251).

Cada vez mais emerge a necessidade de o Estados, nos seus sistemas processuais internos, criarem condições à prática da " justiça restaurativa", na qual a ideia de reconciliação, perdão e desjudicialização são uma constante. Há cada vez mais vozes a demonstrar a falência do sistema de justiça penal clássico, socorrendo- se de métodos alternativos da resolução do conflito penal, mas, geralmente, abrangendo apenas a pequena e média criminalidade.[277] Tal como refere Cláudia Santos, a realização da justiça penal carece de ter em conta as conceção que o cidadão tem em relação ao seu funcionamento e eficácia e assim, a sua concretização deve, também, levar em conta as expectativas dos seus destinatários. " (…) uma resposta ao crime dificilmente tenderá para a realização da justiça se ignorar a necessidade de corresponder às expectativas legítimas dos seus destinatários quanto a dois aspetos, que se predem, em sentido muito amplo, com a punição e com a reparação (e por isso, em certo sentido, com a "questão penal" e com a "questão restaurativa"). (…) ao assumir como finalidade a oferta de uma possibilidade de pacificação individual e relacional alicerçada nessa ideia de reconciliação, que retrai a intervenção punitiva do Estado, a proposta restaurativa guiar-se-á ainda por desidrato de justiça." (Santos, 2014, pp. 292-293).

Assim, a *plea bargaining* assenta em acordo feitos com o MP, o *prosecutor*, que mais não é do que verdadeiro advogado de acusação. E, como tal, a sua função é acusatória no sentido quase literal do termo, acusar e sustentar a acusação até ao fim. Nunca poderá o *prosecutor* pedir a absolvição de um réu. Conforme referem Figueiredo Dias e Costa Andrade: " a *plea bargaining* representa a manifestação mais expressiva, embora não única, da discricionariedade – tanto formal como real – do *prosecutor* americano." (Dias & Andrade, 1997, p.483).

Normalmente, a *plea bargaining* envolve a assunção de culpa (*plea guilty*) determinando uma acusação menos grave ou acusação por um só crime, podendo também

[277] Em Portugal a, já por nós referida, lei da mediação penal.

pressupor o reconhecimento da culpa tal como proposto pela acusação (*guilty as charged*) mas, com uma proposta do procurador com uma pena mais leve. Ou, como define Renata Ferreira: " A *plea bargaining* visa uma declaração de culpa (guilty *plea*), para que seja proferida uma condenação contra o arguido sem julgamento, consistindo em uma "trica de concessões oficiais para ato do acusado de auto-condenação."". (Ferreira R., 2016, p. 400).

Uma outra vertente da *plea bargaining* pode envolver um período probatório (*probation*), durante o qual arguido cumpre determinados requisitos, como programas de reabilitação, reparação de danos causados, entre outros. Como se constata, esta última forma de *plea bargaining* é muito semelhante às injunções e regras de conduta da nossa suspensão provisória do processo prevista no artigo 281º do CPP que, cumpridas, determinam que o *prosecutor* retire as acusações, e em Portugal arquive o inquérito. [278]

Por fim, pode também consistir em acordos de cooperação *(cooperation agreements*), em que os arguidos colaboram com as autoridades para revelar a identidade de outros membros de uma organização criminosa. Esta é a modalidade que pretendemos analisar com maior profundidade, pois é daqui resulta a semelhança com o estatuto de arrependido colaborador.

Segundo Robert Strang, o *cooperation agreement* tem fins puramente investigatórios, prescindindo de uma declaração de culpa. Segundo refere: "The cooperating defendant's admission of personal guilt is not the primary goal; the point is to use this cooperating defendant, proactively or historically, to develop evidence to prosecute other individuals, usually co-conspirators. Often seen proverbially as using "the little fish to catch the big fish," in some jurisdictions, such as the U.S., it can involve using the big fish to catch some of the little ones too." (Strang, 2017, p.32). Realça o referido autor que o uso deste tipo de acordo surge, necessariamente, para fazer face ao combate ao crime organizado: " is the need to combat organized criminal groups more effectively." (Idem, 2017, p.33). Esta forma de *plea bargaining* sai reforçada pela convenção das

[278] Sobre o regime da suspensão provisória do processo em Portugal vide, por todos, Fernando Torrão (Torrão, 2000).

Nações Unidas Contra a Corrupção[279], que como vimos, é um dos crimes precedentes do branqueamento de capitais. Neste mesmo diploma determina-se uma regulamentação especial para o este tipo de crime. [280] A referida convenção no seu artigo 37º, determina, de forma clara, a criação de medidas que favoreçam a colaboração, melhor que favoreçam condições para se efetivar a *cooperation agreement*, podendo resultar dessa colaboração a diminuição da pena até à própria imunidade.[281] Em Portugal, como vimos, poderá efetivamente haver dispensa de pena no âmbito dos crimes de corrupção, mas não com o arrependido colaborador, aqui haverá lugar a uma atenuação de pena. A dispensa de pena assenta, como referimos supra, na desistência e no arrependimento activo.[282]

Uma das consequências desta forma de negociação é a possibilidade de o MP poder acusar por um crime menos grave. Conforme refere Mafalda Matos trata-se de um a negociação horizontal que: " (…) ocorre entre o prosecutor e o arguido permitindo a charge of bargaining, na nossa terminologia uma negociação da acusação, onde em troca por exemplo de uma colaboração processual por parte do arguido, o prosecutor apenas acusará o arguido de um crime menos grave por este cometido." (Matos, 2013, p.18).

---

[279] Correspondendo à resolução da Assembleia da República 47/2007, de 21 de setembro, que esteve na origem da alteração ao CP de 2010. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2245&tabela=leis&so_miolo=

[280] Conforme determinam os artigos 23º e 24º da referida convenção.

[281] Estabelece o referido artigo 37º da Convenção:

Artigo 37.º

Cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei

1 - Cada Estado Parte deverá adoptar as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado na prática de uma infracção estabelecida em conformidade com a presente Convenção a fornecerem informações úteis às autoridades competentes para a investigação e a produção de provas, bem como a prestarem ajuda efectiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os autores da infracção do produto do crime e para recuperar esse produto.

2 - Cada Estado Parte deverá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infracção prevista na presente Convenção.

3 - Cada Estado Parte deverá, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, considerar a possibilidade de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infracção prevista na presente Convenção.

4 - A protecção dessas pessoas deverá ser assegurada nos termos do artigo 32.º da presente Convenção.

5 - Quando uma das pessoas referidas no n.º 1 do presente artigo se encontre num Estado Parte e possa prestar uma cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes em questão poderão considerar a celebração de acordos, em conformidade com o seu direito interno, relativos à eventual concessão, pelo outro Estado Parte, do tratamento descrito nos n.os 2 e 3 do presente artigo.

[282] Ver ponto 1.1.1., do presente capítulo.

A constitucionalidade do *cooperation agreement* foi reconhecida pelo *Supreme Court* no processo Brady v. USA, em 1970[283], tendo este Tribunal superior estabelecido algumas condições para que o acordo seja válido: a) o arguido deve estar plenamente consciente das consequências diretas do acordo, incluindo o valor real e o s efeitos de todos os compromissos assumidos; b) a declaração do arguido não pode ser induzida por ameaças, nem por falsas promessas ou promessas irrealizáveis; c) o acordo não pode ser posteriormente desfeito simplesmente porque o arguido resolveu reconsiderar sua decisão e decidir não colaborar; d) os tribunais devem-se certificar de que as declarações de culpa são voluntárias e estrategicamente orientadas por defensores competentes e que não haja nenhuma dúvida sobre seu rigor e fidelidade às admissões do acusado.

É, deste modo, um procedimento adotado e aplicado nos Estado Unidos com muita frequência e nem sempre originando a impunidade do arrependido colaborador. Como refere Robert Strang: "Thus, serious criminals are not getting a "free pass" for their cooperation, but rather only a reduction." (Strang, 2017, p.34). Segundo o referido autor, este acordo de cooperação será redigido pelo MP, em acordo com a defesa do arguido, do qual devem constar os termos da colaboração e um parecer do MP de qual deverão ser os termos da atenuação da sua responsabilidade que deverá ser homologado pelo Juiz. Conforme refere: "(…) the U.S. prosecutor then negotiates a written cooperation agreement with defense counsel which provides that the defendant will plead guilty to specific criminal charges and provide cooperation under the direction of law enforcement. In return, the prosecution agrees that should the defendant's cooperation be determined to be both truthful and "substantial" the prosecutor will submit a motion to the defendant's sentencing judge detailing the cooperation and attendant circumstances." (Strang, 2017, p.34).

Várias são as críticas que se colocam a este sistema de *plea bargaining*, quer por falta de publicidade, contraditório, ou até mesmo uma coação escondida por parte daquele como apelidam Figueiredo Dias e Costa Andrade, do " (…) Juiz às portas do Tribunal."

[283] Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/case.html (consultado em 17/04/2017)

(Dias & Andrade, 1997, p.484). Segundo os autores, citando Blumberg: " O sistema de negociação da justiça é muitas vezes um sofisticado, sintético e perfunctório sucedâneo da justiça real. Os seus processos e métodos rotineiros e quase absurdos levam directamente ao favoritismo, à venalidade, à coerção e ao arbítrio. O sistema é particularmente vulnerável à manipulação política." (Idem, 1997, pp.486-487).

Cremos que estas críticas, que acompanhamos, dirigem-se às duas primeiras formas de *plea bargaining*: o *plea guilty* e o *guilty as charged.* Aqui, de facto, a negociação vai para além do que é admissível pois, há uma total disparidade entre as *partes* na relação processual. Uma delas é quem primeiro coordena, articula a recolhe as provas na fase do inquérito, e prossegue com a sustentação da acusação perante o tribunal; a outra parte somente fica à mercê desta vontade negocial do procurador. No momento da dedução da acusação, surge a possibilidade de acordo, decidida unilateralmente pelo representante da mesma, muitas vezes impugnável e estando o arguido numa posição de extrema vulnerabilidade e inferioridade, atendendo à sua posição processual. Estas modalidades de *plea bargaining* assentam num só ideal, a supressão da apreciação judicial. Quando chega ao Juiz já quase tudo está determinado, com base no acordo efetuado entre o MP e o arguido, com uma derrogação clara da presunção da inocência e da proibição da *autoincriminação*. Com assunção de culpa por parte do arguido o procurador não tem que fazer a prova da mesma e o Juiz dá, imediatamente como provada a sua existência sem qualquer julgamento, mesmo ao nível da grande criminalidade. Há o verdadeiro coartar do direito a ser julgado. Por força destas críticas, e desde há muito tempo há vozes da doutrina desses países a determinar que o *plea bargaining* consiste na nova ou moderna forma de tortura. Neste sentido, citado por muitos outros autores, Langbein: "The parallels between the modern American plea bargaining system and the ancient system of judicial torture are many an chiling." (Langbein, 1978, p.8) E acrescenta: "Plea bargaining, like torture, is coercive." (Idem, 1978, p.13). De facto, apesar de obtida por outros métodos a c*onfessio est regina probationum* no *plea bargaining.*

Na esclarecedora síntese de Cunha Rodrigues: " (…) na Europa, invoca-se o "processo à americana" para exorcizar os problemas que os sistemas criminais europeus enfrentam" e, na América, a fuga para o mito leva "frequentemente à exaltação do modelo inquisitório da Europa para reequilíbrio dos excessos produzidos pelo "adversarial system". (Rodrigues C., 1998, p.16).

No que concerne ao *cooperation agreements*, não nos parece que possa perigar ou desembocar nos perigos anunciados do *plea bargaining*, tradicionalmente atribuída. Até porque, em bom rigor esta figura já estava consignada na nossa lei, pelo menos de forma encapotada. Basta pensarmos nas regras de determinação da medida concreta da pena, onde o arrependimento e a colaboração com as autoridades judiciárias têm um forte pendor na avaliação judicial,[284] a par de outras manifestações de oportunidade. Acresce ainda que a assunção de culpa por parte do arrependido colaborador não impede o julgamento dos factos que suspeita terem sido por ele praticados. Este arrependimento e colaboração investigatória apenas resultarão num menor grau de censura a ser emitido pelo julgador, e o seu estatuto carece também de passar pelo crivo de um Juiz.

Desta manifestação oriunda dos países da *Commom Law* podemos retirar essencialmente três conclusões: a colaboração do arguido terá de resultar da sua livre e consciente vontade; a sua colaboração não carece necessariamente de uma contrapartida que consista na impunidade; e, por fim, é muitas vezes a única forma eficaz de investigar a criminalidade organizada.

O modelo de *cooperation agreement*, referido por Robert Strang poderá, no nosso entendimento, ser aplicado no sistema processual penal português, desde que muito bem balizadas as suas condições de admissibilidade e os seus efeitos.[285]

Por fim, e de seguida analisaremos o regime jurídico deste mesmo estatuto em dois países oriundo do sistema romano-germânico como é o nosso. Há já vários anos que tal estatuto existe, sob a influência do modelo anglo-saxónico já analisado, e que tem vindo a demonstrar grande eficácia e sem violação das regras que o caracterizam. Referimo-nos ao Brasil e à Itália, o que faremos de seguida. Contudo, cumpre-se salientar, que por toda a europa se constata a existência de manifestações de justiça negociada.[286]

---

[284] Com maior pormenor ver ponto 1.1.1, do presente capítulo.
[285] Com maior pormenor ver pontos 1.4, 1.5 e 1.6, do presente capítulo.
[286] Referindo-se à Bélgica, Michaël Fernandez-Bertier escreve: "Yet, as our Justice progressively evolves from an imposed, "issued" Justice to a negotiated and consensual one, we do believe that the gradual establishment of a plea bargaining procedure would allow for a fair Justice based on the respect of each and everyone's interests." (Fernandez-Bertier, 201, p.501).

3. Breve referência ao estatuto do arrependido colaborador em países do modelo romano-germânico, em especial no Brasil e em Itália.

Nestes dois países, cumpre desde já referir, o arrependido colaborador, ou segundo o ordenamento brasileiro a "delação/colaboração premiada", e segundo o ordenamento jurídico italiano, os "pentiti" saíram reforçados no combate à criminalidade organizada em geral, e no combate ao branqueamento de capitais em especial. Ou seja, apar do que vemos a acontecer no nosso país, nestes dois países, onde a criminalidade organizada tem uma forte existência criminológica, viram- se obrigados a reforçar a existência de um prémio aos agentes do crime que colaborassem na investigação criminal das condutas criminosas que pressupõem um organização e aglomerado de intervenientes. No Brasil, principalmente pela corrupção, e em Itália, para fazer face às máfias que neste país têm uma origem quase histórica.

Vejamos, sucintamente, o seu regime jurídico.

3.1 Itália

Itália foi o primeiro país da Europa a regulamentar a presente temática.

Visando conseguir o arrependimento, a confissão e a delação como instrumento de desarticulação do crime organizado existente na Itália, criou-se, em 29 de maio de 1982, a "Lei misure per la difesa dell ordinamento constituzionale", para fazer face às mafias italianas que existem neste país há vários séculos.[287]

---

[287] As três mais conhecidas são: "Ndrangheta", "Camorra" e "Cosa Nostra".
"" Ndrangheta" (ou Societá Onorata, a Santa e Picciotteria) indica o crime organizado da região da Calábria.
"Camorra" indica o conjunto de atividades criminosas da região da Campania, mas que tem um maior interesse também fora da Itália.
"Cosa Nostra" indica uma organização criminosa de forma mafiosa presente na Sicília, que se tornou uma organização internacional com laços e ligações com outras organizações criminosas.

Tudo começou com a colaboração de um membro da máfia organizada que, com o seu testemunho, possibilitou a condenação de várias centenas de outros membros do mesmo grupo organizado. Conforme referem Antonio Acconcia, Gionavinni Immordino, Salvatore Piccolo e Patrick Rey: "Tommaso Buscetta is widely recognize as the first important criminal to break the code of silence in Italy. During the 1980s, he helped the judges Giovani Falcone and Paolo Borsellino to achive significant successes in the fight against organized crime. He was the key witness in the Maxi Trail that sent almost 350 Mafia members to prison." (Acconcia, Immordino, Piccolo, & Rey, 2014, p.1121). Mais colaboradores seguiram o exemplo de Buscetta após a alteração legislativa que ocorreu na década de noventa através da criação de uma lei de proteção e acompanhamento de testemunhas. Assim, a partir dessa data este regime de investigação passou a ser muito comum e usual na investigação dos crimes praticados pelas máfias italianas. Contudo, nem sempre funcionou em todo o tipo de máfias, pois algumas, baseadas em laços de sangue e de afinidade, mesmo com a lei da colaboração e proteção mantêm-se fortemente ligadas a pacto de lealdade. "Several other features are worth noting. First, accomplices rarely decided to blow the whistle before being under investigation. Second, strikingly enought, many among the most influential Mafia heads never cooperated with the justice, even when being charged with several life sentences. (…) the Ndrangheta seems to feature a greater cohesion than Cosa Nostra and the Camorra, which can be related to differences in recruitment methods. The Ndrangheta recruits members on the criterion of blood relationships, which results in a tight cohesion within the family clan that presents a major obstacle to investigations." (Idem, 2014, p.1122).

De acordo com uma clássica "reconstrução", é constituída por um sistema de grupos chamadas "famílias", organizada em seu interior, com base em um rígido sistema hierárquico composto de sócios de níveis diferente chamados de Picciotti e um chefe do referido Padrino (Padrinho)." Todas com origem em meados do seculo XIX.
Disponível em:
http://www.estilogangster.com.br/mafia-italiana-ndrangheta-camorra-e-cosa-nostra/
(consultado em 26/04/2017)

O regime legal italiano no âmbito da relevância da colaboração dos agentes na investigação criminal apresenta-se de duas formas: os "pentiti" (arrependidos) e os "dissociati" (dissociados).

Quanto aos primeiros tratam-se de criminosos que, antes da sentença condenatória, se retiram da associação e fornecem informações acerca da estrutura da organização à Justiça. Quando a sua colaboração é corroborada por outros meios de prova, logram a extinção da punibilidade e, tanto o colaborador como seus parentes próximos, passam a receber salário, habitação e plano de saúde do Estado, que se torna responsável por sua integridade física.

Os "dissociati" são aquele que se desvinculam ada associação criminosa na qual encontravam inseridos, onde o pressuposto da voluntariedade dessa desistência no parece que será uma figura semelhante ao da desistência em caso de comparticipação[288].

A técnica de relevância premial italiana é direcionada ao desmantelamento da Máfia e visa desconstruir sua estrutura organizada de atuação eficiente e sigilosa, aplicando-se, portanto, no âmbito da criminalidade organizada.

Aliás, neste país, o arrependimento e a colaboração começam por ser utilizados para o combate do terrorismo político e das redes organizadas internas, mas, cada vez mais caminha no sentido de equiparar a legislação contra o terror, da legislação contra os crimes comuns. E, assim, hoje a colaboração do arguido é aplicável à generalidade dos crimes comuns. Acabando por surgir vozes a invocar que esta preponderância da eficácia investigatória acaba por destruir todas as conceções garantísticas que, neste país, se outorgam na sua Lei Fundamental.

Verifica-se uma extrema preocupação pelo cumprimento da proteção do Estado em relação aos colaboradores da justiça, determinando-se com rigor os termos de acompanhamento por parte dos institutos do estado, como a segurança social e outros, na concretização desse acompanhamento e assistência. Será um regime de proteção de testemunhas no seu sentido amplo e quase indefinido, pois a sua manutenção dependerá da existência do perigo para a vida ou integridade física do colaborador ou os membros da sua

[288] Sobre esta e outras figuras semelhante vide, com maior pormenor, o ponto 1.1.1, do presente capítulo.

família, que, atendendo ao tipo de criminalidade organizada, que Itália enfrentou e enfrenta, será, necessariamente, mais latente.

Neste sentido, cumpre-se desde já esclarecer que os *collaboratores* de *giustizia* podem revelar-se em vários momentos do processo penal, inclusivamente no âmbito do direito penitenciário onde a execução das penas dos arrependidos obedece a um regime legal que tem por fim a proteção da sua integridade física e segurança em troca da sua colaboração na investigação. " L'obiettivo perseguito dal legislatore com questa disciplina è dúplice. Da un lato si prefigge la repressione della criminalitá organizzata, sfruttando il património cognoscitivo di soggetti che, facendo parte della struttura organizativa del sodalizia, posando apportore informazioni utili nelle fase processale o investigativa, dall'altro lato, persegue la prevenzioni di ulteriori attività criminose, sai attraverso il contributo dei collaboratori, sai mediante l'applicazione del regime detentivo speciale, che è finalizzato ad impedire contatti tra i vértice e i membri in libertà del sodalizio criminale." (Giordano & Leccese, 2017, p.125).

Demonstrador do que acabamos de enunciar é a recente proposta de lei (de março de 2017) que, no âmbito da distinção entre testemunhas e colaborador da justiça, vem realçar ainda mais as suas diferenças e regulamentar as medidas de proteção que a cada uma das figuras se poderá aplicar. Referimo-nos a Disposizioni per la protezione dei testimoni di giustizia (AS 2740)[289].

[289] Cujo sumário tem o seguinte conteúdo:
Disposizioni per la protezione dei testimoni di giustizia (AS 2740). Scheda di sintesi
Premessa. La Camera ha approvato il 9 marzo 2017 il provvedimento, che ora dovrà essere esaminato dal Senato (AS 2740).
Finalità del provvedimento. La proposta di legge iniziale (AC 3500) è volta ad adeguare la disciplina (in particolare il decreto legge n. 8 del 1991 e la legge n. 45 del 2001) in materia, al fine di distinguere meglio la posizione dei testimoni di giustizia (di norma semplici cittadini – ad esempio imprenditori oggetto di racket o di usurai – che danno uno specifico apporto alle indagini della magistratura e che per questo possono essere perseguitati da gruppi criminali: attualmente sono 78, e 255 i loro familiari) da quella dei collaboratori di giustizia (che fanno invece parte di organizzazioni criminali e che proprio per questo sono in grado di fornire informazioni utili per lo svolgimento delle indagini, ottenendo in cambio benefici di varia natura: attualmente sono 1.277, con 4.915 familiari).
Contenuti della proposta di legge. La proposta di legge, nel testo licenziato dalla Commissione Giustizia della Camera, nel definire in modo stringente il testimone di giustizia, prevede in particolare specifiche misure di tutela e sostegno economico nella località di origine (da privilegiare rispetto al programma di protezione in località protetta). Si introduce anche la figura del referente del testimone di giustizia, volto ad assisterlo nei suoi rapporti con le istituzioni.

Nesta proposta de lei resulta clara a diferença quando refere: “ al fine di distinguere meglio la posizione dei testimoni di giustizia (di norma semplici cittadini – ad esempio imprenditori oggetto di racket o di usurai – che danno uno specifico apporto alle indagini della magistratura e che per questo possono essere perseguitati da gruppi criminali: attualmente sono 78, e 255 i loro familiari) da quella dei collaboratori di giustizia (che fanno invece parte di organizzazioni criminali e che proprio per questo sono in grado di fornire informazioni utili per lo svolgimento delle indagini, ottenendo in cambio benefici di varia natura: attualmente sono 1.277, con 4.915 familiari).” Conforme se constata, e se reitera, os “collaboratores de giustizia” beneficiam de uma ajuda “ eterna” do Estado que se obriga a acompanha-los, bem como à sua família, desde o momento da colaboração até ao fim das suas existências. Sem essa garantia não há condições de se assegurar a efetiva colaboração dos arrependidos, por regra associadas à mafia italiana que, tal como se sabe, o perigo de eliminar fisicamente tal colaboração é bem real e próxima do sistema de justiça.

Notizie dell’iter. La Commissione Giustizia della Camera ha avviato il 7 settembre 2016 l’esame della proposta di legge, che recepisce gran parte delle indicazioni contenute nella relazione della Commissione antimafia per garantire una più efficace tutela dei testimoni di giustizia attraverso la definizione di una specifica disciplina.
Al fine di approfondire ulteriormente gli aspetti problematici del provvedimento, la Commissione ha effettuato un breve ciclo di audizioni (seduta del 13 settembre 2016). In particolare, il 25 ottobre 2016 ed il 26 ottobre 2016 sono stati ascoltati i Procuratori della Repubblica presso i tribunali di Reggio Calabria, Napoli, Milano, Palermo, Roma e Torino, nonché il Presidente della Commissione centrale per la definizione e applicazione delle speciali misure di protezione ed il Procuratore nazionale antimafia ed antiterrorismo (per una sintesi di tali interventi leggi questa scheda).
L’esame degli emendamenti si è svolto nelle sedute del 16 novembre 2016, 23 novembre 2016, 11 gennaio 2017, 1° febbraio 2017 e 23 febbraio 2017. La discussione in Aula è iniziata il 27 febbraio 2017, con gli interventi, tra gli altri, del relatore, On. Mattiello, e del Vice Ministro dell’Interno. A causa del mancato parere espresso dalla Commissione Bilancio, che ha chiesto una relazione tecnica sugli oneri derivanti dal provvedimento, La discussione è stata rinviata al 7 marzo 2017. L’8 marzo 2017 la Commissione Bilancio ha espresso un parere favorevole con osservazioni.
Il 9 marzo 2017 l’Assemblea di Montecitorio ha approvato il testo con alcune modifiche.
Per maggiori informazioni vedi il dossier del Servizio Studi della Camera.
(ultimo aggiornamento 15 marzo 2017).
Disponível em:
http://www.avvisopubblico.it/osservatorio/contenuti-dellosservatorio/attivita-legislativa/progetti-di-legge-in-discussione/disposizioni-per-la-protezione-dei-testimoni-di-giustizia-ac-3500-scheda-di-sintesi/
(consultado em 28/05/2017)

Ainda antes da análise do regime do arrependido, como colaborador da justiça, importa ainda referir que existe também uma figura denominada " patteggiamento" que corresponde a uma figura próxima do processo sumaríssimo português - processo especial onde não há julgamento e, em bom rigor, trata-se de uma pena proposta pelo MP e se não impugnada pelo arguido, o Juiz homologa-a e equivale a sentença - mas não tem como objeto a pequena e média criminalidade. Conforme refere Roberto Angelini: "Trata-se de um instituto de negociação de penas, por via do qual o Juiz aplica, por sentença, uma pena que foi proposta por acordo das partes, isto é pelo *Pubblico Ministero* e pelo arguido; instituto este que é transversal às (outras) várias formas procedimentais especiais (*abbreviato, direttissimo, per decreto* e *immediato*); abarcando um feixe muito alargado que vai para além da chamada pequena e média criminalidade, sendo gizado, justamente, para atalhar ao volume crescente de processos penais de baixa intensidade, vindo mais tarde a alargar-se o seu campo de aplicação." (Angelini, 2013, p.222). A pena é aplicada sem a avaliação judicial da culpa do agente violando o princípio da *nulla poena sine judicio.* Contudo a doutrina italiana, apesar de não ser uníssona, tende a aceitar este *patteggiamento* alargado, pois " (…) o recurso à justiça negociada representa uma solução alternativa que, mesmo com todos os seus defeitos e limitações, é imprescindível num sistema acusatório." (Idem, 2013, p.229). Ou como defende Renata Ferreira: " (…) consubstanciando a renúncia implícita e voluntária à presunção de inocência – em audiência preliminar -, havendo um acordo entre as partes para a aplicação de pena, aceitando-se os elementos probatórios contidos no processo e, consequentemente, renunciando, de modo implícito, ao direito de defesa." (Ferreira R., 2016, p.401).

Conforme se constata, o arrependido colaborador tem assento neste país em vários momentos do processo penal, desde a investigação, à aplicação da pena até ao seu cumprimento ou execução. O que importa analisar com maior acuidade, atento o objeto do presente trabalho, é aquele que colabora com a investigação e os prémios que recebe por esse contributo.

Face ao exposto parece-nos que os "pentitis" serão aqueles que mais se aproximam do arrependido colaborador, pois arrependem-se do cometimento do crime e auxiliam as autoridades na recolha da prova. Os "dissociati" serão uma figura mais próxima da desistência mas que se reflete e releva no decorrer do julgamento. Assim, concentremos o nosso estudo na primeira figura referida.

Analisando o regime jurídico da referida “ Lei misure per la difesa dell ordenamento constituzionale”, do mesmo resultam essencialmente 5 aspetos essenciais.

Desde logo o exercício do arrependimento como colaborador da justiça – “pentiti” – determina que o agente tem um prazo para o exercer. Ou seja, após o início da sua constituição como arguido, este dispõe de 6 (meses) para exercer, querendo o seu arrependimento e colaborar com a investigação.

Trata-se de uma obrigações de meios e não de resultados, sendo certo contudo que, a eficácia da colaboração repercutir-se-á na determinação da medida concerta da pena, ou seja, o prémio que receberá será determinado pelo Juiz em função da eficácia da sua colaboração, que poderá ir até ao perdão judicial.

Conforme já referimos, beneficia de uma proteção por parte do Estado que poderá consistir na atribuição de uma nova identidade para si e para a sua família. Ficando o Estado obrigado a garantir a subsistência dos seus membros. Será um regime semelhante à nossa lei de proteção de testemunhas mas com uma amplitude muito maior. E não obstante a referida amplitude, as vozes doutrinais apontam para uma necessidade de assegurar, efetivamente, o cumprimento de tais proteções. Tal como refere Fluvio Scarpino: “Abbiamo già accennato che il punto forse più dolente del programma di protezione, a cui sono sottoposti anche i collaboratori, oltre ai testimoni, è il grande disagio psicologico e relazionale che vivono i "protetti" a causa del trasferimento in località protetta, dall'assenza di un progetto di vita e dalla paura in cui tali soggetti piombano: problema, ancora oggi, affrontato dal Servizio centrale di protezione con scarsa considerazione ed inefficienza, in ragione dell’esiguità di personale specializzato in grado di gestire le delicate vicende di questi soggetti.” (Scarpino, 2016, p.1).

Por outro lado e por fim, o arguido é obrigado a prestar declarações em julgamento contudo, poderá faze-lo por meio de videoconferência ou então presencialmente mas acompanhado por grande proteção policial.

Importa contudo salientar que o uso deste tipo de métodos ou meios de investigação não perigam tanto modelo acusatório italiano pois, apesar de neste país a estrutura acusatória do processo penal também se verificar, a sua predominância verifica-se mais do ponto de vista formal que material, pois, o poder judicial interfere em sobremaneira na investigação criminal e o Ministério Público tem também poderes insindicáveis. Ao contrário do que acontece no nosso pais, por força do principio do acusatório.

3.2 Brasil

Foi a Lei 9.034/95 que inaugurou no Brasil a regulamentação da delação premiada com objetivo de auxiliar a investigação dos crimes praticados de forma organizada. Mais recente é a Lei 12.850/2013 que revogou a anterior, criada para reforçar o combate aos crimes de organização e associação criminosas, consagra medidas desde a colaboração premiada até a cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Nos seus artigos 4º a 7º resulta o referido estatuto da delação premiada.[290] [291] Existe ainda a Lei 9.613/98, alterada pela Lei 12.683/12, que cataloga a delação premiada

---

[290] Dispõe o referido artigo 4º:
Da Colaboração Premiada
Art. 4º
O Juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:
I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.
§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.
§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao Juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).
§ 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.
§4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:
I - não for o líder da organização criminosa;
II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.
§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.
§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.
§ 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.
§ 9º Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.
§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.
§ 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.
§ 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.
§ 13. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.
§ 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.
§ 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.
§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.
O artigo 5º consagra os seus direitos:
Art. 5º São direitos do colaborador:
I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;
II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;
III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;
VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.
O artigo 6º estabelece as regras do acordo:
Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:
I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;
III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;
IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;
V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.
O artigo 7º determina o carater secreto do acordo.
Art. 7º
O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.
§ 1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

destinada aos autores e participantes do crime de "*lavagem de dinheiro"*, que colaborem na identificação dos seu comparticipantes bem como na localização de bens, direitos e valores objeto do crime. Trata-se de um regime para este crime especial, cujo conteúdo, regras e formas é o consta da referida lei de 2013.

A "colaboração premiada" é concretizada de forma simples, em qualquer momento do processo penal. " O instituto atende à investigação de determinados crimes, mormente aqueles decorrentes de atividades de organização criminosa, os quais apresentam peculiaridades de modo a tornarem ineficazes os métodos de apuração tradicionais. (…) a delação representa a busca por um instrumental investigatório adequado à nova estruturação das atividades delinquenciais cujo enfrentamento se funda no domínio da informação sobre as organizações criminosas." (Ferro, Pereira, & Gazzola, 2014, p.90). Conforme se constata trata-se de um regime legal exaustivamente trabalhado na letra da lei.

Existem autores que defendem que não há necessidade de eficácia na investigação com a colaboração do delator. Será o Juiz que determinará a ajuda importante ou não que o agente deu na investigação, o qual pode continuar a poder beneficiar desses prémios mesmo que não tenha sido profícua a sua intervenção. Conforme refere Juliana Kobren : " (…) podendo, inclusive, ter a pena reduzida sem colaborar efetivamente." (Kobren, 2011). Referindo-se ao artigo 13º da referida lei, que estabelece os requisitos da colaboração, escreve Jeferson Pereira: " (…) são alternativos, de modo que não é preciso sempre permitir a identificação dos demais autores, mais a recuperação do produto do crime e mais a libertação da vítima." (Pereira J., 2015).

No que se refere ao seu valor probatório parece-nos que cairá na livre apreciação da prova, desde que corroborado com outros elementos de prova e com respeito pelo exercício

---

§ 2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.
§ 3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.

[291]Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm
(consultado a 21/04/2017)

do contraditório. Neste sentido, escreve a mesma autora: “ (…) verificou-se que tem o condão de fundamentar a sentença condenatória sempre que se respaldar em outros elementos de convicção e observar o princípio do contraditório.” (Idem, 2011).

Mais uma vez, os autores brasileiros, apesar de existirem também vozes em sentido contrário, entendem que a delação premiada é muito importante na investigação criminal das novas formas de criminalidade caraterizada por ser organizada e altamente evoluída, com pacto de lealdade muito fortes e com repercussões muito graves a quem não os cumpra. Demonstram, inclusivamente, que, sem o recurso a esta forma de recolha de prova, muitas das investigações criminais não conseguiriam combater este tipo de criminalidade. E, assim, no combate à criminalidade organizada, verifica-se a aplicação deste regime jurídico que beneficia não só o próprio colaborador como também os seus familiares. Para que a integridade física e pessoal daquele e destes seja verdadeira mente protegida. Neste sentido, escreve a autora referida: “ Ademais, a colaboração premial não demonstra a inutilidade do Estado brasileiro no combate ao crime, pois constitui uma tendência atual em matéria de investigação e repressão criminal. Importante, porém, citar que devido à estrutura complexa apresentada pelas organizações criminosas, a delação premiada trata-se de instrumento de altíssima relevância na identificação dos membros das organizações, de sua maneira de atuar, enfim, no desmantelamento das associações delituosas. (…) A "Lei do silêncio", imposta pelas organizações criminosas, faz com que as pessoas, tanto testemunhas e vítimas, quanto aos réus, sintam-se intimidados e não colaborem com a polícia e com a justiça, no entanto, a garantia de segurança posterior os estimula. Na verdade, a qualidade da proteção oferecida pelo Estado aos delatores é que determinará aos mesmos se é viável colaborar e, consequentemente, demonstrará a amplitude da aplicação do instituto no Brasil. ” (Kobren, 2011).

Curioso é o facto de o prémio ser graduado pelo Juiz de julgamento em função não só do nível da sua colaboração mas também, atendendo à personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do facto criminoso, isto é, o prémio que poderá ir desde o perdão judicial à redução da pena, ou à pena restritiva de direitos, é determinado pelo Juiz tendo em conta os critérios assinalados. Tal nos revela que a colaboração fica a constar de um dos critérios do Juiz na determinação da medida concreta da pena ou da sua não aplicação, sendo certo que o próprio perdão é também uma forma de reação penal. Conforme referem: “ (…) porque se reconhece o réu culpado, portanto, merecedor de reprovação, que o perdão se coloca no lugar da pena, como

resposta penal nos casos concreto. Portanto, como se identifica uma manifestação estatal de censura à conduta, podem-se ver atendidas as funções da pena no sentido da prevenção geral e especial. (…) o perdão judicial é uma espécie de escusa absolutória para a qual o legislador pode identificar razões de politica criminal as quais recomendem a não imposição de pena. O que revela a sua excepcionalidade porquanto forma de abdicação do *ius puniendi*." (Ferro, Pereira, & Gazzola, 2014, p.111-113).

Para os referidos autores o perdão judicial como prémio ao delator impõe-se por razões de política criminal, que determinam a desnecessidade de aplicação de uma pena. Parece-nos um regime semelhante à dispensa de pena portuguesa. Contudo, esta forma de reação penal, em Portugal, só é compaginável, mesmo ao nível de política criminal, para a pequena criminalidade e não para a grande criminalidade como é que tem por objeto deste meio de investigação.[292] A dispensa de pena que figura nos crimes mais graves, como os casos de corrupção e a associação criminosa, a que já nos referimos, não resulta de auxílios investigatórios, nos moldes do arrependido colaborador, mas é, antes, verdadeiras formas de arrependimento ativo e de desistência.

Por fim, no que concerne à eficácia da sua colaboração, o entendimento é que não tem uma obrigação de resultados mas antes de meios. Desde logo porque esse não é o seu papel ou função no processo e porque, quanto a nós ainda mais relevante, não poderia condicionar-se a colaboração do arguido a resultados investigatórios quando quem deve investigar e acusar é o MP coadjuvado pelos OPC's. Assim, a avaliação dessa eficácia deve ser feita antes do início da investigação que com a colaboração do arguido se vai realizar e não depois. "Implica exigir, um juízo *ex ante*, a possibilidade de as informações do colaborador levarem aos resultados reclamados pelo dispositivo legal e estabelecidos no

[292]Assim determina o artigo 75º do CP que delimita a sua aplicação nos seguintes casos:
1 - Quando o crime for punível com pena de prisão não superior a 6 meses, ou só com multa não superior a 120 dias, pode o tribunal declarar o réu culpado mas não aplicar qualquer pena se:
a) A ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas;
b) O dano tiver sido reparado; e
c) À dispensa de pena se não opuserem razões de prevenção.
2 - Se o juiz tiver razões para crer que a reparação do dano está em vias de se verificar, pode adiar a sentença para reapreciação do caso dentro de 1 ano, em dia que logo marcará.
3 - Quando uma outra norma admitir, com carácter facultativo, a dispensa de pena, esta só tem lugar se no caso se verificarem os requisitos contidos nas alíneas do n.º 1.

acordo de colaboração. (…) exigir do colaborador a eficácia probatória da sua colaboração como cláusula *rebus* para aplicação de benefícios penais e processuais traduz-se na estipulação de contrato leonino." (Ferro, Pereira, & Gazzola, 2014, p.121).

Uma das condições da realização do acordo é a renúncia ao seu direito ao silêncio. Conforme resulta do parágrafo 14 do artigo 4º da referida lei o acordo pressupõe que o arguido renuncie ao seu direito ao silêncio ficando obrigado a dizer a verdade. Neste âmbito, os autores entendem que não há violação da proibição da autoincriminação por razões de política criminal, ou seja, como em causa está a criminalidade organizada entendem que a limitação desse direito não põe em causa o referido princípio, na medida em que, as demais garantias continuam a ser outorgadas ao arguido e desde que tal renúncia seja prestada de forma livre e esclarecida e na presença do defensor. Conforme referem: " (…) no que tange à delação premiada, importa, tal qual verificável frente ao princípio *nemo tenetur se detegere*, que o imputado seja plenamente esclarecido quanto à natureza do instituto, suas consequências penais e processuais, as garantias de protecção viáveis de se conseguir ao delator. (…) Para que a delação se afirme enquanto válida e possa servir como meio de prova, imprescindível que o delator tenha ciência do negócio jurídico que estabelecerá, das sus repercussões e alcances, bem como tenha se efetuado em condições de plena liberdade psíquica." (Ferro, Pereira, & Gazzola, 2014, p.148).

Partilhamos algumas das considerações dos referidos autores contudo, não nos parece ser possível sujeitar o arguido ao dever de verdade para efeitos de cominação substantiva. Ou seja, não nos parece que a renúncia ao direito ao silêncio nos moldes e atendendo à figura do estatuto do arrependido colaborador, coloque em causa a proibição da autoincriminação pois, trata-se de um direito livremente disponível pelo arguido, ao contrário do que acontece com outras garantias que esse princípio lhe outorga como todas as diligências probatórias que configurem meio absolutamente proibidos de prova. Há de facto manifestações dessa disponibilidade em outras figuras do processo penal português, como melhor explicaremos infra. É pedra de toque que o arguido saiba, de forma esclarecida quais as consequências e implicações que este acordo comporta. Contudo, sujeitá-lo ao dever de verdade seria transformar as suas declarações em prova testemunhal, que, como vimos antes, no nosso país, não se confundem nem podem confundir.

Importa ainda referir que apesar do regime legal brasileiro ser bastante completo nesta figura, constatamos que alguns dos acordos de colaboração premiada, efetivamente concretizado, violam esse regime jurídico, ou seja, permitem que as declarações do

colaborador possam ser usadas na investigação ou fora dela em qualquer jurisdição e que este seja obrigado a prestar declarações com verdade na qualidade de arguido ou de testemunha e sempre que para isso seja interpelado para fazer. O acordo de colaboração assemelha-se a um contrato de adesão que nos parece não cumprir com a *ratio legis* dos artigos 4º a 7º da Lei 12.850/2013.[293] O que nos leva a advertir que, qualquer regime jurídico a ser criado em Portugal deverá sempre primar pela sua efetiva concretização prática, para evitar que aconteça o que acabamos de enunciar em relação ao regime brasileiro.

A título conclusivo e, resumidamente, consideramos que no Brasil, a delação premiada tem as seguintes características fundamentais: tem carácter excecional, mas é considerado como instrumento importante para fazer frente às situações de emergência investigativa no âmbito da criminalidade organizada; o arguido pode colaborar com a justiça, desde que livre e consciente e devidamente informado das consequências da sua escolha com vista à obtenção do seu prémio, devendo falar com verdade; a sua regulamentação positiva tende a harmonizar os interesses investigatórios e os direitos de defesa do arguido e demais intervenientes do processo; pode a delação premiada operar por iniciativa dos OPC's ou MP, desde que verificada, em concreto, a necessidade do uso deste excecional meio de prova; é indispensável submeter o agente colaborador ao contraditório, contudo poderão ser protegidos certos dados por força do interesse investigatório ou por segurança do próprio colaborador; é o Juiz a quem incumbe a tarefa de legitimar tal procedimento mas só despois da colaboração é que o magistrado, avaliando a eficácia da cooperação, os factos revelados, a postura cooperante, bem como todos os demais elementos envolvidos, poderá reconhecer os efeitos benéficos do instituto perante o colaborador, homologando o seu conteúdo; reconhecidos, em concreto, o preenchimento

[293] Vários são os acordos que se podem encontra no mundo virtual, denominados de termos de acordo de colaboração premiada. E em todos eles as características que apontamos se verificam.
Várias são as fontes:
http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/09/397_ACORDO1.pdf
(consultado 04/04/2017)
http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf
(consultado a 04/04/2017)

dos requisitos da colaboração, o agente passa a ter direito subjetivo à concessão do benefício – que pode ir até ao perdão judicial -, não podendo haver aí discricionariedade do MP ou do Juiz; não é elemento de prova suficiente para condenar outros coarguidos, carece sempre de corroboração com outros elementos de prova.

Posto isto, resta aferir se este regime é compatível com o modelo investigatório de processo penal português, e não o sendo, como, e se é possível, a criação de um tipo de modelo semelhante.

4. O arrependido colaborador e os ditames constitucionais do processo penal português.

Conforme demonstramos existe uma clara manifestação da relevância probatória da colaboração do arguido, em especial no tratamento que a lei processual outorga às suas declarações, principalmente as de coarguido, bem com as diversas manifestações de arrependimento constantes na parte geral e especial do CP.[294] Mas, aquela figura que, neste momento, pretendemos salientar é a relevância e a legalidade da colaboração do arguido em termos investigatórios: o arrependido colaborador que vai beneficiar de uma atenuação especial da pena, quando auxilie a investigação criminal. Auxílio que, no branqueamento de capitais, como vimos, consiste na recolha de provas decisivas para identificação ou a captura dos responsáveis pelos crimes precedentes de onde provêm as vantagens a branquear.

Referimo-nos em especial à também denominada delação premial ou os colaboradores de justiça.

Numa análise imediata e meramente superficial deste novo meio de obtenção da prova a tendência é responder negativamente à sua admissibilidade, a qual assenta basicamente na dificuldade de se aceitar que a investigação criminal seja prosseguida, através da colaboração de um arguido que atraiçoou os seu comparticipantes ou comparsas do crime; ou que se aceite que a investigação criminal conformada pelo seus ditames constitucionais - em especial a própria separação de poderes, a proibição da autoincriminação e da presunção da inocência -, admita que se utilizem arrependidos de forma a conseguirem obter elementos de prova.

Desde há já algum tempo, a vasta doutrina portuguesa produz artigos científicos onde a manifestação dessa recusa é muito clara.

---

[294] Em especial no ponto 1.1.1, do presente capítulo.

De todas as obras que analisamos realçamos a de Teresa Pizarro Beleza e Germano Marques da Silva, pelos seus conteúdos claros e os seus títulos esclarecedores.

Teresa Pizarro Beleza revela exatamente essa ideia de traição, pois "tão amigos que nós eramos". Esta autora defende que a sua admissibilidade seria criar danos irreversíveis à legalidade democrática resultantes: " (…) de uma excessiva colagem das nossas leis e prática judiciária aos modelos «inquisitoriais» estrangeiros de *pentiti* (arrependidos) e infiltrados. Neste contexto alguns processos podem ser facilmente vistos como «processos exemplares» e por isso a tentação legitimadora de condenações baseadas em «homens de confiança» *ex ante* (os propriamente ditos) ou *ex post* (os «arrependidos») deve ser, pelas implicações constitucionais e legais que pode ter, cuidadosamente controlada." (Beleza, 1998, p.48).

Outro texto, relativamente, contemporâneo do citado, da autoria de Germano Marques da Silva, cujo título também é elucidativo – *Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos*- em que as conotações negativas são uma constante, e onde refere: " (…) no seio de uma "sociedade criminosa" – ou seja, no seio de um grupo social que partilhe, entre si, a prática de crimes destinados a fins de satisfação de necessidades ou interesses comuns – deverá reconhecer-se a existência de princípios de lealdade e ética." (Silva, 1994, p.30). E numa publicação mais recente volta a demonstrar o seu total desacordo em relação aos arrependidos, referindo-se aos crimes de corrupção mas que se estende ao n.º 9 do artigo 368º-A, por ter exato conteúdo e fim. Onde escreve: " É que a lei exige que o "arrependido «Contribua para a identificação ou captura de outros responsáveis" e assim teremos que o delinquente se pode dispor a colaborar, denunciando os seus parceiros na criminalidade, só para obter o prémio da atenuação ou do arquivamento do processo e pode até acontecer que este "arrependido" forje provas para obter esse prémio." (Silva, 2005, p.77).

E já na origem da democratização das penas e do funcionamento do direito penal e processual penal, em pelo século XVIII escrevia Beccaria: " Desordens evidentes, mas consagradas, e em muitas nações tornadas necessárias pela fraqueza da constituição, eis o que são as acusações secretas. Um tal costume torna os homens falsos e fingidos. Qualquer que pode suspeitar ver no outro um delator, vê nele um inimigo. Os homens, então, habituam-se a mascarar os próprios sentimentos e, com a prática de escondê-los dos outros, acabam enfim por escondê-los de si mesmos." (Beccaria, 1998, p.90). Este autor, da obra mais clássica e informadora da construção da finalidade e execução do direito penal,

entende que a delação consiste na corrupção de valores morais, sendo uma das formas de abuso do Estado face ao seu cidadão.

Ou ainda Muñoz Conde quando escreve: " (…) se desrrollando un Derecho Penal premial; el palo y la zanahoria, el látigo y el terrón de azúcar; conceder la impunidad al arrepentido, al testigo de cargo que tuviera el valor, y ya veremos hasta qué punto es importante esse problema de declarar contra sus antíguos militantes o amigos, camaradas de la organización terrorista, en la que él también intervenía y que, por lo tanto, ya de por sí esse mismo hecho la hácia acreedor de penas, e incluso de penas muy graves. El que se le rebajaran esas penas o que, incluso se les pudiera eximir completamente de las mismas, sempre que prestaram esse tipo de colaboración era una espécie de derecho premial, una zanahoria que frente el palo del aumento de la represión punitiva podría ser eficaz para conseguir es tipo de colaboración. (Conde, 1996, p.149).

Reside, assim, a ideia da imoralidade e deslealdade na investigação criminal, com a colaboração do arguido, que até colocaria em causa a credibilidade do Estado na perseguição do crime, pois dependeria da colaboração daquele que pretende perseguir.

A grande preocupação consiste em aferir da compaginação com a estrutura e modelo de processo penal português, a possibilidade de arguidos, colaborando com a investigação delatando os demais arguidos e investigados, serem merecedores de um prémio.

Atenta as considerações que tecemos antes, não nos parece que os ditames constitucionais saiam defraudados ou violados com a existência do arrependido colaborado. Concretizemo-las com maior acuidade.

O facto do nosso processo penal delimitar muito bem as diferenças entre quem pode investigar e julgar, por força do princípio da separação de poderes que a nossa CRP consagra em sede de processo penal, determinando que as diferentes fases do processo serão dirigidas e têm princípios informadores diferentes, impede que a investigação possa ser feita por particulares; mas não impede que seja feita por sujeitos processuais e até mesmo por alguns particulares, basta pensarmos no regime das ações encobertas, nas declarações de arguido e do assistente. Deve promover-se que a investigação seja feita pelo MP coadjuvado pelos OPC mas nada impede que o arguido colabore na investigação, pois este, como sujeito processual, que é, tem também o mesmo fim: a descoberta da verdade material.

Não se diga também que a figura do arguido colaborador periga a presunção da inocência ou a proibição da autoincriminação, pois, tal como já referimos antes, tal colaboração, desde que livre e esclarecida dos seus contornos e efeitos não gera qualquer tipo de proibição de prova. Mas importa determinar quais são os efeitos e de facto em que consiste essa mesma colaboração. Desde já, adiantamos, não poderá reduzir-se à compensação ou reparação dos danos mas deverá antes resultar num auxílio importante ou até decisivo na investigação, terá de haver a demonstração de eficácia probatória com esta forma de investigação. Conforme veremos melhor infra, não uma obrigação de resultados mas antes uma obrigação de meios, assente numa colaboração integral e sem reservas.

As novas exigências de investigação, despoletadas pela nova sociedade que vivenciamos permitiu a erudição e apetrechamento tecnológica dos agentes na prática do crime e, necessariamente, acarretou uma maior necessidade investigatória. Surgindo epistemológica, social e juridicamente a necessidade da criação desta nova figura. Conforme já referimos, e voltamos a realçar, este novo meio de prova só deverá ser admitido, quando estas dificuldades se fazem sentir e, necessariamente, quando em causa esteja a criminalidade organizada altamente evoluída.

A pedra de toque é que tal colaboração carece de ser compensada com um prémio. E essa troca de favores é que poderá aproximar o nosso processo penal a uma justiça de negociação ou de uma oportunidade assente nas regras do *plea bargaining.*[295]

Já não são novas as manifestações da oportunidade em processo penal português mas sempre direcionadas à pequena e média criminalidade e com o crivo judicial.[296] As novas exigências de eficácia e necessidades investigatórias parecem tender a cada vez

---

[295] Sobre as manifestações de *plea bargaining* ver ponto 1.3, do presente capítulo.

[296] Basta atentarmos ao arquivamento por dispensa de pena (artigo 280º CPP); a suspensão provisória do processo (artigo 281º do CPP) e o processo sumaríssimo (artigos 392º e seguintes do CPP). Sobre as soluções de diversão vide por todo Fernando Torrão (Torrão, 2000), ou até mesmo a lei da mediação penal, a lei 21/2007, de 12 de junho que vem a promover uma verdadeira desjudiciarização do conflito penal. Esta lei resultou da execução do artigo 10.º, da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de março, relativa ao estatuto da vítima em processo penal. As conceções contemporâneas do abolocionismo penal vão cada vez mais no sentido de certo tipo de criminalidade sair do sistema tradicional de justiça e ser resolvido através de mecanismos mais céleres, informais e menos onerosos. Contudo essencial é que exista consentimento de todos os intervenientes para esse mesmo efeito. Em Portugal esta lei, em termos práticos tem vindo demonstrar o seu grande insucesso. Raros são os processos penais que se resolvem através da lei da mediação penal. Sobre a referida lei vide por todo André Lamas Leite (Leite, 2008).

maior premência da sua utilização e validade. Aliás, é este o pano de fundo do direito interno e também do direito internacional. [297] " Trata-se da identificação de um meio de investigação eficiente para o entendimento do *modus operandi* das organizações criminosas, as quais representam uma nova forma de criminalidade capaz de produzir situação de risco à vida em sociedade." (Ferro, Pereira, & Gazzola, 2014, p. 94).

Assim a doutrina tem vindo a demonstrar a necessidade da sua admissibilidade.

Conforme refere Fernando Torrão: " Esta ampliação da margem de liberdade concedida ao MP, a existir, não deveria mesmo excluir (em nome de tal eficácia) uma ponderação acerca do beneplácito de relevantes vantagens aos chamados " arrependidos-colaboradores" ". (Torrão, 2016, p.163).

Damião da Cunha também admite a figura do arguido colaborador, utilizando uma curiosa expressão: pedido de clemência. Este autor, analisando e criticando as alterações legislativas no que concerne aos crimes de corrupção, escreve: " Não se discute que, para se quebrar o sigilo ou o pacto de silêncio que estão associados à corrupção, a previsão de um direito de clemência se justifica. Mas, por isso mesmo, torna-se necessária a observância de uma correta técnica legislativa. Lamenta-se, por fim, que ao contrário de outros normativos (…), não se tenha estendido, mesmo que de modo adaptado, este "regime de clemência" ao crime de tráfico de influência." (Cunha, 2016, p.38).

Também o defende Inês Leite: " (…) num Estado de Direito democrático, no âmbito do qual impera o respeito e a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, a colaboração com a justiça por parte do arguido não pode ser vista como uma mera delação. Não sendo legítimo ao Estado impor um dever geral de denúncia – por razões mais relacionadas com o princípio geral de liberdade e as ponderações de necessidade e

[297] Basta atentarmos a várias resoluções do Conselho da Europa em especial Rec (2005) 9, relativa à proteção de testemunhas e aos colaboradores da justiça que mais não são do que o nosso conceito de arrependido colaborador. Segundo a definição constante da recomendação, colaborador da justiça é: "any person who faces criminal charges, or has been convicted of taking part in a criminal association or other criminal organisation of any kind, or in offences of organised crime, but who agrees to cooperate with criminal justice authorities, particularly by giving testimony about a criminal association or organisation, or about any offence connected with organised crime or other serious crimes".
Texto disponível em:
https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805b0cf7
(consultado em 11/04/2017)

proporcionalidade constantes do artigo 18º da Constituição – não se pode, num sentido diametralmente oposto, entender como ilegítima a denúncia feita por quem já participou mas, arrependeu-se, entretanto, da prática do crime." (Leite, I, 2010, p.383).

Ou ainda Mafalda Matos que, não obstante alertar para os perigos da delação premiada no âmbito do combate à corrupção, não deixa de admitir que esta existe, mas que carece de clara e demorada ponderação, atendendo aos princípios do nosso Estado de Direito Democrático, segundo diz: " (…) embora o direito premial possa surgir, no âmbito do combate à corrupção, como um instituto menos censurável devido à sua utilidade extrema no combate a este crime, pode ser um plano inclinado para a adopção de outros soluções legislativas mais radicais e que violem com mais intensidade os princípios basilares do estado democrático." (Matos, 2013, p.45). E é essa exatamente a ponderação que deve ser feita.

Não negamos que esta forma de colaboração consiste, de facto, numa traição para com os outros comparsas do crime, mas devemos admitir que essa mesma traição é uma forma que o Estado usa para suprir a deficiência das suas capacidades de investigação, atenta a criminalidade organizada, que pelo pacto de silêncio que em muitas delas existe, mostram-se refratárias aos modelos tradicionais de prevenção e repressão. O arrependido colaborador representará uma busca por um instrumento investigatório adequado à nova estruturação e sofisticação das condutas criminosas que operam nas organizações criminosas do nosso tempo. Restará determinar entre a traição e a impunidade, qual delas deverá prevalecer.

Quanto a nós, e face ao estudo realizado nos capítulos anteriores, podemos concluir que há uma clara orientação de política criminal interna e internacional no sentido de evitar a impunidade, principalmente em sede de criminalidade organizada, por exigências de segurança e paz social. Como referem Ana Ferro, Flávio Pereira e Gustavo Gazzola a respeito a da imoralidade da delação premiada:" (…) pode ser tomado como uma razão de política criminal, que atende e reclama por segurança pública frente à criminalidade organizada, no que encontra uma justificação pragmática desvinculada dos valores morais como informadores do direito." (Ferro, Pereira & Gazzola, 2014, p.95).

Também entendemos as preocupações apresentadas por Germano Marques da Silva, no sentido em que o arrependido pode vir a forjar provas só para obter o prémio. O que, de facto, pode ser uma realidade. Contudo, é uma realidade mais provável, se a sua regulamentação não resultar do texto legal. Sem a positivação, é mais fácil haver atropelos

aos limites da atuação dos arrependidos e aos prémios a atribuir. Estamos convencidos que se reduzem, de forma substancial, os riscos de atropelo, quer por parte do arguido, quer por parte dos demais atores judiciários – em especial os OPC's e o MP-, se o regime jurídico desta especial forma de colaboração do arguido estiver positivada com determinação exígua do seu âmbito de aplicação e efeitos.

O estatuto de arrependido colaborador que desenharemos no ponto seguinte do presente trabalho, deverá passar sempre pelo crivo da autoridade judicial. Os termos e contornos desse controlo judicial será mais aprofundada nesse momento do nosso trabalho porém, não podemos deixar de referir que nunca o Juiz de julgamento ficará limitado na determinação da medida concreta da pena. O que proporemos será uma atenuação especial da pena que apenas se repercute no limite abstratamente aplicável.

Atendendo aos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade que trespassam todas as regras no processo penal e em especial no direito probatório, e que são manifestações do nosso Estado de Direito Democrático, será inadmissível tal novo meio de obtenção da prova?

No nosso entender não, desde que verificados alguns requisitos e pressupostos. Em especial a proporcionalidade, a necessidade estrita e a eficácia. E sobre o seu exato conteúdo, nos dedicaremos no ponto seguinte do presente trabalho aquando do desenho de um estatuto positivo do arrependido colaborador, não sem antes fazer uma pequena referência ao prémio possível e compaginável com esses princípios e ditames constitucionais.

4.1 O prémio a atribuir ao arrependido colaborador.

Já antes manifestámos que o único prémio possível a ser atribuído a estes arrependidos colaboradores, nas situações que apresentaremos infra, nunca pode ser outra que não a sua atenuação especial da pena. Pois se assim não acontecer, estamos perante um meio absolutamente proibido por permitir, mesmo com o seu consentimento, a obtenção de meios de prova, ou outras diligências probatórias com base em promessas ou vantagens legalmente inadmissíveis. A não punibilidade seria não aplicar uma pena a quem cometeu

um crime que nada fez para evitar que acontecesse, ou que o seu resultado se produzisse, ou a reparação dos danos que dele decorreram. O que o agente faz é arrepender-se do cometimento do crime e auxiliar a investigação. Apesar de a exigência de prevenção geral positiva, já estar bastante salvaguardada com o seu auxílio investigatório – principalmente neste tipo de criminalidade, onde a proteção do bem jurídico também se prende com a eficácia investigatória e consequente apreensão dos proveitos dela resultantes - a prevenção especial ainda carece de atenção, pois o seu arrependimento apenas se verifica com efeitos investigatórios e não significará, necessariamente, que o agente tenha regressado ao mundo da licitude.

Em sentido inverso surge Fernando Torrão que admite existir uma exclusão da responsabilidade no termos da lei do terrorismo em especial no n.º 5 do artigo 2º da Lei 52/2003, de 22 de agosto. Segundo o autor o arrependido colaborador, ao abrigo dos referidos dispositivos, poderá ver a sua pena excluída. Conforme refere: " Só o Tribunal de Julgamento tem poderes para atenuar (ou mesmo, no casos dos preceitos relativos à Lei de Combate ao Terrorismo, excluir), a pena (…). " (Torrão, 2016, p.166).

No nosso entender, mesmo no âmbito da lei de combate ao terrorismo o arrependido colaborador, nos termos por nós delimitados, não pode nunca ver a sua pena excluída. A exclusão da pena, que os referidos incisos normativos determinam, apenas se aplica nas situações de desistência ou arrependimento ativo nos mesmos moldes da desistência.[298] Quando o agente apenas se limita a colaborar com a investigação, sem mostrar esforços no sentido de impedir a consumação do crime ou diminuir o seu perigo, não há fundamento político-criminal ou dogmático para a sua não punibilidade. O que se verifica nos artigo 374º- B n.º1 e 299º n.º 4 do CP, a par do n.º 5 do artigo 2º da Lei 53/2003, é exatamente a desistência e o arrependimento ativo que mais não são do que a concretização na parte especial da desistência que origina a tentativa inacabada e o arrependimento ativo que origina a tentativa acabada.

[298] Sobre a diferença entre a desistência, o arrependimento ativo, a reparação dos danos e a colaboração do arguido na investigação ver ponto 1.1.1, do presente capítulo

Nestes crimes a não punibilidade assenta no esforço sério em evitar que o crime aconteça ou que se produzam os seus danos e não em qualquer auxílio na investigação do mesmo ou de outros, que caracteriza e esgota o arrependido colaborador. Não nos parece que possa existir qualquer outro prémio a ser atribuído a este arguido que não seja os termos da atenuação especial, sob pena de vermos arredada, de forma irremediável, a conceção de processo penal que temos e que é a única compaginável com o nosso Estado de Direito Democrático.

Conforme vimos antes, quer nos países da *common law*, quer no Brasil e em Itália[299], o prémio poderá ser o próprio perdão judicial ou até mesmo a não perseguição criminal. Nos países anglo-saxónicos tal impunidade é algo característico do seu modelo acusatório puro de processo penal, nos referidos países da *civil law*, entendem que o perdão judicial é uma reação penal que se impõe por razões de política criminal. O perdão é também uma pena (em moldes semelhantes à nossa dispensa de pena). Todavia, no nosso entendimento, mesmo atendendo às exigências de política criminal que se fazem sentir, consideramos que a impunidade do arrependido colaborador atenta contra os nossos ditames constitucionais e o nosso modelo de processo penal. Pois, como referimos antes, o arguido pratica o crime, arrepende-se do seu cometimento e auxilia a investigação, mas é um dos seus autores. O seu arrependimento e colaboração não impedem a emissão de um juízo de culpa, determinam antes uma atenuação nessa emissão mas culpa existe e necessidade de pena também, primordialmente por força de exigências de prevenção especial. Mas as exigências de prevenção geral também se fazem sentir, pois, não obstante a colaboração com a justiça e a perseguição criminal conseguida já salvaguardar em certa medidas os bens jurídicos protegidos, é também certo que estes crimes causam um grave alarme social que carece de ser atenuado, com a aplicação de uma pena, mesmo àquele que coladora não deixando, contudo, de ser um agente do crime.

Assim, desde logo, o resultado que o arrependido colaborador pode almejar é uma atenuação especial da pena. Significando, consequentemente, que o julgamento quanto ele também prosseguirá mas, o seu arrependimento, colaboração ativa na recolha de prova

[299] Ver ponto 1.4, do presente trabalho.

neste tipo de criminalidade, poderá determinar uma pena mais leve do que aquela que será aplicada aos seus comparticipantes, por revelar uma diminuição do juízo de censura que sobre ele se possa emitir, atenta a sua colaboração com a justiça e a manifestação do seu arrependimento, como veículo necessário a essa colaboração.

4.2 O perigo da relevância do arrependido colaborador na aferição das condições gerais de aplicação das medidas de coação.

Verifica-se um perigo que carece de ser afastado com a admissibilidade desta nova forma de investigação. O perigo que tal prémio, apesar de apenas ter lugar no julgamento, possa ser mal apresentado pelas autoridades judiciárias competentes nas fases investigatórias. A delação premiada, ou a aplicação do estatuto de arrependido colaborador não pode ter qualquer tipo de relevância aquando da aplicação das medidas de coação. Apresentemos com maior pormenor este nosso pensamento.

Não podemos retirar das finalidades de aplicação das medidas de coação um crivo investigatório. Não de todo pois, desde logo, no artigo 204º alínea b) do CPP é exatamente esta uma das suas condições gerais evitar o *perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova*. Ou seja, a necessidade investigatória que se pretende acautelar com as medidas de coação, principalmente as mais graves, como a prisão preventiva ou a obrigação de permanência na habitação, não é promover que o arguido colabore na investigação, mas antes evitar que ele a perigue ou a faça desaparecer.

Assim, a figura do arrependido colaborador não pode ter como prémio evitar a aplicação das medidas de coação mais graves, se prestar declarações, delatando os seus comparticipantes ou revelando meios de prova. Pode-o fazer se quiser mas nunca ao abrigo deste estatuto. Se assim fosse poderia, com a legitimação do arrependido colaborador, principalmente no primeiro interrogatório judicial de arguido detido (artigo 141º do CPP), prometer ao arguido que não seriam decretadas as referidas medidas de coação mais graves se ele ajudasse na investigação criminal. No nosso entender, tal proposta de prémio é legalmente inadmissível e, nestes termos, a forma como decorreu o interrogatório padece

de uma nulidade absoluta de prova, nos termos do disposto no artigo 126º n.2 a) e) do CPP. Até porque, se o arguido foi detido, e se está em cima da mesa a possibilidade de se lhe aplicar as referidas medidas de coação, é porque se verificam fortes indícios da prática do crime.[300] Bem sabemos que fortes indícios não são sinónimo de indícios suficientes, determinando, consequentemente, que pode ainda não haver matéria probatória cabal que sustente uma acusação. Contudo, se os indícios são fortes em relação ao arguido e outros coarguidos, não é legítimo que se proponha a qualquer um deles que colabore, prestando declarações e que, com base nessa colaboração, receba em troco uma medida de coação menos grave. Já para não falarmos no primeiro interrogatório não judicial de arguido detido (artigo 142º do CPP), onde o MP poderia apresentar o estatuto de arrependido colaborador ao arguido a interrogar, prometendo-lhe que, se aceitar, irá promover a aplicação de uma medida de coação menos grave.

Serão as situações de proibição de prova, por força de promessa de uma vantagem legalmente inadmissível e até enganosa, pois poderão não lhe ser aplicadas as medidas mais graves, mas poderá levar a um juízo de culpa antecipado. Conforme refere Fernando Torrão: " Não é pois legítima qualquer promessa do MP cujo cumprimento se não encontra ao seu alcance por extravasar o devido âmbito de competências." (Torrão, 2016, p.166).

Este é, no nosso entender, uma clamorosa manifestação de que se está a extravasar os poderes de objetividade, legalidade e independência do MP e até do próprio JIC. O arrependido colaborador não pode funcionar de forma a facilitar a investigação, sugerindo-se ao arguido que colabore num momento processual, onde se encontra privado da liberdade e essa mesma privação corre um sério risco de se perpetuar. O momento de aplicação das medidas de coação, neste exato momento processual, poderá resultar num crasso aproveitamento da grave situação de fragilidade em que o arguido processualmente e humanamente se encontra. Será o uso do *plea bargaining* como forma de *tortura* contemporânea que faz a apelo Langbein (Langbein, 1978).

[300] Conforme impõem os artigos 201º, n.º 1, *in fin*em 202º, n.º 1, a) do CPP.

Acrescendo a essa fragilidade a possibilidade de que tudo aquilo que declarar poder ser ouvido em julgamento, como mais uma derrogação do princípio da imediação.

Referimo-nos em especial à alteração legislativa de 2013 que passou a determinar: *De que não exercendo o direito ao silêncio as declarações que prestar poderão ser utilizadas no processo, mesmo que seja julgado na ausência, ou não preste declarações em audiência de julgamento, estando sujeitas à livre apreciação da prova* (artigo 141º n.º 4 alínea b) do CPP). Sempre que o arguido preste declarações no primeiro interrogatório judicial de arguido detido, as mesmas podem ser reproduzidas em julgamento, mesmo que este se reduza, nesta fase, ao silêncio. Não nos vamos pronunciar sobre a legitimidade ou não desta consequência, mas é certo que, desde essa data, sempre que o arguido decida falar já saberá que poderá estar a antecipar o juízo decisório sobre a sua responsabilidade.

O que pretendemos realçar é que esta conjugação de fatores: a privação da liberdade do arguido; a sua fragilidade emocional e humana, neste momento do processo, a possibilidade das suas declarações terem um valor probatório *ultra-ativo*, são circunstâncias que impedem o funcionamento da figura do arrependido colaborador, atendendo ao princípio da legalidade, ao princípio da separação de poderes e à estrutura essencialmente acusatória do nosso modelo de processo penal português. Aqui verifica-se a verdadeira fragilidade que, Renata Ferreira descreve no seu texto. Apesar de se referir aos acordos sobre sentença, na nossa ótica, a sua construção tem o seu âmbito de aplicação neste mesmo aspeto, quando diz: " A influência da pressão exercida sobre os imputados e a posição de autoridade dos magistrados (…), aliada à profunda descrença na justiça penal e ao receio de sofrerem uma injustiça ainda maior, fazem com que pessoas inocentes facilmente se declarem culpadas – quase que em uma lógica de que, diante de uma "teoria dos riscos", mais valeria seguir aquilo que soaria menos arriscado -, por não lhes restar qualquer esperança." (Ferreira R., 2016, p.424).

A única forma de admitir o arrependido colaborador no âmbito da aplicação das medidas de coação é transformando nosso modelo num modelo acusatório puro onde o *plea bargaining*, nos termos que é configurado e aplicado nos países da *common law*, passe a ser legítimo. O que não nos parece ser de todo razoável atendendo aos ditames constitucionais informadores no Estado de Direito Democrático.

Assim, e em jeito de conclusão, consideramos que o arrependido colaborador não viola os ditames constitucionais formadores e informadores do nosso processo penal português, contudo carece de uma concretização mais exigente e formal tendente a evitar a

sua utilização fora da sua *ratio* e com contornos de uma excessiva e demasiada preponderância de soluções de oportunidade. Analisemos de seguida qual será, na nossa ótica, a melhor forma de garantir um estatuto de arrependido colaborador, conforme a nossa axiológica do processo penal, como verdadeiro *direito constitucional aplicado* que é.

4.3 A necessidade da positivação do estatuto de arrependido colaborador.

O arrependido colaborador, conforme vimos antes, é legítimo como novo meio de obtenção da prova, atendendo, principalmente ao princípio da legalidade da mesma[301]. Este princípio determina, resumidamente, que o nosso sistema de prova é livre, ou seja, não carece de estar positivado na lei o meio de obtenção da prova para ser permitido, não pode é ser proibido. Assim, importante é aferir dos termos da proibição. Como diz Figueiredo Dias, o processo penal é *direito constitucional aplicado* (Dias, 1974, p.74) e no âmbito das provas com ainda maior pendor. Da concretização ordinária do disposto no n.º 8 do artigo 32º da CRP, retiramos que há direitos fundamentais irrestringíveis para efeitos de prova e restringíveis para esse efeito. Contudo, a consequência é idêntica: a nulidade de prova. Para além da catalogação dos direitos que se podem restringir para investigar, da nossa Lei Fundamental decorre também uma outra mensagem e imposição crucial neste âmbito: a restrição de direitos fundamentais só é legítima quando respeite cumulativamente os princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação. Conforme determina o artigo 18º, n.º 2, da CRP e como referem Vital Moreira e Gomes Canotilho: " (…) a liberdade de conformação legislativa tem como limite a garantia de um mínimo de conteúdo útil e constitucionalmente relevante do direito legalmente delimitado." (Canotilho & Moreira, 2007, p.389). São estes os princípios constitucionais que devem ser atendidos na determinação do estatuto do arrependido colaborador.

[301] Sobre os princípios relativos à prova em processo penal, em especial, do princípio da legalidade da prova, ver capítulo II, ponto 2, do presente trabalho.

Num sentido de discordância, escreve Lara Pinto: " Concluímos pela existência de uma tipicidade dos casos de colaboração do arguido, mas admitimos que lei expressa possa impor novos casos de colaboração, contando (…) que se respeite o artigo 18º/2 da CRP. (…) só havendo colaboração exigível ao arguido na medida em que haja uma lei expressa nesse sentido (que excepcione concretamente o princípio nemo tenetur)." (Pinto, 2010, p.111). Segundo a autora, os termos de colaboração do arguido, independentemente da sua modalidade, carecem de estar positivados na lei para puderem ser admitidos pelo referido ditame constitucional. Na nossa ótica, a autora labora num erro. Não é a positivação que legitima o meio de prova ou de obtenção da prova, a sua legitimidade está assegurada, se não couber em nenhuma das proibições do artigo 126º do CPP, que mais não é, conforme já referimos, do que a concretização ordinária do artigo 32º, n.º 8, da CRP, necessariamente imbuído pelo seu disposto no artigo 18º n.º 2. A positivação das regras de colaboração a que faz apelo servem, no nosso entender, para clarificar e sindicar a sua utilização pelos sujeitos processuais, não para tornar a colaboração legítima. Aliás, parece-nos ser esse o pensamento de Figueiredo Dias, Costa Andrade e Frederico Costa Pinto, quando referem: " (…) que estas restrições tenham como fonte uma lei prévia e expressa. (…)." (Dias, Andrade, & Pinto, 2009, p.49). Segundo os autores a necessidade de positivação das formas de restrição ao direito ao silêncio impõe-se por ordem constitucional, em cumprimento do disposto nos artigos 18º, n.º 2, e 32º, n.º 8 da CRP, que mais não são do que a fonte do 126º do CPP, como já referimos. Logo, a sua positivação serve apenas para delimitar o cumprimento e respeito pelos direitos fundamentais. Se não estiver descrito, só será proibido se os ofender, de contrário será permitido. Contudo, é certo que, quando estamos no âmbito do direito probatório em processo penal, dificilmente qualquer meio de investigação não é restritivo de direitos fundamentais, e, assim, *ab intitio,* são proibidos, só não o são se essa restrição obedecer àquilo que o legislador constitucional baliza como necessário, adequado e proporcional e que resultará do texto legal.

Como não carece de estar positivado na lei, poderíamos ser levados a pensar que a positivação deste estatuto é desnecessária. Contudo, até nem é verdade que não existam

manifestações positivas no sentido de o concretizar, pois há várias referências positivas na parte especial do nosso CP[302] e, consentâneo com o nosso estudo, em especial, no n.º 9, do artigo 368º-A do CP.

No nosso entender, deverá existir a sua regulamentação em direito positivo para que seja utilizado, em obediência aos já referidos e analisados ditames constitucionais, mas principalmente para que seja claro, para o intérprete, para o próprio arguido, e demais sujeitos processuais, como pode funcionar e quais são os efeitos que daqui possam decorrer. Só com a sua positivação ficaremos seguros da existência de um novo meio de obtenção de prova que, pressupondo uma colaboração ativa de um sujeito processual, com a atribuição de uma compensação, não destrói o nosso modelo de processo penal, nem determina soluções de oportunidade excessivas ou incomportáveis.

Assim, entendemos que é premente a necessidade da regulamentação legal do estatuto do arrependido colaborador e não estamos sozinhos neste nosso pensamento, Fernando Torrão também assim considera, conforme refere: " Pura e simplesmente ignorar a figura do " arrependido colaborador" ou prevê-la esparsamente sem regulamentação suficiente e político-criminalmente eficaz é caminhar no sentido da sua existência à margem do Direito." (Torrão, 2016, p.173). De facto, a sua não positivação poderá fazer com que as autoridades judiciárias e os órgãos de polícia criminal, atenta a dificuldade investigatória que a criminalidade organizada, económica e financeira comporta, caiam na tentação de apresentar propostas ilegais e proibidas em troca de algum auxílio investigatório. Ou, como escreve Nuno Brandão, referindo-se aos acordos sobre sentença, que estão na mesma linha do estatuto de arrependido colaborador, no plano da negociação: (…) essa ausência de lei expressa e directa é a fonte de insegurança e imprevisibilidade e propicia o surgimento de desigualdades na realização da justiça penal." (Brandão, 2015, p.170-171). Ou ainda, sobre a mesma temática, Renata Ferreira, que começa por invocar

[302] Para além dos artigos 347º-B n.º 1 e 299º n.4 da CP, que como já referimos, não são verdadeiras formas de arrependido colaborador, existem ainda muitas outras com referência a este exato contexto. Como os artigos 2º, 3º e 4º da lei de combate ao terrorismo na parte em que se refere à atenuação da pena para auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis; o artigo 347º-B n.º2 (realça-se que este artigo foi aditado ao código penal pelo lei 32/2010, sob a influência da lei de combate à corrupção e a Criminalidade Económica e Financeira, a lei 36/94, de 29 de setembro) e o artigo 31º *in fine* da lei da droga (Dec. Lei 15/93, de 22 de janeiro).

que as soluções de oportunidade violam o princípio da igualdade processual, contudo acaba por admitir que, a positivação do seu regime auxiliaria, ou até mesmo, suprimiria tal desrespeito. Conforme refere: " Para suprimir essa divergência, far-se-ia necessário legislação dispondo acerca da matéria." (Ferreira R., 2016, p.431).

Inês Leite entende que tal conformação positiva se bastaria com a Lei da proteção das testemunhas[303] ou, tratando-se de arguido recluso, com a regulamentação da referida lei que determina medidas especiais de isolamento e transporte.[304] Em sua perspetiva tal lei poderá ser aplicada ao arguido: " (…) como decorre da definição de "testemunha" constante do artigo 2.º, alínea a) da Lei de Proteção de Testemunhas." (Leite I., 2010, p.395). De facto o conceito de testemunha que consta da referida lei não é coincidente com a do processo penal é, necessariamente mais lata e como tal pode aqui caber o arguido sendo ou não arrependido colaborador. Bastando apenas que *disponha de informação ou de conhecimento necessários à revelação, percepção ou apreciação de factos que constituam objecto do processo*. Apesar de consideramos que tal lei pode também ser aplicada ao arrependido colaborador, principalmente quando do seu contributo *resulte um perigo para si ou para outrem*, não é suficiente para conformar o seu estatuto. Melhor esta lei serve para proteger o arrependido colaborador mas não regulamenta em que moldes poderá ser utilizado. Importa ainda referir que, a lei de proteção de testemunhas surgiu como mais uma medida no auxílio no combate da criminalidade organizada, no sentido de garantir a segurança e a proteção da vida ou integridade física dos que auxiliem a investigação criminal dos crimes ínsitos á referida catalogação.[305]

Por outro lado, parece-nos que a aplicação do regime das regras de atenuação especial da pena (artigos 71º e 72º do CP) também são insuficientes para a regulamentação do seu estatuto. Por duas ordens de razão: primeiro porque se o legislador na parte especial do CP criou uma circunstância nova legitimante de uma atenuação especial, significa que não pode bastar-se com o regime da parte geral e que, só naqueles casos, se poderá aplicar;

---

[303] Lei n.º 93/99, de 14 de julho, com a última redação da Lei n.º 42/2010, de 03/09. Vide ponto 3.4, do capítulo II, do presente trabalho.
[304] Dec. Lei n.º 190/2003, de 22 de agosto, com última redação do Dec. Lei n.º 227/2009, de 14 de setembro.
[305] Sobre a referida temática vide, com maior pormenor, o ponto 3.4., do capítulo II, do presente trabalho.

em segundo lugar, a especificidade que a colaboração na investigação pelo arguido comporta, apesar de pressupor arrependimento que consta desse regime regra, e porque os seus efeitos apesar de se repercutirem na determinação da medida concreta da pena, ocorrem nas fases investigatórias, podendo ser logo no início do processo (no inquérito, a fase investigatória por excelência) carecem de uma regulamentação legal clara e inequívoca.

Por fim, entendemos que, não obstante o princípio da legalidade das provas não obrigar à positivação dos meios de obtenção da prova, a criação, na letra da lei, do estatuto do arrependido colaborador seria mais seguro aquando da sua aplicação prática, delimitando com rigor o respeito estrito pelos princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação.

4.4 A proposta de estatuto de arrependido colaborador.

Antes de enunciar os termos que consideramos serem os necessários constar do estatuto de arrependido colaborador, de forma a delimitar conceitos, importa previamente determinar se se trata de um meio de obtenção de prova ou um meio de prova.

Atenta a definição que procedemos antes sobre tais conceitos[306], no nosso entender, o arrependido colaborador será um meio de obtenção da prova e as declarações de coarguido o meio de prova que dele é resultante. Isto, porque através do arrependido colaborador, poderão resultar outros meios de obtenção de prova e meios de prova, como acontece com os que se encontram descritos no título III do livro das provas do CPP. E como o seu prémio é apenas, e tão só, uma atenuação especial da pena, deverá sempre ser sujeito a julgamento e continuar a colaborar com a justiça prestando declarações.

Surge assim o momento de fixarmos um possível estatuto de arrependido colaborador. Conforme já referimos, a admissibilidade deste novo meio de obtenção da

[306] Melhor ver, supra, capítulo II, ponto, 2.

prova estará circunscrita ao respeito e obediência pelos princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação. E, nessa medida, estes devem constar, claramente, do seu regime jurídico.

Respeitando o princípio da proporcionalidade este meio de obtenção da prova só se poderá utilizar para investigar a criminalidade organizada entendida num âmbito objetivo e subjetivo.[307] Pressupondo assim a existência de vários participantes do crime. Os seus crimes do catálogo correspondem aos crimes que se encontram descritos nas alíneas i) a m) do artigo 1º do CPP.[308]

Respeitando o princípio da necessidade deverá existir no processo penal uma grave dificuldade investigatória, onde a referência, por exemplo, à expressão, *se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter*,[309] deve constar. O que lhe outorga um carácter de última *ratio* ou de intervenção mínima, conforme já referimos antes, em outros trabalhos: " Inerente ao princípio da necessidade está a subsidiariedade, ou seja, os resultados probatórios almejados não podem ser alcançados por um meio de obtenção de prova menos restritivos dos direitos fundamentais. O sentido da necessidade consiste em limitar ao estritamente indispensável o prejuízo para o exercício dos direitos fundamentais do arguido, que o mesmo é dizer, limitar ao mínimo possível a danosidade. A limitação do prejuízo, o limite da menor danosidade possível é conseguida em prol da descoberta da verdade material e da investigação criminal." (Conceição, 2009, p.89).

Aqui a danosidade a ter em conta não se pode reduzir aos direitos fundamentais, mas também à estrutura essencialmente acusatória do nosso modelo de processo penal onde a investigação é informada por critérios de legalidade, mas aberta a espaços de oportunidade, com assento na nossa Lei Fundamental (artigo 219º n.º 1 *in fine*) onde reside uma ideia de legalidade aberta, como refere Costa Andrade (Andrade, 1988) que, no arrependido colaborador, se manifestam na própria recolha da prova.

---

[307] Nos termos que construímos no ponto 3, do capítulo II, do presente trabalho.
[308] O "terrorismo", "criminalidade violenta", "criminalidade especialmente violenta" e a "criminalidade altamente organizada "- alíneas i), j), l) e m), do artigo 1º do CPP, respetivamente.
[309] Expressão utilizada no âmbito das condições de admissibilidade das escutas telefónicas. Sobre tal conceito e conteúdo ver o nosso estudo páginas 80 a 91. (Conceição, 2009)

Respeitando o princípio da adequação, a sua colaboração terá de demonstrar ser de grande relevância investigatória e efetivamente ser profícua na obtenção desses elementos de prova, fazendo-se cumprir a expressão que tem vindo a constar do texto da lei, *recolha das provas decisivas.* Para tal é necessário, tal como acontece no regime brasileiro, a concretização dessa eficácia investigatória, podendo criar-se um padrão de tipos de resultados probatórios que terão de decorrer da colaboração do arrependido. A técnica utilizada para os identificar no texto da lei seria a dos exemplos padrão onde se criariam exemplos de resultados probatórios, podendo neles caber outros desde que dentro dos conceitos normativos enumerados.

Como meio de obtenção de prova que o é, não poderá ser utilizado para fundamentar a aplicação ou não de uma medida de coação, nem essa pode ser a contrapartida do arrependido colaborador. Contudo, não podemos descurar que a colaboração do arguido poderá revelar na decisão (e respetiva) fundamentação da escolha da medida de coação a aplicar pelo juiz. Em abstrato, um arguido colaborante com a justiça criará menos perigos à tramitação processual que arguido que não colabora. Mas com isto não se entenda a colaboração com a investigação se consubstancia em dever, dado que de um direito se trata. O arguido pode exercer ou não essa colaboração e, consequentemente, da mesma se podem tirar ilações quanto à investigação criminal e ao juízo de valoração do julgador.

Mais uma vez, sendo meio de obtenção da prova, operará nas fases investigatórias mas sempre mediante autorização judicial. Nesta outorga judicial, o JIC aferirá do preenchimento dos seus requisitos e ajuizará a aplicação do seu prémio pelo Juiz de julgamento. Conforme refere Inês Leite, não pode ser uma colaboração com a obrigação de resultados, mas antes uma obrigação de meios e, nessa medida, o Juiz fará: " a avaliação do carácter decisivo das provas indicadas pelo " colaborador" (…) através de um juízo de prognose póstuma." (Leite, I., 2010, p.399). Como o carácter decisivo e eficaz da colaboração do arguido só pode operar após essa colaboração efetivamente acontecer, " (…) o tribunal terá que avaliar a pertinência das informações dadas pelo arguido " colaborador", na fase de investigação, ponderando a sua eficácia para a descoberta de outros agentes do crime, (…) " (Idem, 2010, p.399).

Entendemos que, apesar de não ser, em rigor, uma obrigação de resultados, no sentido em que deverá resultar uma acusação ou uma condenação, deverá todavia advir algum elemento probatório relevante descrito na lei. Sob pena, face à ausência da tal

catalogação, de o arguido poder vir a utilizar esse estatuto apenas porque sabe que é a única forma que terá para vir a beneficiar da atenuação da pena, sem que a sua colaboração seja, de facto e no processo em curso, verdadeiramente eficaz. Deverá ser uma" colaboração integral e sem reservas". Uma colaboração total por parte do arguido, ou seja, como acontece na confissão integral e sem reservas, onde o arguido confessa e assume a prática de todos os factos de quem vem acusado ou pronunciado, na colaboração integral e sem reservas o arguido tem de retratar à investigação tudo aquilo que à mesma seja útil e que tenha conhecimento direto. Mais do que as suas declarações, a grande eficácia probatória poderá resultar de outros meios de obtenção da prova que podem ser utilizados em função das informações por aquele prestadas. Desta forma, evitar-se-á situações em que o arguido, ao abrigo do arrependido colaborador, apenas fornece informações sobre parte da investigação ou parte dos arguidos, por alguém (ou alguns) destes o ter (em) aliciado para o efeito. Deverá ser, reiteramos, uma " colaboração integral e sem reservas".

A alteração que sugerimos é a de que não se deve aguardar pelo julgamento para a atribuição desse estatuto ao arrependido colaborador. Não vemos razões de princípio que obstem a que seja o JIC a autoridade judicial a estabelecer esse estatuto, nos termos referidos, redefinindo a pena abstratamente aplicável que se imporá ao Juiz de julgamento. E parece-nos que esta solução não periga o modelo acusatório, desde logo porque não impede o julgamento do arrependido colaborador, apenas impondo ao Juiz de julgamento, na determinação da pena, atender aos termos da atenuação especial. Daqui resultando, inclusivamente, uma maior segurança para o arguido que pretenda colaborar, mas que não sabe se o seu prémio por tal colaboração, exemplar e relevante, na investigação se irá verificar ou não promovendo uma maior eficácia neste meio de obtenção da prova. Assim se consegue o equilíbrio entre o respeito pelo modelo acusatório e uma maior eficácia neste meio de obtenção da prova.

Não nos parece que limitar o Juiz, na aplicação dos termos de atenuação especial da pena, ao arrependido colaborador, ponha em causa a sua imparcialidade e independência como *dominus* de uma fase autónoma - o julgamento-, nem do princípio do Juiz natural. Desde logo, porque é uma também uma outra autoridade judiciária que o determina e principalmente porque há outras manifestações de delimitação do poder decisório, quanto ao *quantum* da pena, sem que delas resulte alguma inconstitucionalidade.

Referimo-nos em especial ao disposto nos n.ºº 3 e 4, do artigo 16º do CPP, em que, mesmo que o crime possa ser punido com uma pena de prisão superior a cinco anos,

poderá o MP remeter o processo para ser julgado em tribunal singular, limitando imediatamente o Juiz de julgamento a uma pena até aos cinco anos, sob pena de se verificar uma incompetência em razão da matéria.

Sobre a inconstitucionalidade desta norma, por violação do princípio da independência dos juízes e da legalidade da sua atuação[310], se pronunciou, várias vezes, e sempre negativamente o TC [311]. Neste sentido, entende o TC que " também a competência do MP é legal e, ao exercê-la, está apenas a dizer ao Juiz que, naquele caso concreto e face à factualidade apurada, a colectividade que ele representa não pretende que seja aplicada pena superior a cinco anos. Assim, não está a impor uma pena ao Juiz mas a limitá-la."[312] Também neste sentido escreve, Figueiredo Dias: " a "lei" não é apenas a CRP e o CP, mas também aquilo que ela permite aos seus destinatários que façam; e, neste sentido, o CPP permite ao MP, in *casu*, limitar a moldura penal (…) tal solução não é inconstitucional pois não é o MP que está a julgar ou a definir a pena; da mesma forma que, aqui, o MP pode condicionar o poder punitivo, também o faz quando arquiva (art. 222.º), ou outro sujeito processual quando decide não recorrer.". (Dias, 1988, p.19). [313]

Apenas se limita o julgador à pena abstratamente aplicável. A sua autonomia decisória de determinação da medida concreta da pena, atendendo à culpa do agente, contínua intocável e exclusiva. Contudo, se o arguido não cumpre o estatuto, que o

---

[310] Nos termos dos artigos 203.º CRP, artigo 9.º, n.º 1, CPP, artigo 5.º, n.º 1, LOFTJ, artigo 4.º do Estatuto dos Magistrados Judicias (Lei n.º 21/85, de 30 de julho, com as alterações introduzidas até à 16.ª versão (Lei n.º 9/2011, de 12 de abril).

[311] Vide por todos, Acórdão do TC n.º 67/2006. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060067.html (consultado a 24/04/2017)

[312] Acórdão do TC n.º 67/2006. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060067.html (consultado a 24/04/2017)

[313] Se o MP tiver procedido em conformidade com o art. 16.º, n.º 3, não pode o JIC sindicar esta decisão por ser uma prerrogativa do MP (Acórdão da Relação do Porto, de 21 de junho de 2006) nem o Juiz, no âmbito do art. 311.º, não concordar com aquele entendimento, não pode atribuir a competência ao tribunal colectivo. (Acórdão da Relação de Lisboa, 12 Maio de 2005). Disponíveis em: http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/de44e9a359023afd80257a2b002e1103?OpenDocument (consultado a 24/04/2017) http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/852139433be74f058025759b005522e1?OpenDocument (consultado a 24/04/2017). Respetivamente.

obrigará a renunciar ao seu direito ao silêncio prestando declarações em julgamento, o Juiz de julgamento não fica *limitado* a essa atenuação da pena pois já não existirá arrependido colaborador.

A renúncia ao seu direito ao silêncio será uma das condições de aplicação do estatuto de arrependido colaborador. Devendo o arguido, sempre que solicitado, prestar declarações. Que continuam a ser declarações de arguido e não prova testemunhal, com as implicações que já vimos no ponto 1.2.1 do capítulo III do presente trabalho. Só com tais declarações poderá o Juiz de julgamento aplicar a atenuação especial da pena, - uma situação semelhante ao que se verifica ao nível da suspensão provisória do processo, que não implica (nem podia implicar) de confissão do arguido para legitimar a sua aplicação tratando-se apenas de exercício da " autonomia da sua vontade individual" (Torrão, 2000, p.198). Ou seja, a aceitação do arguido na suspensão provisória do processo não importa qualquer confissão ou prestação de declarações, mas sim o seu livre exercício à tomada de uma posição em termos da sua estratégia defesa. Neste sentido escreve Fernando Torrão: " Assim, tudo se conjuga para a viabilização do arrependimento e para a reposição da situação, na convicção de que a responsabilidade assumida terá maiores possibilidades de êxito do que a responsabilidade imposta. (Idem, 2000, p.199).

Numa outra perspetiva escreve ainda Cláudia Isabel Matias, num texto mais recente, determinando que a confissão integral e sem reservas do arguido é a condição para o cumprimento das exigências de prevenção geral que tal instituto impõe. Em suas palavras: " (…) e de acordo com o previsto na alínea f) do mesmo artigo, a suspensão provisória do processo só se aplica se for de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta sejam suficientes para satisfazer/acautelar as exigências de prevenção que no caso se fazem sentir. Quanto à prevenção geral positiva ou de integração, parece que a confissão livre, integral e sem reservas do arguido e a imposição de injunções serão resposta suficiente para as exigências comunitárias." (Matias, 2014, p.14). Parece-nos que neste texto a autora confunde a confissão como um exemplo de satisfação das referidas exigências, mas com o facto de aquela ser condição *sine qua non* para tal figura de diversão puder ter lugar.

Apesar deste estatuto se aplicar à grande criminalidade, ao contrário da suspensão provisória do processo, entendemos que a sua renúncia ao silêncio não periga o modelo acusatório. Aqui, em abstrato, não vai deixar de haver acusação ou condenação, por força da colaboração o arguido. Ao contrário do que se verifica no artigo 281º do CPP, em que

há uma verdadeira substituição da acusação, com consequente arquivamento se cumpridas as regras ou injunções de conduta. A renúncia ao direito ao silêncio funcionará como mais uma manifestação da " autonomia da sua vontade individual." Aliás, é entendido por alguns autores, na ponderação entre o tipo de criminalidade a perseguir e os direitos fundamentais dos investigados, que o direito ao silêncio deve ceder por não ser a única garantia da proibição da autoincriminação, sobretudo quando em causa está o direito penal secundário, onde o branqueamento de capitais tem uma posição de referência. Conforme referem Figueiredo Dias, Costa Andrade e Frederico Costa Pinto: " (…) conclui-se que o princípio do *nemo tenetur*, designadamente, as suas dimensões de direito ao silêncio e à não auto-incriminação, não podem ter, na compreensão social e económica do Estado contemporâneo, uma eficácia absoluta, antes se impõe a justificam restrições (…). Esta conclusão é válida, sem sombra de dúvida, para o direito penal secundário e, por maioria de razão, no âmbito de um direito sancionatório de menor gravidade como é o direito administrativo de mera ordenação social." (Dias, Andrade, & Pinto, 2009, p.48).

Neste sentido também encontramos Nuno Brandão que, analisando os acordos sobre sentença, nos diz que sendo o arguido um sujeito processual ele tem o direito a uma participação ativa no processo, que poderá consistir numa autoincriminação: " (…) o arguido como autêntico sujeito processual (…). Isso implica reconhecer-lhe o direito fundamental a uma participação constitutiva na declaração do direito do caso. E em tal direito não pode deixar de ir compreendida uma faculdade de auto-incriminação através da confissão, como expressão livre da sua auto-responsabilidade e do seu direito de autodeterminação." (Brandão, 2015, p.166). Não compreende este autor que, apesar dos acordos sobre sentença em Portugal – em concreto o processo sumaríssimo - se limitarem à pequena e média criminalidade, não criarem conflito ou dificuldades de admissão atendendo à estrutura do processo penal português, e exista tanta resistência para aceitar os acordos para a sentença ao nível da criminalidade económica.

Os acordos sobre a sentença será uma outra manifestação de justiça penal negociada. Que assenta, em súmula, na existência de uma confissão e tem a sua sede na pequena e média criminalidade, permitindo que a sentença consista na homologação de um acordo celebrado entre a defesa e o MP. Contudo, há manifestações doutrinárias para abertura para essa negociação ao nível da criminalidade mais grave. Aliás, com muita cautela e de forma gradual, defende o referido autor que: " Um modelo de justiça negociada que, portanto, e em via de princípio, julgamos estar em condições de responder

às necessidades de política-criminal que motivam a sua chamada à acção sem sacrificar a ideia de Estado de direito material que deve nutrir o nosso processo penal." (Brandão, 2015, p.173). Pois entende que o princípio da culpa que assenta e fundamenta o juízo decisório de condenação sai tão violado:" (…) quando se pune um inocente com uma pena de prisão como quando se aplica uma pena não privativa da liberdade a um inocente." (Idem, 2105, p.178).

No nosso entender é indubitável a existência de acordos sobre sentença no nosso país. As manifestações de oportunidade são um exemplo disso mesmo, em especial o processo sumaríssimo. O estatuto que desenhamos acaba, em termos de efeito, por seguir esta linha, pois a colaboração do arguido na investigação permite-lhe uma atenuação da pena, mas pode nem haver pena. O arguido pode ser absolvido se a prova produzida for insuficiente para convencer o julgador, sem margem para dúvidas, da culpa do agente. Equivaler os acordos sobre a sentença ao arrependido colaborador não nos parece ser o melhor caminho. Contudo, não descuramos que a justiça penal negociada, na grande criminalidade, possa vir a ser uma realidade nacional futura. E, se as orientações de política criminal assim o ditarem, alertamos para sua concretização de forma muito cautelosa e gradual, sob pena de a nossa *civil law* passar a sê-lo apenas formalmente. Como diz Renata Ferreira, numa visão mais radical da inadmissibilidade dos acordos sobre a sentença, que não partilhamos: " A adoção dos acordos sobre a sentença redundaria na perda de garantias do processo equitativo, ao passo que não haveria economia de recursos, tampouco temporal, como na *plea bargaining*." (Ferreira R., 2016, p.434).

O estatuto do arrependido colaborador deverá ser encarado com um meio de obtenção da prova que consiste num processo que começa na fase investigatória e se prolonga até ao julgamento. Se em qualquer momento não for cumprido, não produz qualquer tipo de efeito e, consequentemente, o prémio a atribuir pela sua colaboração não se aplicará.

Importa referir assim que, se o arguido não cumprir o acordo, exercendo o seu direito ao silêncio no julgamento, as declarações que prestou aquando da sua colaboração, deverão merecer o mesmo tratamento processual que as declarações de arguido prestadas

no inquérito perante autoridade judicial. Ou seja, deverão as suas declarações ser guardadas em suporte áudio, ou audiovisual, e podendo merecer valoração "ultra-ativa". [314] O que determinará um papel ativo ao JIC que, deverá inquirir o arguido, aferir da admissibilidade do acordo e, se for o caso, homologá-lo. O arguido deverá prestar uma colaboração integral e sem reservas como já referimos. Em sentido semelhante à confissão integral e sem reservas que opera na fase do julgamento, mas que aqui nunca se poderá aplicar. Quer porque estamos na fase do inquérito, quer porque, mesmo quando proferidas em sede de julgamento, as "confissão", poderá ser incompatível com o direito ao silêncio de outro co-arguido, ou até mesmo das suas declarações. A colaboração do arguido deve ser total. Cabendo ao JIC, aferir do cumprimento da mesma.

Seria mais uma manifestação de oportunidade rigorosamente limitada na sua extensão e efeitos.

Vigorando o estatuto, como meio de obtenção da prova que é, está sujeito à sindicância e contraditório de todos os sujeitos processuais, nunca podendo ser a única fonte de recolha da prova, nem o seu resultado probatório o único meio de prova para a condenação de qualquer arguido.

Mais: apesar de ser especial, como vimos não deixa de ser um dos termos de atenuação da pena prevista no artigo 72º, n.º 2, c) da CP: o arrependimento que o arrependido colaborador tem necessariamente que demonstrar.

Como já se enumerou, o arrependido-colaborador já aparece, aliás, na nossa lei em vários preceitos, porém esparsa e casuisticamente regulado (v. g. 368º-A e 374º-B) não sendo o seu regime jurídico coerente. Por vezes, o juiz pode atenuar a pena (artigo 368º-A), o que inviabiliza qualquer acordo antes do julgamento, por não poder vincular o mesmo a essa determinação concreta da pena. Outras vezes, a norma é vinculativa, impondo ao juiz essa atenuação (artigo 374º-B), tornando possível a promessa do MP anteriormente ao julgamento. Na medida em que, se resulta do tipo o MP pode assegurar o arguido que tal dispensa de pena lhe será aplicada por força do princípio da legalidade estrito. Dadas estas assimetrias e descontinuidades, impõe-se uma regulamentação própria

[314] Nos termos semelhantes ao disposto nos números 4 e 7 do artigo 141º do CPP.

e congruente da figura do arrependido colaborador. Um estatuto. Razão pela qual apresentamos uma proposta de texto legal que teria a seguinte configuração:

Estatuto do Arrependido Colaborador

1- *O estatuto de arrependido colaborador é aplicável quando se mostre estritamente necessário à descoberta da verdade material a colaboração ativa do agente, concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos do crime que se suspeita ter (com) participado.*
2- *Só tem lugar nos casos de terrorismo, criminalidade violenta, especialmente violenta ou altamente organizada e apenas quando houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter.*
3- *É suscetível de configurar recolha de provas decisivas, entre outras, aquelas que da colaboração do arguido resultar:*
   a) *Identificação dos demais autores ou participantes dos crimes sob investigação descritos em 2.*
   b) *Revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas dos crimes sob investigação descritos em 2.*
   c) *Prevenção de infrações penais decorrentes dos crimes sob investigação descritos em 2.*
   d) *Localização de eventuais vítimas dos crimes sob investigação descritos em 2.*
4- *Tal colaboração permite a outorga do estatuto de arrependido colaborador ao arguido, que deverá se decretada pelo Juiz de Instrução Criminal após a redução a escrito do acordo de colaboração investigatório realizado entre o Ministério Público e o arguido.*
5- *Com o estatuto de arrependido colaborador o agente irá beneficiar, em julgamento, dos termos da atenuação especial da pena, bem como as medidas de proteção de testemunhas consignadas em legislação especial, em qualquer fase do processo.*

6- *Do acordo resultará a renúncia ao direito ao silêncio por parte do arguido que se verificará em qualquer momento processual, em especial na fase do julgamento.*

7- *São nulas todas as provas decorrentes desta colaboração que não sirvam apenas os interesses investigatórios referidos em 1, bem como todas outras vantagens propostas ao colaborador que não sejam as que resultam do n.º 5.*

8- *Incumprido o acordo de colaboração, por parte do arguido, resultará a revogação do estatuto de arrependido colaborador e dos seus efeitos.*

Com a positivação do referido regime jurídico consideramos que, ponderados os interesses investigatórios, entre as expectativas comunitárias e os direitos dos investigados se verifica uma *concordância prática dos interesses conflituantes*.

Conforme se constata, defendemos a positivação do estatuto do arrependido colaborador inspirado no cooperation *agreement*[315] dos Estados Unidos da América, com auxílio do regime da *delação premiada* brasileira, por sua vez influenciada pelo regime dos *collaboratores de giustizia* [316] italiana.

Não se trata, porém, longe disso, de uma importação de tais regimes jurídicos, desde logo porque do regime proposto resulta: 1) não alargamento da sua aplicação para além do processo penal em que opera - como acontece no regime brasileiro-; 2) a não aplicação à generalidade da criminalidade - como acontece no regime anglo-saxónico e italiano -; 3) a não admissão de perdão judicial ou dispensa de pena – como acontece em todos os regimes jurídicos estrangeiros analisados -; 4) a não admissão da sua aplicabilidade em regime pós-sentencial – como acontece em todos os regimes jurídicos estrangeiros analisados -;

Não vemos qualquer obstáculo a que o acordo comece por ser proposto pelo MP e que, após analisado pelo arguido e seu defensor seja subscrito, e mais tarde homologado,

---

[315] Sobre o *cooperation agreement* e o seu funcionamento vide ponto 1.3, do presente capítulo, em especial a referencia à doutrina de Robert Strang.

[316] Sobre a "Lei misure per la difesa dell ordinamento constituzionale" vide ponto 1.4.1, do presente capítulo.

pelo JIC. Desde que, em cumprimento do n.º 4 do artigo 32º da CRP, este sujeito processual, dirige a diligência, nomeadamente a tomada de declarações do arguido.

Apesar de ser inovador no âmbito da investigação acaba por ser muito semelhante ao acordo que está subjacente à nossa suspensão provisória do processo. Um acordo de colaboração na investigação criminal outorgado entre todos os sujeitos processuais, bastando existir a vontade livre e esclarecida do arguido bem como o respeito pelo cumprimento exíguo dos princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação. O *dominus* da investigação determinará a necessidade e adequação da colaboração pelo arguido, pois este sujeito processual é que melhor está habilitado para aferir do grau de necessidade e o caracter decisivo da colaboração do arguido, cabendo ao JIC apreciar o cumprimento desses mesmos princípios atenta a sua função no processo penal português, que lhe atribui a categoria de – em jargão dos tribunais – "Juiz das liberdades". O efeito dessa homologação será determinada por este Juiz, mas só o Juiz de julgamento a concretizará, se o arguido cumprir o acordo desde a sua outorga até ao encerramento da audiência de discussão e julgamento.

Sendo um processo, o incumprimento poder-se-á verificar ao longo da sua ocorrência, ou seja, o arguido com o estatuto de arrependido colaborador deverá, sempre que solicitado, em qualquer fase do processo penal, prestar declarações concretizando a máxima: colaborar de forma integral e sem reservas. Não o fazendo o estatuto é revogado e, consequentemente, os seus efeitos.

Por fim, em termos sistemáticos entendemos que a sua positivação deveria constar em último lugar no elenco dos meios de obtenção da prova, logo após o regime jurídico das escutas telefónicas. Pois, tal como a sistemática da parte especial do CP não é axiologicamente neutra, como já referimos num outro contexto[317], também a sistemática do livro das provas não o é. O catálogo dos meios de obtenção da prova é revelador do cumprimento pela proporcionalidade e, principalmente, pela necessidade, ou seja, só se deverão utilizar os últimos meios de obtenção da prova quando os anteriores demonstrem ser insuficientes, considerando as exigências de investigação em presença. Logo, ao

[317] Ver ponto 2, capítulo II, do presente trabalho.

colocar-se este estatuto no fim do livro das provas, se revelará, desde logo, ao intérprete a sua natureza de última *ratio*.

Conclusão

O branqueamento de capitais tem vindo a consolidar-se como epicentro da criminalidade organizada. Surgido da necessidade de os beneficiários de proveitos ilícitos darem a aparência de licitude aos rendimentos, produtos ou vantagens obtidas com a prática de crimes, começou nas lavandarias americanas, tomou conta de todos os sectores do país e é cada vez mais internacional. E sempre com o mesmo mote: a necessidade de fazer desaparecer a sua mancha original.

A nova sociedade sem fronteiras, onde o conhecimento e a informação estão à distância de um *click*, associados a uma evolução tecnológica e informacional rápida e incontrolável, oferece também as melhores condições para o cometimento deste tipo de criminalidade e acrescidas dificuldades no que respeita à sua prevenção e repressão; além disso, a sua relação quase simbiótica com a criminalidade informática e o financiamento do terrorismo contribuíram decisivamente para o aumento, ainda mais, as naturais dificuldades investigatórias e acrescentaram-lhe uma perigosidade mais latente e universal, sempre potenciando a criminalidade organizada.

O conceito de criminalidade organizada tem uma *ratio* estrutural e sociológica semelhante ao branqueamento de capitais. Melhor: a conatural tendência de o branqueamento de capitais ser praticado por meio de associação criminosa, ao pressupor crimes precedentes que, por sua vez, pressupõem essa mesma associação criminosa, aliada ao carater sofisticado e dissimulado das suas condutas típicas, torna o branqueamento de capitais num terreno de excelência para a germinação da criminalidade organizada. Por isso, e mercê dos plúrimos fenómenos sociológicos que hoje se apresentam, constatamos as graves e inexoráveis dificuldades que a investigação do branqueamento de capitais comporta. Tanto mais quando o regime probatório português implica, e bem, por imperativos constitucionais, o respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos e, consequentemente, um caminho de lisura na obtenção, valoração e produção das provas.

A superação destas dificuldades tem passado por vários soluções, mecanismos e estratégias de ação. Desde logo, a própria descrição típica privilegiou a adoção de conceitos abertos e conjugada com a admissibilidade de um leque alargado de condutas

que colocam no limite a legitimidade da intervenção punitiva do Estado passando para a especialização e criação de equipas multidisciplinares na investigação criminal.

Várias são as medidas especiais de prevenção que foram e são criadas para evitar condutas branqueadoras, cujo âmbito vai desde o alargamento a deveres de comunicação (ou outros), a certas entidades, à criação de um conceito de pessoas politicamente expostas. Sempre no mote da união entre os estados, onde a nível europeu se destaca a Eurojust e o Procurador Europeu.

Neste quadro, atendemos também a uma das medidas de combate ao branqueamento de capitais que, em bom rigor, não tendo natureza probatória, se consubstancia no objetivo de concretizar a máxima conhecida de que o "crime não compensa". Medida que contende com princípios estruturantes do nosso modelo de processo penal português. Referimo-nos ao arresto preventivo que assenta numa presunção de incongruência patrimonial determinando que seja o arguido a demonstrar a licitude da proveniência do seu património. Não duvidamos da estrita necessidade da existência deste mecanismo para evitar ou dissuadir prática branqueadoras, ainda que deva a sua concretização prática ser dotada de muita cautela. E, assim, entendemos que a sua aplicação, bem como a consequente perda alargada, não pode apenas assentar na presunção legal de proveniência ilícita que ao arguido incumbe ilidir. Terá de assentar em outros indícios que possam corroborar a referida presunção. Se assim não for a sua aplicabilidade acaba por ter efeitos meramente expiatórios e por tal ilegítimos no nosso ordenamento jurídico.

Face a todas as dificuldades investigatórias encontradas, e não obstante as novas soluções que têm vindo apresentar-se, urge, pelo menos desde já, pensar o arrependido colaborador no quadro do processo penal do Estado de Direito, começando pelo regime consagrado no n.º 9 do 368º-A do CP, donde resulta a possibilidade de atribuição de um prémio ao agente que colabore na investigação deste crime e dos seus crimes precedentes.

Em Portugal, atendendo ao nosso modelo de processo penal de estrutura essencialmente acusatória, num primeiro momento a figura do arrependido colaborador parece atentar contra vários dos seus princípios estruturantes. Em especial, a separação de poderes, o princípio da investigação ou descoberta da verdade material e, o princípio da presunção da inocência que impõe a proibição da autoincriminação. Contudo, após uma análise mais cuidada afigura-se-nos como possível a concordância prática de princípios e

valores que enquadram a figura do arrependido-colaborador nos limites jurídicos do constitucionalmente legítimo.

No que concerne à separação de poderes, em especial no que diz respeito à regra de que quem investiga é o MP, constatamos que, em bom rigor, não é exatamente assim. Todos os sujeitos processuais, em prol da descoberta da verdade material, podem e devem, colaborar na recolha de prova que suporte a verdade que mais se aproxima da verdade real mas com respeito pelas regras de obtenção da prova. As declarações de arguido são um claro exemplo nesse sentido. Meio de prova que merece um tratamento muito especial e diferenciado em relação aos demais, atendendo ao sujeito processual que o presta.

A proibição da autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum acusare*) também não sairá violada desde que a colaboração do arguido seja prestada de forma livre e esclarecida, enquanto manifestação da sua livre determinação, usada quando estritamente necessária e apenas na investigação da criminalidade altamente organizada. Em cumprimento estrito dos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade.

Não temos qualquer dúvida de que a colaboração do arrependido significa uma delação e, por isso, uma traição para com os outros agentes do crime. A traição de um coarguido ainda é aceitável no quadro do Estado de direito, ou será que atenta contra garantias essenciais e inultrapassáveis deste modelo de Estado? Obviamente que a delação em si não atenta; a recompensa já é outro problema.

Há hoje uma clara tendência, em sede de política criminal nacional e estrangeira, no sentido da criação das condições e adoção de medidas destinadas a combater a impunidade dos agentes da criminalidade organizada, a qual tem sido responsável por um vasto conjunto de alterações legislativas. Porém, a grande dificuldade está em conciliar as exigências constitucionais nacionais, nomeadamente em matéria de processo penal, com a concessão de um prémio à delação; se bem que, salientamos desde já, a concretização legislativa deste instituto, ao definir de forma clara as condições da sua admissibilidade e os seus efeitos, sempre traria a imediata vantagem de ajudar a prevenir atropelos ao nosso modelo de processo penal.

Quanto à compensação a conceder ao delator, entendemos, por duas razões, que não pode ir para além de uma atenuação especial da pena: por um lado porque, apesar de o arrependido colaborador ser substantivamente um arrependido, o seu arrependimento não impediu a produção dos danos nem demonstrou um sério esforço nesse sentido – o crime já está consumado. Assenta apenas na colaboração investigatória e, assim, poderemos

eventualmente afirmar que, no limite, ele ajudará a prevenir outros danos ou danos maiores pois, ao ajudar a condenar os culpados, poderá está a ajudar a combater a continuação da atividade criminosa. Por outro lado, atendendo ao tipo de criminalidade em causa e às exigências de política criminal já expostas, a dispensa de pena é algo que se nos afigura como não admissível. Seria um prémio desproporcionado face a outras exigências punitivas – as expectativas comunitárias no respeito pela norma e a devolução da paz social. Não podemos esquecer que, apesar do seu arrependimento e da sua colaboração na obtenção de provas, o arrependido colaborador praticou o crime e pode ter usufruído das suas vantagens.

Entendemos ainda que o regime deste instituto não deve compreender qualquer efeito direto no que respeita à aplicação das medidas de coação. Em nossa perspetiva, uma solução diversa, considerando as alternativas ou opções apresentadas ao arguido, seria privá-lo de uma vontade livre e ponderada e, consequentemente, oferecer-lhe promessa legalmente inadmissível. Considerando que, por regra, a aplicação das medidas de coação acontece no primeiro interrogatório judicial de arguido detido, não pode, num momento tão precoce do processo, negociar-se com o arguido a medida de coação a troco da sua colaboração. Seria atentar contra as condições gerais de aplicação das medidas de coação permitir que o estatuto de arrependido colaborador fosse um meio de satisfazer o princípio da necessidade aquando da aplicação destas medidas de natureza intra-processual.

Por tudo o que fica dito, entendemos ser imprescindível que este estatuto passe a letra de lei. Não obstante o princípio da prova livre, o certo é que a sua consagração legal trará certeza e segurança jurídicas quer para o arguido, quer para os demais intervenientes processuais, desde o MP aos coarguidos. A regulamentação do estatuto de forma autónoma, no livro das provas, permitirá também a aplicação do estatuto à criminalidade organizada em geral, sem necessidade da sua concretização no âmbito da descrição dos tipos legais de crime previstos no CP.

A proposta de estatuto de arrependido colaborador que oferecemos está em estrita consonância com os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade que norteiam e são o alicerce do regime jurídico da prova em processo penal, bem como o respeito pelos ditames constitucionais. Nessa medida, o estatuto do arrependido colaborador só poderá ser desencadeado na investigação dos crimes de terrorismo, criminalidade violenta, especialmente violenta ou altamente organizada, e apenas quando

houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter.

A colaboração do arguido consistirá numa obrigação de meios, concretamente na recolha de provas decisivas para a investigação. Identificando-se, com a analogia à técnica dos exemplos padrão do tipo, o conceito de provas decisivas. Contudo, terá de ser uma colaboração integral e sem reservas, devendo o arguido auxiliar a investigação em tudo aquilo que lhe for possível não podendo selecionar visados ou perguntas a responder.

A concessão deste estatuto deve resultar de acordo entre o arguido e o MP homologado pelo JIC e consignado em documento escrito. Nesse acordo, o arguido deverá renunciar ao seu direito ao silêncio e merecerá, no final do julgamento, uma atenuação especial da pena, podendo-lhe ser aplicado o regime de proteção de testemunhas. Porém, como a renúncia ao silêncio não é irretratável, sempre o arguido poderá rasgar o acordo; da mesma forma, se o arguido pura e simplesmente não prestar declarações em julgamento, considera-se o acordo revogado e, consequentemente, o seu estatuto passando a não beneficiar dos seus efeitos. Todos outros acordos que não respeitem estas condições de admissibilidade serão havidos como métodos proibidos de prova.

Apesar de a atenuação especial da pena só lhe poder ser aplicada pelo JJ, é o JIC que a determinará. É esta autoridade judicial quem vai atribuir o prémio que só deverá ser concretizado no julgamento. Poder-se-á considerar que este aspeto viola o princípio do Juiz natural e a autonomia entre os diferentes sujeitos do processo. Não nos parece.

O Juiz de julgamento continua com a sua autonomia decisória e a culpa do agente persiste como o fundamento e limite da pena aplicar ao arguido. Podendo até absolver o arguido arrependido colaborador. Fica porém com a moldura penal reduzida à atenuação especial. A par de outros limites de jurisdição que já existem no nosso CPP e conformes à Lei Fundamental.

O estatuto de arrependido colaborador não é uma "delação premiada", não corresponde aos "cooperation agreements" e também não é um "collaboratori de guistizia". É um meio de obtenção da prova que deve ser encarado com um processo que se inicia na fase da investigação típica de um processo penal e que se prolonga até ao final do julgamento. Limitado por estritos critérios de proporcionalidade, necessidade e adequação, permite a aplicação de uma atenuação especial da pena ao arguido que colabore de forma integral e sem reservas na investigação da criminalidade grave e cuja dificuldade

investigatória tem vindo a demonstrar ser latente e resistente a todos os instrumentos jurídicos preventivos e repressivos.

O branqueamento de capitais é um dos crimes que na sua descrição típica, de forma envergonhada, faz apelo, ao arguido cooperante. Deixemos que esse apelo passe a merecer uma catalogação autónoma, legítima e fundante, deixando de haver um arguido cooperante e passando a existir um arrependido colaborador.

A teoria da prova tem vindo a demonstrar ter uma posição preponderante no papel punitivo do Estado. Sem a sua existência poderíamos ter uma justiça kafkiana ou completamente arbitrária e, enquanto tal, incompatível com a dignidade humana. Os limites inalienáveis da condição da pessoa humana deverão ser sempre a bússola que orienta o legislador e o aplicador da lei e jamais poderão ser postas em causa, apesar de as necessidades de prevenção e de repressão da nova criminalidade sempre nos tentarem seriamente. Mas se não lhe resistirmos, passaremos a utilizar meios idênticos àqueles que pretendemos combater, traindo as finalidades últimas do nosso modelo processual. Finalidades essenciais que tão bem Figueiredo Dias sintetiza: 1) a descoberta da verdade material; 2) com respeito pelos direitos fundamentais; 3) de modo a atingir a paz social. (Dias, 1974, p.52).

As exigências do "ainda" *admirável mundo novo* abrem-nos caminhos a novas formas de entender o referido papel do Estado. Abramos as possibilidades a essas construções, mas sempre norteados pelos principais fins do processo penal: a descoberta da verdade com respeito pelo *novo* Homem. Que, tal como todos os outros, é um filho da democracia e titular de direitos que não podem nunca esmorecer.

Referências Bibliográficas

Abreu, C. P. (2005). Prova e meios de obtenção de prova-breve nota sobre a natureza dos exames no processo penal. In *I Congresso de Processo Penal.* Coimbra: Almedina.

Acconcia, A., Immordino, G., Piccolo, S., & Rey, P. (2014). Accompliece Witness and Organized Crime: Theory and Evidence from Italy. *The Scandinavian Journal of Economics*, pp. 1116-1159.

Agra, C. (2013). Ciência do crime, crise e tempo trágico. In J. Cruz, C. Cardoso, A. Leite, & R. Faria (Coord.), *Infrações económicas e financeiras: Estudos de Criminologia e Direito* (pp. 5-8). Coimbra: Coimbra Editora.

Aguiar-Branco, J. P., & Batista, J. d. (2010). Crime de Branqueamento- o papel do advogado: auxiliar da justiça ou da sequela criminal? In L. Silva, & G. Bandeira (Coord.), *Branqueamento de capitais e injusto penal. Análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira* (pp. 386-939). Lisboa: Editorial Juruá.

Albrecht, H.-J. (2010). Criminalidade organizada na Europa: perspectiva teorética e empírica. In F. Palma, A. S. Dias, & P. S. Mendes (Coord.), *2º Congresso de Investigação Criminal* (pp. 73-99). Coimbra: Almedina.

Albuquerque, P. P. (2008). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* Lisboa: Universidade Católica Editora.

Alkon, C. (2010). *Plea Bargaining as a Legal Transplant, A God Idea for Troubled Criminal Justice Systems.* Harvard: Transnat'l L. &Contemp. Problems 356.

Almeida, A. R. (2011). Sociedade de risco – uma perspectiva jurídico-filosófica. Obtido em 31 de 03 de 2017, de http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldp/article/view/2058

Almeida, C.R. (2010). Criminalidade organizada e corrupção. In F. Palma, A. S. Dias, & P. S. Mendes (Coord.), 2º congresso de Investigação Criminal (pp. 49-56). Coimbra: Almedina.

Almeida, C. R. (2004). O registo de voz e de imagem - notas ao artigo 6º da lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro. In C. d. Judiciários, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira* (pp. 107-117). Coimbra: Coimbra Editora.

Amby, K. (2003). Organizações classificadas como terroristas pela UE e pelos EUA. *JANUS 2003: anuário de relações exteriores.*, pp. 118-119.

Andrade, J. (2010). Breves considerações sobre a unidade e pluralidade de crimes enquanto problema relevante do crime de Branqueamento de Capitais. In L. Silva, & G. Bandeira (Coord.), *Branqueamento de Capitais e Injusto Penal, Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira.* (pp. 292-322). Lisboa: Editorial Juruá.

Andrade, M. d. (1988). Consenso e oportunidade: reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo. Coimbra: Almedina.

Andrade, M. d. (2009). *"Bruscamente no Verão passado", a reforma do Código de Processo Penal: Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente.* Coimbra: Coimbra Editora.

Andrade, M. d. (2013). *Sobre as proibições de prova em processo penal.* Coimbra: Coimbra Editora.

Angelini, R. (2013). A negociação das penas no direito italiano. *Julgar, n.º 19*, pp. 221-229. Obtido em 17 de 05 de 2017, de http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/221-229-Negocia%C3%A7%C3%A3o-penas-direito-italiano.pdf

Angli, M. L. (2011). Qué fue de la libertad de expresión y la diidencia política en la apología del terrorismo? En busca de su bien jurídico protegido. In A. Masferrer (Dir.), *Estado de derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo.* (pp. 545-585). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

Araújo, D. (2009). Institutos penais de emergência - "Novas" fórmulas para velhos dilemas -: Uma análise dos novos estudos de política criminal voltada aos indesejados pela sociedade. In M. C. Andrade, & R. C. Neves (Coord.), *Direito Penal hoje: Novos desafios e novas respostas* (pp. 146-182). Coimbra: Coimbra Editora.

Bandeira, G. (2010). O crime de "Branqueamento " e a criminalidade organizada no ordenamento jurídico português no contexto da união europeia: novos desenvolvimentos e novas conclusões. In L. Silva, & G. Bandeira, (Coord.) *Branqueamento de capitais e injusto penal. Análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira.* (pp. 556-668). Lisboa: Editorial Juruá.

Baratta, A. (1982). *Criminologia critica e critica del diritti penale:introduzione alla sociologia giuridico-penale.* Bologna: Il Mulino.

Beccaria, C. (1998). *Dos delitos e das penas.* (F. Costa, Trad.) Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calosute Gulbenkian.

Beck, U. (1986). *Risikogesellschaft auf dem weg in eine andere modern.* Suhrkamp: Frankfurt AM.

Beleza, T. (1993). *Apontamentos de Direito Processual Penal II Volume (aulas teóricas dadas ao 5º ano 1991/92.* Lisboa: AAFDL.

Beleza, T. P. (Abri-Junho de 1998). «Tão amigos que nós éramos»: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal português. (E. M. SMMP, Ed.) *Revista do Ministério Público*, pp. 39-60.

Bernardo, J. (2013). O direito à não autoincriminação e os deveres de colaboração com a administração tributária. Obtido em 04 de 04 de 2017, de http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16443/1/Tese%20Joana%20Bernardo%20-%20Vers%C3%A3o%20Final.pdf

Borges, F. (2012). Criminalidade organizada e cooperação judiciária em matéria penal na União Europeia: traços gerais. In J. B. Gouveia (Dir.), *Estudos de Direito e Segurança, Vol. II* (pp. 68-95). Coimbra: Almedina.

Branco, I. (2015). Medidas de combate ao branqueamento de capitais, financiamento do terrorismo e o dever de «comunicação» imposto aos advogados: violação do segredo profissional? Obtido em 26 de 01 de 2017, de http://www.verbojuridico.net/ficheiros/forenses/advogados/isabelbranco_combatebranqueamento_violacaoseviolacaosegredoprofissional.pdf

Brandão, N. (2002). *Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção.* Coimbra: Coimbra editora.

Brandão, N. (2015). Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução. In *Julgar* (Vol. N.º 25, pp. 161-178). Coimbra: Coimbra Editora.

Bravo, J. (2010). Fraude Fiscal e branqueamento: prejudicialidade e concurso. In L. Silva, & G. Bandeira (Coord.), *Branqueamento de Capitais e Injusto Penal, Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira* (pp. 351-383). Lisboa: Editorial Juruá.

Braz, J. (2009). *Investigação Criminal, a organização, o método e a prova, os desafios da nova criminalidade.* Coimbra: Almedina.

Cabana, P. F. (2013). La prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo:Un tratamiento similar para dos fenómenos distintos? In J. Cruz, C.

Cardoso, A. Leite, & R. Faria (Coord.), *Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito* (pp. 421-435). Coimbra: Coimbra Editora.

Cabral, J. A. (2014). A prova indiciária e as novas formas de criminalidade. *Tomo III – Criminalidade Económico-Financeira:A Obtenção e a valoração da prova na criminalidade economico-financeira*. Obtido em 21 de 01 de 2017, de http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/tomo_III_criminalidade_economico_financeira_a_obtencao_e_a_valoracao_da_prova_na_criminalidade_economico_financeira.pdf

Caeiro, P. (2003a). A Decisão-Quadro do Conselho, de 26 de junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. In C. Andrade, F. Costa, A. Rodrigues, & M. J. Antunes (Coord), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (pp. 1067-1132). Coimbra: Coimbra editora.

Caeiro, P. (2003b). Relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. In C. Andrade, F. Costa, A. Rodrigues, & M. J. Antunes (Coord.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora.

Caeiro, P. (2010a). A Decisão-Quadro do Conselho de 26 de junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. In L. Silva, & G. Bandeira (Coord.), *Branqueamento de Capitais e injusto Penal. Análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira.* (pp. 305-450). Lisboa: Editorial Juruá.

Caeiro, P. (2010b). A consunção do branqueamento pelo facto precedente (Em especial: i) as implicações do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 13/2007, de 22 de Março; ii) a punição da consunção impura). In M. C. Andrade, M. J. Antunes & S. A. Sousa (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias* (Vol. III, pp. 187-222). Coimbra: Coimbra Editora.

Caeiro, P. (Abril-Junho ano 21 de 2011). Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos do confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). In Dias, F. (Dir.) *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, *2*, pp. 267-231.

Canas, V. (2004). *O crime de branqueamento de capitais: Regime de Prevenção e Repressão.* Coimbra: Almedina.

Canas, V. (2010). As medidas de natureza preventiva contra o branqueamento e o financiamento do terrorismo. In L. Silva, & G. Bandeira (Coord.), *Branqueamento de capitais e injusto penal. Análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira* (pp. 485-554). Lisboa: Juruá.

Cancela, A. G. (2016). A prova digital: os meios de obtenção de prova na lei do cibercrime. Coimbra. Obtido em 06 de 03 de 2017, de https://estudogeral.sib.uc.pt/bitsream/10316/31398/1/A%20prova%digital.pdf

Canotilho, G., & Moreira, V. (2007). *CRP Constituição da República Portuguesa anotada. Artigos 1º a 107º.* (4ª edição revista ed., Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora.

Carlos Cabreiro, R. B. (2001). *"Criminalidade informática- Manual de Procedimentos".* Coimbra: Coimbra Editora.

Chaves, D. (2010). A complexidade do papel do advogado na luta contra o branqueamento de capitais (mandamentos da directiva comunitária e a crise na relação cliente/advogado em razão do sigilo profissional). In L. Silva, & G. Bandeira (Coord.), *Branqueamento de capitais e injusto penal. Análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira* (pp. 40-57). Lisboa: Editorial Juruá.

Conceição, A. R. (2009). *Escutas Telefónicas. Regime Processual Penal.* Porto: Quid Iuris.

Conceição, A. R. (2015). A relevância probatória das gravações realizadas por particulares. In Em *Lusíada Direito* (pp. 137-152). Lisboa.

Conde, M. (1996). Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delicuencia organizada. In F. G. Conradi (Org.), *La criminalidad organizada ante la justicia.* (pp. 143-156). Sevilha: Universidade de Sevilha.

Conde, M., & Garcia, M. (1996). *Derecho Penal, Parte General. 2º Edição revista.* Barcelona: Tirant lo blanch.

Correia, F. (2004). *Lições de Direito Internacional Privado I.* Coimbra: Almedina.

Correia, J. C. (2012). *Da proibição do confisco à perda alargada.* Lisboa: Imprensa Nacional da Casa da Moeda.

Correia, J. C. (Janeiro-Dezembro de 2015). Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime? In Dias, F. (Dir.), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (Vol. 25, pp. 505-543). Coimbra: IDPEE. Obtido de http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis.

Correia, J. C., & Rodrigues, H. R. (Janeiro de 2017). O confisco das vantagens e a pretensão patrimonial da Autoridade Tributária e Aduaneira nos crimes tributários. (Anotação ao Acórdão do TRP de 23-11-2016, processo n.º 905/15.4IDPRT.P1). *Julgar Online*, pp. 1-28. Obtido em 12 de 05 de 2017, de http://julgar.pt/o-confisco-das-vantagens-e-a-pretensao-patrimonial-da-autoridade-tributaria-e-aduaneira-nos-crimes-tributarios/

Costa, F. (1992a). Branqueamento de capitais (algumas reflexões à luz do direito penal e política criminal) ". In, *Boletim da Faculdade de Direito* (p. 69). Coimbra: Coimbra Editora.

Costa, F. (1992b). *O perigo em direito penal* (1ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora.

Costa, F. (1998). *Direito Penal da Comunicação. Alguns escritos.* Coimbra: Coimbra Editora.

Costa, F. (1999). O branqueamento de capitais (algumas reflexões à luzdo direito penal e da política criminal). In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários Volume II- Problemas Especiais.* (pp. 26-86). Coimbra: Coimbra Editora.

Costa, F. (2010). *Direito Penal e Globalização - Reflexões não locais e pouco globais.* Coimbra: Coimbra Editora.

Costa, J. (2005). O Branqueamento de Capitais e o Financiamento do Terrorismo. In *Polícia e Justiça. Revista do Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais. III série n.º6 Julho-Dezembro*. (pp.189-205). Coimbra: Coimbra Editora.

Costa, J. S. (2012). *O tratamento jurídico do terrorismo e os direitos na Europa (à luz da CEDH). Um enfoque preventivo e uma análise comparada: Espanha, Portugal e RU.* Coimbra: Universidade de Coimbra. Faculdade de Direito. Biblioteca 2523D.

Cruz, J. N. (2013). A criminologia e o crime de colarinho branco. In J. Cruz, C. Cardoso, A. Leite, & R. Faria, (Coord.) *Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito.* (pp. 54-66). Coimbra: Coimbra Editora.

Cruz, José; Leite, André Lamas; Sousa, Pedro; Wilks, Daniela. (2015). O "crime de colarinho branco empreendedor": conceptualização e inferências para a dinâmica dos sistemas judiciais. In F. Dias (Dir.), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (p. 545579).

Cunha, D. (2000). Atenuação especial e dispensa de pena - artigo 286º. In F. Dias (Coord.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal, Tomo II* (pp. 1035-1042). Coimbra: Coimbra Editora.

Cunha, D. (2004). Perda de bens a favor do Estado- Arts. 7.º-12.º da Lei 5/2002 de 11 de Janeiro. Em C. d. Judiciários, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira* (pp. 118-140). Coimbra: Coimbra Editora.

Cunha, D. (2005). Não punibilidade e dispensa de pena: Breve contributo para a integração dogmática da não punibilidade, à luz de uma perspetiva processual-penal. In F. Dias (Dir.), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (Vol. Ano 15, pp. 229--256). Coimbra: Coimbra Editora.

Cunha, D. (2009). Justiça Constitucional e Constituição Processual Penal. In F. Dias, G. Canotilho, & F. Costa (Coord.), *Ars Iudicandi, Estudos em homenagem ao professor Doutor António Castanheira Neves* (pp. 175-199). Coimbra: Coimbra Editora.

Cunha, D. (Novembro de 2016). As alterações legislativas em matéria de corrupção (a Lei 30/2015, de 22 de Abril e as suas consequências). *Julgar Online*. Obtido em 20 de Março de 2017, de http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/11/20161106-ARTIGO-JULGAR-As-altera%C3%A7%C3%B5es-legislativas-em-mat%C3%A9ria-de-corrup%C3%A7%C3%A3o-Dami%C3%A3o-da-Cunha.pdf

Cunha, D. (2016). Uma reflexão sobre atos decisórios dos juízes. In F. Dias (Dir.), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (Vol. Ano 26 n.º 1 a 4, pp. 351-395). Coimbra: IDPEE.

Davin, J. (2007). *A criminalidade Organizada Transnacional. A cooperação Judiciária e Policial na UE*. Coimbra: Almedina.

DIAP Distrital de Coimbra. (2004). Sigilo bancário e sigilo fiscal, no domínio da lei 5/2002, de 11-1. In, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira* (pp. 69-76). Coimbra: Coimbra Editora.

Dias, A. S. (2010). Criminalidade Organizada e combate ao lucro ilícito. In F. Palma, A. S. Dias, & P. S. Mendes (Coord.), *2º Congresso de Investigação Criminal* (pp. 24-47). Coimbra: Almedina.

Dias, F. (1974). *Clássicos Jurídicos. Direito Processual Penal 1ª edição.* Coimbra: Reimpressão.

Dias, F. (1988). Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal. In CEJ, *Jornadas de Direito Processual Penal - O Novo Código de Processo Penal.* (pp. 3-36). Coimbra: Coimbra Editora.

Dias, F. (1991). Sobre os sujeitos processuais no novo Código de processo penal. In CEJ, *Jornadas de Direito Processual Penal* (pp. 27-45). Coimbra: Almedina.

Dias, F. (1999). Comentário ao artigo 299º do código penal. In F. Dias (Coord.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II artigos 202º a 307º* (pp. 1155-1187). Coimbra: Coimbra Editora.

Dias, F. (2000). Algumas reflexões sobre a Sociedade do Risco. *Conferência proferida na Universidade Lusíada de Lisboa em Março de 2009, aquando do Congresso Internacional de Direito Penal, Problemas Fundamentais de Direito Penal, em homenagem e por ocasião do doutoramento Honoris Causa do Professor Claus Roxin*.

Dias, F. (2007). *Direito Penal, Parte Geral Tomo I 2ª edição Questões Fundamentais A Doutrina Geral do Crime.* Coimbra: Coimbra Editora.

Dias, F. (2009). Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In F.R. D'Ávila & P. V. S. Souza, *Direito Penal Secundário. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões.* (pp. 13-69). Coimbra: Editora Revista dos Tribunais.

Dias, F. (2009). Para Uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In S. D'Avila, *Direito Penal Secundário. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões.* (pp. 13-64). Coimbra: Editora Revista dos Tribunais.

Dias, F., & Andrade, C. (1997). *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena.* (2ª reimpressão ed.). Coimbra: Coimbra Editora.

Dias, F., & Dias, A. S. (Ano 8 de Outubro-Dezembro de 1998). Entre comes e bebes: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor. In F. Dias (Dir.) *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, pp. 54-65.

Dias, F., Andrade, C., & Pinto, F. C. (2009). *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova.* Coimbra: Almedina.

Duarte, A. P. (2013). *O Combate aos Lucros do Crime – O mecanismo da "perda alargada" constante da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro. A inversão do ónus da prova nos termos do artigo 7º e suas implicações.* Porto.

Duarte, J. (2002). *Branqueamento de capitais. O regime do D.L. 15/93, de 22 de Janieor e a norma internacional.* Porto: Publicações Universidade Católica.

Fernandes, P. S. (2001). *Globalização, «Sociedade de Risco» e o Futuro do Direito Penal - Panorâmica de Alguns Problemas Comuns.* Coimbra: Almedina.

Fernandez-Bertier, M. (2013). The extension of the belgian criminal transaction as a new mean to fight economic and financial crime: towards the establishmente of plea bargaining? In J. Cruz, C. Cardoso, A. Leite, & R. Faria (Coord.), *Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito.* (pp. 493-503). Coimbra: Coimbra Editora.

Ferrajoli, L. (2003). Criminalidade e globalização. Em *Revista do Ministério Público* (E. M. Costa, Trad., Vols. ano 24 Outubro-Dezembro, pp. 39-56). Lisboa.

Ferreira, M. C. (1992 (reimpressão 1997)). *Lições de Direito Penal, Parte Geral I. A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982.* (4ª ed.). Lisboa: Verbo.

Ferreira, R. (2016). Acordos sobre a sentença em processo penal: uma análise sob perspectiva jurídico-constitucional e processual penal. In F. Dias (Dir.), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (pp. 397-435). Coimbra: IDPEE.

Ferro, A., Pereira, F., & Gazzola, G. (2014). *Criminalidade organizada. Comentários à Lei, de agosto de 2013.* Curitiba: Juruá Editora.

Fortea, J. J. (2011). De la restricción de derechos a un «derecho procesal del enemigo». In A. Masferrer, *Estado de Derecho y Derecho Fundamentales en la Lucha Contra El Terrorismo. Una aproximación multidisciplinar (histórica, juridico-comparad, filosófica y económica)* (pp. 611-643). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

Foucault, M. (1975). *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão.* (R. Ramalhete, Trad.) São Paulo: Editora Vozes.

Fuster, G. G. (2012). Portección de datos y cooperación policial y judicial en materia penal en la UE. In J. P. Gil, *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito.* (pp. 587-603). Madri: La Ley.

Gaspar, A. H. (2004). As acções encobertas e o processo penal. Questão sobre a prova e o processo equitativo. In A. Rodrigues (Coord.), *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira* (pp. 43-53). Coimbra: Coimbra Editora.

Giordano, A., & Leccese, I. (2017). *Deliti di criminalità organizzata e colaboratori de giustizia: luci ed ombre del regime penitenziario penale.* Loreto Ancona: Antonio Tombolini Editore.

Godinho, J. (1990). *Do crime de Branqueamento de capitais. Estudos de Direito Bancário.* Coimbra: Coimbra Editora.

Godinho, J. (2003). Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In C. Andrade, F. Costa, A. Rodrigues, & M. J. Antunes (Coord.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredos Dias* (pp. 1315-1364). Coimbra: Coimbra Editora.

Godinho, J. (2010). Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens dele resultante. In C. Andrade, M. J. Antunes &S. A. Sousa (Org.), *Estudos em homenagem ao professor Jorge de Figueiredos Dias* (Vol. III, pp. 363-399). Coimbra: Coimbra Editora.

Gonçalves, F., & Alves, M. J. (2009). *A Prova do Crime, meios legais para a sua obtenção.* Lisboa: Almedina.

Gonçalves, L. (2014). O crime de fraude fiscal como crime precedente do crime de branqueamento de capitais. O "Tempus Delicti" do crime de fraude fiscal. In *Revista da Ordem dos Advogados* (Vol. II, pp. 207-216). Revista da Ordem dos Advogados.

Gonçalves, R. M. (2007). *Fraude Fiscal e Branqueamento de Capitais.* Porto: Almedina & Leitão Lda.

Isasca, F. (1999). *A alteração substancial dos factos e a sua relevância no processo penal português* (1ª ed.). Coimbra: Almedina.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos e teoría de la imputación. Traduzida por Joaquim Cuellho Contreas e Jose Kuis Serrano Gonzales de Murillo. 2ª Edição corrigida.* Madrid: Macial Pons.

Junior, P. (2010). Da inexigibilidade de conduta diversa no crime de lavagem de dinheiro praticado pelo mesmo autor do crime precedente. In L. Silva, & G. Bandeira (Coord.), *Branqueamento de capitais e Injusto Penal, Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira.* (pp. 60-71). Lisboa: Editorial Juruá.

Kobren, J. (11 de 2011). *Apontamentos e críticas à delação premiada no direito brasileiro.* Obtido em 21 de 04 de 2017, de Jurídico High-Tech: http://www.juridicohightech.com.br/2011/11/apontamentos-e-criticas-delacao.html

Lacassagne, A. (1891). *Archive d'antrolopogie criminelle de médecine légale et de psychologie normle et pathologique.* Lyon. Obtido em 10 de 12 de 2016, de https://criminocorpus.org/fr/bibliotheque/ice_page_detail.php/?lang=fr&type=img

&bdd=crimrpus&table=criminocorpus_aac&bookId=3&pageOrder=229&typeofbookDes=revue&nump=229&nav=0&cfzoom=2&facsimile=off

Lacassagne, A. (1891). Les Habitués des prisons de Paris: étude d'anthropologie et de psychologie criminelles. Paris. Obtido em 25 de 03 de 2017, de https://criminocorpus.org/fr/outils/bibliographie/consultation/ouvrages/93303/

Langbein, J. H. (1978). *Torture and Plea Bargaining.* Obtido em 17 de 04 de 2017, de Yale Law school: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/543/

Leal, C. (2015). Associação Criminosa - Uma Questão de Autoria. *N.º 18 2015*. Obtido em 30 de 04 de 2017, de revistas.rcaap.pt/juridica/article/download/6953/5750

Leite, A. L. (2008). *A mediação penal de adultos um novo «Paradigma» de justiça? Análise crítica da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho.* Coimbra: Coimbra Editora.

Leite, A. L. (2013). Do crime antecedente e do delito de branqueamento praticado pelo mesmo agente: regresso ao passado? In J. Cruz, C. Cardoso, A. Leite, & R. Faria (Coord.), *Infrações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito.* (pp. 462-477). Coimbra: Coimbra Editora.

Leite, A. R. (2013). *Criminalidade informática- investigação e meios de obtenção de prova.* Coimbra: Biblioteca Faculdade de Direito Universidade de Coimbra 14/10/2014 2323 D.

Leite, I. F. (2010). "Arrependido": a colaboração processual do co-arguido na investigação criminal. In M. F. Palma, A. S. Dias, & P. S. Mendes (Coord.), *2º Congresso de Investigação Criminal* (pp. 381-410). Coimbra: Almedina.

Lopes, M. (2012). Para uma estratégia de investigação criminal na criminalidade económica e financeira. In F. Dias (Dir.), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (ano 22 n.º 3 julho-setembro, pp. 399-410). Coimbra: IDPEE.

Lourenço, J. (2002). *Branqueamento de capitais. Estudo efectuado na qualidade de auditor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.* Lisboa: Verbo Jurídico.

Madureira, B. (2009). Violação de segredo de justiça por jornalistas. In C. Andrade, & R. C. Neves (Coord.), *Direito Penal hoje: Novos desafios e novas respostas.* (pp. 108-144). Coimbra: Coimbra Editora.

Marques, F. (1997). Meios de prova, o novo código de processo penal - Jornadas de Direito Processual Penal. In A. Rodrigues (Dir.), *CEJ* (pp. 54-68). Coimbra: Almedina.

Masferrer, A. (2011). Legislación anti-terrorista, Estado de Derecho y Derechos fundamentales: Una aproximación a los límites del Estado en el constitucionalismo moderno. In A. Masferrer (Coord.), *Estado de Derecho y Derechos Fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Una aproximación multidisciplinar (histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica).* (pp. 196-197). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

Mata, F. B. (2012). Un centinela virtual para investigar delitos cometidos a tarvés de las redes sociales: Deberían ampliarse las actuales funciones del agente encubierto en internet? In J. P. Gil, *El Processo Penal en la Sociedad de la información. Las nuevas tecnologias para investigar y probar el delito.* (pp. 311-328). Madrid: La Ley.

Matias, C. I. (2014). A suspensão provisória do processo: o regime legal presente e perspectivado. Coimbra. Obtido em 17 de 05 de 2017, de https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28570/1/A%20suspensao%20provisoria%20do%20processo.pdf

Matos, Mafalda. (2013). *O direito premial no combate ao crime de corrupção.* Obtido em 11 de 04 de 2017, de http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16884/1/Trabalho%20Final%20de%20Mestrado.pdf

Maurício, N. (2005). O output da investigação criminal. Relação da polícia judiciária com os média. In *RISPJCC III série n.º 5 Janeiro- Junho* (pp. 32-47). Coimbra: Coimbra Editora.

Meireis, A. (1999). *O regime das provas obtidas através do agente provocador em processo penal.* Coimbra: Almedina.

Mendes, P. S., Reis, S., & Miranda, A. (2008). A dissimulação dos pagamentos na corrupção será punível também como branqueamento de capitais? In *Revista da Ordem dos Advogados* (pp. 796-810). Lisboa: Ordem dos Advogados.

Mesquita, P. D. (2005). Repressão Criminal e Iniciativa Própria dos Órgãos de Polícia Criminal. In M. M. Valente (Cord.), *I Congresso de Processo Penal* (pp. 60-80). Lisboa: Almedina.

Mesquita, P. D. (2010). *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário.* Coimbra: Coimbra Editora.

Mesquita, P. D. (2011). *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento. Estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano.* Coimbra: Coimbra Editora Grupo Wolters Kluwer.

Militello, V. (2002). Una experiencia comparativa: el proyecto común europeo de lucha contra la criminalidad organizada. In L. Rodríguez, C. Rodríguez, & M. Díaz-Santos (Coord.), *El Derecho Penal Ante La Globalización* (M. Pifarré, & M. Sette, Trads., pp. 27-49). Madrid: Editorial Colex.

Monte, M. F. (2004a). A intercepção e gravação de conversações e comunicações. O registo de voz e imagem. Alguns aspectos relevantes do actual sistema processual penal. In CEJ, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira* (pp. 91-106). Coimbra: Coimbra Editora.

Monte, M. F. (2004b). O registo de voz e de imagem no âmbito do combate à criminalidade organizada e económico-financeira - Lei N.º 5/2002, De 11 de Janeiro. In CEJ, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira* (pp. 79-106). Coimbra: Coimbra editora.

Monteiro, M. (2012). Branqueamento de capitais. Obtido em 23 de 01 de 2017, de http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/390/2/TMD%2015.pdf

Moreira, G. C. (2007). *CRP Constituição da reapública Portuguesa Anotada Volume I 4ª edição.* Coimbra: Coimbra Editora.

Mota, J. (2006). Protecção das testemunhas em processo penal. In *Revista do CEJ: Dossiê temático Tempo e Justiça* (pp. 33-50). Almedina.

Mota, J. L. (2004). A Constituição Europeia e a questão do procurador europeu: a Eurojust, embrião de um futuro procurador Europeu. In SMMP, *Revista do Ministério Público ano 25 abril/junho* (pp. 111-127). Lisboa: SMMP.

Mourão, H. (2010). Autoria e participação no "crime contratado". In F. Palma, A. S. Dias, & P. S. Mendes (Coord.), *2º congresso de Investigação Criminal* (pp. 57-69). Coimbra: Almedina.

Oehmichen, A. (2011). Huellas permanentes de los delitos terroristas en el proceso penal. El ejemplo de las limitaciones del derecho a la defensa en la legislación antiterrorista alemana. In A. Masferrer, *Estados de Derecho y Derechos Fundamentales en la Lucha Contra El Terrorismo. Una aproximación multidisciplinar (histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica)* (pp. 497-513). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

Olivares, Q. (2002). El Derecho Penal Ante La Globalización. In L. Rodríguez, C. Rodríguez, & M. R. Díaz-Santos (Corrd.), *El Derecho Penal Ante La Globalización* (pp. 11-25). Madrid: Editorial Colex.

Oubiña, A. (2009). As telecomunicações, a vida privada e o direito penal. In M. C. Andrade, & R. C. Neves (Coord.), *Direito Penal hoje: Novos desafios e novas respostas.* (pp. 9-41). Coimbra: Coimbra Editora.

Patrício, R. (2004). Protecção de Testemunhas em Processo Penal. In M. F. Palma (Coord.), *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais* (pp. 281-305). Lisboa: Almedina.

Pereira, J. (07 de 2015). *Direito Penal Premial: Breves apontamentos sobre Delação e Colaboração premiada.* Obtido em 21 de 04 de 2017, de JUS CoM.BR: https://jus.com.br/artigos/41380/direito-penal-premial-breves-apontamentos-sobre-delacao-e-colaboracao-premiada

Pereira, P. S. (2016). *Prova Indiciária no âmbito do Processo Penal. Admissibilidade e Valoração.* Coimbra: Almedina.

Pereira, R. (2004). O " agente encoberto" na ordem jurídica protuguesa. In CEJ, *Medidas de combate à ciminalidade organizada e económico-financeira* (pp. 11-43). Coimbra: Coimbra Editora.

Pereira, S. (2010). A recolha de prova por agente infiltrado. In T. P. Beleza, & F. L. Pinto (Coord.), *A Prova Criminal e direito de defesa. Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal.* (pp. 137-159). Coimbra: Almedina.

Pinheiro, L. G. (2002). O branqueamento de capitais e a globalização (facilidade na reciclagem, osbtáculos à repressão e algumas propostas de política criminal). In F. Dias (Dir.) *Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 12 n.º 4 Outubro-Dezembro*, pp. 21-35.

Pinto, L. S. (2010). Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido. Case study: revelação coactiva da password para desencripatação de dados-resistance is futile? In T. Beleza, & F. Pinto (Coord.), *Prova Criminal e direito de defesa. Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal.* (pp. 91-116). Coimbra: Almedina.

Pradillo, J. C. (2012). Nuevas medidas tecnológicas de investigación criminal para la ontención de prueba electrónica. In J. P. Gil, *El processo penal en la sociedad de la*

información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito (pp. 267-310). Madrid: LA LEY.

Prittwitz, C. (2004). O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. In F. Dias (Dir.) *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (H. S. Araújo, Trad., Vols. n.º 47 Março-Abril, pp. 35-47). Coimbra Editora.

Ramos, A. D. (2014). *A prova digital em processo penal: o correio eletrónico.* Lisboa: Chiado Editora.

Ribas, C. (2011). *A credibilidade do testemunho. A verdade e a mentira nos tribunais.* Porto: Invicta-Livro.

Ristori, A. (2007). *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português.* Coimbra: Almedina.

Rodrigues, A. M. (2002). A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no admirável mundo novo. In F. Dias (Dir.), *Revista Portuguesa de ciência criminal, n.º 12 Outubro-Dezembro*, pp. 549-578.

Rodrigues, A. M. (2003a). Criminalidade organizada - que política criminal? In A. M. Hespanha, *Themis Revista de Direito* (pp. 29-46). Lisboa: Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa.

Rodrigues, A. M. (2003b). O Mandado de detenção europeu: na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto? In F. Dias (Dir.), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal ano 13 n.º 1 Jan-Mar.* (pp. 27-63). Coimbra: Coimbra Editora.

Rodrigues, A. M. (2008). *O direito penal europeu emergente.* Coimbra: Coimbra Editora.

Rodrigues, A. M. (2015). O sentido político-criminal da harmonização do crime de branqueamento no direito internacional penal e no direito penal da união europeia. Alguns problemas de configuração típica - os exemplos do direito português, da região administrativa especial de macau e brasileira. In F. Dias (Dir.), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (Vol. Ano 25 n.ºº 1 a 4, pp. 213-241). Coimbra: IDPEE.

Rodrigues, B. (2009). *Da prova penal: A prova científica: exames, análises ou perícias de ADN? Controlo de velocidade, álcool e substâncias psicotrópicas. Tomo I* (2ª edição ed.). Coimbra: Coimbra Editora.

Rodrigues, C. (1998). Nota Introdutória. Em P. G. República, *A justiça nos dois lados do atlântico II. O processo penal em Portugal e nos Estados Unidos: dois sistemas*

jurídicos em busca da justiça. (pp. 11-18). Lisboa: Fundação Luso-Americana para do Desenvolvimento.

Rodrigues, H. (12 de 2015). A constituição de arguido enquanto formalidade (in) exigível para o decretamento do arresto preventivo: de uma norma enganadoramente certa à certeza do dever ser- Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08-10-2015, proferido no processo 324/. *Julgar Online*. Obtido de Julgar Online: http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/12/20151206-ARTIGO-JULGAR-Arresto-preventivo-e-constituic%CC%A7a%CC%83o-como-arguido-H%C3%A9lio-Rodrigues.pdf

Rodrigues, H. R., & Correia, J. C. (12 de 2015). *Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 01-12-2014, proferido no processo 218/11.0GAcbc. g1*. Obtido em 21 de 03 de 2017, de Julgar Online: file:///C:/Users/ana.raquel/Downloads/Artigo-JULGAR-Anota%C3%A7%C3%A3o-Ac%C3%B3rd%C3%A3o-do-TRG-Pedido-de-Indeminiza%C3%A7%C3%A3o-Civil-e-Confisco.pdf

Rodrigues, H & Rodrigues, C. (2013). *Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira - Viagens pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público.

Rodríguez, L. Z. (2002). Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de «participación en organización criminal». In L. Z. Rodríguez, C. M. Rodríguez, & M. D. Díaz-Santos (Coord.), *El derecho penal ante la globalización* (pp. 51-71). Madrid: Colex.

Sani, A. (2011). *Temas de vitimologia.* Coimbra: Almedina.

Santiago, R. (Janeiro-Março de 1994). Reflexões sobre as «declarações do arguido» Como meio de prova no código de processo penal de 1987. In F. Dias (Dir.), *Revista Portuguesa de ciência Criminal*, p. 2762.

Santos, C. (2014). *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça Penal. Porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora.

Santos, G., & Cruz, J. (2015). Crime de colarinho branco e crime comum: um contraponto. In ASFICPJ, *Investigação criminal N.º8* (pp. 52-70). Lisboa: Sersilito.

Sarmento, D. (Setembro de 2002). O que mudou no "paraíso" das organizações terroristas? *O Mundo em Português: Revista de Assuntos Internacionais.*, pp. 25-27.

Scarpino, F. (2016). ESTRATTO DA “IL FENOMENO DELLA COLLABORAZIONE CON LO STATO”: LA FIGURA DEL COLLABORATORE DI GIUSTIZIA. In A. Zama, *Fillo Diritto in Dirrito Penale.* Obtido em 16 de 04 de 2017, de https://www.filodiritto.com/articoli/2016/03/la-figura-del-collaboratore-di-giustizia.html

Schneider, F. (2010). Money Laundering: Some Preliminary Empirical Findings. Obtido em 05 de 01 de 2017, de https://www.uibk.ac.at/economics/bbl/bblpapierews0708/schneider.pdf

Seiça, M. (1999). *O conhecimento probatório de co-arguido.* Coimbra: Coimbra Editora.

Seiça, M. (2003). Legalidade da prova e reconhecimentos «atípicos» em processo penal: notas à margem de jurisprudência (quase) constante. In C. Andrade, F. Costa, A. M. Rodrigues, & M. J. Antunes (Coord.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (pp. 1387-1421). Coimbra: Coimbra Editora.

Silva, G. M. (1994). "Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos: os princípios democráticos e da lealdade em processo penal. In A. F. Sousa, *Direito e Justiça* (Vol. VII Tomo 2, pp. 27-34). Lisboa: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica.

Silva, G. M. (1998). *Direito Penal Português, Parte Geral II, Teoria do Crime.* Lisboa: Editorial verbo.

Silva, G. M. (2001). *Ética Policial e Sociedade Democrática.* Lisboa: ISCPSI.

Silva, G. M. (2005). Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (a Democracia em perigo?). In *Lusíada. Direito* (Vol. N.º3, pp. 69-81). Fundação Minerva.

Silva, G. M. (2009). *O Direito Penal Tributário.* Lisboa: Universidade Católica Editora.

Silva, G. M. (2010). O crime de branqueamento de capitais e a fraude fiscal como pressuposto. In L. Silva, & G. Bandeira (Coord.), *Branqueamento de capitais e injusto penal* (pp. 239-253). Lisboa: Editorial Juruá.

Silva, P. F. (2015). A prescrição como causa de extinção da responsabilidade criminal. Um estudo de direito penal português. Obtido em 30 de 03 de 2017, de https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/30032/1/A%20prescricao%20como%20causa%20de%20extincao%20da%20responsabilidade%20criminal.pdf

Silva, S. O. (2014). O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto* (pp. 361-379). Porto: Coimbra Editora.

Simões, E. D. (Abril/Junho de 2001). Cooperação Judiciária em matéria penal no seio da União Europeia. In, *Revista do Ministério Público n.º 86*, pp. 101-129.

Simões, E. D. (2016). A prova indiciária (contributos para o seu estudo e desenvolvimento em dez sumários e um apelo premente). *Revista Julgar*. Obtido em 21 de 01 de 2017, de http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/11-Euclides-Sim%C3%B5es-prova-indici%C3%A1ria.pdf

Sousa, A. (2015). Branqueamento de Capitais. Enquadramento legal e análise comparativa. *Instituto Politécnico do Porto*. Obtido em 15 de 02 de 2017, de http://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/7876/1/Adriana_Sousa_MCV_2015.pdf

Sousa, A. J. (2005). *A Criminalidade Transnacional na União Europeia. Um Ministério Público Europeu?* Coimbra: Almedina.

Strang, R. (2017). *Plea bargaining, cooperation agreements, and immunity orders.* Obtido em 12 de 04 de 2017, de http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No92/No92_05VE_Strang1.pdf

Swanson, A. (01 de 06 de 2017). The ultra-rich are hiding way more money overseas than anyone realized. Obtido em 06 de 06 de 2017, de https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2017/06/01/researchers-are-figuring-out-just-how-much-wealth-the-super-rich-are-hiding-overseas/?utm_term=.4233a69a9446

Tavares, J. D. (2012). O tratado entre Portugal e Espanha para a repressão do tráfico ilícito de drogas por mar. In J. P. Brito, *A Governação dos Mares e oceanos. Novas realidades, novos desafios.* (pp. 411-434). Santiago de Compostela: Andavira Editora.

Torrão, F. (2000). *A Relevância Político-Criminal da Suspensão Provisória do Processo.* Coimbra: Almedina.

Torrão, F. (2010). A criminologia na renovada Gesamte Strafrechtwissenchaft (dogmática penal enquanto barreira transponível da política criminal?). In *Revista Lusíada* (pp. 25-40).

Torrão, F. (2016). Intervenção punitiva em tempos de crise: a paradigmática questão da punibilidade do "autobranqueamento" (ou a relevância da valoração criminológica

do facto na definição do concurso aparente de crimes). In *Estudios Penales y Criminológicos* (Vol. 36, pp. 527-552). Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico. Obtido em 15 de 01 de 2017, de http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/3291/3853

Torrão, F. (2016). Princípio da oportunidade no quadro da criminalidade organizada e económico-financeira". Em especial, a figura do " arrependido colaborador". In M. M. Valente (Coord.), *IV Congresso de Processo Penal. I Congresso Luso-brasileiro de criminalidade económico-financeira - Memórias.* (pp. 157-174). Lisboa: Almedina.

Valdágua, M. d. (2001). *Figura Central, Aliciamento e Autoria mediata, Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Volume I.* Coimbra: Coimbra Editora.

Venâncio, P. D. (2011). *Lei do Cibercrime- anotada e comentada.* Coimbra: Coimbra Editora.

Venâncio, P. D. (2011). *Lei do Cibercrime: anotada e comentada.* Coimbra: Coimbra Editora.

Verdelho, P. (2004). Apreensão de correio electrónico em Processo Penal. In *Revista do Ministério Público, ano 25 Outubro-Dezembro n.º 100,* pp. 25-48.

Villarejo, J. (2010). La normativa española sobre el blanqueo de capitales. El gafi y las directiva europeas. V C. Andrade, M. J. Antunes, & S. A. Sousa (Org.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias* (Vol. III, pp. 253-287). Coimbra: Coimbra Editora.

Jurisprudência citada e consultada:

Tribunal Constitucional

Acórdão do TC 392/2015, disponível em:
http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150392.html
(consultado a 21/11/2016).

Acórdão do TC 228/2007, disponível em:
http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070228.html
(consultado a 30/12/2016).

Acórdão do TC 155/2007, disponível em:
http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html
(consultado a 30/12/2016).

Acórdão do TC n.º 174/2014, disponível em:
https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2014/03/05100/0185801864.pdf
(consultado a 9/01/2017).

Acórdão do TC n.º 67/2006, disponível em:
http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060067.html
(consultado a 24/04/2017)

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09/05/1991, disponível em:
http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a55bb070adea8ab3802568fc003a1e57?OpenDocument
(consultado em 30/09/2016).

Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 13 de 2007, disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b3054e9c1b1eb8b9802573b7003ad380?OpenDocument
(consultado em 14/03/2017).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/09/2011, disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/25cd7aa80cc3adb0802579260032dd4a?OpenDocument
(consultado em 14/03/2017).

Acórdão de fixação de jurisprudência de 18/06/2009, disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9c79877ed27fce8d802575f60038702b
(consultado em 14/12/2016).

Acórdão de fixação de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça de 16/03/2017, disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/106616124/details/maximized
(consultado em 16/03/2017).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/12/2009, disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f65759478db7351480257688003ade53?OpenDocument
(consultado em 28/12/2016).

Acórdão Supremo Tribunal de Justiça de 11/06/2014, disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e22652275680718b80257d15004292f6?OpenDocument
(consultado em 17/01/2017).

Acórdão Do Supremo Tribunal de Justiça de 26/09/2012, disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c212c7ce3a50a99f80257ab8003dce2b?OpenDocument
(consultado a 18/01/2017).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/05/2015, disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ba6688645752537b80257e5400503a2b?OpenDocument
(consultado a 18/01/201/).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/09/2011, disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fb1960f5bf9b98a08025793700396ab6?OpenDocument
(consultada em 27/02/2017).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25/02/2010, disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3590128e280b4559802576ea005e5391?OpenDocument
(consultada em 27/02/2017).

Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão Relação de Lisboa de 30/06/2011, disponível em: http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/fd8c21bdd02218c0802578d30030770e?OpenDocument.
(consultado em 24/10/2016)

Acórdão da Relação de Lisboa de 05/04/2011,disponível em: http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f67555948c3b0fbf802578a0003c0e56?OpenDocument
(consultado em 20/12/2016).

Acórdão da Relação de Lisboa de 22/09/216, disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/86e7be7207389472802568790 06e5bd8?CreateDocument
(consultado em 20/12/2016).

Acórdão da relação de Lisboa de 18/07/2013, disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/801de67a309357758025 7be9003309a3?OpenDocument
(consultado em 18/12/2016).

Acórdão da Relação de Lisboa de 16/11/2010, disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrl1.nsf/0/feff2952fc9fefb2802577f2003d8c74?OpenDocument
(consultado em 15/01/2017).

Acórdão da Relação de Lisboa de 2005/05/12, disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/852139433be74f0580257 59b005522e1?OpenDocument
(consultado a 24/04/2017).

Acórdão da Relação de Lisboa 24/10/2007, disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/8aa3c489673e417380257 3aa00418156?OpenDocument
(consultado em 09/05/2017)

Tribunal da Relação do Porto:

Acórdão da Relação do Porto de 24/04/2013, disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/872f3063233d8de48025 7b78003e60f3?OpenDocument
(consultado em 24/10/2016).

Acórdão da Relação do Porto 2013/07/03, disponível em:
http://www.trp.pt/seleccionada/criminal/308-crime1082-05-4tagdm-p1.html
(consultado a 22/12/2016).

Acórdão da Relação do Porto 2013/07/03, disponível em:
http://www.trp.pt/seleccionada/criminal/308-crime1082-05-4tagdm-p1.html
(consultado a 22/12/2016).

Acórdão da Relação do Porto de 30/04/2008, disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1ed7f9993ce687df80257442005bcedb?OpenDocument
(consultado em 24/10/2016).

Acórdão da Relação do Porto de 14/09/2016, disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/6f02100f48f04ae880258045004ea54d?OpenDocument
(consultado em 24/10/2106)

Acórdão da Relação do Porto 02/02/2011, de disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/c31e14fbe3a2632f8025783f00596529?OpenDocument
(consultado em 20/12/2016).

Acórdão da Relação do Porto de 6/11/2013, disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/45e4e4265f68b70980257c2e00353b9d?OpenDocument
(consultado em 15/01/2017).

Acórdão da Relação do Porto de 05/12/2014, disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/cb2a6d4be3ca614f80257c84004d0211?OpenDocument
(consultado a 10/04/2017).

Acórdão da Relação do Porto de 2016/10/19, disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/59c589d638067250802580680057a8e7?OpenDocument
(consultado a 22/03/2017)

Acórdão da Relação do Porto de 2016/06/21, disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/de44e9a359023afd80257a2b002e1103?OpenDocument
(consultado a 24/04/2017)

Tribunal da Relação de Évora

Acórdão da Relação de Évora de 20/01/2015, disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/2fbdd21285478f5f80257de10056ff7a?OpenDocument
(consultado em 31/10/2016).

Acórdão da Relação de Évora de 25/10/2016, disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/8a62944fb55a34c580258057004f3f1d?OpenDocument
(consultado em 7/11/2016).

Acórdão da Relação de Évora de 26/02/2013, disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/5a2754c69a67b6a280257de10056fb52?OpenDocument&Highlight=0,26%2F02%2F2013
(consultado em 09/01/2017).

Acórdão da Relação de Évora de 02/06/2015, disponível em:
http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/1f5a48592fc3c57e80257e610032ea45?OpenDocument
(consultado em 15/01/2017).

Tribunal da Relação de Coimbra

Acórdão da Relação de Coimbra de 27/11/2013, disponível em: http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/4d499d6f6a75c5e380257c3800385481?OpenDocument (consultado em 03/12/2016).

Acórdão da Relação de Coimbra de 03/03/2015, disponível em: http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/bfc09ff3065ac83a80257e200044e2f6?OpenDocument (consultado em 08/01/2017).

Acórdão da Relação de Coimbra de 10/90/2008, disponível em: http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/c52b33e4bbf1c451802574de00396725?OpenDocument (consultado em 15/01/2017)

Acórdão da Relação de Coimbra de 29/02/2012, disponível em: http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/129053adcd72a36c802579c8003cc9bf?OpenDocument (consultado em 09/05/2017)

Tribunal da Relação de Guimarães

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 29 de Março de 2004, disponível em: http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/926f6fea6511bf6e80256ee0003afd32?OpenDocument (consultado em 16/07/2016)

Acórdão da Relação de Guimarães de 17/02/2014, disponível em: http://www.dgsi.pt/JTRG.NSF/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/d02abd6778c5205580257c94004fa014?OpenDocument (consultado em 15/01/2017).

Páginas consultadas

http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:330:0021:0023:PT:PDF
(consultada em 17/11/2016).
http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/copy_of_anexos/convencao-sobre-o/downloadFile/attachedFile_f0/STE_185.pdf
(consultada em15/12/2016)
http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2001-500-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2001.500._JAI_Branqueamento_de_capitais.pdf?nocache=1199976380.33
(consultada a 12/12/2016)
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015L0849
(consultada a 20/01/2017).
https://dre.pt/home/-/dre/70462183/details/maximized?p_auth=f6zn3ZpQ
(consultada a 20/01/2017).
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2608&tabela=leis&so_miolo=
(consultada em 21/01/2017)
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52013PC0534
(consultada a 19/02/2017).
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52013DC0532
(consultada a 19/02/2017).
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=URISERV:l34008
(consultada a 19/02/2017).
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52003DC0317
(consultada a 19/02/2017).
http://www.europarl.europa.eu/news/pt/news-room/20131018IPR22665/refor%C3%A7ar-a-luta-contra-a-criminalidade-corrup%C3%A7%C3%A3o-e-branqueamento-de-capitais
(consultada a 27/02/2017).
http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf
(consultada a 27/02/2017).

http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/rar-n51-2002terrorismo.html
(consultado a 27/02/2017)
http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/ConvCrimOrganiz.pdf
(consultado a 27/02/2017)
http://expresso.sapo.pt/revista-de-imprensa/2017-02-21-Fisco-deixou-escapar-quase-10-mil-milhoes-para-paraisos-fiscais-em-quatro-anos
(consultado a 04/03/2017)
http://sicnoticias.sapo.pt/economia/2017-02-24-Ex-diretor-do-Fisco-desmente-Nuncio-sobre-transferencias-para-offshores
(consultado a 04/03/2017)
https://www.justice.gov/archive/ll/what_is_the_patriot_act.pdf
(consultado em 07/03/2017)
https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805b0cf7
(consultado em 11/04/2017)
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2245&tabela=leis&so_miolo=
(consultado em 13/04/2017)
https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/case.html
(consultado em 17/04/2017)
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm
(consultado a 21/04/2017)
http://www.estilogangster.com.br/mafia-italiana-ndrangheta-camorra-e-cosa-nostra/
(consultado em 26/04/2017)
https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/106960755/details/maximized?serie=I
(consultado em 06/05/2017).
http://www.avvisopubblico.it/osservatorio/contenuti-dellosservatorio/attivita-legislativa/progetti-di-legge-in-discussione/disposizioni-per-la-protezione-dei-testimoni-di-giustizia-ac-3500-scheda-di-sintesi/
(consultado em 28/05/2017)
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015L0849
(consultada em 27/06/2017)
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0042
(consultada a 31/08/2017)