



Universidades Lusíada

Oliveira, João Cosme Teixeira de

Branqueamento de capitais e a responsabilidade penal das pessoas colectivas : a relevância do criminal compliance

<http://hdl.handle.net/11067/6298>

Metadados

Data de Publicação	2022
Resumo	<p>Com o presente trabalho de investigação pretendeu-se oferecer uma visão geral sobre o branqueamento de capitais e os seus efeitos impactantes na esfera das pessoas coletivas, partindo da importância que ambos detém na atualidade, o branqueamento como um epifenómeno criminoso que vê os seus efeitos multiplicados pelos pressupostos da sociedade de risco e da globalização económica, e dos entes coletivos como constituindo a base do tecido económico e produtivo da sociedade moderna. Ao nível do bra...</p> <p>Abstract: The present research is aimed to provide an overview of money laundering and its impact on the sphere of legal persons, starting from the importance that both currently has, the laundering as a criminal epiphenomenon that sees its effects multiplied by the assumptions of “risk society” and economic globalization, and of collective entities as the basis of the economic and productive fabric of modern society. At the level of money laundering we present a generic description of the leg...</p>
Palavras Chave	Branqueamento de capitais, Sociedade de risco, Globalização económica
Tipo	doctoralThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULP-FD] Teses

Esta página foi gerada automaticamente em 2025-05-17T09:43:53Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA NORTE - PORTO

**BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS E A
RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS
COLECTIVAS:
A RELEVÂNCIA DO CRIMINAL COMPLIANCE**

João Cosme Teixeira de Oliveira

Tese para obtenção de grau de Doutor em Direito

Porto, 2019



UNIVERSIDADE LUSÍADA NORTE - PORTO

**BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS E A
RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS
COLECTIVAS: A RELEVÂNCIA DO CRIMINAL
COMPLIANCE**

João Cosme Teixeira de Oliveira

Tese para obtenção de grau de Doutor em Direito

Sob a orientação do Senhor Professor Doutor Fernando Torrão

Porto, 2019

“Legum servi sumus ut liberi esse possimus”
(Somos escravos das leis para podermos ser livres)

Marcus Tullius Cícero

Aos meus Pais.

Agradecimentos

Concluído este estudo chega a altura de expressar os meus mais profundos agradecimentos a todos aqueles que me ajudaram nesta etapa da minha vida para que este trabalho viesse a ser concretizado. Em face do amplo respaldo que esta matéria pode ter, devo deixar antecipadamente a *mea culpa* e pedir desculpa, por não conseguir abranger todos aqueles que, em determinado momento, me auxiliaram para que eu conseguisse chegar a “bom porto”.

O meu primeiro profundo agradecimento vai dirigido ao orientador deste trabalho, o Professor Doutor Fernando Torrão, Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada-Norte (Porto), pelos conselhos, motivação e disponibilidade, desde a fase inicial até o momento da conclusão final desta tese. O seu contributo permitiu tornar este trabalho juridicamente mais preciso e esclarecedor.

Depois o meu mais sincero agradecimento vai para os meus pais, por todo o investimento que realizaram em mim e na minha educação, sem eles não seria possível ter chegado até aqui, tanto a nível académico como humano, por acreditarem em mim e nunca me deixarem desistir, sempre pugnando para que lutasse pelos meus objetivos e ultrapassar todas as dificuldades que, naturalmente, surgiram para terminar esta tese de doutoramento. Também tenho de salientar a paciência que tiveram nos momentos mais difíceis e a compreensão da minha frequente ausência para conclusão deste trabalho. Sem este pilar familiar este resultado final não seria possível.

Quero ainda agradecer o contributo fundamental dos meus colegas juristas: Mestre Amílcar Duro Ferreira e Mestre Vítor Novais Teixeira, pelo seu contributo jurídico nesta causa, porque o Direito constitui uma dimensão “viva”, em que para além do contributo do legislador, mostra-se imprescindível o auxílio do jurista como intérprete da lei. A sua mais-valia ao nível do contributo de ideias e apoio prestado foi inesgotável.

Por fim, quero agradecer à Biblioteca da Faculdade Lusíada do Porto, Biblioteca Municipal do Porto, e Biblioteca da Procuradoria-Geral da República, e todos os seus respetivos funcionários.

Índice

Agradecimentos	I
Resumo	VII
Abstract	VIII
Palavras-chave	IX
Lista de abreviaturas	X
Introdução	1
Parte I - O novo paradigma do direito penal na sociedade de risco	
1. O papel do direito penal na sociedade de risco	17
1.1 O processo de globalização e seus efeitos no domínio económico... 17	
1.2 A razão instrumental moderna na sociedade pós-industrial (O advento da pós-modernidade?).....	37
1.3 A sociedade de risco.....	82
2. A Expansão do Direito Penal	97
2.1 As tendências expansivas da política criminal.....	97
2.1.1 Advento da criminalidade organizada e económico-financeira num mundo global de risco	98
2.1.2 Reflexão sobre as particularidades da política criminal atual	123
2.2 Um novo discurso na intervenção penal?.....	144
2.2.1 A conceção antropocêntrica do bem jurídico-penal.....	157
2.2.2 O advento do “direito penal do risco”	164
2.2.3 A substituição do “direito penal do bem jurídico” pelo “direito penal do comportamento”	165
2.2.4 O direito penal a duas velocidades.....	167
2.2.5 Bens jurídicos relacionados com interesses do indivíduo.....	170
2.2.6 Os bens jurídico-penais “instrumentais”	172
2.2.7 Teoria dualista dos bens jurídicos	173
3. Conclusões parciais	187
Parte II - O branqueamento de capitais	
4. Branqueamento de Capitais - Breves considerações conceptuais	197
4.1 Diplomas das Nações Unidas.....	214

4.1.1	Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de 1988	214
4.1.2	Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional de 2000.....	217
4.1.3	Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003	220
4.1.4	Legislação contra o branqueamento do IMoLIN	222
4.2	Normas Europeias	225
4.2.1	Recomendação n.º (80) 10 do Conselho da Europa	232
4.2.2	Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda Dos Produtos do Crime de 1990.....	234
4.2.3	Diretiva 91/308/CEE da Comunidade Europeia de 1991.....	236
4.2.4	Ação Comum n.º 98/699/JAI do Conselho, de 3 de dezembro de 1998 e Decisão Quadro 2001/500/JAI do Conselho	239
4.2.5	Diretiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.....	241
4.2.6	Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e no Conselho.....	243
4.2.7	Convenção do Conselho da Europa de 2005.....	245
4.2.8	Diretiva 2006/70/CE da Comissão e Diretiva 2007/64/CE do Parlamento Europeu e do Conselho	246
4.2.9	Diretiva 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho	247
4.2.10	Diretiva (EU) 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho....	255
4.2.11	Diretiva (UE) 2018/1673 do Parlamento Europeu e Conselho	258
4.3	Declaração dos princípios do Comité de Basileia.....	265
4.4	Grupo da Ação Financeira Internacional (GAFI)	267
4.5	Grupo de Instituições Financeiras Wolfsberg	275
4.6	Grupo Egmont.....	278
4.7	America Latina – Organização dos Estados Americanos	279
4.8	Estratégia integrada de combate ao branqueamento de capitais no campo internacional.....	283
5.	Fases do branqueamento.....	297
5.1	Colocação (<i>placement</i>).....	298
5.2	Dissimulação (<i>layering</i>) ou circulação.....	299
5.3	Integração (<i>Integration</i>)	300
5.4	Um novo quadro de práticas branqueadoras?	301
5.5	Metodologias do branqueamento	303

5.5.1	Fundos em numerário e bens com valor elevado	305
5.5.2	Sector Financeiro.....	306
5.5.3	Setor não financeiro	322
5.5.4	Setor do jogo	327
5.5.5	Desporto profissional	328
5.5.6	Vistos de cidadania ou de residência (“golden passports/visa”).....	329
5.6	O critério do bem jurídico tutelado: perspetivas principais	330
5.6.1	Bem jurídico saúde pública.....	332
5.6.2	Bem jurídico proteção do património.....	333
5.6.3	Bem jurídico segurança interna e paz pública.....	335
5.6.4	Bem jurídico ordem socioeconómica.....	337
5.6.5	Bem jurídico pluriofensivo.....	345
5.6.6	Bem jurídico administração da justiça	348
6.	Enquadramento do Crime de Branqueamento.....	354
6.1	Breve análise da evolução legislativa do crime de branqueamento no ordenamento jurídico português	354
6.2	Tipo legal de crime do branqueamento no Código Penal	363
6.2.1	Intróito.....	363
6.2.2	Número 1.º	364
6.2.3	Número 2.º	370
6.2.4	Número 3.º	380
6.2.5	Número 4.º	382
6.2.6	Número 5.º	384
6.2.7	Número 6.º	385
6.2.8	Números 7.º, 8.º e 9.º	386
6.2.9	Número 10.º	390
6.3	Tipo subjetivo.....	391
6.4	O agente do delito de branqueamento – Concurso de Crimes	402
7.	Enquadramento regulatório das medidas de Combate ao Branqueamento e ao Financiamento do Terrorismo: algumas perspetivas de compliance.....	432
7.1	Incursão pela Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto.....	432
7.1.1	Dever de controlo (art.º 12.º a 22.º).....	440
7.1.2	Dever de identificação e diligência (art. 23.º a 42.º).....	444
7.1.3	Dever de comunicação (art. 43.º a 46.º).....	448

7.1.4	Dever de abstenção e decisões de suspensão (art. 47.º a 49.º).....	448
7.1.5	Dever de recusa (art. 50.º).....	449
7.1.6	Dever de conservação de documentos (art. 51.º).....	450
7.1.7	Dever de exame (art. 52.º).....	450
7.1.8	Dever de colaboração (art. 53.º).....	451
7.1.9	Dever de não divulgação (art. 54.º).....	452
7.1.10	Dever de formação (art. 55.º).....	452
7.1.11	Derrogação do dever de segredo e proteção nas prestações de informações (art. 56.º).....	453
7.1.12	Outros elementos relevantes.....	455
7.2	Regulamentos do Banco de Portugal.....	458
7.2.1	Aviso do Banco de Portugal n.º 5/2008.....	459
7.2.2	Aviso do Banco de Portugal n.º 2/2018.....	464
8.	Conclusões Parciais.....	465
Parte III - A <i>compliance</i> na responsabilidade penal das pessoas coletivas ou equiparadas		
9.	Alguns aspetos gerais da responsabilidade criminal das pessoas coletivas no direito português.....	475
9.1	Origens evolutivas do sistema português.....	475
9.2	Modelos de imputação à pessoa coletiva ou equiparada.....	491
9.2.1	Modelo de hetero-responsabilidade.....	493
9.2.2	Modelo de auto-responsabilidade (ou responsabilidade direta).....	496
9.3	Principais modelos de apuramento da capacidade de ação e culpa dos entes coletivos e entidades equiparadas.....	498
9.3.1	Modelo analógico defendido por Figueiredo Dias.....	499
9.3.2	A teoria dos “lugares inversos” proposta de Faria Costa.....	499
9.3.3	Teoria da culpa por “defeito de organização” de Klaus Tiedemann.....	500
9.3.4	Teoria da “culpa por condução da atividade empresarial” desenvolvida por Günther Heine.....	503
9.3.5	Modelo “construtivista” da culpa de Carlos Gómez-Jara Díez.....	505
9.3.6	Teoria da culpa por deficiência organizativa de Fernando Torrão..	508
9.3.7	O modelo de “domínio da organização” coletiva desenvolvido por Teresa Quintela de Brito.....	513
10.	A responsabilidade criminal das pessoas coletiva no CP.....	519

10.1	Critérios de imputação jurídico-penal dos entes coletivos.....	525
10.1.1	Facto cometido nos termos da alínea a) do número 2 do CP.....	525
10.1.2	Facto cometido por violação dos deveres de vigilância ou controlo, nos termos do número 2, alínea b) do CP	538
10.1.3	Ordens ou instruções expressas de quem de direito.....	545
10.1.4	A culpa da pessoa coletiva	550
11.	Compliance no ordenamento jurídico português.....	559
11.1	Noção do enquadramento de compliance.....	559
11.2	Algumas propostas legislativas em torno dos processos de compliance no direito comparado.....	583
11.2.1	O sistema de common law do Reino Unido.....	583
11.2.2	A reforma de 2015 do Código Penal Espanhol	585
11.2.3	Decreto Legislativo Italiano n.º 231/2001, de 8 de junho	594
11.2.4	O enquadramento jurídico na legislação brasileira	597
11.3	Efeitos jurídico-penais dos programas de compliance na responsabilidade penal das pessoas coletivas do direito penal português	601
11.3.1	Ao nível da exclusão da imputação do facto à pessoa jurídica	604
11.3.2	Na determinação da medida concreta da pena	618
11.3.3	Na suspensão provisória do processo e injunção judiciária	619
11.4	A responsabilidade penal da pessoa coletiva por incumprimento dos programas de compliance	622
11.5	Os efeitos da compliance ao nível da responsabilidade penal das pessoas singulares.....	625
	Conclusões Finais	636
	Bibliografia	650
	Jurisprudência	678

Resumo

Com o presente trabalho de investigação pretendeu-se oferecer uma visão geral sobre o branqueamento de capitais e os seus efeitos impactantes na esfera das pessoas coletivas, partindo da importância que ambos detêm na atualidade, o branqueamento como um epifenómeno criminoso que vê os seus efeitos multiplicados pelos pressupostos da sociedade de risco e da globalização económica, e dos entes coletivos como constituindo a base do tecido económico e produtivo da sociedade moderna.

Ao nível do branqueamento apresentamos uma descrição genérica do tipo legal de crime, na medida do tipo objetivo e subjetivo, suscitando os problemas de determinadas situações estratégicas, desde a sua incorporação ao nível do ordenamento jurídico português, a evolução internacional sobre esta matéria (ao nível das Nações Unidas, União Europeia e o particular esforço de determinados organismos internacionais), a particularidade do branqueamento como um crime composto e os seus efeitos mais diretos ao nível da geometria variável quanto às modalidades de ação, imprecisão ao nível do bem jurídico e a relação com o ilícito prévio em sede de concurso de crimes.

Abordaremos ainda os efeitos que este produz para o tecido económico-financeiro e que tem sustentado o desenvolvimento de um conjunto preventivo regulatório de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, aqui existindo a interligação entre o branqueamento e as pessoas coletivas. E da forma como os organismos coletivos estão e se devem organizar para fazer frente às características apresentadas por este fenómeno criminoso, para evitar ver os seus membros cair em práticas no interesse da organização, mas que correspondem a ações ilícitas. Por último ainda faremos considerações sobre as perspetivas do futuro ao nível desta matéria, nomeadamente com uma proposta de *lege ferenda* ao nível do instituto da suspensão provisória do processo.

Abstract

The present research is aimed to provide an overview of money laundering and its impact on the sphere of legal persons, starting from the importance that both currently has, the laundering as a criminal epiphenomenon that sees its effects multiplied by the assumptions of “risk society” and economic globalization, and of collective entities as the basis of the economic and productive fabric of modern society.

At the level of money laundering we present a generic description of the legal type of crime, as far as objective and subjective type, raising the problems of certain strategic situations, since its incorporation at the level of the Portuguese legal system, the international evolution on this matter (at the level of United Nations, the European Union and the particular efforts of certain international organizations), the particularity of money laundering as a composite crime and its more direct effects on variable geometry the modalities of action, imprecision in the level of the legal ratio and the relation with the previous unlawful in the contest of crimes.

We will also address the effects it has on the economic and financial fabric, which has underpinned the development of a preventive regulatory framework for money laundering and terrorist financing, with the interconnection between money laundering and legal persons. And the way the collective bodies are and should be organized to face the characteristics presented by this criminal phenomenon, to avoid seeing its members fall into practices in the interests of the organization but that correspond to illicit actions. Finally, we will also consider future prospects in this area, in particular with a proposal for a *lege ferenda* at the level of the provisional suspension of proceedings.

Palavras-chave

Branqueamento;

Compliance;

Globalização;

Pessoas coletivas;

Sociedade de risco;

Lista de abreviaturas

- ABC – Anti-branqueamento de capitais
- Ac. – Acórdão
- a.C – Antes de Cristo
- AML – medidas *Anti Money Laundering*
- AR – Assembleia da República
- Art.º – Artigo
- ATM – *Automated teller machine*
- BC- Branqueamento de capitais
- BCE – Banco Central Europeu
- BdP – Banco de Portugal
- BSA – *Bank Secrety Act*
- CC – Código Civil (aprovada pelo Decreto-lei n.º 47344/66, de 25 de novembro, conforme a lei n.º 85/2019, de 3 de Setembro, 78ª alteração ao CC)
- CCO – *Chief Compliance Officer*
- CICAD – Comissão InterAmericana para o Controlo e Abuso de drogas
- Cf./Cfr. – Conferir
- CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
- CP – Código Penal Português (aprovado pela Lei n.º 48/95, de 15 de março, conforme a Lei n.º 102/2019, de 6 de Setembro, de Agosto, 49ª alteração ao CP)
- CPP – Código Processo Penal Português (aprovado pelo Decreto-lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro, conforme a Lei 1/2018, de 29 de Janeiro, 36ª alteração ao CPP)
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- CSC – Código das Sociedades Comerciais (aprovado pelo Decreto-Lei 262/86 de 2 de setembro, com a redação da Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, 50ª alteração ao CSC)
- DCIAP – Departamento Central de Investigação Criminal
- DL – Decreto-Lei
- EUA – Estados Unidos da América
- GAFI – Gabinete de Ação Financeira Internacional
- IMoLIN – *Internacional Money Laundering Information Network* (Rede Internacional de Informação sobre o Branqueamento de Capitais)
- IP – *Internet Protocol*
- MP – Ministério Público Português
- MSB – *Money Transmission Services*

N.º - Número

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

OWiG – *Ordnungswidrigkeitengesetz* (“regime geral das infrações de mera ordenação social alemão”, com a última alteração conferida pelo Artikel 5 des *Gesetzes vom 27. August 2017, BGBl. I S. 3295*)

P2P – *Peer-to-peer*

PGR – Procuradoria-Geral da República

PJ – Polícia judiciária

p.p – previsto e punido

RGICSF – Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (aprovado pelo Decreto Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, com redação da Lei n.º 23/2019, de 13 de março, 54ª alteração)

Séc. – Século

SEC – *US Securities and Exchange*

StGB – *Strafgesetzbuch*

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

STS – Tribunal Supremo Espanhol

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia (versão oficial publicada no jornal oficial a 9 de maio de 2008, em vigor a partir de 1 de dezembro de 2009)

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

TUE – Tratado da União Europeia (versão consolidada publicada no jornal oficial a 9 de maio de 2008, em vigor a partir de 1 de dezembro de 2009)

UE – União Europeia

UIF – Unidade de Inteligência Financeira

V.g. – *Verbi gratia*

Introdução

Na sociedade hodierna, em virtude do desenvolvimento tecnológico e científico verificado nos últimos anos e a um ritmo cada vez mais avassalador, passa-se a assistir ao surgimento de vários intercâmbios dinâmicos à escala global, em domínios tão diversos como a livre circulação de capitais, pessoas ou de bens, resultando na impulsão de um grande volume de trocas comerciais e financeiras entre todos os intervenientes. Partindo deste fenómeno, a relevância das fronteiras territoriais dilui-se, passam a surgir novos riscos sistémicos, que apresentam como resultado o enfraquecimento das autoridades dos Estados que se encontram ainda vocacionadas para uma estratégia antiquada e restringida às fronteiras classicamente delimitadas, tanto no domínio da sua capacidade de investigação, como de repressão criminal.

É certo que se conseguiu dinamizar a vertente económica e financeira para uma projeção espacial até então nunca chegada, com um leque de consumidores muito alargado, com lucros nunca imaginados, e uma comunicação instantânea. A racionalidade altera-se em todas as suas dimensões, principalmente para uma vertente positiva, mas à qual não é imune alguns pontos negativos. Isto porque, aproveitando este cenário, a criminalidade acompanhou esta evolução, nomeadamente as suas normas morais, sociais e jurídicas. Verifica-se uma absorção desta dinâmica evolutiva quanto às próprias atividades ilícitas, o que resultou num desiderato diferenciado com anteriores modelos criminológicos que poderiam servir como comparativo. Ou seja, também aqui estamos perante um desenvolvimento sem precedentes, que permitiu o surgimento de novos tipos de crimes, bem como a otimização de métodos criminosos tradicionais. As consequências criminosas apresentam assim uma projeção mais ampla, quer por não se encontrar limitadas em termos espaciais, como pelos vastos recursos que passam a obter em virtude das práticas criminosas. Isto é mais evidente no caso das organizações criminosas que aproveitaram para internacionalizar a sua atividade e maximizar os elevados proveitos lucrativos¹. Abrindo um novo significado na prática delituosa que não nos parece ainda totalmente abordado no plano jurídico-penal, embora acabe por corresponder a uma das dimensões que mais relevo têm vindo a assumir por parte dos meios de comunicação social.

¹ Porque conforme é da natureza humana, “(...) não nos admiremos, portanto, ao ver que quanto mais os homens obtêm riquezas, honras ou outro poder, tanto mais o seu apetite cresce continuamente [...]” (Hobbes, 1952, como referido em Barra da Costa, 2013: p. 13)

Com efeito, nas sociedades atuais, o crime passa a constituir uma das vertentes intrínsecas à própria natureza humana, sendo impulsionado por muitas das características comunitárias, seja nos vetores social, político ou económico. Depois do paradigma epistemológico da humanidade estar alicerçado numa conceção teleológica-metafísica que definia o sentido do mundo por recurso à vontade de uma entidade superior, estamos perante uma alternatividade ao nível do substrato do pensamento, agora alicerçado num substrato político-liberal, mas que, em virtude do desenvolvimento científico-tecnológico e dos pressupostos económicos, se encontra a ser dominado por uma razão calculadora. Esta realidade é mais vertente em decorrência da emergência de um processo capitalista “selvagem” com traços muito limitativos de uma lógica lucrativa a “quase todo o custo”. Em face desta evolução nas tarefas criminosas numa dinâmica transnacional e as suas novas configurações, as recentes metodologias de delinquência atraem maiores ganhos criminosos. As práticas criminosas têm vindo a desenvolver-se no sentido de uma cada vez maior racionalidade metodológica, com a finalidade de maximização dos produtos criminosos, criando uma incessante busca de maiores benefícios. Só que para utilizarem tais elevados proveitos, os criminosos – especialmente, as organizações criminosas – precisam obrigatoriamente de lhes conferir uma aparência legal, de forma a que os possam movimentar sem serem alvo de deteção por parte das instâncias de controlo social e, subseqüentemente, consigam manter a rentabilidade do negócio criminoso. Com efeito, a ocultação e legitimação dos proveitos resultantes de condutas ilícitas criminosas assume uma importância central por parte dos membros destas organizações.

Estamos aqui perante um crime de branqueamento, previsto e punido nos termos do artigo 368º-A do nosso Código Penal. Este tipo de crime tem sido alvo de uma particular atenção político-criminal nos tempos mais recentes, como é representado se atentarmos à realidade envolvente do branqueamento que assumiu particular relevo a partir da década de 80, inicialmente impulsionado por diversas iniciativas internacionais e muito ligado à ocultação e legitimação dos proveitos oriundos de atividades do tráfico de estupefacientes, mas, posteriormente, através de diversas alterações legais, foi sendo progressivamente alargado o seu âmbito, com maior conexão com a reformulação da criminalização de proveitos obtidos por tipos legais conexos à criminalidade organizada e económico-financeira.

Historicamente pode ser afirmado que o branqueamento apareceu intrinsecamente associado à criminalidade organizada como forma de plasmar e legitimar os proveitos criminosos, impulsionado pelo processo de globalização e do maior espaço de

oportunidade criminoso conferido às práticas criminosas, fundadas na liberdade de circulação de pessoas e capitais, o que, em conjugação com a mutabilidade e intercâmbio transnacional, possibilitou a movimentação de produtos ilícitos para serem introduzidos no mercado legal. Este fenómeno criminoso apresenta claros reflexos ao nível do tecido económico, sustentado na realização criminosa sofisticada com a envolvimento de vastos recursos materiais, financeiros e tecnológicos.

Contudo, importa sublinhar que a necessidade de dissimulação dos proveitos criminosos impele a esmagadora maioria da criminalidade de cunho aquisitivo (de forma direta ou indireta). Pois, em bom rigor criminalístico, fora os casos dos crimes passionais onde sobressai uma pulsão (criminosa) mais agressiva em virtude da personalidade do agente, nos crimes de finalidade aquisitiva a ação criminosa implica, subsequentemente, a necessidade de adotar comportamentos de legitimação dos proveitos criminosos obtidos. Uma estratégia específica para se evadir à incriminação tanto do delito procedente como do próprio branqueamento. Deve entender-se o branqueamento como representado um pulsar central (uma espécie de “*core business*” se atentarmos à linguagem económica) no domínio desta criminalidade.

Esta particularidade é principalmente visível na modalidade mais característica da fenomenologia do branqueamento (que, diga-se, é a modalidade a que se vê mais recorrentemente reduzida pela maior abrangência estatística) que é o designado branqueamento de capitais². Este sentido é muito impulsionado pela comunicação social, muitas vezes sendo referido sem qualquer rigor técnico-jurídico, acabando por se referir a outras realidades que podem ser conexas, mas não integram propriamente este processo, como é o caso de outros crimes económicos – por exemplo a corrupção ou os designados “crimes de colarinho branco”. Isto acontece porque, como veremos detalhadamente nos

² Embora o emprego jurídico-técnico desta terminologia não seja precisa, uma vez que podem ser alvo de práticas de branqueamento outros bens para além dos capitais, este acabou por assumir na maioria dos casos um acolhimento legislativo dominante: nos EUA no *United States Code Title 18 Section 1956* (“*Laundering of monetary instruments*”) e *Section 1957* (“*Engaging in monetary transactions in property derived from specified unlawful activity*”); no Capítulo XIV (“*De la receptación y el blanqueo de capitales*”) artigos 301.º a 308.º, do Código Penal Espanhol (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, com a última atualização de 02/03/2019); ou no parágrafo 261.º (“*Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte*”) do Código Penal Alemão (StGB, promulgado a 13 de Novembro de 1998, com a última atualização a 10 de Outubro de 2013). Também encontramos este sentido no próprio direito comunitário. Porém, este sentido terminológico, corretamente, não foi seguido pelo nosso legislador.

pontos seguintes, o processo de branqueamento tem substancialmente uma natureza “viscosa”, em que nem o emprego da expressão branqueamento acaba por ser pacífica.

Uma das vertentes mais comuns para proceder a práticas branqueadoras sucessivas é o envolvimento de pessoas coletivas ou equiparadas (associações, fundações, e, especialmente, as sociedades comerciais), para conseguirem usufruir e fomentar aquelas práticas criminosas através de uma mistura de fundos ilícitos com ganhos de natureza legal. Esta conexão com as pessoas coletivas pode provir de duas realidades: na instrumentalização de uma pessoa coletiva existente, especificamente para a realização de práticas de ocultação e encobrimento dos fluxos financeiros dentro daquele substrato; ou aproveitando o desconhecimento ou recorrendo a práticas corruptivas dos funcionários de determinada organização (com maior destaque para as entidades financeiras), para conseguir os seus intentos branqueadores. Conforme é referido, o fenómeno do branqueamento de capitais, pressupõe, frequentemente, uma particular conexão com intermediários financeiros, que podem ter ou não conhecimento da proveniência ilícita dos bens no circuito financeiro, mas que se mostram como importantes no processo de dissimulação desses bens. Esta realidade permite que os agentes branqueadores possam criar uma economia paralela com valores ilícitos, cada vez mais complexa e, conseqüentemente, dificilmente detetáveis, passando a ser imposto aos ordenamentos jurídicos a adoção de mecanismos de prevenção deste fenómeno, tendo em conta a gravidade que o mesmo acarreta. O que se traduz num abalar da confiança quanto à própria licitude da proveniência de capitais ou das vantagens que são introduzidas no mercado económico e financeiro – pois *pecunia non olet*, “o dinheiro não tem cheiro” – , que podem ser obtidas de determinados factos com proveniência ilegal³.

Esta realidade tem vindo a merecer uma particular atenção por parte dos diversos Estados, com reflexos ao nível da modificação da legislação internacional em matéria do branqueamento, podendo-se referir as suas vertentes modificativas mais importantes: um aperfeiçoamento dos métodos da investigação criminal; a criação e estabelecimento de mecanismos de prevenção e controlo de transações económicas, num primeiro momento conexionado pelas entidades financeiras, mas, evoluindo, num momento subsequente,

³ Como matéria exemplificativa basta ver as diferentes tentativas no estabelecimento de uma estimativa quanto ao volume de montantes de bens “branqueados” no circuito internacional. (Schneider, 2010: p. 3ss) É de referir que se trata simplesmente de estimativas, e que se mostra de especial complexidade uma aproximação real à totalidade desses montantes. A principal conclusão que se pode retirar é que tais números têm vindo a crescer, em linha com a expansão económica.

para entidades com natureza não financeira. Estas políticas preventivas e de controlo dirigidas para pessoas jurídicas têm vindo a acentuar a necessidade, em face de razões políticas, sociais e históricas, de se estabelecer uma atuação empresarial alinhada com um bom governo corporativo e apresentação da integridade do sistema económico-financeiro.

Um dos objetivos da obra passa por sublinhar a posição central que o branqueamento adquire no contexto global, especialmente quando associado ao crime organizado e económico-financeiro. No quadro deste desenvolvimento temos de salientar que a nossa metodologia parte de uma análise do branqueamento partindo da sua realização dentro de uma pessoa jurídica⁴, que corresponde a um perfil específico dirigido à “alternatividade” sobre a origem daqueles valores (criminosos) e exponenciar as técnicas e procedimentos “branqueadores”. Ainda assim, é de referir que o branqueamento pode ser realizado fora de uma entidade coletiva ou até distante do fenómeno do crime organizado, correspondendo a práticas singulares e inusitadas. Porém a nossa análise pretende abranger os processos mais complexos que associam os valores mais relevantes, e será nestes que estão abrangidas aquelas realidades, como demonstram os dados empíricos e as estatísticas criminais.

Partindo deste cenário, com a apresentação deste trabalho, para além do nosso interesse pessoal pela temática, naturalmente fazendo-se a devida vénia e não se querendo ser presunçoso, pretende-se atingir um contributo para o sector da dogmática penal (e em alguns pontos do direito penal adjetivo), oferecendo uma visão geral sobre o desenvolvimento das condutas de branqueamento face ao nível do direito português, na sua dimensão preventiva e repressiva, e das particularidades que esta bifurcação apresenta ao nível das pessoas jurídicas e da sua estruturação organizativa para prevenir práticas delituosas. Por conseguinte, enquadrando estas temáticas, o título deste trabalho de investigação pretende significar a delimitação deste estudo, sendo enunciado como: “Branqueamento de Capitais e a Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas: a Relevância do Criminal *Compliance*”.

⁴ As diversas referências às pessoas coletivas neste trabalho devem ser entendidas num sentido amplo, aqui se abrangendo as: associações; fundações (com o regime destes substratos coletivos a estar estabelecido no artigo 157º e ss do CC); e as sociedades comerciais (estabelecidas no artigo 1º, número 2 do Código das Sociedades Comerciais). Embora seja de acautelar, face à natureza *sub judice* do nosso trabalho, acabará por ser sobre as sociedades anónimas que estarão feitas as maiores considerações, por ser, regra geral, aquele tipo de sociedade seguido pela esmagadora das médias e grandes empresas segue e que apresenta mais conexão com os desenvolvimentos criminosos branqueadores.

Podemos definir o problema de fundo subjacente ao nosso estudo nos seguintes termos: quais serão os efeitos jurídicos do branqueamento de capitais ao nível do direito português e se os modelos de atuação preventivos e repressivos são articulados para garantir uma efetividade quando praticado pelas pessoas coletivas? Um dos objetivos principais passa por sublinhar a importância que as medidas preventivas de *compliance* produzem em termos de efeitos ao nível da imputação a um ente coletivo ou entidade equiparada. Como tal, o *leading case* inerente à nossa investigação, passa por sublinhar a validade de um sistema caracterizado para prevenir práticas delituosas de branqueamento dentro de uma organização. Este problema de investigação subjacente a todo este trabalho será formulado nos seguintes termos: «face ao tipo legal de crime de branqueamento executado pelas pessoas jurídicas podem os procedimentos de *compliance* contribuir para uma maior eficácia e eficiência na responsabilização jurídico-penal?». É esta questão de fundo que enquadra o nosso problema de investigação. Este é um tema problemático na dinâmica jurídica, devedor das características intrínsecas à dinâmica empresarial dominante (especialmente em determinados ordenamentos jurídicos europeus e americanos). E, naturalmente, para responder à esta questão, devemos realizar um estudo pluridisciplinar e beneficiar da correlação entre múltiplas matérias, bem como emergindo um conjunto de subhipóteses que serão solucionadas. O que invariavelmente obriga a que se produza uma análise profunda e ponderada sobre este procedimento e sua aplicabilidade face ao regime jurídico vigente na nossa legislação.

Em termos da metodologia a ser seguida ao longo do nosso trabalho, entendemos apresentar uma divisão tripartida para responder à questão concreta subjacente a este estudo científico. Em que cada parte significará um dos pontos de ponderação neste empreendimento, que apresentam uma sequência lógica, e com clara interligação entre cada um destes. E, no final, realizando uma menção dos principais resultados alcançados, para que se atinja uma conclusão abrangente com o sentido de uma resposta que se pretende clara à problemática supra afirmada.

Na parte I é desenvolvida a caracterização sobre os pressupostos fundamentais em que se alicerça a sociedade hodierna. Uma referência que se mostra como imprescindível, porque para se compreender em toda a sua extensão o problema de investigação aqui proposto devemos extrair as raízes do problema, percebendo de forma pormenorizada os princípios referenciais e postulados epistemológicos da realidade envolvente, que exercem uma influência e orientação quanto às construções e exigências de determinadas positivações (ou seja, como surgiram e o enquadramento envolvente da sua

concretização) e os princípios jurídicos inerentes ao ordenamento jurídico. Entendemos esta caracterização como objetivamente imprescindível para uma verdadeira compreensão do ponto de vista técnico e jurídico, desde logo, para se apurar a racionalização da justeza das normas jurídicas, um vetor fundamental para uma válida resolução. Todavia, tem de se reconhecer que não se encontra no âmbito deste trabalho o total afloramento desta matéria, o que nos obriga a individualizar certos pontos que entendemos ser os mais relevantes como basilares dos princípios orientadores neste contexto. Porque no quadro da globalização económica existe uma mundialização impulsionada pelo desenvolvimento tecnológico e comunicacional, mas também vigora um domínio do espectro mercantilista do *homo oeconomicus* que sustenta um cálculo economicista da vida (primazia de uma nova *lex mercatoria* global), de redução do valor da realidade envolvente a um prisma racionalista económico, e que tem o seu cerne epistemológico sustentado num pensamento instrumental consequente de um extremo raciocínio calculista que importa discernir. Paralelamente, proceder-se-á a uma análise dos desafios que são colocados ao nível da política criminal e da dogmática penal que se encontram a condicionar a implementação do seu modo prático na abordagem jurídica. Aqui temos de atender se os pressupostos clássicos do direito penal ainda fazem sentido para a investigação e repressão da criminalidade com qualidade transnacional e mais sofisticada – a criminalidade (altamente) organizada e económico-financeira –, replicada pelas características globais e justificado um movimento expansivo dos postulados penais.

Na Parte II será desenvolvida a matéria central do nosso trabalho, examinando a particularidade central inerente aos problemas dogmáticos do crime de branqueamento. Primeiramente, será analisada a sua evolução histórica, desenvolvendo os diplomas que impulsionaram a resposta internacional e orientaram a construção legislativa nacional (um quadro legal que apresenta um *iter* legislativo vasto). Até porque a realidade inerente à evolução da criminalidade tem o seu reflexo na mutabilidade ao nível da própria lei penal, em que o legislador tenta adaptar o direito positivo aos novos desafios da criminalidade transnacional. Especificamente ao nível do direito português vamos atender à sistematização, construção típica e subjetiva, e aplicação no sistema jurídico, sem descuidar a referida vertente de examinação da sua prática criminosa por parte de uma pessoa coletiva ou equiparada.

Podemos entender que o branqueamento abarca todas as condutas que visam maquilhar a verdadeira proveniência de um determinado bem ou valor pecuniário, com a finalidade da sua posterior introdução na economia. O branqueamento é assim uma

tipologia muito específica de tipo legal de crime, em que as suas modalidades típicas pressupõem a atuação sobre vantagens com proveniência criminosa, ou seja, pressupõe que o agente criminoso realize os seus intentos sobre bens oriundos de práticas ilícitas prévias. Existindo aqui um ponto de conexão com o designado *facto típico* antecedente.

Por conseguinte, devem ser inferidos os métodos consequentes às modalidades típicas deste tipo legal de crime, correspondente a uma realidade multivariada de acordo com os dados mais recentes, até pela decomposição do seu procedimento em diversas fases para se atingir a finalidade criminosa. É certo que não conseguiremos abranger todas essas modalidades, daí a nossa opção pela análise de dados mais recentes, elencando-se aqueles cuja deteção (e pressupõe-se a prática) seja mais comum. Neste quadro o espaço digital apresenta-se como um novo paradigma de realização humana, com particular ressonância nas transações comerciais, aparecendo o designado “*e-commerce*” que obteve notórias manifestações na realidade social quanto à forma de interação entre os diversos intervenientes – tanto empresariais como consumidores –, mas, igualmente, produzindo alterações nas próprias dinâmicas dos processos criminosos (de branqueamento), abrindo o espectro das possibilidades que aqueles agentes têm ao dispor. Isto porque como as modalidades de conduta típica podem ser entendidas como inesgotáveis – e encontrando-se em constante evolução –, pois os agentes criminosos têm interesse em proceder às suas operações sobre vetores com menos controlo para superar as medidas de proteção. Um destes casos é a mineração de “criptomoedas” que constitui uma dimensão anónima, de projeção global e onde o controlo é demasiado reduzido (ou quase inexistente) – o que leva à sua impunidade. Assim, esta nova realidade é aproveitada pelo menor risco de deteção e pela expansão tradicional desta movimentação de valores que vem permitir uma maior realidade lucrativa para os agentes branqueadores.

De acordo com o referido, a visão estudada sobre o tipo legal de branqueamento de capitais parte de uma vertente de análise muito centrada na prática deste ilícito por parte de uma pessoa coletiva através de operações de legitimação de vantagens vertidas em capitais. O nosso ensaio vai assim no sentido de uma abordagem crítica do papel atribuído às pessoas jurídicas como epicentro de atividades branqueadoras, com o reconhecimento que nem todas as pessoas coletivas revestem a mesma importância no quadro das práticas branqueadoras, mas, partindo desta realidade jurídico-penal, será muito sobre as sociedades comerciais (as empresas médias e grandes), pela sua maior influência no sistema económico, complexidade, e projeção no domínio da ofensividade e lesão para terceiros. Isto porque usualmente as organizações criminosas tendem a

utilizar pessoas coletivas, seja para “mascarar” os seus proveitos ou exponenciá-los. Tal acontece porque as pessoas jurídicas (especialmente as sociedades comerciais) tem a possibilidade de realizar a sua atividade económica em mais do que um país, podendo deslocar os seus ganhos para o ordenamento jurídico mais conveniente, seja pela repressão ser menos eficaz ou totalmente inexistente – por exemplo, os paraísos fiscais –, incorporando racionalmente membros específicos ao nível dos conhecimentos técnicos, sempre sob uma “capa” de intensão legítima que lhes confere uma grande vantagem na obtenção lucrativa como de proteção face às autoridades de repressão social.

É de referir que os factos puníveis praticados no domínio dos entes coletivos podem ser analisados em três níveis de responsabilidade jurídico-penal: a do próprio ente coletivo; a do funcionário interno que executa o facto tipicamente relevante (o facto humano e voluntário, típico, ilícito, culposo e punível), ou seja o executor material do crime; e as dos quadros superiores da organização que tenham promovido a prática criminosa, isto é o agente não executor. No nosso estudo, apenas será desenvolvida a primeira análise versando sobre a responsabilidade do ente coletivo. Porque no que tange aos efeitos da *compliance* esta apresenta-se, claramente, mais vincada neste domínio (embora também se projete sobre os outros domínios).

O branqueamento pode ser assim entendido como o núcleo fundamental deste tipo de criminalidade, acabando por se consolidar esta vertente essencial no domínio do crime organizado e económico-financeiro, porque se o objetivo é lucrar pela atividade criminosa, o aproveitamento desses próprios proveitos torna-se essencial. Somos da opinião que este tipo legal de crime passa a constituir o centro nevrálgico desta criminalidade, recorrendo a uma figura mitológica, podemos entendê-lo – neste domínio – como uma espécie de “*leviathan*” no domínio da criminalidade contemporânea⁵. E para confrontar este monstro mitológico, vêm sendo instituídos mecanismos preventivos e sancionatórios específicos para obstar aos seus efeitos “devastadores” no domínio de uma pessoa coletiva ou equiparada. Podemos referir como mecanismos de controlo no campo do branqueamento impostos a determinadas entidades – entendidas como as mais vulneráveis a uma instrumentalização para operações de branqueamento (ou outras práticas criminosas como o financiamento do terrorismo) –, os regimes legais da lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, e Avisos do Banco de Portugal n.º 5/2008, de 25/05/2008, e Aviso n.º 2/2018, de 26/09/2018. Os usos destes mecanismos vêm-se relevando de grande

⁵ Especialmente no domínio da criminalidade organizada e económico-financeira.

utilidade para prevenção de comportamentos criminosos, bem como numa posterior investigação criminal ao criar procedimentos de registo que permitem seguir o designado *paper trail* (em termos simples, o conjunto de transações). São os próprios desenvolvimentos da legislação que ligam o tema de branqueamento com uma atuação realizada em determinadas estruturas empresariais.

Este cenário parte da realidade de que são as instituições financeiras aquelas mais recorrentemente atingidas pelos esquemas de operações de branqueamento, o que pode comprometer a reputação e estabilidade do sistema financeiro, e que verdadeiramente justifica que se mostrem como as mais sujeitas à vigilância (através de um controlo realizado por autoridades centrais). Este cenário é exponenciado depois dos escândalos financeiros ocorridos durante e pós crise económico-financeira mundial de 2008, como foram os casos do *Lehmann Brothers*, da *Bernard Madoff Investment Securities*, HSBC⁶, ou BNP *Paribas*⁷. E Portugal não esteve imune a esta realidade, como comprovam os casos das entidades bancárias como o Banco Privado de Negócios e Banco Espírito Santo.

Este domínio de incerteza e imprevisibilidade nos mercados, criando problemas nas folhas de balanço das entidades financeiras e uma elevada pressão quanto à obtenção de liquidez, viu-se impulsionado pelo contexto de austeridade e de crise económica. Tal realidade provocou um grande trauma na opinião pública que se viu obrigada a pagar com os seus impostos os “buracos” financeiros criados por essas entidades – a que estão associadas práticas criminosas. Este contexto, origina uma exigência perene por parte da opinião pública para que exista uma efetiva punição criminal para os responsáveis

⁶ Esta entidade bancária foi acusada por falhas no seu sistema preventivo interno de branqueamento de capitais, permitindo a organizações mexicanas de crime organizado proceder a práticas branqueadoras no sistema financeiro norte-americano. Tal entidade acabou por chegar a acordo com as autoridades criminais dos EUA para extinção dos procedimentos criminais, para tal pagando o montante total de 1.25 biliões de dólares. Como afirma o jornal New York Times, na sua notícia acessível em:

<<https://dealbook.nytimes.com/2012/12/11/hsbc-to-pay-record-fine-to-settle-money-laundering-charges/?mtref=en.wikipedia.org&assetType=REGIWALL>>. (Acesso 10/07/2019).

⁷ Neste caso, o banco chegou a acordo para extinção do procedimento criminal através do pagamento de 8.9 biliões de dólares por ter estabelecido relações comerciais com países alvo de sanções pelo departamento de Estado dos EUA. Não deixa de ser relevante que para além do pagamento daquela indemnização elevada, a entidade bancária se comprometeu com as autoridades norte-americanas a reforçar o seu próprio sistema interno de *compliance* para evitar futuras práticas internas desconformes. Notícia acessível em: <<https://dealbook.nytimes.com/2014/06/30/bnp-paribas-pleads-guilty-in-sanctions-case/>>. (Acesso 10/07/2019).

máximos (administradores ou até para os acionistas) por estas entidades. Face a esta pressão e aos efeitos nefastos projetados pelas práticas criminosas que atingem as próprias organizações empresariais acarretando prejuízos na sua reputação e credibilidade, como a perda de determinados negócios ou a diminuição do valor nominal das ações, têm vindo a ser impulsionados pelo próprio Estado um conjunto de medidas regulatórias designadas de *corporate governance* (onde está subjacente os procedimentos de *compliance*) para adotar uma resposta mais efetiva no campo em análise. Neste sentido, tem vindo a proliferar Comitês de Auditoria e *Compliance* na estrutura organizacional das entidades financeiras, com vista à criação de um acervo documental referente às atividades dentro das empresas, e nas quais se tem vindo a adotar a repressão do branqueamento. Mas não se pense que estes procedimentos se reduzem só as entidades financeiras, porque também esta vertente começa a ser impulsionada para outras entidades que entendem a necessidade de estabelecer procedimentos preventivos no seu modo organizativo interno para impedir práticas criminosas da empresa. O objetivo último destas medidas é assim obviar ao sancionamento das pessoas jurídicas pela prática de comportamentos ilícitos. Sendo de destacar que um eficaz sistema de *compliance* oferece de forma imediata benefícios relevantes para as próprias instituições, mas também, de forma mediata, para o sistema económico-financeiro, evitando os efeitos nefastos decorrentes de ações judiciais e a punição por incumprimento. Com efeito, podemos apontar que os processos de *compliance* devem ser entendidos como um germen da sociedade de risco, em que são individualizados determinados comportamentos ou áreas de risco que são alvo de medidas regulatórias indiretas específicas em conformidade com os padrões “antibranqueamento”, para desse modo se evitar a lesão do bem jurídico através das práticas criminosas. De algum modo, estamos perante uma herança de novos paradigmas de atuação social que consolidam valores coletivos, e que no plano criminal corresponde a uma introdução de novas técnicas e metodologias no comportamento criminal. O conceito de *compliance* possui assim as suas raízes etimológicas no retroagir do Estado como prestador de serviços económicos em virtude do advento do pensamento económico dominante, o que representou que a sua atividade regulatória tivesse de ser projetada de outra forma.

Por conseguinte detendo consciência da mutação na realidade criminosa, e a realidade do branqueamento em todas as projeções que pode incidir, especialmente para o campo das entidades bancárias e financeiras, tornou-se imprescindível a criação de medidas específicas para criar um maior dinamismo preventivo e repressivo destas

práticas criminosas dentro das organizações. Neste campo surgiram os procedimentos de *compliance*, muito impulsionados pelos procedimentos internos já adotados para responder ao branqueamento no seio do ordenamento jurídico norte-americano. Pode-se, então, dizer que a *compliance* teve uma clara génese baseada no campo singular do branqueamento, como uma vertente de resposta às práticas branqueadoras empresariais. Dito por outras palavras, foi como mecanismo de resposta ao branqueamento de capitais que “brotaram” os procedimentos de *compliance* – o seu objetivo fundamental era atuar sobre este tipo de criminalidade. Embora se projetem de forma crescente para outros domínios económicos, é ainda sobre esta base que irradiam toda a sua singularidade. Aliás, podemos referir que estes procedimentos estão claramente vocacionados para o domínio jurídico-penal do branqueamento. Como tal, uma análise sobre esta realidade seria sempre esvaziada de sentido sem que fosse efetuada esta abordagem. É nossa opinião que a *compliance* terá sempre de ser abordada pela análise dos procedimentos face ao branqueamento – uma clara análise a montante –, pois tal plano constitui um “condicionalismo” intrínseco, até pelas limitações que ainda tem no direito português, mesmo que depois se possa afirmar uma dinâmica expansiva. Porém, esta última, será sempre uma interpretação e articulação expansiva partindo da confluência das especificidades referentes ao branqueamento.

Estamos perante dois eixos fundamentais orientadores do substrato de análise do nosso trabalho. O eixo 1 correspondente a toda esta realidade do branqueamento de capitais dispendo sobre esta projeção em relação à *praxis* jurídica. O eixo 2 irá incidir sobre os efeitos da *compliance* no domínio da responsabilidade penal do próprio ente coletivo – tendo por base a prática de um crime de branqueamento. Existe aqui um filigrana que conexas todas estas matérias, integrando-as num enquadramento mais amplo, que pretendemos abranger nesta investigação.

Assim, na parte III deste trabalho vamos apreciar os efeitos da *compliance* ao nível do branqueamento de capitais. Podemos definir em traços gerais os programas de *compliance* como um conjunto de procedimentos aplicados num plano interno dirigidos para um desenvolvimento da atividade organizativa em conformidade com os trâmites normativos. Estamos perante uma *praxis* de análise de padrões de comportamentos no interior das pessoas coletivas para melhor clarificar uma atividade empresarial conforme o Direito – uma subespécie de “bússola” orientadora da ação empresarial. De facto, a *compliance* encontra-se a assumir um papel central dentro de vários ordenamentos jurídicos, como é evidente pela sua massiva integração nos Estados Unidos da América,

mas também na Europa, em que os ordenamentos jurídicos italiano e espanhol constituem meros exemplos. Embora se tenha de reconhecer a existência de uma grande diversidade na positivação destas medidas e dos efeitos estabelecidos.

Em termos jurídico-penais a *compliance* é utilizada em conjugação com a matéria da responsabilidade das pessoas coletivas, no sentido de concretizar o seu dinamismo interno. Daí que se diga que os procedimentos de *compliance* não são usados em todo e qualquer tipo de crime. E uma vez que o nosso estudo tem por base analisar a sua relevância como forma de resposta eficiente e efetiva face ao branqueamento dentro de um ente coletivo, temos de forma obrigatória de analisar o sistema punitivo português ao nível das pessoas coletivas (artigo 11.º do CP). É de ressaltar que esta vertente na responsabilidade criminal é relativamente recente, só tendo a nossa legislação penal absorvido o princípio *societas delinquere potest* de responsabilização penal das pessoas coletivas, em 2007, com a reforma introduzida no Código Penal. Esta alteração não foi mais do que a constatação do legislador dos efeitos nocivos da criminalidade organizada e económico-financeira e da necessidade de atuar em relação à mesma quando executada por uma pessoa jurídica. Para tal, modificando o direito positivo para responder adequadamente à maior complexidade em decorrência das diversas camadas existentes nas pessoas jurídicas, à maior dificuldade no apuramento da responsabilidade dentro daquela atuação mais ampla, bem como para conseguir tutelar as situações gravosas, face aos bens jurídicos fundamentais, que emergem de práticas ofensivas das próprias pessoas jurídicas – o que aponta para um domínio mais exponenciado da prevenção geral.

Assim, a nossa análise será realizada em dois momentos. No primeiro examinado a responsabilidade penal dos entes coletivos, através de uma caracterização do instituto da imputação aos entes coletivos e entidades equiparadas subjacente ao direito português, bem como das principais teorias de carácter jurídico-científico que sustentam a necessidade de responsabilização penal daqueles sujeitos coletivos. Num segundo momento, traçamos o modo como evoluiu o instituto da *compliance*, em virtude de a legislação exógena ter produzido alterações no impelir interno. Ao nível do direito comparado, existem ordenamentos jurídicos como o inglês, espanhol, italiano e brasileiro, onde é atribuída uma importância mais vinculada às medidas de cumprimento normativo (com maior relevância para os citados ordenamentos jurídico espanhol e italiano, que as abordam em traços mais gerais). Porém, no nosso, ainda vemos limitados reflexos no âmbito da instituição de conceitos próprios de prevenção nos entes coletivos, pois, em termos de normas jurídico-penais não existe uma referência expressa a estes

procedimentos. Embora, paralelamente, estes venham a ser impulsionados por força da legislação comunitária, em constante evolução, por serem considerados como uma ferramenta auspiciosa neste domínio. O nosso trabalho dogmático nesta parte corresponderá então na racionalização dos critérios de imputação da responsabilidade criminal das pessoas coletivas e como os programas de cumprimento normativo resultarão na densificação e complexidade do apuramento daquela responsabilidade.

Avançando uma prognose, parece-nos que a *criminal compliance* poderá ter aqui um papel fundamental a desempenhar, nomeadamente na clarificação dos deveres de vigilância e controlo para cada substrato jurídico em concreto em decorrência da sua abordagem preventiva, mormente quanto à prática de operações de branqueamento de capitais. Afastando-se as limitações a estes procedimentos de *compliance* a que alguns autores aludem, como seja o facto de estes procedimentos não poderem ser absorvidos pelo direito penal por criar uma distorção significativa entre punição individual e coletiva, ou por apenas esta técnica ter utilidade enquanto orientação no direito económico e da concorrência pela incapacidade de conseguir concretizar os próprios procedimentos no domínio do direito penal – o que atentaria contra o princípio da legalidade na sua veste de lei certa, escrita e estrita. Como desenvolveremos ao longo deste estudo, entendemos que estas críticas não obstam a que o direito penal português absorva os procedimentos de *compliance*. Mas levanta-se dúvidas quanto aos efeitos que estes processos poderão conter. Questiona-se se as regras de *compliance* podem produzir uma alteração na aferição jurídica da culpa? Ou até mesmo permitir uma isenção da responsabilidade das pessoas coletivas? Bastará a mera consagração de diretivas genéricas dentro da pessoa coletiva para que se verifique uma isenção da responsabilidade penal nos termos deste artigo? Realidades que outros ordenamentos jurídicos já abordam. Uma matéria que, por não ser devidamente regulamentada, necessita de ser concretamente analisada quanto a uma definição dos requisitos e da forma da sua integração com os princípios penais. Com efeito, serão analisados os parâmetros dos procedimentos de *compliance* e a sua relevância no domínio penal substantivo, quanto aos efeitos próprios que a consagração destes programas de cumprimento normativo preconizam face à atual legislação vigente, ao nível da apreciação da responsabilidade coletiva, determinação da medida da pena, ou através de um estímulo no domínio processual. Todavia, não iremos empreender uma análise sobre todas as matérias sobre os quais podem ser aplicados os programas de cumprimento normativo, mas iremos incidir principalmente sobre a importância da

instituição daqueles programas no domínio do crime específico do branqueamento na responsabilidade penal da empresa.

Não se pode concluir este introito sem deixar de reconhecer a complexidade do tema analisado, o que origina a necessidade de se fazer uma análise multidisciplinar do Direito, e ao qual temos a intenção de responder com clareza e precisão, princípio que deve ser inerente a todos os juristas, para que a nossa proposta seja univocamente enunciada e facilmente percebida. Pois como refere W. Fikentscher, “*O Direito é justiça pensada*” (“*Recht ist gedachte Gerechtigkeit*”), *Methoden des Rechts*, vol. IV, 1977, p. 6.

PARTE I

O novo paradigma do direito penal na
sociedade de risco

1. O papel do direito penal na sociedade de risco

1.1 O processo de globalização e seus efeitos no domínio económico

As características da hodierna sociedade global desenvolveram-se, essencialmente, na fase posterior à Segunda Guerra Mundial⁸, com uma evolução mais acelerada com o

⁸ Estamos, porém, perante uma concretização temporal que não é admitida sem críticas. Porque existe quem situe a origem da globalização no séc. XV com o advento das descobertas marítimas e o estabelecimento das colónias europeias (Ribeiro, 2001: p 466), subsequentemente se expandindo através de diversas etapas (Pinheiro, 2002: p. 609-610). Sloterdijk entende este fenómeno como representando um processo com antecedentes históricos já antigos, ponendo tal processo ser dividido em três etapas: a primeira, baseada na exposição teórica da cosmologia grega das esferas celestiais, definindo a realidade envolvente (do universo) como constituindo um conjunto de abóbadas que giravam entre si; a fase subsequente – a qual dedica particular atenção na sua obra –, referindo o impacto central que a época das descobrimentos e a criação dos impérios coloniais europeus detiveram como um aspeto de multividência globalizadora, libertadora das perspetivas humanas (nomeadamente da filosofia moderna), e instituindo uma interligação nos diversos pontos do globo, resultando que aquilo que era incógnito (desconhecido para o contexto europeu) passasse a ser conhecido; e, no fim, uma terceira fase sustentada nas últimas décadas do séc. XX. O autor apresenta assim uma visão mais ampla em relação ao fenómeno da globalização, não reduzindo a mesma às características das últimas décadas. (Sloterdijk, 2008: p. 19, 36ss) Numa linha similar, também Tilly identifica no processo de globalização quatro períodos como marcos potenciadores deste fenómeno: os séculos XIII, XVI, XIX e o final do século XX. No entanto, concordamos com Boaventura Sousa Santos, que o fenómeno político dos finais do século passado acaba por se diferenciar dos acontecimentos históricos precedentes, quer pela sua ampla margem de implementação, quer pelos novos padrões modificativos que instituem no domínio da sociedade. (Santos, 2001: p. 43) Os anteriores marcos históricos assinalados por alguns autores, serão, na nossa opinião, no máximo, um estado primário da globalização – uma iniciação desse processo – que, introduziu um sentido de metamorfose da sociedade para uma dinâmica mais alargada, não corresponde totalmente ao paradigma singular existente no momento. Esses processos podem ser interpretados historicamente como etapas na globalização, mas sem que se possa concluir pela concretização de um espaço de incidência aglutinador mundial, por, em fases anteriores, ainda haver novos espaços a explorar bloqueando uma interligação entre os vários pontos existentes. Atualmente, de forma diferenciada, o mundo encontra-se totalmente globalizado com os seus diversos pontos a se interligarem. O próprio sentido afirmado por Sloterdijk parece-nos partir de uma intrínseca visão do fenómeno da globalização por uma óptica ocidental, particularmente eurocéntrica (que o autor acaba por indiretamente concluir quando refere a conexão entre a globalização e o ocidente). Se se partisse da análise da globalização partindo desta visão, já se entenderia como admissível antever o processo de globalização contemporâneo como detendo a sua génese (como os descobrimentos marítimos). Mas mesmo o sentido globalizador que nos pretendemos referir é, na nossa opinião, um espectro mais amplo, interligando todos os pontos do mundo, não se restringindo aos impérios coloniais ou só às zonas onde os ocidentais tinham uma particular projeção. Embora se volte a ressaltar, que a globalização tem os

desmoronar dos blocos comunistas e a adoção de um conjunto de reformas instituídas a partir da década de 80 em diversos países daquele bloco, acabando com a bipolarização da guerra fria. Sendo ultrapassada por um mundo com vários polos que se interligam, embora, no nosso entendimento, ainda não se pode falar num verdadeiro mundo multipolar *per se* – que, no entanto, está a ser progressivamente construído. Face a esta nova realidade social passou a ser recorrente na literatura a identificação terminológica da mesma como uma sociedade pós-industrial, em que a aposição do prefixo “pós” visa simbolizar a quebra epistemológica e de paradigmas com os anteriores pressupostos da sociedade capitalista industrial (construída durante o séc. XIX com o advento da revolução industrial), pela distinção existente entre ambas, partido dos novos pilares em que se sustenta e dos novos desafios e riscos com que se confronta⁹. O que invariavelmente terá repercussões nos variados sectores, nomeadamente no campo do direito, e de forma mais concreta do próprio direito penal.

Na génese deste processo evolutivo encontra-se o processo da globalização – neologismo anglo-saxónico absorvido pela maioria dos países e instituições mundiais. Num primeiro momento principalmente interligado com as matérias de natureza económica, como o comércio, transações financeiras, internacionalização dos investimentos de capitais, circulação de pessoas e fluxos de bens e capitais, mas depois foi-se desenvolvendo – diga-se de uma forma natural – para outras latitudes. Criando uma dinâmica de interligação entre todos numa rede em contacto, produzindo uma visão mais centralizada do mundo, levando para a esfera internacional acontecimentos que antes só se processavam num impulso nacional, permitindo uma maior interdependência e integração nos campos económico, social e cultural, e levou à criação de espaços transnacionais, fruto das opções políticas e económicas que foram seguidas, resultando

seus pilares conexonados com os descobrimentos e o colonialismo como marcos históricos essenciais, e que tem naturalmente uma dimensão essencialmente ocidental. Porém, o atual dinamismo acabou por ser desenvolvido com acontecimentos globalizadores mais recentes, no surgimento de organizações internacionais – como a Sociedade das Nações no período pós-primeira guerra, e a ONU após segunda guerra mundial – que deram o primeiro passo para a assunção deste paradigma normativo globalizado ao pretender dar respostas a questões que exigiam soluções globais adequadas.

⁹ No mesmo sentido, encontramos diversos autores que assumindo uma nova fase no modelo societário, o fazem com termos distintos como “*segunda modernidade*” (Beck, 2016, 2017), pós-modernidade, “*modernidade reflexiva*” (Giddens, 2000), “*sociedade programada*” (Touraine, 1994) ou sociedade global.

numa revolução da própria concepção que o ser humano tem sobre si e do espaço que o rodeia. Este sentimento de se ser um cidadão do mundo é exponenciado pelos meios de comunicação social, que, ao neutralizarem a distância no tempo e espaço, permitiram a afirmação de uma comunicação global contínua entre espaços distantes.

É de salientar que o processo de globalização acaba por ser amplo e transversal uma vez que apresenta uma dimensão multifacetada, daí que não seja possível referir a existência de só um processo de uniformização nesta lógica da construção do contexto mundial – como era previsível para os autores ocidentais que realizaram uma previsão inicial sobre este tema, como Leibniz e Marx –, mas, pode-se referir a existência, de, pelo menos, dois níveis: o primeiro correspondendo a uma corrente de uniformização e de eliminação das antigas fronteiras do (já superado) Estado-nação – a mais visível; mas emerge outro, que está em conjugação com um destaque da importância distintiva do local¹⁰, mesmo inserido no espaço global e que se inclui neste processo. (Santos, 2001: p. 32) É assim possível afirmar que ocorre uma ligação dinâmica entre a designada “aldeia global” e o espaço localizado, até então inexistente em modelos societários anteriores, e que representa uma característica distintiva da modernidade. (Giddens, 2000: p. 14) Por conseguinte, embora se possa referir a existência de um processo de aproximação de homogeneização e normalização em diversas áreas, não se pode afirmar que a globalização constitua um projeto estanque com as suas características devidamente firmadas num sentido linear, coerente e com uma lógica própria em todos os seus campos. O que leva diversos autores, como Boaventura Sousa Santos, a referir que os seus efeitos não são produzidos de uma forma uniformizada nos diversos Estados ou eixos globais, pela diferenciação existente entre eles. (Santos, 2001: p. 56, 81) Possibilitando que, alguns autores, identifiquem dois sentidos dialéticos antagónicos: um sentido de uma lógica de integração – que acaba por ser aquele que apresenta maior destaque nos estudos sobre a sociedade global –, mas, em diversos pontos, apresenta também um impulsionar de uma lógica de exclusão. (Hespanha, 2001: p. 167) No nosso trabalho, interessa-nos,

¹⁰ Em sentido convergente Ribeiro. Considerando o autor que a lógica global não termina com as fronteiras, mas redefine-as, existindo uma relação dialética entre o global e o localizado (Ribeiro, 2001: p. 467-469) Também José Reis reconhece a coexistência de outras dimensões no processo da globalização. Referindo que existem zonas que não são abrangidas pelo fenómeno da globalização ou que ainda se instituem por partir de lógicas de sentido localizado (Reis, 2001: p. 109ss) – porque o processo encontra-se a evoluir por níveis de implementação diferenciados –, mas que se vêem globalmente desconsideradas para um plano secundário, em relação ao processo económico de conexão global. (Reis, 2001: p. 120-121)

essencialmente, o sentido uniformizador correspondente ao aproximar dos vários pontos de contacto no mundo. Que inclui o fenómeno da diluição das tradicionais fronteiras territoriais representando o fim da lógica do Estado-nação como estratificação da sociedade e onde era tradicionalmente desenvolvida toda a atividade dos sujeitos¹¹. Essas alterações marcam uma nova fase, em que as exigências e espaços de atuação já não apresentam uma importância marcadamente local e devidamente delimitada – com os seus antecedentes históricos desde o tempo das fortificações constituintes do *limes imperii* romano¹², mas, com maior projeção, no Tratado de Vestefália de 1648, onde se reconheceu o princípio da soberania como o cerne da independência dos Estados europeus, limitando qualquer entidade superior, uma soberania estatal que pressuponha um território devidamente delimitado. Atualmente, existe uma modificação no contexto até aqui de soberania, através de uma configuração internacional, resultando na afirmação de centros de decisão supraestaduais superadores do postulado pós-Vestefália¹³. Com efeito, as problemáticas que anteriormente exigiam soluções locais, passaram obrigatoriamente a ter de ser perspetivadas e solucionadas ao nível transnacional.

Acontece que, mesmo com um impulso unificador, não foi no domínio político construído um governo supraestadual – um governo mundial integrador dos diversos Estados –, inexistindo um plano unitário de atuação, mas sim uma pluralidade de extensões de exercício político-estadual resultante em diversos focos de ação. A globalização também produziu efeitos no plano cultural, embora outrossim não se afirmando o surgimento de uma cultural global (com um sentido aglutinador, referente a uma identidade comum). Existe apenas, por um lado, determinadas linhas culturais que são propagadas para outros Estados; por outro, sobressai uma maior relevância do âmbito local, e que se vê acentuada como fator de diferenciação. Por último, a propósito do domínio social, a globalização produziu transformações evidentes na sociedade, quer decorrente da instituição de novos intercâmbios comunicacionais entre atores do

¹¹ Veja-se sobre este ponto: Santos (2001: p. 32).

¹² E que constituía não só uma extensão dos seus poderes político-administrativos, mas também da extensão do Direito, sistema económico, língua ou práticas religiosas que estava em linha com a delimitação conferida pelo *limes*.

¹³ Um poder que se situa num patamar acima dos Estados (não religioso, mas político). Porém, alvo de muitas críticas, pela existência de um mais diminuto controlo democrático (principalmente em relação a centros de decisão da natureza económica). Um sentido crítico no qual não nos incluímos, desde que exista um equilíbrio sobre as suas funções e competências.

panorama local e internacional que agora passam a atuar neste novo contexto transnacional, e que, na maioria das vezes, são entidades que não se encontram vinculadas a um espaço estatal (como, por exemplo, as empresas transnacionais) mas que concorrem em diversos espaços de atuação com estas, a que acrescem os elevados movimentos migratórios que resultam na movimentação de indivíduos de diversas culturas e estratos sociais que acorrem a territórios diversos, por motivações de natureza económica, política ou partilha de conhecimento, e que se inserem em organizações diversificadas, levando a um surgimento de diversos núcleos culturais integrados na mesma comunidade. Estamos perante o surgimento de uma sociedade multicultural¹⁴, representando um verdadeiro intercâmbio global, na qual a coexistência e interceção destes vetores vão influir para uma maior integração neste conjunto de relações globais resultando num novo esquema de relação e integração social. (Beck, 1998: p. 29ss, 79ss, 146-147)

Comungando destas particularidades, o efeito da globalização ao nível do domínio económico apresentou efeitos ao nível do próprio modelo capitalista, que passou a representar uma força aglutinadora neste processo de expansão na vertente global, assumindo os seus efeitos num espectro homogéneo global entre os diversos países (ou, pelo menos, na esmagadora maioria deles). Esta expansão do liberalismo económico foi sustentada em múltiplas vertentes: uma nota principal em relação à revolução tecnológica dos meios de comunicação, que permitiu a facilitação com que se processam as relações comerciais, as trocas financeiras e a livre circulação de pessoas; o desmoronamento de uma ideologia alternativa económica que se pudesse assumir como opção concreta¹⁵, que levaram à sua abertura económica a um mercado capitalista e a adoção de uma própria lógica economicista; a criação e adoção de um conjunto de instituições supranacionais (principalmente por matriz económica) e que fomentam e defendem a aplicação de normas económicas capitalistas (são meros exemplos, o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial ou a Organização Mundial do Comércio) (Beck, 1998: p. 169-170); uma primazia assumida pelo sistema financeiro; um espectro de investimento do capital ao redor do globo; aplicação de medidas de flexibilidade laboral (Santos, 2001: p. 35); e uma revolução na produção de produtos manufaturados, oriunda da aplicação de novos instrumentos tecnológicos na atividade produtiva e da possibilidade das empresas

¹⁴ Salientando este ponto, cfr. Santos (2001: p. 60-61)

¹⁵ Cfr. Giddens (2000: p. 48).

multinacionais beneficiarem de mão-de-obra mais barata no estrangeiro¹⁶. A conjugação de todos estes pressupostos permitiram o rápido desenvolvimento económico de diversas nações, sustentado no galopante progresso económico das exportações ocorrido nas últimas décadas¹⁷.

Boaventura Sousa Santos identifica no processo de globalização o surgimento de uma lógica hegemónica, essencialmente identificada pelo aspeto económico, e que assentou no designado “Consenso de Washington” onde se definiu um conjunto de medidas orientadoras do desígnio da economia global – com natureza neoliberal¹⁸ –, e que se propagaram pela importância dada à realidade económica, em comparação a outros campos do processo de globalização¹⁹. Estes pressupostos assumiram assim uma importância central no desenvolvimento económico mais atual, sem que, nos tempos mais recentes, lhes sejam dirigidas diversas críticas e apontadas várias contradições pelos sectores mais críticos da literatura. (Santos, 2001: p. 33) Num ensaio crítico, refere-se a alteração das políticas capitalistas keynesianas, até então responsáveis pela recuperação económica e social no pós-guerra e sobre as quais estão indexadas preocupações de natureza social – que levaram à construção do Estado social –, mas que, no domínio do pensamento, passaram a ser consideradas como ineficazes com o declínio provocado pela crise petrolífera nos anos 70, vendo superados os seus pressupostos fundamentais – passaram a ser enfraquecimentos e secundarizados –, em face da desregulamentação

¹⁶ Ver também, Reis (2001: p. 112ss).

¹⁷ Estes efeitos mostram-se mais relevante quanto aos países em desenvolvimento que passaram a beneficiar de acesso ao capital e tecnologia até então apenas acessível aos países mais ricos, passando a exportar bens baratos e ter acesso aos mercados internacionais. Para Pinheiro a globalização tem no seu processo uma tríplice valoração: a liberalização tecnológica; o acesso aos mercados financeiros globais; e a revolução na informação principalmente sustentada com a internet. (2002: p. 612-613)

¹⁸ O autor estabelece como uma fase de capitalismo desorganizado (embora reconheça que não se trata de uma terminologia totalmente adequada ao fenómeno em apreço). (Santos, 1999: p. 72) É de referir que o autor distingue três fases no sentido de aplicação evolucionista (embora não linear) do modelo capitalista: uma primeira fase, onde imperava o princípio do mercado e que se designa do capitalismo liberal do séc. XIX; subseqüentemente, remete para um ponto de equilíbrio entre a lógica mercantil e a atuação do Estado, momento do capitalismo organizado (surgindo o *Welfare State*); e, por último, o período atual. (Santos, 1999: p. 204)

¹⁹ Assinalando este sentido de sobrevalorização da dimensão económica na globalização, cfr. R. Nahum (2010: p. 433) Assumindo a prevalência da “*lex mercatoria*” em todas as suas latitudes. (Hespanha 2012, p. 22)

financeira e restrição dos direitos laborais, impulsionado pelas ideias económicas neoliberais²⁰ (que, principalmente, assumiram o predomínio a partir da década de 80). (Oliveira e Silva, 2005: p. 257) E que passa a atingir um primado no quadro da globalização. Consequentemente, todos os países vêm aderindo ou aplicando estas políticas de forma a conseguirem competir neste mercado global – embora, os efeitos não sejam uniformes em todas as regiões. (Beck, 1998: p. 163; Santos, 2001: p. 35) Portanto, impera no mercado mundial uma visão económica dominante onde vigoram os princípios económicos neoliberais, embora ainda exista um contraste com a aprovação de medidas protecionistas localizadas em determinados Estados (porém, pouco relevantes no mundo económico).

Mas, embora se tenha atingido esta expansão das relações económicas para uma lógica espacial mundial (ou global), não houve (ainda) uma correspondente aplicação de políticas que permitisse exercer de forma mais efetiva um controlo regulatório nesta temática. O que representa um desenvolvimento do capitalismo global de forma desregulada e desorganizada. Ao nível empresarial, a particularidade do sistema económico permitiu que as empresas transnacionais atingissem no quadro global um elevado poder económico – surgindo a empresa multinacional –, o que lhes possibilitou a faculdade de construir uma nova relação, assumindo um papel mais condicionador dos centros de decisão política nacionais²¹, ou até um afrontamento económico-financeiro quanto aos próprios Estados²² (que pode mesmo corresponder à capacidade de afrontar

²⁰ Paulo Ferreira da Cunha refere-se a esta posição como “*anarco-capitalistas*”. (Cunha, 2006: p. 242ss) As principais características desta ideologia económica podem ser referidas de forma sumária como um predomínio de um liberalismo mercantil transnacional sustentado num fluxo de elevada circulação dos bens materiais entre as diversas economias; o primado da produção de bens materiais; a utilização crescente e sistemática de novas tecnologias; uma diminuição das funções sociais do Estado – através do recuo do mesmo em diversas áreas de intervenção já não são consideradas como algo a investir –; limitação da intervenção estatal na economia; flexibilização do mercado laboral; focagem das políticas económicas e financeiras nas exportações e limitação de gastos públicos. Sobre o ponto de vista da adoção de medidas neoliberais com tendência para a flexibilização e os efeitos de deteive no tecido social, veja-se, por todos: (Braithwaite, 2000: p. 223ss; Santos, 2001: p. 35ss; R. Nahum, 2010: p. 434; Franco, 2010: p. 331; Militão, 2012: p. 137ss)

²¹ Como é o caso de abusos ao nível do *lobbying* praticado por diversas organizações de forma a influenciar as decisões do legislador.

²² Cfr. Busato (2018: p. 91). Basta, por exemplo, pensar na teia de interesses económicos da circulação de dirigentes entre os grandes grupos económicos e altos cargos no aparelho estadual.

ao nível económico os próprios Estados). Esta fragilidade é mais acentuada no caso dos países que apresentam dificuldades económicas (ou seja, que apresentam uma maior dificuldade de manterem um crescimento económico continuado no tempo, ou que não conseguem gerar rendimentos internos suficientes para impulsionar a sua economia), e, portanto, que ficam mais expostos à dependência do investimento financeiro das multinacionais corporativas, nomeadamente para a criação de empregos ou alocação de capitais, o que faz com que as entidades empresariais tenham uma posição vantajosa que lhes confere a possibilidade de condicionar a própria soberania do Estado. Tal é demonstrado pelo investimento ser volátil e se encontrar em constante flutuação, podendo as empresas, num curto espaço de tempo, deslocalizar os seus postos de trabalho para países com custos laborais ou carga fiscal mais reduzida²³, que acabam por ser os mais privilegiados no destino do investimento, pela finalidade última das empresas de maximizarem os seus lucros e diminuírem os encargos com impostos. Por conseguinte, existe uma forte concorrência entre os próprios países para obtenção daquele investimento estrangeiro. E, como já referimos, podendo os próprios Estados, necessitando perenemente de investimento por parte das sociedades estrangeiras, serem obrigados a fazer acordos com inclusão de benefícios fiscais (ou de outra natureza) com as empresas multinacionais, mais vantajosos para estas, permitindo uma erosão de bases tributárias e transferência de lucros, com o objetivo subsequente desse investimento ter repercussões vantajosas no campo do desenvolvimento económico e na criação do emprego do próprio Estado. Estamos assim perante uma demonstração de uma situação de debilidade do poder político ante o poder económico²⁴ – primazia da economia sobre

Reconhecido em parte por José Reis, que releva a ligação entre as grandes corporações económicas e o campo financeiro de forma estratégica, resultando numa importância acrescida no seio de uma economia individualizada. (Reis, 2001: p. 112-113)

²³ Também neste sentido, Hespanha (2001: p. 166).

²⁴ É de destacar a possibilidade de essas empresas transnacionais passaram a ter a possibilidade de vender os seus produtos nuns Estados e pagar os seus impostos noutros. Na prática, estamos a falar de casos do aproveitamento e seleção de diferentes legislações para transferir os seus lucros para territórios em que os impostos são reduzidos ou mesmo nulos (com maior predomínio das regiões *offshores*). Contudo, de forma paradoxal, aquelas empresas exigem prestações nos Estados onde não contribuem com impostos, seja, por exemplo, no investimento em infraestruturas, no ensino ou na segurança. Evidencia-se, pois, neste caso igualmente uma distorção na concorrência entre empresas, pois as pequenas e médias empresas (que constituem o maior tecido empresarial num país como o nosso) já não têm a mesma capacidade para utilizar os mecanismos das grandes empresas para evitar a carga fiscal. E, conseqüentemente, vai agravar as

a política que o autor germânico designa como “globalismo” –, e que é manifestamente aproveitado pelas entidades empresariais. (Beck, 1998: p. 18ss) Encontra-se exposto um confronto face à capacidade soberana dos Estados, já por si limitada face ao contexto global, pela sua perda de autonomia e capacidade de reação devido à integração transnacional, e que, em face do conjunto de aplicação das medidas neoliberais, diminui o poder regulador do Estado na área económica, política e social. (Santos, 2001: p. 44; Hespanha, 2001: p. 173; Oliveira e Silva, 2005: p. 257; Busato, 2018: p. 91) Encontra-se assim afirmado um confronto desigual entre as empresas transnacionais que vêm o seu poder reforçado de acordo com os pressupostos em vigor, e os entes estaduais que de forma antagónica perdem influência e capacidade regulatória²⁵. (Santos, 1999: p. 251) Este liberalismo económico mundial é promovido pelas principais organizações internacionais económicas (Hespanha, 2001: p. 173-174), recorrendo para o Estado um papel de simples contemplação, porque não apresenta capacidade de forma individual, alterar os fundamentos económicos existentes²⁶, tentando meramente se adaptar ao novo “jogo” global, com as exigências do modelo económico vigente e das empresas multinacionais. Aplicando políticas de privatização e de desregulação da economia,

injustiças de um sistema fiscal que já é pouco equitativo, uma vez que os contribuintes cumpridores serão atingidos com uma maior carga fiscal, pois os Estados terão de compensar a suprarreferida perda de receita financeira. Como tal, o próprio modelo de *Welfare State* dos Estados ocidentais, um dos seus pilares essenciais, vê-se ameaçado por falta de financiamento e pelos próprios pressupostos do modelo económico adotado pelos próprios entes. (Beck, 1998: p. 22-23, 97, 138-141; Hespanha, 2001: p. 164) Para um maior desenvolvimento, veja-se relativamente às diferenças dos Estados-Providência (Santos, 2001: p. 85-86) e no caso específico de Portugal. (Carapinheiro, 2001: p. 206ss)

²⁵ Nas palavras do autor “(...) a globalização da economia deu uma proeminência sem precedentes a sujeitos económicos que não se sentem devedores de lealdade ou da responsabilidade para com nenhum país, região ou localidade do sistema mundial. Lealdade e responsabilidade, só as assumem perante os acionistas e, mesmo assim, dentro de alguns limites”. (Santos, 1999: p. 258)

²⁶ Mesmo tentativas de diferenciação do modelo económico neoliberal, como as empreendidas na década de 90 no domínio da política social da Europa (Santos, 2001: p. 87) para um espectro mais alargado (Hespanha, 2001: p. 178), acabaram por fracassar, tornando-se dominante também no contexto europeu esta lógica económica. (Franco, 2010: p. 329) O que tem ocorrido nos países ocidentais é um esbatimento das condições de emprego no qual existe um acréscimo da flexibilidade dos empregos, perda da segurança no trabalho e elevados níveis de desemprego. Cfr. quanto a estes efeitos particulares: Hespanha, 2001: p. 172-173; e Carapinheiro, 2001: p. 212. No entanto, embora ainda não se tendo conseguido atingir esse limiar de um sistema social transnacional, parece-nos ser este o caminho a estabelecer contra os efeitos nocivos das ideologias neoliberais.

sempre com o objetivo de conseguir o tão desejado (e necessário) crescimento económico. Por um lado, este origina uma degradação do Estado social, a desvalorização das relações de trabalho e, no fim, acarreta a potencialização das desigualdades sociais – uma degradação que se viu exponenciada pela crise económica despoletada em 2008. Mas, por outro, no campo da atividade empresarial confere a acumulação de elevados lucros económicos (até aqui nunca antes vistos e atingidos pelas entidades empresariais). (Braz, 2010a: p. 258; Santos, 2001: p. 37ss)

Pode-se assim referir que a empresa passa a assumir neste contexto um papel central no escopo da globalização como génese do desenvolvimento económico pela eficiência racionalista da procura e obtenção de proveitos lucrativos e sua capacidade de deslocação espaço-mercantil.

Neste sentido, inicialmente nos países ocidentais, mas, de seguida, expandindo-se para os restantes, tem-se vindo a instituir políticas que tem alterado as próprias características clássicas dos Estados. Uma primeira é identificada como correspondendo à “*desnacionalização do Estado*”, subsumida numa nova estruturação, tanto na dimensão infranacional como transnacional, permitindo uma resposta aos novos desafios da globalização; a “*des-estatização dos regimes políticos*”, incidindo numa alteração de acompanhamento de um sentido de “*government*”, em que o Estado passa da adoção de um modelo com uma função central na regulação económica e social, para um sentido de “*governance*” em que se vê esvaziado de muitas funções que lhe eram anteriormente atribuídas, e que agora acabam por ser dirigidas a outras organizações que entre si confluem, devendo este apenas assumir uma lógica de coordenação entre os vários intervenientes na sociedade; e, *last but not least*, a faceta de “*internacionalização do Estado nacional*”, pela aplicação de mecanismos internos ao campo transnacional. (Santos, 2001: p. 44)

Boaventura Sousa Santos imputa o processo dinâmico de globalização política, em linha com o Consenso de Washington, à emergência de uma conceção dominante tripartida: um Estado fraco²⁷; o modelo político liberal; e o primado do Direito no sistema judicial²⁸. Ao nível do primeiro ponto, o que parece ser certo é que esta conceção tem

²⁷ Em sentido concordante, ver Carapinheiro (2001: p. 214).

²⁸ Um primado do Direito que é identificado como corporizando o princípio económico norteador, especialmente fundado nos aspetos essenciais da área de negócios onde vigora a “*sanctity of contracts*”, em que a própria legislação deve ser destinada ao cumprimento desses normativos e que se vê impulsionada por instituições internacionais de direito privado, com particular relevância para os tribunais arbitrais.

uma íntima ligação com o modelo económico neoliberal pela exigência de um Estado menos interventivo e com um tamanho mais reduzido, num sentido de limitação da sua intervenção, para que emerja uma sociedade civil que seja forte. Só que, como bem assinala o autor, existe uma contradição, porque “(...) *desregular implica uma intensa actividade regulatória do Estado para pôr fim à regulação estatal anterior e criar as normas e as instituições que presidirão ao novo modelo de regulação social. Ora tal actividade só pode ser levada a cabo por um Estado eficaz e relativamente forte*”. (Santos, 2001: p. 48) Assim, a contradição será o pressuposto de um Estado forte para que, posteriormente, se torne em fraco. Quanto ao modelo político liberal, parte-se da interligação, afirmada desde a época iluminista, entre a liberdade política e económica, numa lógica da mínima intervenção do Estado. Em que a expansão do liberalismo económico ou do capitalismo liberal exige uma democracia liberal. Por último, o pilar do primado do Direito é pressuposto da necessidade de se incutir estabilidade na atividade económica, consagrando um conjunto de princípios que devem ser seguidos para a manutenção de uma “saudável” atividade económica. Salvaguardando a resolução de litígios que naturalmente irão daí advir, mas também regulando áreas como a propriedade industrial ou o domínio do direito do consumo, e aí só a dimensão jurídica pode de forma independente assegurar. (Santos, 2001: p. 48-50) Contudo, temos de referir que esta linha conceptual tripartida tem um nível de implementação completamente diferenciado em diversos Estados. Porque no espectro de globalização mais alargado, e socorrendo-nos ao pensamento de Samuel Huntington, existe uma coexistência entre os países ocidentais (mais propensos a esta influência), e países ainda ligados a mecanismos de legitimidade política antagónicos a esta conceção²⁹.

O económico atinge assim o expoente máximo no processo de globalização, usualmente acarretando a subordinação da “(...) *pessoa (o homem-pessoa) e as suas liberdades ao domínio do económico que, por sua vez, se impôs ao jurídico e ao*

(Hespanha, 2012: p. 11-12) Naturalmente, não podemos seguir críticos sobre esta visão do primado do Direito, como desenvolveremos ao longo deste trabalho.

²⁹ Como destaca Touraine, no mundo global verifica-se uma conceção dualista, entre, por um lado, uma posição económica baseada num extremismo neoliberal por parte dos países mais desenvolvidos; e, por outra, a assunção dos países em desenvolvimento, constituída por uma posição baseada num determinado culturalismo localizado. (Touraine, 1994: p. 426)

político”³⁰. (Ribeiro de Almeida, 2011: p. 177) Como analisaremos de forma mais detalhada adiante, encontra-se instituído uma linha de pensamento que tem a sua origem na lógica do *homo oeconomicus*, baseado epistemologicamente num domínio calculista e assentando numa análise de custo/benefício económico sustentada na procura incessante pela obtenção de sucesso económico e onde o êxito se reduz no adquirir de proveitos materiais. Nesta vertente o consumismo impera, reduzindo todos os aspetos da vida a um mero objeto ou produto destinado para ser desejado por um sempre presente “comprador”. Em que tudo o que não “emanar” à primeira vista, frente aos nossos olhos, não tem valor. Como refere Anselmo de Borges, “(...) o valor da pessoa já não se mostra pelo que é, mas pelo que tem”. A importância é assim dada mais ao ter, secundarizando a importância do ser. Ocorre o que autor refere como uma espécie de “*darwinismo social*” assente numa sociedade de consumo, em que a competitividade atinge o seu expoente máximo, numa concorrência de todos contra todos, para que os indivíduos consigam atingir o máximo de acumulação de riqueza. (Borges, 2000: p. 18-19) Sustentada numa cultura de massas e num paradigma social individualista, privativo e na lógica do consumo. (Santos, 1999: p. 30) Onde o apelo ao consumo é fomentado por uma estratégia agressiva de *marketing*, que emotivamente tenta influenciar os sujeitos a adquirirem bens materiais, assumindo-se um novo modo economicista de ver as coisas e modificando as práticas da sociedade. Tal como Fernando Torrão refere, “o estatuto social, as características da personalidade individual ou a admiração pelo *modus vivendi* de cada um dependem, fundamentalmente, do sucesso económico que se consegue obter”. (Torrão, 2014: p. 234, 2016: p. 530) Numa

³⁰ Beck chega a comparar o glorificar do mercado mundial a uma espécie de metafísica económica. (1998: p. 164) Sloterdijk de forma exemplificativa recorre, à ideia de Fiódor Dostoiévski sobre o Palácio de Cristal Londrino inaugurado para a Exposição Mundial de 1851, e onde os Homens procediam a uma glorificação do dinheiro, numa primazia da lógica económica. Defendendo o próprio autor que a paradigma vigente na sociedade contemporânea não é que o planeta gira em volta do Sol, mas sim que o capital gira à volta da Terra. (Sloterdijk, 2008: p. 22, 55) Esta primazia tem constringido o papel do jurídico para um lugar secundarizado porque muito da sua tradicional formalidade é entendida como um entrave à necessária movimentação rápida exigida pelas práticas económicas – uma vez que os formalismos jurídicos não conseguem acompanhar o ritmo instantâneo e transnacional das transações financeiras. Como tal, e numa tentativa de um maior acompanhamento, tem vindo a emergir uma linha de resolução dos litígios fora do espaço mais formalista dos tribunais (Franco, 2010: p. 330) – o advento da arbitragem. Podendo sintetizar que as manifestações desta primazia económica se traduzem em modificações para o sistema jurídico em campos como a legitimação, a racionalidade ou a próprios pressupostos das profissões jurídicas. (Hespanha, 2012: p. 11)

óptica idealista em que a riqueza é entendida como uma benção divina, o que por antítese significa que a miséria é tida como um infortúnio. (Borges, 2000: p. 20-21) Por tudo, vai assim o êxito materialista atingir uma importância primordial nesta sociedade, por vezes obtido sem o respeito por valores éticos e morais.

Um olhar centralizado no prisma dos mercados económico-financeiros, permite referir que a lógica da “*mão invisível*” – destacando aqui a célebre expressão de Adam Smith –, que permitiria sempre que os mercados atingissem um ponto de equilíbrio, ou seja uma ideia que o mercado se consegue autorregular, se encontra ultrapassada, como é representativo por diversos exemplos que demonstram que esta capacidade de regulação endógena por parte dos mercados é meramente teórica³¹. Pois, na verdade, temos de reconhecer que aos mesmos está associada uma natureza volátil, o que significa que estão sujeitos a diversas influências condicionantes dos próprios comportamentos humanos (principalmente dos *mass media*³²), que podem originar turbulência dos mesmos o que impossibilita que assumam um comportamento linear. (Beck, 2002: p. 7-9) De igual forma, tem-se desvalorizado o sentido que o fenómeno da globalização possibilita em termos de um desiderato de realização prática, porque as relações globais possibilitam uma inexistência de uma simples relação de causa-efeito, podendo ocorrer alterações em espaços distantes que se mostram como desconformes dos efeitos inicialmente provocados³³.

Este cenário em que a própria política se encontra subordinada ao económico³⁴, é corroborado pela massiva lógica de controlo e preocupação das finanças públicas de um país e a subsequente perene necessidade de atração de capitais para satisfazer as suas necessidades financeiras. Este pano de fundo tem ainda em conta a sua já fragilidade em face da dinâmica mais vasta e complexa – conseguido de uma forma tridimensional: pela

³¹ O exemplo mais recente foi a crise económica de 2008, onde ficou demonstrado que a defesa de um Estado mínimo afastado da intervenção necessária no setor económico-financeiro só valeria para períodos de crescimento económico, porque, nas alturas de crise económica, as próprias empresas necessitaram de recorrer à assistência por parte do Estado para injetar vários milhões para que não abrissem insolvência. Dessa forma, o Estado passa a ser entendido como uma salvaguarda de determinadas empresas de setores específicos.

³² E tendo em conta o potencial nocivo que os mercados económicos possuem, isso pode ser catastrófico para as economias nacionais ou até mesmo a economia mundial.

³³ Este trata-se de um efeito muito verificável no caso da óptica espacial dos riscos (cfr. ponto 1.3)

³⁴ Reforçando este ponto, cfr. Giddens (2000; p. 49-51)

ligação de entidades coletivas supranacionais com atores singulares; com a perda de competências para aquelas entidades que representa uma desconstrução da territorialidade e da soberania nacional; e até pela pressão exercida pelos seus próprios cidadãos como forma de reação a esta dinâmica da globalização. O Estado nacional, ainda principalmente alicerçado no princípio da territorialidade, vê um enfraquecimento da sua soberania³⁵. Em face desta incapacidade, e temporalmente coincidente, surge o avanço dos nacionalismos e regionalismos, representados essencialmente no caso europeu³⁶, defendida por diversos espectros políticos, tanto de ideologias políticas de direita como de esquerda, incidindo por um regresso às “velhas” fronteiras territoriais – ou seja, um recuo aos elementos históricos e culturais do país numa dimensionalidade intrínseca singular –, como meio de resposta ao contexto global atual. Isto é, com a degradação da estabilidade social e política, as comunidades vêm-se (ou pelo menos perspetivam) estar entregues a si próprias, em que se entende que só com uma resposta nacional se consegue opor aos desafios internos e externos³⁷. Esta linha de pensamento reativa está associada a uma visão do declínio político e económico dos Estados ocidentais, que até ao fim da segunda guerra mundial tinham repartido o domínio do mundo, o que lhes incutiu a perceção que as suas ideias eram o único caminho para o desenvolvimento político e económico do mundo. Ora, a perda dos seus impérios coloniais e a realidade atual veio desmenti-los, introduzindo uma nova perspetiva que ainda não é devidamente aceite pelos poderes políticos e até da opinião pública ocidental, em que o processo de globalização está a alterar o foco dos Estados ocidentais para o oriente, onde principalmente a China, mas também o Japão e a Coreia do Sul (a que posteriormente deverá acrescer a Índia), estão a assumir a preponderância no mundo. Com efeito, no atual contexto político dos países ocidentais existe um maior debate contra o processo de globalização, aclamando-se pela aplicação de medidas protecionistas e de importância marcadamente nacional, sustentados na maior perda de soberania dos próprios Estados decorrente de uma redução dos seus poderes em virtude de uma transferência de poderes para entidades

³⁵ Fonseca chega a referir uma “crise de identidade” que o Estado-nação enfrenta. Pela perda de posição primária que antes possuía e que veio a ser fortemente abalada pelo processo de globalização. (Fonseca, 2005: p. 169)

³⁶ *Vide* casos da afirmação de movimentos nacionalistas civis e políticos independentistas da Catalunha ou da Escócia, defendendo o reconhecimento internacional da sua soberania e independência. Quanto ao reconhecimento a emergência de sentimentos nacionalistas, veja-se: Giddens (2000: p. 46).

³⁷ Salientando este ponto, Zúñiga Rodríguez (2009: p. 100-101).

supranacionais. Entidades essas que são também criticadas como não se constituindo como totalmente livres e democráticas. Estas críticas afirmam que só o Estado nacional consegue ter eficácia na prossecução das funções tradicionais vocacionadas por esta entidade. Sustentando a sua posição em dois argumentos. Primeiro pela ligação histórica das exigências de segurança e proteção face aos perigos e riscos emergentes, que historicamente foram sempre uma função tradicional. Pense-se, por exemplo, na idade média, nos castelos medievais que constituíam uma estrutura de proteção de uma determinada área territorial propriedade dos senhores feudais e visavam constituir uma segurança aos seus súbditos, em que no caso de uma ameaça externa, as suas muralhas constituíam o último reduto defensivo. Pode considerar-se que no feudalismo o senhor feudal atua em representação do próprio Estado (um poder localizado), uma vez que o próprio soberano tem poderes sobre as suas terras que constituem a sua propriedade. Mas também porque foi no contexto do Estado que foi construída a democracia moderna liberal, e se afirmaram os direitos civis, a liberdade de imprensa, a ideia de estado de Direito, e o próprio estado social que foi o principal responsável pelo período de paz na Europa no pós-guerra. Esta reflexão vem sendo sustentada pelas suas próprias populações que confrontadas com os novos paradigmas desta nova era, rompendo com concepções anteriores, aclamam por uma maior segurança e bem-estar económico, e sentem que perderam a sua prosperidade para países periféricos, pela valência destes, ao terem custos mais baixos de encargos salariais, serem destinatários das principais sumas de capitais. Acabando estes últimos por se mostrarem como os principais beneficiários do processo económico da globalização, ao contrário dos seus países que estão mergulhados numa elevada taxa de desemprego ou precariedade laboral³⁸.

³⁸ No entanto, referem diversos autores como Beck, que este sentimento constitui uma mera percepção decorrente da comparação entre os países que concorrem no mesmo contexto regional, e não no contexto global. Porque se se tiver uma visão comparativa com outras regiões, como por exemplo, os países da América Latina ou Asiáticos, em comparação, os rendimentos dos países ocidentais ainda são bastantes superiores. (Beck, 1998: p. 140) Os desenvolvimentos industriais de outras regiões do mundo levaram à diminuição do fosso económico com os países até então mais desenvolvidos economicamente e os outros. (Giddens, 2000: p. 53) Ocorre que a percepção subjetiva das populações quanto à situação económica é superior ao objetivamente existente. Até porque, num olhar mais atento, verifica-se que quantitativamente nunca existiu no contexto mundial um número tão inferior de pobres. O que corre é o aumento da disparidade dos rendimentos entre os mais ricos e os mais pobres, que acentua esta percepção (Santos, 2001: p. 37ss; p. 258) e que acaba por se ver exponenciado com a globalização (Hespanha, 2001: p. 169ss) O Relatório da *Oxfam* de 2017 – uma organização não-governamental de âmbito internacional – denominado

Por conseguinte, tende-se a acentuar um predomínio na política de várias tentativas de mitigar os efeitos dos riscos de modo a conferir uma maior identidade e segurança para as suas populações, e respondendo aos desafios da globalização. (Corella, 2016: p. 178) Nesse sentido, os entes políticos têm vindo a adotar de forma unilateral um conjunto normativo vasto de legislação na tentativa de resolverem as problemáticas surgidas pelo processo de globalização. Porém, trata-se de opções que são meramente ilusórias, porque tendo em conta a configuração política mundial uma resposta deste tipo será vocacionada ao fracasso, desde logo, porque desvalorizam a realidade que as ameaças apresentam natureza maioritariamente internacional (Beck, 1998: p. 188-189), e, diga-se as opções políticas, não apresentam soluções tendo em vista esse paradigma.

Entendemos não ser esta a melhor solução. Até porque, conforme nos diz Beck, as forças que pretendem combater este sentido global acabam por também atuar nesse mesmo espaço, em certa medida, acabando também eles por contribuir para a exponenciação deste fenómeno. (Beck, 2017: p. 23-24) A resposta exigível e necessária, vai no sentido dos Estados adotarem uma posição de relevo em termos internacionais (como um verdadeiro ator internacional), sob pena de perder qualquer possibilidade de ter uma voz ativa nesse processo e de responder adequadamente aos problemas suscitados. Na nossa opinião, a resposta só poderá ser a adaptação às novas realidades, como tal adotando um agir também no sentido internacional, partindo da linha de pensamento designada pelo autor como “*universalismo contextual*”. Este conceito sociológico reconhece a impossibilidade, na atualidade, de se evitar uma situação de ingerência neste mundo global, e que pressupõe a adoção de um núcleo de valores universalistas (como os direitos humanos), mas sem negligenciar o respeito pelas diferenças culturais entre os diferentes Estados (Beck, 1998: p. 120ss), introduzindo um “*momento cosmopolita*” que permite também entender os pontos de vista diferenciados de outras nações. Dessa forma, se conseguindo sair do nosso ponto de vista e encarar o ponto de vista do outro. Até porque os problemas da sociedade pós-industrial têm uma vigência global, atingindo países com diversas conceções culturais. É assim necessário procurar convergências no contexto internacional, mas sem que isso signifique uma perda de identidade. (Beck, 2016: p. 112ss) Uma valência que as vozes críticas muitas vezes se

“*Uma economia para 99%*”, e apresentado no Fórum Económico Mundial do mesmo ano, na Suíça, mostra que o rendimento dos oito indivíduos mais ricos do mundo tem uma fortuna somada equivalente à metade mais pobre da população mundial.

parecem esquecer... Trata-se de uma apreciação que parte de uma verdade inegável de que a globalização constitui um fenómeno irreversível, já não se mostrando como possível um “retroceder do tempo” e conceber uma posição de uma sociedade meramente restringida à tradicional unidade territorial do Estado. É certo, como bem denota Boaventura Sousa Santos, que a globalização, ou melhor este projeto de globalização, parte de um conjunto de decisões políticas – destacando neste particular as já citadas medidas do Consenso de Washington –, e, nesse sentido, não se podendo entender as mesmas como decisões irreversíveis, porque podem sempre ser alteradas por um conjunto de decisões diretamente dirigidas para alterar os seus pressupostos. (Santos, 2001: p. 56) Porém, não é neste sentido que consideramos a globalização como irreversível, mas sim num domínio mais amplo deste fenómeno, pela capacidade de interdependência e interligação estabelecida entre os próprios Estados, que se institui, essencialmente, no domínio económico e que, na nossa opinião, já ultrapassou uma etapa que permitisse retroagir a um Estado preexistente ao atual (v.g. atente-se no fator de produção de determinados bens eletrónicos, em que, por um lado, podemos ter as matérias-primas a provir de um país em desenvolvimento, a linha de montagem no continente asiático, e depois o consumidor final e a empresa multinacional que fabrica o produto situada num país ocidental). Esta ligação triangular tem manifestações entroncadas nos diversos países que, por razões diversas, não tem qualquer interesse em quebrar a própria relação comercial. Aliás, este conjunto de relações económicas internacionais tem sim é uma tendência para progressivamente ainda se exponenciarem mais. Para além disso, a globalização produziu efeitos diferenciados em vários países, e os principais beneficiados terão sempre razões para obstar a esse possível regresso. Uma coisa seria se o mundo ainda não tivesse atingido este patamar globalizado e se tomassem decisões políticas para evitar que se atingisse essa mesma etapa. Outra seria já ter atingido esse desiderato e conseguir regredir para um paradigma anterior. A própria crise financeira do *subprime* de 2008 que, inicialmente, começou com uma crise bancária nos Estados Unidos da América e, posteriormente, se difundiu para a economia mundial – a pior desde a crise económica da Grande Depressão de 1929 –, veio demonstrar em termos práticos que a globalização económica é um processo irreversível, porque mesmo tendo sido atingidos fortemente e com efeitos nefastos os setores económicos dos diversos países, e que levou a um conjunto de críticas ao modelo económico neoliberal, não se colocou em causa o próprio modelo capitalista e a sua prospeção mundial, mas meramente a alteração pontual de alguns dos seus pressupostos, mantendo-se as principais características do modelo. Sem

que isto signifique, voltamos a frisar, que não se possam alterar alguns dos seus campos através do instituto normativo a isso associado. Uma coisa será a alteração de alguns dos seus postulados, outra será a alteração de todo um sistema...

Alguns autores acentuam a necessidade de construção de uma via alternativa, não implicando a adoção de políticas protecionistas, mas sim iniciar uma mudança contra o entendido pendor absoluto, representado pela atual dimensão económica (segundo os seus princípios racionalistas dominadores). Tal irá passar por um ponto de convergência de uma estratégia entre os próprios Estados, quer nas percetivas infra, e supra, no campo transnacional, com o desiderato de proteção das suas populações e da lógica económica equitativa. (Santos, 2001: p. 78-80) Também Ulrich Beck reconhece a importância e necessidade da alteração das políticas para uma resposta efetiva no quadro do processo de globalização, pugnando pela afirmação no centro de decisão político estadual da existência de um espaço de atuação transnacional, gerador de novas oportunidades, o que originará uma mudança de relevo no campo da soberania do Estado, que já não se reduzirá ao seu espaço territorial tradicional, mas que se deverá alargar para um âmbito da colaboração internacional³⁹. O que possibilitará que mesmo no contexto da globalização, os Estados não percam a sua direção de uma atuação forte, e, por conseguinte, tenham capacidade para responder aos problemas originados pelo processo de globalização. O autor desenvolve o seu pensamento neste quadro e evidencia como mecanismos de resposta aos novos desafios económicos: uma mudança de paradigma, afastando os fundamentos do modelo económico neoliberal e atingindo uma política económica devidamente orientada e que produza uma redistribuição equitativa da riqueza⁴⁰, de forma

³⁹ Deve ser destacado o exemplo da União Europeia como um instrumento eficaz para se afirmar nesta época da globalização. (Beck, 1998: p. 215-216) Numa defesa da qual entendemos ser imperativo a verdadeira instituição de um espaço transnacional que permita respostas perante a lógica económica global. Porém, embora reconhecendo a importância vital que a UE tem como entidade supranacional nas áreas económicas, políticas e jurídicas, é inegável que a mesma se encontra, na atualidade, numa crise política, que foi exponenciada pela designada crise financeira da zona euro, levando à afirmação de um conjunto de propostas antieuropeias de regresso ao Estado-nação e que já fizeram a primeira “vítima” com o Brexit – saída do Reino Unido da UE prevista para inícios de 2020. Colocando-se várias interrogações sobre a sua vigência no longo prazo. Na nossa opinião consideramos como *conditio sine qua non* uma UE em que haja uma verdadeira união política – entendida como uma união federalista – para que possa superar os desafios que lhe são dirigidos e instituir-se com capacidade de afirmação num sentido e campo globalizado.

⁴⁰ Anthony Giddens, num sentido similar, chega a referir-se a jusante a um modelo económico de pós-escassez, para uma efetiva melhor distribuição dos recursos, que necessitava de um conjunto de

a se conseguir uma melhor justiça social e diminuição da precaridade laboral; a adoção de uma harmonização fiscal para evitar situações de *dumping* fiscal e de paraísos fiscais; e, com maior destaque para o nosso trabalho jurídico, a adoção da legislação internacional (e nacional) para efetivar um regime regulatório das instituições financeiras (Beck, 1998: p. 185ss, 211ss), de onde assume uma vital importância o combate e fiscalização ao branqueamento de capitais. Assim, entendemos que se deve proceder a uma efetiva aplicação de medidas de regulação supranacional, com a criação de normas delimitadas que permitam uma correspondente eficácia por parte do direito económico e principalmente do direito penal.

Até porque segundo o que próprio autor alemão considera, esta lógica e modelo económico perdem a sua legitimidade, pois os maiores beneficiários com este contexto económico acabam por ser aqueles que se encontram a confrontar os próprios pilares políticos-sociais e económicos que o sustentam. (Beck, 1998: p. 193ss) Levando ao enfraquecimento dos pilares do Estado, nomeadamente, um dos seus fins que é o Estado-social, colocando em causa a justiça social e da justiça distributiva e o seu sentido de justa repartição da riqueza. A manutenção de um sistema económico assente nestes fundamentos a longo prazo levará a graves transformações no esquema societário⁴¹. Em primeira linha no sistema económico, pois, pese embora o liberalismo capitalista tenha surgido como modelo incontestado na década de 90 em termos globais, nada impossibilita que venha a existir uma alteração dos fundamentos sobre o modelo económico num futuro próximo. Mas, em segunda linha, mesmo em termos políticos não é impossível que ocorram alterações no próprio modelo porque existe uma relação direta entre uma efetiva distribuição da riqueza e a manutenção de um regime democrático, pois o que a história nos demonstra é que uma democracia não consegue sobreviver num contexto de desigualdade muito prolongado.

Porém, não se podendo decair para uma linha pessimista e simplesmente reduzida a uma postura crítica do modelo capitalista, como evidenciada por certos autores críticos, referindo neste particular Michel Husson, defendendo que o fito de lucro se institui numa dimensão transnacional de exclusão das atividades que não se revelem como lucrativas,

políticas para ter uma aplicação prática global. (Giddens, 2000: p. 117-118) Em sentido similar, Martins, (2010: p. 174).

⁴¹ De igual forma, devemos ter em conta que as condições socioeconómicas dos agentes são um dos fatores de incremento das taxas de criminalidade. (Borges, 2000: p. 29)

mesmo que exista um sentido de procura por parte dos sujeitos⁴². (Hespanha, 2001: p. 167) Mas sim pugnar pela afirmação de um equilíbrio da justiça económica e social (Franco, 2010: p. 343-344), que a breve trecho resultaria numa limitação social e moral para a prática de determinados crimes dirigidos para a acumulação de riqueza, nomeadamente do crime de branqueamento. (Bandeira, 2016: p. 29)

Reconhecemos que estes desenvolvimentos deram origem a mutações sociais e económicas sem precedentes, a esmagadora maioria correspondente a resultados positivos, mas também existindo, inversamente, relações negativas. Concluimos, deixando já sobreentendido que considerados o capitalismo, dentro de um espectro controlado e com preocupações de justiça social⁴³, como o modelo económico que deverá ser mantido como o dominante na sociedade nacional e no mundo global. Isto porque não alienamos as vantagens decorrentes do impacto da globalização em geral, e da economia em particular, para a melhoria das condições do desiderato humano, e contribuindo para novos espaços de acção por parte de novos autores individuais e estatais. Também porque a globalização económica por arrastamento introduz a globalização política – na qual se desdobra o respeito pelos direitos humanos e do Estado de Direito democrático –, em virtude de um determinando nível económico e a lógica de mercado orientar para uma determinada organização política, como se viu no triunfo do capitalismo democrático sobre o comunismo totalizador. Deve-se é reconhecer os efeitos negativos que emergiram nesta fase de internacionalização global e que contribuiu para o surgimento de novas questões e problemas, nos quais se destaca uma criminalidade de sentido transnacional e que se vê fomentada pelos elevados valores que o modelo económico permite usufruir na interligação global e o desenvolvimento tecnológico que permitiu superar a anterior exigência e irrenunciável necessidade do contacto pessoal aumentando as trocas de bens e capitais. Esta é uma matéria que discutiremos nos próximos capítulos. Mas o que podemos desde já adiantar, é que defendemos como necessário uma redefinição de determinados pressupostos de forma a libertar e credibilizar a possibilidade de uma atuação da sociedade, suprimindo as críticas apontadas, e orientada para um desiderato de desenvolvimento comum.

⁴² O que é claramente discutível, tendo em conta as finalidades que caracterizam o capitalismo como sistema económico.

⁴³ Colocando a tónica nas preocupações de cariz social, Franco (2010: p. 344).

1.2 A razão instrumental moderna na sociedade pós-industrial (O advento da pós-modernidade?)

Antes de entrarmos no campo detalhado e transversal das características de risco vigentes na sociedade contemporânea, devemos desenvolver o sentido epistemológico subjacente aos vetores fundamentais em que a mesma assenta.

Tem vindo a ser identificada uma primazia de uma lógica de pensamento de cariz totalizador, num domínio por parte do Homem de todas as dimensões do mundo que o rodeia. Esta realidade é identificada como consequente de uma concretização prática de um sentido social de perenes riscos e de submissão ideológica a um certo materialismo económico. Partindo desta noção, surgem vozes a imputar esta predominância do pensamento contemporâneo ao advento nuclear da razão moderna pela sua caracterização individualista onde está integrada por um cálculo instrumental e um domínio do mundo natural, em todas as suas dimensões, por parte do ser humano. Antes de nos referirmos a esta linha de pensamento crítico, devemos deixar já subjacente que a modernidade produziu um conjunto de pressupostos de valor inegável, com uma predominância axiológica da dignidade da pessoa humana concretizadora do pendor dos direitos humanos, mas também a aplicação do secularismo e consequente separação entre o poder religioso e político. Trata-se de pressupostos que se constituem como núcleo identitário fundamental da filosofia-política da nossa sociedade, e que, pela sua natureza, devem ser transversais a qualquer sistema político-social de cunho democrático.

As origens do pensamento moderno advêm de uma lógica de libertação contra os dogmas anteriores fundamentados no paradigma religioso predominante na época medieval – supremacia da religião –, assumidos como conceções ultrapassadas que o Homem devia abandonar, realidade com que o pensamento moderno se veio a insurgir de modo imperativo com o sentido de ser obrigatório romper.

Podemos encontrar o sustentáculo desta quebra num conjunto diverso de acontecimentos históricos que importa destacar: no dogma religioso, o cisma do século XIV que abalou a unidade da igreja e as posteriores guerras religiosas que resultaram num emergir de um sentimento da liberdade de consciência, afastado dos credos das ordens religiosas e domínios metafísicos; a época dos descobrimentos marítimos do séc. XV, que introduziram novos espaços de realização prática na atuação dos países ocidentais, permitindo um despontar de “novos mundos”; o advento na época renascentista do humanismo que proclamava a libertação dos valores humanos e introduzindo um novo modo de ver o mundo e da própria perceção que o Homem tem de si próprio, passando

este a desenvolver o recurso aos argumentos racionais e o subsequente império da razão; e, por fim, com a revolução científica do séc. XVI, com particular contributo de Copérnico e Galileu, destacando-se um pensamento científico com natureza autónoma dos dogmas religiosos, o que provocou uma rutura no domínio do pensamento, principalmente, decorrente das teorias heliocêntrica e das correntes científicas que a seguiram e desenvolveram, contra o pressuposto que no centro do universo estava o planeta Terra – como defendido pelo dogma teleológico –, mas sim que o planeta girava à volta do Sol, e cosmologicamente tanto o mundo como o Homem eram apenas uma pequena existência numa envolvente tão ampla. (Simões, 2005: p. 289) Estes marcos históricos levaram ao surgimento de contradições internas nas soluções propostas pelo credo religioso, o que acarretou a desconfiança dos sujeitos, e originou a necessidade destes procurarem por si mesmos a solução para o sentido da sua vida, atingindo-se uma certa difusão do espírito laico.

Com este afastamento do pensamento metafísico-religioso vigente na época medieval, que impunha que só na fé poderia o ser humano encontrar o caminho da procura da verdade e da sua própria salvação – um finalismo religioso que defendia um caminho de desiderato pleno da humanidade no domínio metafísico⁴⁴ – resultou na eliminação na época moderna de qualquer tipo de finalismo. (Touraine, 1994: p. 21) Por efeito, este *terminus* da influência do poder espiritual originou uma alteração na própria perceção da natureza do Homem e da sua relação com Deus. Esta relação passou a estruturar-se numa lógica de cariz pessoal, em que o sujeito olha para o interior imersivo de si próprio – para a sua razão – para encontrar as verdades do mundo. Os fenómenos que até então eram explicados pelos princípios da doutrina católica como decorrência da vontade divina – basta recorrer aqui, como mero exemplo, novamente ao pensamento de S. Tomás de Aquino que concebe o ser humano como um ser dotado de uma natureza imutável que lhe foi dada pelo ente divino, estando assim vinculado a um destino previamente determinado e dado por Deus – deixaram de o ser. Sem esta procura de sentido de existência numa realidade transcendente que era a fonte do sentido do homem, do mundo e da vida em geral, teria de ser o Homem a conduzir racionalmente a sua vida, devendo explicar os fenómenos com que se deparava de uma forma racional. Pode-se afirmar “(...)

⁴⁴ Vinculado no domínio jurídico à *lex aeterna* de S. Tomás de Aquino que, por ter sido criada por Deus, deve reger todos os seres vivos que lhe devem obediência. Representando que o racionalismo humano teria de seguir os cânones pela mesma oferecidos.

uma regressão do homem moderno para si mesmo, buscando na razão e na liberdade os fundamentos precípuos do seu saber e da sua ação". (Simões, 2005: p. 287-288) Assim, a ocorrência de determinados fenômenos no mundo prático – casos como terremotos, relâmpagos, cosmologia ou a morte –, que até então eram reduzidos à *voluntas* de Deus – entendido como onnipresente e absoluto, de acordo com a autoridade da igreja – deixaram de o ser. O resultado é que o sujeito passa de uma concepção em que estava submetido a uma entidade superior, de acordo com os fundamentos da religião, para uma em que tem plena liberdade para conduzir os seus desígnios. Com esta libertação do Homem das crenças e superstições religiosas – que a sua razão até então não podia ultrapassar por estar submetida à fé religiosa –, as soluções que anteriormente eram dadas pela metafísica e pelo dogma religioso, terão de ser encontradas mediante o uso das suas capacidades da razão e apoiando-se nos dados que a experiência lhe fornece. As leis universais do mundo físico passam a ser livremente encontradas pela razão, sem necessidade de o sujeito se socorrer a postulados teológicos.

Por conseguinte, o advento do secularismo com o seu cerne inicial mais focalizado no renascimento e exaltado posteriormente pelas ideias liberais que culminaram nas revoluções liberais, originou a assunção de uma diferente construção relacional entre o Homem e o divino que se instituirá como central ao pensamento moderno⁴⁵. Produzindo uma ligação interior que dispensa a interferência de uma interposta religião, fazendo surgir o advento do pensamento subjetivista⁴⁶ – da autonomia do Homem –, referindo neste particular Touraine que na modernidade emergem duas concepções confrontacionais: o racionalismo e o subjetivismo. (Touraine, 1994: p. 52ss) No início, foi tentado um equilíbrio da razão com a religião, em que mesmo pensadores como Descartes ao assinalarem a autonomia do sujeito (o “*ego*”) suportaram a autonomia do sujeito face à religião, mas ainda assim pugnando para uma conciliação entre a razão do sujeito e a própria religião. Contudo tal não foi suficiente para parar esta nova realização. Este sentido foi mesmo desvalorizado face ao próprio método cartasiano da dúvida, com este segundo a pugnar na filosofia numa concepção dualista concebida como substâncias entre o sujeito que pensa “*ego cogitans*” (coisa pensante) e a “*res extensa*” (coisa extensa). Assim, a interligação do racionalismo com a ciência foi imposta de acordo com o método científico cartesiano, passando a proceder-se a uma análise dos objetos de forma separada

⁴⁵ Frisando este ponto, Ferreira & Krohing (2015: p. 133).

⁴⁶ Próximo, Santos (1999: p. 120ss).

do seu espaço envolvente – num sentido quase que mecanicista –, para que se consiga atingir uma análise científica neutral e objetiva. Era essencial na análise científica separar para conhecer⁴⁷ (Ferreira & Krohing, 2015: p. 133-134), e foi essencial afastar os resistentes pressupostos metafísicos. Tal permitiu uma renovação da atividade científica na modernidade e depois no iluminismo, entendida como uma revolução, porque já não sendo possível justificar os acontecimentos pela intervenção metafísica, torna-se necessário construir premissas racionais fundamentadas em mecanismos lógicos que expliquem as ocorrências vividas sustentadas no método explicativo⁴⁸. (Simões, 2005: p. 290) Como assinala Touraine, porque a própria razão humana, enunciada por uma necessidade de libertação do ser humano, não pode pressupor a existência de conceitos já adquiridos, só podendo admitir como válido o que pode ser comprovado cientificamente, sob pena de se voltar às concepções pré-modernas (maioritariamente ligadas ao religioso) tidas pelos pensadores da modernidade como emanações de uma lógica irracional e antiquada. Estamos assim perante o que é descrito como uma revolução do paradigma da modernidade. (Touraine, 1994: p. 24) Que se veio instituir como um pilar caracterizador da época moderna, porque deu origem, num sentido tão radical e exponenciado, a um paradigma subjetivo transversal aos diversos campos práticos da sociedade. (Giddens, 2000: p. 27) A concepção do Homem institui-se como pedra basilar do escopo do decurso da vida e do mundo. Mas a este vai-se-lhe contrapor o mundo enquanto apreendido pelo

⁴⁷ E que se encontra como pedra basilar na sua conhecida expressão “*ego cogito, ergo sum*” (“*penso logo existo*”).

⁴⁸ A predominância atribuída à racionalidade não se limita só ao campo científico. A razão humana é defendida como um núcleo emergente das várias dimensões da sociedade. (Touraine, 1994: p. 22) A afirmação deste pensamento, como não poderia deixar de ser, teve também repercussões no direito. Num primeiro momento, a compreensão do direito natural passou por se desvincular dos paradigmas metafísicos-religiosos sobre os quais era procurado. Subsequentemente, atingiu-se um direito natural racionalista produto da razão humana, passando também as normas reguladoras das relações entre os homens a ser encontradas pela razão de acordo com a natureza imanente ao Homem. Esta evolução acabou por resultar numa crise do direito natural, e, posteriormente, a afirmação do racionalismo originou que a validade do direito natural se afirmou pela sua conversão em lei, o que abriu o caminho para a primazia do positivismo, isto é, a construção de um direito racionalmente construído pelo poder político e traduzido na lei (Simões, 2005: p. 290), assente nas construções contratualistas de Hobbes, Rousseau e Kant. Sendo de destacar no âmbito específico do direito penal as alterações proporcionadas pelo paradigma do humanitarismo que, baseado numa linha racionalista, desvinculou o direito punitivo dos axiomas religiosos que ainda então lhe eram inerentes para tutela dos valores e interesses fundamentais à vida coletiva.

seu sentido e experiência empírica, em que a razão humana deve individualizar as normas da ordem natural, na qual o próprio Homem se institui e que deve respeitar. (Touraine, 1994: p. 49) Com efeito, emerge uma razão autónoma que apresenta uma perene busca pela explicação racional do mundo no sentido das regras da natureza e da ordem natural do universo, que atinge um nível central na atuação e sentido humano, introduzindo uma nova visão e entendimento do Homem quer para si mesmo, quer para a natureza que o rodeia. Desta forma, significando a emergência na modernidade de um pensamento centrado na capacidade (e finalidade) da racionalidade de tudo conseguir desvendar, atingindo um desígnio cognoscível perfeito. Só através da racionalidade pode o Homem atingir o conhecimento verdadeiro. Passou a questionar-se o passado, numa certa linha de pensamento filosófico-científico enunciado por Descartes, emergindo um paradigma filosófico moderno, dominado pela subjetividade, que se estabeleceu como pêndulo característico da modernidade e se foi propagando até à época contemporânea. A dúvida instituiu-se como pedra basilar da linha de pensamento da modernidade, que sentiu a necessidade racional de colocar em causa os fundamentos até então predominantes, de modo a atingir a certeza sobre um determinado fenómeno. Emergindo uma construção de um raciocínio com a finalidade de explicar o conteúdo verdadeiro dos objetos, afirmando a busca por uma cognoscibilidade dos fenómenos naturais, fundada na razão, validada e comprovada no campo científico. Tudo o que não possa ser demonstrável e comprovado pelo método racionalista científico deveria ser abandonado porque corresponderia a um mero juízo de interpretação sem bases sólidas (um conhecimento entendido como vulgar⁴⁹).

Esta nova visão racionalista e da libertação da submissão das concepções anteriores, das intolerâncias, ou do jugo da escravidão, originou o surgimento de uma vincada orientação individualista no período do iluminismo. Sobremaneira existiu uma primazia da razão subjetiva face à objetiva. Enquanto esta última estabelecia uma visão mais abrangente do mundo que rodeia o sujeito, estabelecendo uma maior orientação para os fins do que para os meios, e sendo orientada para um bem estar geral. A razão subjetiva apresenta um semblante mais radical, orientada para os ganhos que o sujeito racional pode obter, em suma apresentando uma lógica que afunilou toda a realidade envolvente ao indivíduo e seus interesses. No entanto, esta é criticada por se limitar a dar relevo à lógica individual, rompendo com a tradição filosófica anterior, nomeadamente com a inicial

⁴⁹ Em sentido semelhante, Ferreira & Krohing (2015: p. 133).

conciliação estabelecida com a razão objetiva. (Horkheimer, 2015: p. 9ss) Por conseguinte, emergindo um predomínio antropocêntrico, um paradigma subjetivista, defensor de um ideal de Homem capaz de reivindicar a sua liberdade e consciente da possibilidade de orientar as suas ações de forma autónoma. Uma vinculada conceção individualista-liberal que fundamenta a sua compreensão do Direito e do Estado. Um sentido individual e liberal que se traduziu na afirmação de um conjunto de direitos naturais e que são inalienáveis, tendo o Estado por estrita responsabilidade respeitar e proteger – os seus direitos fundamentais.

No fundo, ao racionalismo moderno de procura pela explicação da ordem natural das coisas, associam-se o sistema científico como domínio prático a alcançar esse mesmo significado objetivo das coisas. Ocorre o arquétipo de um predomínio da ciência – nas palavras de Francis Bacon⁵⁰ “*scientia est propter potentiam*” – que corresponderia a uma técnica racional que pretendia e iria atingir a verdade das coisas⁵¹. Numa analogia, pode-

⁵⁰ Basta aqui exemplificar a proposta de Francis Bacon na sua obra “Nova Atlântida”, da emergência de uma sociedade baseada numa espécie de uma comunidade científica, que permitiria ao Homem um domínio absoluto do seu sentido e do mundo através da onipotência da ciência.

⁵¹ No entanto, o pensamento de predomínio da técnica como capaz de tudo desvendar e alcançar não têm em conta que o saber científico tem intrinsecamente limitações. Destaque ao contributo de Xenófanes que já no séc. VI a.C. admitia que o conhecimento humano continha limitações intrínsecas. (Osborne, 2010: p. 23) Pois, a busca pela verdade não se conseguirá traduzir numa verdade total, de âmbito universal e com fundamentos imutáveis. Primeiro, porque o estudo científico nunca se torna objetivamente neutral, pois ter-se-á de ter sempre em conta o elemento subjetivo que lhe está associado, o próprio sujeito humano – o investigador científico. (Borges, 2000: p. 24) Como refere Figueiredo Dias, não se mostra possível uma total separação entre o sujeito e o objeto. (2001: p. 592) Neste paradigma, Karl Popper considera que o homem deverá compreender as suas limitações, e os estudos científicos deverão estar sujeitos ao princípio da falsificabilidade, “(...) baseado na premissa de que as leis provenientes das teorias científicas não podem ser absolutamente confirmadas, mas podem ser falseadas”. Assim, segundo este princípio, as soluções dadas pela ciência são provisórias, só sendo aceites como corretas enquanto não forem comprovadas como falsas, mas sem que isso implique uma posição de uma extremada crítica da ciência. (Torrão, 2014: p. 233ss) Para Anselmo Borges, que se baseia em Thomas Kuhn, a evolução científica irá estruturar-se numa contínua sucessão de paradigmas, em que um paradigma, até então válido, será substituído por um atualmente considerado mais correto. Este paradigma é, igualmente, uma assunção por parte do âmbito científico de que só desta consecutiva sucessão de paradigmas se consegue uma melhor (mas não total) compreensão do fenómeno real. (Borges, 2000: p. 25) Pode assim afirmar-se que a certeza no conhecimento científico é sempre provisória. Como afirma Anthony Giddens, “a modernidade é constituída no e através do conhecimento aplicado reflexivamente, mas a equiparação do conhecimento à certeza veio a revelar-se em equívoco. Estamos desorientados num mundo totalmente constituído através

se afirmar que a ciência se instituiu como um substituto da metafísica religiosa⁵². Foi instituída a ideia que o sujeito consegue chegar, através da técnica e do sistema científico, à compreensão e assimilação de toda a realidade que o rodeia, assumindo a qualidade de algo até então limitado a uma entidade suprema. Verifica-se uma acentuada utopia científica de propagação de uma evolução do Homem para um pedestal divino, onde deixa de precisar de Deus para se assumir a si próprio como “Deus”. O que lhe permitiria modelar o mundo através da ciência, em que o progresso humano seria taxativo a constatar o exercício da sua liberdade, substituindo o Deus da modernidade que era uma mera exigência racional para explicar a existência de um mundo de acordo com os sistemas científicos exemplificativos.

Em suma, estes pressupostos da modernidade, primeiramente de libertação dos dogmas anteriores, e, posteriormente, da necessidade de validação científica do mundo natural, deram origem a esta absolutização do campo científico, onde tudo se vê remetido para uma lógica reducionista vinculada aos esquemas científicos e tecnológicos. Daí que tenham surgido várias posições doutrinárias referindo o primado do paradigma científico⁵³ (Castanheira Neves, 1979: p. 73-75), um domínio da técnica que subordinou outros domínios do saber (como a filosofia) aos teoremas da física e

do conhecimento aplicado reflexivamente, mas onde, nunca podemos ter a certeza de que qualquer dado desse conhecimento não será revisto.” (Giddens, 2000: p. 27-28) Tal origina que, como reconhece Castanheira Neves, “(...) a própria epistemologia já abandonou a pretensão de um puro conhecimento, a pretensão do conhecimento puro de existenciais opções hermenêuticas, para reconhecer agora na sua base um engagement que emerge do domínio metateórico do prático e põe sérias dúvidas à viabilidade de uma verdade que se queira traduzir na certeza do incondicional principium rationis sufficientis, seja de índole racional ou empírica, a que se dirigia o tradicional ideal da ciência.” (Castanheira Neves, 1979: p. 89) Mas esta procura pelo sentido explicativo dos fenómenos é intrínseco à sua natureza como pessoa. Nesta dimensão é-lhe inerente a faculdade de um certo progressivo caminho para uma realidade objetiva, num subsequente lógica de questionamento contínuo, isto é, de se colocar em causa as realidades que o rodeiam. Pode-se afirmar que o sujeito humano é um ser destinado a uma constante procura pela explicação de todos os fenómenos que o rodeiam.

⁵² Segundo Horkheimer, surge uma “(...) glorificação de metodologia científica como definição última da verdade”. (2015: p. 83). Igualmente. (Giddens, 2000: p. 33-34) Beck refere a emergência de uma “*fé no progresso*”, como princípio basilar do pensamento moderno. (Beck, 2017: p. 82) Touraine vai no mesmo sentido, sendo crítico desta relação estabelecida na modernidade, num sentido evolucionista, entre o afastar da religião pela emergência da ciência. O autor francês refere que o pensamento moderno se institui por uma diferenciação mais pronunciada entre a natureza e o sujeito. (Touraine, 1994: p. 75)

⁵³ Em sentido concordante, Brahami (2010: p. 328-329).

matemática – num claro monopólio do domínio do pensamento –, que passaram a ser entendidos como base da ciência, e esta como a base da sociedade. (Horkheimer, 2015: p. 69ss) A ciência – e, posteriormente, o impulso e interligação para o domínio da tecnologia – tornou-se onipotente e dominante, originando o controlo da dimensão do sentido do Homem. Nesta conceção, a natureza torna-se um objeto, com a sua materialização a ser dada pelo dogma científico. Só que esta projeção do Homem e da ciência, também converte o primeiro como um objeto da segunda. Porque para a ciência todo o espaço envolvente (incluindo o próprio Homem) é objeto de estudo⁵⁴. (Castanheira Neves, 2012: p. 8)

Esse enquadramento do poder ocidental para compreender e dominar através do potencial da razão parte assim da afirmação do *cogito* e traduz-se no domínio dos objetos e da natureza. O pensamento racionalista passa a abordar a natureza num sentido totalizador, ocorrendo uma redução de toda a realidade envolvente a um mero instrumento do sujeito. Sendo que esta potencialização da razão humana, alicerçada na índole subjetivista e antropocêntrica representando um ideal de sujeito com capacidade de reivindicar a sua liberdade e de orientar autonomamente as suas ações – constituindo uma parte integrante da herança epistemológica da modernidade –, é, na atualidade, criticada por ter subvertido a racionalidade objetiva que parte da busca pela explicação racional do mundo – explicando as coisas existentes no mundo – e centrada nos fins, por uma razão subjetiva centrada nos meios e em que emana uma eficácia instrumental e utilitária sobre a natureza. (Horkheimer, 2015: p. 9ss) Face a este cenário, critica-se o surgimento de uma razão instrumental calculadora – uma designada *ratio calculatrix*⁵⁵ –, caracterizada por uma técnica assente numa lógica racionalista de domínio e de poder do Homem face ao mundo natural que o rodeia, sustentando-se numa certa “mecanização” da natureza. Em que a racionalidade subjetivista resultou no esvaziamento do sentido e

⁵⁴ Facto que para Brahim se situa no séc. XVIII. (2010: p. 322)

⁵⁵ Como destaca Hespanha, “num mercado volátil, em contínuo e rápido movimento, os objetivos são as vantagens a curto prazo, já que a médio e longo prazo se tornam imprevisíveis e, por isso, aleatórios, isto quer dizer que a regra passa a ser exploração ilimitada da conjuntura, maximizando as suas vantagens para cada um dos seus agentes e exonerando-o das responsabilidades para com os outros.” (2012: p. 15) E que no fim não é mais do que uma instrumentalização dominante por parte da razão subjetiva.

eticidade valorativa da sociedade⁵⁶, passando a emergir um sujeito com um domínio ilimitado sobre a natureza circundante. Esta valoração da razão instrumental, da ciência e técnica como o conhecimento por excelência e com a faculdade de atingir uma verdade cognoscível sobre os objetos que decompõe o mundo, originou uma transformação acelerada da sociedade para um âmbito massivamente industrial e tecnológico, interligando-se com o domínio económico, e estabelecendo-se como núcleo da sociedade⁵⁷.

Segundo esta perspectiva estrutural, a natureza passou a instrumentalizar-se como um objeto para o Homem, face à sua natureza totalitária em que é decomposta e vertida numa irrestrita liberdade de cunho individual, já libertado das “amarras” que o submetiam a posições tidas por incognoscíveis. A extrema racionalização técnica introduziu assim uma quebra com o pensamento racionalista precedente (Pereira, 1996: p. 6-7), abrindo a porta para um sentido que perdurará na tecnologia moderna. Nesta perspectiva, Anselmo de Borges refere que “(...) o homem agora é sujeito, senhor e proprietário absoluto do mundo”, o que permitiu a origem de uma “(...) razão técnico-instrumental coisificadora, orientada essencialmente pelo interesse de domínio”. E que se caracteriza por corresponder a uma “(...) uma lógica sem fins (*Zweckrationalität*, segundo Max Weber), desemboca numa sociedade cibernética e burocratizada”. (Borges, 2000: p. 14-15)

Boaventura Sousa Santos, referido por Torrão, imputa esta lógica subjetivista com o advento do *novus* do sistema científico da modernidade no séc. XVI no campo das ciências naturais, e já no séc. XIX estendido à área das ciências sociais, descrevendo-o epistemologicamente como um paradigma de semblante ocidental de uma racionalidade científica com sentido dominante, mas de rutura com as conceções antecedentes, e que rejeita outras formas de compreensão que não se compagine com os pressupostos característicos que considera como válidos do conhecimento. (Torrão, 2014: p. 227) No entanto, tal como defende Anselmo de Borges (diferindo da linha seguida por Jürgen

⁵⁶ Como refere Horkheimer, “*nada, nem sequer o bem-estar material, que alegadamente substituiu a salvação da alma como a suprema finalidade do homem, tem valor em si e para si; enquanto tal, nenhum objeto é melhor do que outro*”. (2015: p. 49)

⁵⁷ Diversos autores reconhecem que a primazia assumida pela ciência com reflexos ao nível da afirmação da lógica económica. (Castanheira Neves, 2012: p. 8; Santos, 1999: p. 34) Destacando este último autor que o subjetivismo acabou por aliar-se ao princípio do mercado (Adam Smith) e a defesa da propriedade individual (John Locke), criando a emergência do Estado liberal como forma de regular o desiderato comunitário. (Santos, 1999: p. 34)

Habermas), e na esteira de Enrique Dussel, numa análise histórica do surgimento do paradigma da subjetividade, é defendido que o mesmo antecede os próprios momentos históricos fundamentais da modernidade – como as reformas protestantes ou a revolução francesa, como salienta Jürgen Habermas –, e encontra sim o seu fundamento histórico com o início das descobertas marítimas do séc. XV e as consequentes conquistas de novos territórios que criaram os domínios coloniais europeus (ou seja, alguns autores remetem para um domínio ainda antecedente). Refere o mesmo autor, que *“o ego conquiro de 1492 é decisivo para a constituição da subjectividade moderna, que Descartes exprimiu definitivamente como ego cogito no século XVII. A razão moderna é assim anuladora do outro como diferença ineliminável, e eurocêntrica, como podemos ler nas Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte, de Hengel”*. (Borges, 2000: p. 16) No sentido de um domínio total, não só da natureza mas também do próprio ser enquanto entendido como “outro” – na lógica de pensamento de orientação eurocentrista construído por Hegel –, num sentido de afirmação europeu e, posteriormente, ocidental. E que, subsequentemente, teve acolhimento por diversos autores iluministas, em que se partiu *“(…) de uma enfatuada e arrogante tentação de reduzir todo o real à compreensão racional humana e que conduziu a pespetivas filosófico-políticas fundadas num dialético sentido da História (Historicismo) – quer pela via do desenvolvimento do espírito do mundo (o Zeitgeist de Hegel), quer pela vereda de um materialismo dialético transformador do mundo (Marx) (...)”*. (Torrão, 2014: p. 238)

É de reconhecer que o paradigma moderno tem na sua génese um conjunto pluridimensional de referências que constituem substratos fundamentais com um sentido regulatório e emancipatório que se articulam como elementos fundamentais na modernidade. Desde logo, *“(…) é constituído pelo princípio do Estado, cuja articulação se deve principalmente a Hobbes; pelo princípio do mercado, dominante sobretudo na obra de Locke; e pelo princípio da comunidade, cuja formulação domina toda a filosofia política de Rosseau. Por sua vez, o pilar da emancipação é constituído por três lógicas de racionalidade: a racionalidade estético-expressiva da arte e da literatura; a racionalidade moral-prática da ética e do direito; e a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica.”* (Santos, 1999: p. 71) Não podemos manifestamente entrar em análises de pormenor relativamente a cada um destes

princípios⁵⁸, só se devendo destacar o que se mostra fundamental para a nossa análise, ou seja a conjugação do princípio de mercado e da racionalidade instrumental. Em que o sentido individualista afirmado por Locke (encontrado na génese do princípio de mercado) acaba por se conceber como primário para o advento da técnica instrumental.

Esta ligação é evidenciada pela escola filosófica de Frankfurt, referindo esses autores que a razão instrumental surgida do iluminismo encontra-se correlacionada com o domínio económico. Em virtude do racionalismo ter promovido o desenvolvimento económico e se ter transformado numa técnica assente num pensamento calculista numa lógica de natureza economicista, isto é, de redução dos objetos a um sentido e valoração lucrativa, uma articulação com os meios, e pela sua natureza de progressiva busca por uma generalizada inovação e calculismo materialista. Em que no domínio do pensamento vigente da razão calculadora, os proveitos económicos e a procura do lucro, se elevam a valores centrais no desiderato social. Este é o pensamento crítico seguido por Horkheimer e Adorno (ambos membros desta escola), referindo uma formatação quanto à realidade e formas culturais, que provoca uma deterioração do espectro da razão imbutida no mundo pela assunção de domínio da razão subjetiva com destaque para o já referido domínio técnico e industrial, e que resulta numa degradação valorativa da sociedade. Para estes autores, a razão instrumental apropriou-se do pensamento científico como meio de domínio prático da natureza e do próprio sujeito. Neste prisma, os diversos autores que seguem esta linha crítica, entendem que a racionalidade se reduziu a um sentido instrumental concentrado numa técnica incorporada para obtenção de certos desideratos, que, muitas vezes, se afastam dos próprios critérios da racionalidade conforme afirmados pelos filósofos da modernidade e que resulta de uma primazia da dimensão consumista no espectro social (vocacionada para um industrialismo excessivo que formaliza a lógica envolvente). Como refere Horkheimer, *“a total transformação de toda e qualquer esfera do ser num campo de meios conduz à liquidação do sujeito, que deveria servir-se deles. Isto confere à moderna sociedade industrialista o seu aspecto nihilista. A subjetivação, que exalta o sujeito, vota-o também à perdição.”* (Horkheimer, 2015: p. 104)

Neste particular, dentro da linha de pensamento crítica defendida por diversos autores próximos do pensamento marxista – assumindo uma postura crítica da modernidade e defendendo a superação da lógica capitalista –, entende o capitalismo

⁵⁸ Sobre os alicerces que estabelecem este paradigma ver mais detalhadamente: Santos (1999: p. 70ss).

como a força primária motriz para a transformação rápida das instituições para aquele semblante moderno. Considerando a sociedade como assente numa ordem capitalista, e de onde emana uma lógica lucrativa que caracteriza a modernidade (defendendo uma posição que pretende superar a lógica capitalista). Já Durkheim e Weber são críticos da condição do capitalismo como este factor transformador decisivo. Para Durkheim o industrialismo assume primazia neste campo, principalmente decorrente da sua capacidade de organização operária e de exploração económica da natureza (partindo do sentido da consciência coletiva). Weber aproxima-se desta posição, embora se referindo à lógica capitalista, apresenta uma distinção com a linha marxista, destacando uma natureza racionalista decorrente do capitalismo, que se traduz numa burocratização do processo económico e que se aplica na modernidade. Porém, Anthony Giddens, considera a proposta de Weber como redutora, e destaca em termos económicos, quer o capitalismo, quer o industrialismo, como pêndulos transformadores para o âmbito da vida moderna, o primitivo numa primeira fase, e, posteriormente, mas alicerçado nas características capitalistas, o industrialismo conjugado com a fomentação do campo científico e tecnológico⁵⁹. (Giddens, 2000: p. 8, 42-43, 97-98)

Em suma, o pensamento crítico vem afirmando que, numa primeira fase, esta razão calculadora foi instrumental para o surgimento e difusão do capitalismo, e, posteriormente, já na segunda metade do séc. XX, para a sua exponenciação até ao limite assente no paradigma das ideias neoliberais globais e das suas consequências globais – referidos no ponto anterior (cfr. 1.1) –, relacionando-se a mesma com o substrato dos pressupostos da atual situação mundial e, essencialmente para o que aqui nos interessa, a lógica do *homo oeconomicus*. (Torrão, 2014: p. 230) Relacionando-se esta *ratio calculatrix* de sentido totalitário, com base numa análise de natureza dialética de uma lógica instrumental de custo/benefício e do domínio absoluto sobre o mundo natural, em que a própria natureza é instrumentalizada e reduzida a um registo económico, com o pensamento calculista que também se encontra no núcleo do atual pensamento económico⁶⁰. Refere-se que as ideias liberais afirmadas com as revoluções burguesas – com destaque para a revolução gloriosa inglesa, mas principalmente a mais marcante

⁵⁹ Destaca, igualmente, já não em termos económicos, mas políticos a influência que o Estado-nação teve para a afirmação da modernidade. (Giddens, 2000: p.44)

⁶⁰ Referindo Eduardo Sanz de Oliveira e Silva, que a razão calculadora defende um sentido de projeção sucedânea sem limitações, onde a relevância é dada ao presente. (Oliveira e Silva, 2005: p. 259)

revolução francesa –, permitiram a assunção do poder pela burguesia, em detrimento da classe da nobreza até então predominante. Conforme refere Fernando Torrão, “(...) *nesta visão das coisas lança-se uma forte crítica sobre o liberalismo iluminista na sua dimensão económica para o acusar de se constituir como instrumento de dominação dos burgueses – e, um pouco mais tarde, dos capitalistas – que manipulam concepções filosóficas e políticas para adequar os seres humanos aos seus projetos*”. (Torrão, 2014: p. 230) Uma visão que refere a redução do substrato moderno filosófico-político no séc. XIX ao princípio económico do *laissez faire, laissez passer* passando o mercado e a sua lógica a assumir uma importância central⁶¹. (Santos, 1999: p. 74) Estabelecendo que esta estruturação do pensamento económico em conjunto com o posterior advento da revolução industrial e da exaltação dos interesses individuais do Homem, muitas vezes numa lógica desligada do contexto envolvente, originou o surgimento de um novo modelo económico, o capitalismo, que se vai desenvolver e consolidar como modelo económico europeu e, posteriormente, mundial. Aqui connexionando o individualismo moderno, com o seu antecedente filosófico em Locke, que destaca a liberdade que o indivíduo deve possuir com a conjugação de limitação do poder político e social, e, nesse particular, a necessidade de defesa do direito de propriedade (a conjugação do liberalismo político e económico). Como tal, de acordo com estas posições, afirmar-se que só com a liberdade, na qual emerge o direito de propriedade como o mais relevante (uma liberdade económica), poderá o ser humano alcançar a sua felicidade remetendo uma limitação aos poderes políticos. Neste prisma é de destacar o pensamento da escola fisiocrática francesa, afirmando a existência de uma ordem económica natural que comandava o domínio económico⁶², em que a economia seria dirigida de acordo com leis naturais que se mostravam como inalteráveis. Resultando que o desenvolvimento económico é decorrente da iniciativa privada através de uma total liberdade da ação dos sujeitos económicos, desse modo se atingindo uma harmonia entre os interesses individuais e coletivos, que permita garantir o desenvolvimento económico⁶³, neste sentido emergindo então a celebre expressão económica desta escola: *laissez faire, laissez passer* representativa desta visão. E a escola clássica inglesa, que teve em Adam Smith o seu

⁶¹ Importância que se viu fomentada pela doutrina neoliberal. (Santos, 1999: p. 79)

⁶² Destacando a importância da agricultura como o eixo nuclear da produção da atividade económica criadora da riqueza.

⁶³ Considerando como únicas tarefas do Estado a defesa do território e administração da justiça.

exponente máximo, possuindo uma orientação mais ampla da atividade económica, e defendendo a iniciativa privada e a livre concorrência, sustentada na procura do lucro, mantendo algumas das linhas próximas do pensamento fisiocrático – como a existência da ordem natural da economia e contra a intervenção estadual –, no entanto, dotando-as de um entendimento relativamente diferenciado, considerando que a ordem natural da economia é decorrente dos comportamentos adotados pelos indivíduos através de uma procura do seu bem estar pessoal através do lucro, indo os êxitos individuais conduzir depois à realização do interesse coletivo da sociedade – remetendo aqui para o já aludido conceito económico da “mão invisível” do autor clássico inglês que assegura o equilíbrio e o bem estar coletivo –, não devendo o Estado intervir no setor da economia sob pena de subverter o desenvolvimento económico⁶⁴. Rompendo com o anterior modelo económico mercantilista baseado em políticas protecionistas e numa forte intervenção do Estado na economia, numa lógica de obtenção de riqueza através da acumulação de metais preciosos (primeiramente afirmado pelo bulionismo).

Porém, este sentido crítico que vemos enunciado não é admitido sem objeções, existe também quem defenda que não se poderá inferir de forma direta e explícita a ligação entre o paradigma instrumental moderno e a condição do atual projeto de exaltação crítica capitalista neoliberal. Para Alain Touraine, a lógica de procura incessante do poder e do lucro do capitalismo, introduziu uma quebra com o pensamento racionalista inicialmente enunciado pelos filósofos da modernidade, originando a instituição da razão instrumental como imbutida no cerne deste pensamento económico. Assim, este autor procede a uma distinção entre a modernidade assente no racionalismo tradicional (tal como idealizado pelos seus autores), e a modernização que a sucede, já com génese na revolução francesa, e à qual liga às características da razão calculadora. Portanto, considera que o advento do capitalismo e do industrialismo são fenómenos já imputados no espectro da modernização, sem, no entanto, reduzir a vivência em sociedade só à dimensão da razão calculadora. (Touraine, 1994: p. 156-157, 164ss)

Num sentido aproximado encontramos Boaventura Sousa Santos, que distingue os dois momentos. Desde logo, primeiramente, porque o paradigma moderno se estabeleceu entre os séc. XVI e finais do séc. XVIII, antes do capitalismo ter emergido como o modo de produção predominante nos atuais designados países centrais. (Santos, 1999: p. 72) Nas palavras do autor, “o paradigma da modernidade constituiu-se antes de o modo de

⁶⁴ Destacando estas linhas de pensamento, Maquieira (1999: p. 461).

produção capitalista se ter tornado dominante e extinguir-se-á antes de este último deixar de ser dominante”. (Santos, 1999: p. 70) Referindo, igualmente, que o sistema económico emergente do paradigma moderno não previa necessariamente que o mesmo fosse o capitalismo⁶⁵, considerando que o próprio modo de produção socialista-marxista⁶⁶ também se pode enquadrar como substância económica da modernidade. Até porque, na perspetiva do autor, mesmo o próprio desenvolvimento do capitalismo ocorreu por vezes desconectado dos pressupostos fundamentais da modernidade, nas palavras do mesmo, o capitalismo “(...) *progrediu em condições que, na perpetiva do paradigma da modernidade, seriam sem dúvida consideradas pré-modernas ou mesmo anti-modernas*”⁶⁷. (Boaventura Sousa Santos, 2002, como referido em Torrão, 2014: p. 231) Embora conclua que os dois fenómenos acabaram por se conexionar, indo a ciência moderna – defendida como o meio por excelência de um progresso contínuo e sobre o qual devia incidir o desiderato social – interligar-se ao modelo capitalista e conceber-se de acordo com o espectro deste último. (Santos, 1999: p. 34)

Porém, como assinala Torrão, também deve ser destacada a importância que teve o advento do pensamento religioso puritano calvinista, assente numa lógica utilitarista como identificado por Max Weber, na emergência do modelo económico capitalista⁶⁸.

⁶⁵ Para Anselmo Borges o capitalismo encontra as suas raízes no paradigma moderno, nomeadamente, nos pressupostos do individualismo. (Borges, 2000: p. 18)

⁶⁶ Também Marx possuía uma elevada fé no progressivo desenvolvimento da ciência e nos resultados que a mesma podia produzir no contexto social. (Santos, 1999: p. 35)

⁶⁷ Segundo o autor, “*a lógica concentracionária e exclusivista da modernização torna possível negar os valores fundamentais da modernidade através de processos de racionalização legitimados em função da afirmação desses valores e accionados pretensamente ao seu serviço*”. (Santos, 1999: p. 82)

⁶⁸ Para Alain Touraine, a influência do pensamento calvinista não é tão pronunciada como o afirmado pela análise de Max Weber, referindo que o pensamento de autor alemão resulta de uma dimensão específica do capitalismo. (1994: p. 41) Exemplificando, que o capitalismo se expandiu primeiro nos países de maioria católica – estados italianos e a região da Flandres –, e, por outro lado, os de maioria calvinista levaram mais tempo a desenvolverem-se economicamente. O autor refere que mesmo no caso da Escócia e dos Estados Unidos da América, no século XVII, o paradigma calvinista não tinha o domínio evidenciado por Weber, porque se viu secundado face a um maior surgimento de um pensamento secularista. Concluindo que “*(...) aquilo que Weber procura compreender é, antes, um tipo particular e extremo de actividade económica: não o comerciante ou o industrial moderno, mas o capitalista propriamente dito, aquele que está inteiramente submerso na actividade económica e cuja capacidade de investimento depende da sua poupança pessoal, que não é atraído nem pelas especulações nem pelo luxo e que usa os bens do mundo como se os não usasse, segundo a fórmula de São Paulo*”. (Touraine, 1994: p. 39)

Esta doutrina veio afirmar que o êxito económico, nomeadamente, a acumulação de receitas eram uma benção divina (Torrão, 2014: p. 231), produzindo uma fratura com o anterior pensamento predominante da doutrina católica que considerava esta acumulação de receitas como pecado. (Simões, 2005: p. 292, nota 18) Porém, como bem concretiza Fernando Torrão, também aqui, na sua génese se podem encontrar os pressupostos da razão calculadora. *“Trata-se, portanto, de uma lógica que não andará longe de um qualquer aforismo assente na ideia de que, através de desígnios divinos, «a virtude compensa», conjugando-se, assim, na perfeição a ética protestante e o espírito do capitalismo dentro de um moralismo calculista.”* (Torrão, 2014: p. 232)

Em termos de rigor, concordamos com Anthony Giddens, quando refere que o paradigma moderno beneficiou do cruzamento de todos estes domínios (Giddens, 2000: p. 8-9), porque mesmo que não se considere que a razão instrumental da modernidade apresente uma correlação e nexos diretos com o atual pêndulo económico, a verdade é que todos estas dimensões introduziram diversas camadas materiais – um elemento material num claro sentido evolutivo histórico do modelo de produção capitalista e da sua emergência como modelo económico mundial. O individualismo político, afirmado nos finais do séc. XVIII, mas com maior relevância no séc. XIX, sustentado na existência de direitos naturais e inalienáveis do ser humano que o Estado deve salvaguardar, permitiu o favorecimento da edificação no condicionalismo histórico do direito de liberdade nas suas várias modalidades (política ou religiosa) na qual se destaca a liberdade económica dos indivíduos e que originou a afirmação mais ampla do liberalismo económico. Foi esta ação que permitiu a associação entre o liberalismo político e económico.

Para Castanheira Neves este predomínio na sociedade pela lógica económica e materialista é o resultado de um esvaziamento do Homem das suas referências axiológicas, quase numa óptica em que o mesmo se encontra perante uma “travessia de um deserto limitado de ideias”, ou seja uma lógica sem sentido. Em que este vácuo axiológico se viu preenchido por uma cultura de subserviência a um (exponenciado) pensamento direcionado para uma sociedade consumista e do progresso exacerbado da tecno-ciência⁶⁹. (Castanheira Neves, 2012: p. 2) Uma linha de esvaziamento de sentido,

⁶⁹ No entanto, considera o autor, que nem sempre foi assim. Que no período subsequente à segunda guerra mundial, em consequência do desastre e resultados catastróficos, surgiu o desenho de uma abertura para um novo caminho. Só que esta idealização acabou por não se verificar, tendo sido posteriormente ultrapassada. (Castanheira Neves, 2012: p. 2)

que vem sendo identificado por diversos autores, como estando embutida no cerne do próprio paradigma iluminista, porque a defesa da libertação do Homem (e da sua razão humana), possibilita que os dados do conhecimento são sempre relativos, pois, como já vimos, não se pode alcançar um conhecimento que se mostra como infalível, uma vez que pode sempre ser substituído por outro que se mostre mais válido. (Giddens, 2000: p. 34) Para o autor conimbricense, esta perda é decorrente da desvinculação do pensamento religioso judaico-cristão que lhe era subjacente; e da matriz cultural e ética da sociedade, que se vê ultrapassada em detrimento do pensamento de um sentido de liberdade exponenciado até a sua expressão máxima, acabando por decair para um sentido libertário – no que podemos acrescentar, constituindo quase um anarquismo axiológico ou com características hedonistas. Perante esta ausência de um sistema referencial, acaba se individualizar a emergência na sociedade de dois núcleos interligados que assumem a proponderância: a techno-ciência e o campo económico. A primeira correspondendo a uma absoluta objetivação da vida de acordo com o dogma técnico-científico, a segunda correspondendo ao predomínio da lógica económica e materialista na atuação humana na sociedade. (Castanheira Neves, 2012: p. 2-3)

Porque a manifestação da primazia do princípio da subjetividade, numa análise atenta e ponderada, afirmou-se como decorrente da necessidade de romper com as conceções até então assumidas como conexas com a autoridade prevalecente, em detrimento de uma afirmação racional da construção de um pensamento explicativo dos fenómenos humanos e naturais. Só que este predomínio subjetivista de rompimento com o paradigma anterior acabou por originar um esvaziamento das então referências valorativas do ser humano. Como refere Castanheira Neves, a razão moderna e todas as manifestações que na mesma linha se seguiram, conduziu “(...) *a morte de Deus (Nietzsche) e assim da referência de sentido e fundamentante à Transcendência; a morte da história, a significar quer o termo da criação da novidade e da abertura de futuro (Fukuyama) quer da responsabilidade que viria do seu vínculo imanente (Perry Anderson); a morte da consciência na sua explicativa redução bio-psicológica (Freud) a morte do próprio homem (M. Foucault) com os ilusórios valores do “humanismo” em que humanamente se realizaria.*” Um conjunto de mortes que, tal como o autor, consideramos ter como móbil a obtenção de liberdade⁷⁰ – no sentido de afirmação da

⁷⁰ Contudo, esta é uma liberdade que não se poderá instituir como assimilação de fundamentos niilistas, uma liberdade sem sentido, nem uma autonomia individual ilimitada, “(...) pois o homem só o é

lógica de libertação do Homem moderno –, e que se deve afirmar como um foco polarizador da sociedade. (Castanheira Neves, 2012: p. 9) E é esta afirmação da liberdade que Alain Touraine entende como sendo desvalorizada nas análises críticas que são dirigidas à modernidade⁷¹, considerando que a afirmação do sujeito é igualmente uma consequência que pode ser imputada ao pensamento moderno – embora esta ideia de sujeito livre venha a ser confrontada pelos propósitos da razão calculadora, e desvalorizada face a um indivíduo mais preocupado na obtenção de proveitos materiais. Este sujeito caracteriza-se pela sua liberdade enquanto ser liberto de constrangimentos de índole religiosa ou moral. Mas pela remoção valorativa conferida pela razão subjetiva para um espaço secundário, permite emergir a lógica de mercado e de consumo assente na razão calculadora. Ao afirmar-se o sujeito qualitativamente como tal está-se a desvincular do pensamento reducionista que institui o indivíduo como subordinado a uma exasperante sociedade de consumo. A própria liberdade de que o Homem possui e que o define, impossibilita que o mesmo seja constituído como um meio, mas sim como um fim em si mesmo, invocando-se aqui a comparação com a ética kantiana. O autor francês esclarece assim que a sociedade atual não deve ser só dimensionalmente caracterizada pelo surgimento da razão instrumental (que é uma definição atribuída ao modernismo), mas também pela afirmação da subjetividade, que se deverão constituir como integrante no contexto da mesma. (Touraine, 1994: p. 244, 262, 310, 434)

Com efeito, o que é inegável é que a razão calculadora, nas suas premissas mais radicais, foi absorvida pelo capitalismo neoliberal. Esta forma de pensar originou a aplicação de uma lógica utilitarista de um exarcebado custo/benefício em termos

na sua existência, no ser e na história, pelo transcender-se a algo convocante com que dialogue na procura de responder às perguntas fundamentais. (...) Também aqui estamos perante uma “dialética negativa” de exigências fundamentais. E creio que as encontramos na polaridade liberdade e sentido – a querer dizer que a liberdade não a podemos compreender hoje como a mera disponibilidade de um vazio residual e redutor que como tal nos anulasse, mas como a abertura convocada e responsabilizada por referências transcendentais que nos realizem na nossa humanidade. Pela proclamação das mortes referidas, e seja ou não fundada essa proclamação, não se pretenderá que regressemos radicalmente a nós para aí ficarmos vazios e sim para nos abirmos sem obstáculos à possibilidade dessa nossa realização.” (Castanheira Neves, 2012: p. 8-9) É esta a intenção final da valoração do ideal da liberdade, em que também emana – sem a limitar – um sentido de responsabilidade, como iremos ver mais à frente.

⁷¹ Que entende ser apenas uma “*modernidade limitada*”, porque a correspondência do período histórico destacado como moderno só se verificou efetivamente quanto a uma parte determinada. (Touraine, 1994: p. 433)

económicos, de respaldo aglutinador e expansivo da natureza, com o objetivo último de atingir a maximização do lucro⁷² e ancorada num progressivo desenvolvimento da técnica científica e tecnológica, apresentada como tendo uma capacidade ilimitada. Este pensamento racionalista vê-se identificado como emergente do reconhecimento que a preponderância dada à ciência pelo paradigma moderno fracassou e apresenta-se como uma fonte de problemas⁷³. Em que este paradigma se connexionou com o sistema capitalista, levando a uma exasperação da modernidade a esta lógica, em que o progresso científico foi transformado para um sentido de obtenção materialista. (Santos, 1999: p. 34)

Perante toda esta caracterização dos pressupostos societários, naturalmente que a literatura crítica dá o passo seguinte e entende a necessidade de substituição do paradigma moderno por outro. As críticas dirigidas ao racionalismo moderno tem vindo a ser caracterizadas por ter um espectro bastante amplo e não ainda devidamente balizado. O que tem vindo a conferir aos tempos atuais a terminologia e o sentido de “pós-modernidade”⁷⁴. Designação que pretende significar o rompimento com o paradigma assumido pela modernidade. Esta posição vai defender a necessidade de ab-rogação da razão calculadora moderna de pêndulo dominador e absoluto, “(...) *no sentido da Aufhebung hegeliana: afirmada, negada, superada (suprassumida)*.”⁷⁵ (Borges, 2000: p.

⁷² A busca pela apresentação de enormes resultados económicos lucrativos é tanta, que, muitas vezes, acarretam uma desvalorização dos meios de apuramento da origem de determinados capitais, originado que exista uma introdução de proveitos com origem criminosa para maximizar esses ganhos. Uma matéria que desenvolveremos na parte II deste estudo.

⁷³ Salientado este ponto, Boaventura Sousa Santos refere que os valores da modernidade se encontram desconectados da realização prática da vida quotidiana. Aludindo ao pensamento de Kar-Otto Opel de que o elevado sentido individualista do paradigma moderno conduziu a uma inação de um apuramento da responsabilidade por fenómenos com um sentido mais abrangente (v.g. danos ecológicos). Em virtude da dificuldade de se individualizar essa responsabilidade. (Santos, 1999: p. 82)

⁷⁴ Boaventura Sousa Santos assume que a terminologia da pós-modernidade não se mostra como a mais acertada. Contudo, na falta de uma designação melhor acaba por anuir à sua utilização. (Santos, 1999: p. 70) Castanheira Neves identifica os problemas da sociedade pós-moderna como assente em dois espectros: “(...) *o problema metafísico e o problema prático – o problema do sentido do mundo na sua existência e para a nossa existência e o problema do sentido do encontro do homem com os outros homens também no mundo*”. (Castanheira Neves, 2012: p. 3)

⁷⁵ Também aqui encontramos autores que seguem a corrente de pensamento de superação da razão moderna radicada na razão calculadora, tais como Anselmo de Borges (2000: p. 21), Pedro Simões (2005: p. 307), Anabela Miranda Rodrigues (2005: p. 37) e Figueiredo Dias seguindo aqui a posição de

21) Este cenário, tem permitido consolidar uma posição que se assuma como uma conceção alternativa sustentada numa reflexão valorativa e prática que permita libertar das amarras do pensamento da *ratio calculatrix*.

Em relação a este pensamento pós-moderno de superação dos pressupostos da razão calculadora, destaca Fernando Torrão, o qual secundamos, que não se deverá cair numa construção narrativa em que o sentido se traduza num arritmo negativista de pendor fraturador que resulte num sentido holístico. Um ponto de vista basicamente reduzido numa atitude crítica face aos pressupostos da modernidade, por vezes correspondendo a uma base indeterminada e sem preocupação para apresentar um sustentáculo alternativo como forma de superar os defeitos apresentados, sob pena de se abrir o caminho para uma sociedade de cunho totalitário e de negação da própria pessoa humana enquanto sujeito ético. O autor apresenta, como exemplo comparativo, um mero raciocínio hipotético de recusa da racionalidade económica por parte de uma sociedade – citando neste particular Francis Fukuyama –, que desembocaria numa elevada degradação do nível de vida dos respetivos cidadãos, que teriam de prescindir de o seu próprio bem estar material para atingir o afastamento daquele racionalismo económico. Uma conceção mais radical neste sentido, levaria a sociedade a regredir para um cunho predominantemente agrário – de reduzida pujança económica, podemos acrescentar –, quase que acarretando o surgimento de um nova época medieval. (Torrão, 2014: p. 239-240) Até porque a afirmação da modernidade surgiu essencialmente como paradigma de rompimento com o dogma religioso dominador na sociedade – a libertação moral e religiosa do Homem –, e não tanto como caracterização para vigorar no futuro.

Nesse sentido, encontramos autores como Touraine (1994: p. 176), Beck (2002: p. 17), e Fernando Torrão (2014: p. 241), que criticam o discurso “pós-moderno” que advoga o acontecimento de uma época superadora dos ideais da modernidade. Para o autor francês o pensamento pós-moderno assenta numa visão reduzida do espectro da modernização e do mundo, ao reduzi-los à dimensão técnica da razão subjetiva, e ao aclamar pelo regresso a um racionalismo objetivo. (Touraine, 1994: p. 179, 190) Aqui também se destacando Habermas, que crítica a incoerência entre o defendido pelo pensamento pós-moderno que ataca, por um lado, a razão moderna e, por outro, não pretende apresentar uma conceção que se constitua como uma efetiva alternativa. Em

Stratenwerth (2001: p. 591), embora não se possa enquadrar estas posições na complexidade mais vasta do pensamento “pós-moderno”.

sentido convergente encontramos Paulo de Sousa Mendes, defendendo que não se poderá advogar um estado subsequente ao da modernidade porque ainda nos encontramos dentro do quadro da modernidade, ou seja o que se iniciou foi sim uma nova forma de modernidade⁷⁶. (Torrão, 2014: p. 241-242) Mais paradigmático apresenta-se Beck, que considera não estarmos perante numa realidade pós-moderna, mas, verdadeiramente, perante uma sociedade “*mais-moderna*”. (Beck, 2016: p. 111) Ou seja, um sentido de evolução, mas que ainda se enquadra no fenómeno da modernidade.

Esta inexistência de um pensamento coerente alternativo, tem conduzido ao surgimento de um elevado relativismo, o que inevitavelmente originará um estado de permanente dúvida num subsequente extenso mar de indeterminação (Giddens, 2000: p. 32), e numa perente afirmação de uma configuração subjetiva (numa época de

⁷⁶ Num sentido similar encontramos ainda Diego Bermejo e Fredric Jamenson, defendendo que a modernidade não foi ainda superada. Focando na posição do segundo autor, este considera que o pensamento “pós-moderno” é meramente uma resposta de contraposição face aos próprios paradigmas da modernidade, enquadrando-se assim dentro do âmbito desta, não pretendendo ser uma alternativa sustentável. (Torrão, 2014: p. 242) Também podemos referir a posição de Fernandes, considerando que ainda não se progrediu para um estado totalmente superador da sociedade industrial, mas sim que houveram alterações nos pressupostos da mesma, sem que, no entanto, tenha ocorrido uma rutura que permita designar esta era como subsequente à da modernidade. (Fernandes, 2001: p. 51-52, nota 44) Seguindo uma conceção similar, Anthony Giddens refere que “*a ruptura com as perspectivas providenciais da história, a dissolução do fundacionismo, juntamente com o surgimento do pensamento contrafactual orientado para o futuro e do “esvaziamento” do progresso pela mudança contínua, são tão diferentes das perspectivas nucleares do iluminismo que justificam o ponto de vista de que ocorreram transições de grande alcance. Contudo, designar estas questões como pós-modernismo é um erro que estorva uma compreensão exacta da sua natureza e implicações. As disjunções que tiveram lugar deviam antes de ser vistas como resultantes da autoclarificação do pensamento moderno, à medida que os restos da tradição e dos pontos de vista providenciais vão sendo removidos. Não avançamos para além da modernidade, mas estamos a viver precisamente uma fase da sua radicalização*”. (Giddens, 2000: p. 35) Considera, no entanto, a possibilidade de se poder construir um caminho na linha de um quadro superador da modernidade e, como tal, que se institua como “pós-moderno”. Neste particular destaca quatro possíveis processos de superação do sistema moderno: “*participação democrática multifacetada*”; “*desmilitarização*”; “*sistema pós-escassez*” no domínio económico; e “*humanização da tecnologia*”. (Giddens, 2000: p. 117-118) Porém, num sentido contrário, encontramos Boaventura Sousa Santos, referindo o autor que “*neste domínio, a conclusão mais segura que se pode tirar deles é que a jugança do capitalismo produziu dois efeitos complementares: por um lado, esgotou o projecto da modernidade, por outro lado, fê-lo de tal modo que se alimenta desse esgotamento e se perpetua nele. O vazio que ele produz é tão global que não pode ser preenchido no contexto do paradigma da modernidade*”. (Santos, 1999: p. 91)

interpretações subjetivas). Neste particular Fernando Torrão, aludindo à posição de João Paulo II, que também pode ser enquadrada nesta linha crítica do pensamento pós-moderno, considera que esse sentido não traz uma ruptura com a razão instrumental e absolutista da modernidade, até pelo contrário, também este pensamento tem na sua base teórica a emergência de um predomínio da razão e da ciência pois, como refere o antigo bispo de Roma, o esvaziamento de sentido resultante da posição pós-modernista também pressupõe o abandono das verdades universais e das práticas tidas como tradicionais, o que leva à produção da crença que a ciência e as inovações tecnológicas vão ter um papel central ao cunhar poder ao ser humano – novamente a comparação do Homem a um ente divino –, de atingir o controlo absoluto sobre si e sobre a natureza. (Torrão, 2014: p. 242-243)

Também aqui não resvalamos para uma opinião tão pessimista como evidenciada por determinados autores – principalmente aqueles ligados à escola filosófica crítica de Frankfurt, com o já referido sentido defendido por Horkheimer e Adorno, mas também Marcuse⁷⁷ –, que defendem a existência no cerne da própria razão moderna de um carácter intrínseco oculto de predomínio da própria racionalidade calculista. Para Horkheimer – mas numa linha que também se pode inserir os outros autores –, o racionalismo iluminista pressupôs um sentido ideológico de submissão e exploração da natureza e que, de forma natural, passou a também envolver e instrumentalizar o Homem. (2015: p. 193) Ou seja, o desembocar da atual situação vivida no contexto societário é decorrente de um pensamento ideológico subjacente à razão calculadora. Como tal, trata-se de um pensamento que será intrínseco aos fundamentos da razão e não adquirido por um qualquer fator extrínseco. Os próprios autores são bastante críticos de Kant, considerando que o sistema jurídico racionalista afirmado por esse autor é também um instrumento de dominação dos sujeitos face ao predomínio económico. Também Marcuse, afirma que o Homem se encontra submisso face a uma razão tecno-científica de sentido oportunista e calculista num âmbito de um mundo de prevalência materialista, sustentado numa lógica de uma cultura de massas. Na ótica do autor alemão, a lógica de uma sociedade repressiva é inerente ao pensamento subjacente de domínio da razão calculadora, constituindo-se de forma ideológica. Portanto, Marcuse vai limitar o escopo racionalista só ao calculismo de

⁷⁷ Marcuse também se enquadra na linha de pensamento “pós-moderno” de crítica à razão calculadora de pendor dominador, enveredando pela exigibilidade de afirmação de uma nova conceção nos tempos contemporâneos.

custo/benefício da razão tecno-científica predadora da modernidade – de que também somos críticos –, só que o racionalismo da modernidade é algo que, como já vimos, extravassa essa posição de domínio. (Torrão, 2014: p. 250-251)

Como tal, após uma análise ponderada, e numa linha seguida por Fernando Torrão, podemos concluir que pela dificuldade em enunciar uma teorização válida no âmbito de pensamento “pós-moderno” como superadora da razão instrumental moderna – que depreendemos ocorrer porque, na verdade, ainda não estamos perante uma etapa histórica que se constitua como subsequente ao modernismo, não sendo possível sustentar a própria aposição do prefixo “pós”–, origina que o atual momento não se torne o mais propício – nem nos atravesemos a ver esse horizonte num futuro mais recente – para se incutir um novo paradigma que se institua como quebra do pensamento racionalista da modernidade. Sob pena de se decair para o tal sentido niilista, constituindo uma recusa de todas as emanções modernas só por o serem, e não individualizando e só atuando sobre o sentido negativo da razão instrumental. Até porque, devemos sempre frisar, existem conquistas da modernidade de valor inegável e que constituem a base de um Estado de Direito democrático (como os direitos humanos ou a secularização), e que, por isso, se devem manter como o substrato fundamental da sociedade. Mas também tem de se ter presente que não se pode continuar a defender um sentido dominador da natureza desta *ratio calculatrix*, que já se mostra como produtora de elevadas crises e desconstruções teóricas na prática da humanidade. Como tal, sem se afastar totalmente o pensamento racionalista moderno torna-se imperativo é que se supere alguns dos seus pressupostos negativos⁷⁸. Pois, os antecedentes históricos demonstram que em épocas de crise o desafio imperativo de superação dos efeitos nefastos pressupõe uma nova afirmação de sentido valorativo e de princípios, ultrapassando os pressupostos anteriores já descontextualizados que levaram ao surgimento dessa crise e reverter os seus efeitos nocivos de modo a manter o progresso da humanidade.

São várias as propostas que vão sendo enunciadas para ultrapassar estes efeitos devastadores de domínio da razão calculadora. Já vimos as críticas mais severas. Cabe agora ver aquelas que entendemos servir de exemplo para superação de tais efeitos negativos. Fernando Torrão alude para a afirmação de um conjunto de referências valorativas fundamentais que devem constituir os pilares societários de um Estado de Direito democrático. Um conjunto valorativo intrínseco à natureza humana e que se

⁷⁸ No mesmo sentido, cfr. Torrão (2014: p. 243).

revela como imprescindível para a sobrevivência em condições dignas do ser humano, tendo assim sempre como pressuposto basilar a manutenção condigna da vida humana. Fazendo uma ligação interessante entre a demarcação destes valores e a sua individualização por um pensamento racionalista da razão calculadora, que deverá ter em conta as multiplicidades de concepções nesse sentido, para aferir em termos teóricos este conteúdo valorativo de acordo com o sentido já referido na esteira do “*movimento cosmopolita*” de Beck. E recorre para legitimação da individualização e validade a estes fundamentos éticos ao pensamento de Figueiredo Dias de construção de um “*novo contrato social*” partindo no seu núcleo da liberdade humana. A questão que se coloca é quanto à definição desses valores? E de que forma os podemos individualizar? Invocando neste particular a posição de Habermas para o alcance de valores morais com valência universal, os mesmos deverão ser encontrados num quadro de uma comunicação racional e verdadeira, de forma a compreender a posição do outro, entendido como um (verdadeiro) sujeito ético, numa lógica intersubjetiva de um espaço de reconhecimento do outro, com o objetivo de se atingir um espaço de entendimento mútuo entre diversos atores que permita a individualização desses valores⁷⁹. Ora, nesta ação comunicativa a racionalidade estará vocacionada para encontrar um entendimento mútuo, e não um extremo sentido calculador. Assim, nas palavras de Fernando Torrão, “(...) *note-se, pois, a manifesta importância da razão instrumental no que tange à tarefa de selecionar (através do diálogo racional) os valores cuja proteção garante a preservação da espécie humana. Valores estes que serão, sem dúvida, falíveis e, portanto, substituíveis, mas que só deverão ser tidos como falsos e carentes de substituição se (e/ou quando) se vislumbrarem outros valores preferíveis, e portanto mais eficazes, tendo em vista a mencionada preservação da vida humana*”. E pela importância para o desenvolvimento e sustentação da vida humana e que deve ser elevada a um âmbito universal⁸⁰ – “*uma pragmática universal*”, conforme afirmada por Habermas. Nesse sentido, o autor identifica como estes valores “*a vida, a paz e a dignidade humana*”, a que acresce outros valores que possuem uma íntima conexão com estes como “*a liberdade e a*

⁷⁹ Pelo contrário, Boaventura Sousa Santos é crítico da posição de Habermas de procura com o consenso racional. (Santos, 1999: p. 82)

⁸⁰ Sem que se possa esquecer da importância da constatação da liberdade do sujeito neste quadro. (Touraine, 1994: p. 401) Um sujeito enquanto ser dotado de dignidade pressupõe a existência da sua liberdade.

solidariedade”⁸¹, que acabam por também serem transversais aos outros interesses, mas detendo qualitativamente *per se* uma importante valia. Consequentemente, também Habermas não se inclui no sentido do pensamento “pós-moderno”, embora reconhecendo a existência de algumas limitações no racionalismo moderno, considerando, igualmente, que ainda nos encontramos no escopo da modernidade, sendo este pensamento racionalista o que até agora se mostra como mais adequado para se conseguir atingir aquele quadro valorativo. (Torrão, 2014: p. 244ss)

Por pressuposto, Fernando Torrão defende a superação da razão calculadora através da transformação do pensamento jurídico-político vigente através da construção de referências axiológico-valorativas (principalmente na sua vertente de subsistência da pessoa humana) e que se deverão constituir como fatores fundamentais de um discurso legitimador político assente na dignidade da pessoa humana – como epicentro dos valores fundamentais. Apesar disso, o autor não concorda com a manutenção de um ponto de vista “*interesseiro*” que sustente epistemologicamente a razão calculadora, construindo uma narrativa assente no conceito de “*utilidade social*” da mesma e vertida numa finalidade – que aqui, e contrapondo ao anterior respaldo negativo, podemos designar, com o devido respeito, como positiva –, com o objetivo de progresso no âmbito social. Neste campo, destaca o pensamento utilitarista de Stuart Mill, assente numa procura pela felicidade que não se restringe a uma mera componente individual mas que se consubstância numa vertente supra-individual, isto é, no atingir da felicidade num contexto comunitário, que é propriamente intrínseco ao Homem como pessoa humana. O racionalismo vai assim ter uma vertente utilitária, diferindo da linha de pensamento oportunista centrado na obtenção da felicidade no curto prazo. Nas palavras do autor, “*a referência a Stuart Mill pretende, pois, significar, desde logo, que, realmente, a ratio calculatrix utilitária se pode revelar deveras profícua para a felicidade do ser humano e, portanto, não deve ser encarada – no que poderíamos qualificar de visão pós-moderna radical –, pura e simplesmente, como um mal em si mesmo. Até porque, como razão*

⁸¹ Fernando Torrão apresenta assim um leque mais abrangente de valores (2014: p. 258) do que a posição seguida por outros autores, como Pedro Simões (2005: p. 307), Figueiredo Dias (2001: p. 613) e Anselmo de Borges (2000), que destacam a “*vida, dignidade da pessoa humana e solidariedade*”. Embora todos os autores partam do mesmo núcleo identitário imposto pela razão humana, centrando-se numa afirmação global, parece-nos que o pensamento de Fernando Torrão se mostra como o mais acertado como identificador dos valores essenciais que devem orientar o pensamento superador das problemáticas levantadas na atualidade.

técnica que é, a razão calculadora configura-se, em si, despida de quaisquer conteúdos valorativos, o mesmo é dizer, assume-se como axiologicamente neutra. É uma razão instrumental que tanto pode servir o bem como o mal.”⁸² (Torrão, 2014: p. 248-249) Pois, como esta razão tem proveniência num pensamento racionalista humano, a mesma pode ser boa ou má, justa ou injusta, conforme a natureza que lhe é imputada. Como afirma Touraine, *“este tecnicismo é pouco discutido, uma vez que é claro para a maioria que ele não impõe qualquer escolha respeitante aos fins da acção”*. (Touraine, 1994: p. 125) Ao contrário do que pretende defender a escola de Frankfurt. Neste ponto podemos comparar esta posição com o pensamento aristotélico de um certo sentido da razão calculadora – embora atribua primazia à razão teórica para o conhecimento da realidade envolvente –, conexionado com uma correta forma de ação, aludindo aqui à prudência (*“phronêsis”*), entendida como devendo constituir um aspeto transversal de orientação da forma como o Homem deve agir, quer para si, individualmente considerando, quer para a sua “cidade” (Berti, 2010: p. 63), que, presentemente, pode ser entendida como a comunidade em que este se insere.

Tal como já referimos, para o autor português, a questão não é atingir-se a superação da razão instrumental enquanto simples substituição do paradigma e em proceder ao originar de um novo paradigma de desígnio “pós-moderno”, mas sim o estabelecimento de um conjunto valorativo que corresponda a *“(…) limites ético-jurídicos à atuação humana de modo a que essa razão instrumental não conduza a resultados catastróficos”*. O problema reside assim na exigível tomada de consciência dos efeitos catastróficos que o enclave da razão calculadora na sua vertente dominadora poderá ter para o mundo. (Torrão, 2014: p. 251) Conforme afirma Anthony Giddens, *“(…) o que deve constituir o foco de preocupação é a coordenação de benefício individual com a organização planetária.”* (Giddens, 2000: p. 111) E este alcance da manutenção da vida planetária será alcançado, na nossa opinião, tendo em conta a manutenção subjacente aos princípios valorativos. Isto à luz da acertada disposição de Touraine, de que *“a fraqueza das nossas sociedades não resulta do desaparecimento dos fins destruídos pela lógica interna dos meios técnicos mas, pelo contrário, da decomposição do modelo racionalista, estilhaçado pela própria modernidade e, portanto, pelo desenvolvimento isolado de lógicas de acção que já não se referem à racionalidade: procura do prazer, do estatuto social, do lucro ou do poder”*. (Touraine,

⁸² Em sentido concordante, Touraine (1994: p. 180).

1994: p. 128) A própria concepção de Horkheimer da desvinculação da ciência do processo social para uma procura desmedida sobre os factos e bens (2015: p. 93), não significa que a mesma não possa ser “reformatada” novamente para atingir esse progresso – menos para os autores de Frankfurt que partem de uma visão pré-concebida sobre a razão –, isto é, conseguida para a procura de um bem estar geral. De facto, um enverdar por um caminho de rompimento total até poderia ser mais nocivo (num contexto em que a putativa solução constitui uma “cura que vai matar o doente”), de acordo com o supra exposto, para o âmbito político-social. Por um lado, pelas conquistas da modernidade que se traduzem em valores importantíssimos também na sociedade pós-industrial, e, por outro, pela inexistência de um pensamento coerente e profícuo de substituição da razão moderna. Um simples afastamento do racionalismo pode até possibilitar a sujeição do ser humano não só a novos dogmas religiosos, como também a teorizações totalitárias que o visam oprimir. Porém, não podemos ser alheios às problemáticas já enunciadas que caracterizam o contexto atual. Por conseguinte, impõe-se não uma superação da razão instrumental moderna *per se*, mas sim é preciso que se corrija os múltiplos aspectos negativos que a razão instrumental produziu⁸³. É assim necessário que a razão não se comprima só da racionalidade técnico-científica totalizadora, esbatendo todas as outras dimensões, mas que absorva sentidos valorativos, através de uma reconfiguração valorativa, que permita reconhecer os valores essenciais para a vida humana. E tendo como núcleo a dignidade da pessoa humana.

Parece-nos também ser esta a linha de pensamento assumida por Figueiredo Dias. Por um lado, propondo a superação da razão calculadora, mas, por outro, reconhece a virtualidade do racionalismo ao criar um conjunto de paradigmas de progresso e inovação que permitem ao ser humano ter uma vida mais favorável e que constituem um conjunto

⁸³ Também é de rejeitar um sentido como o afirmado por Boaventura Sousa Santos de remissão para um desiderato utópico – num sentido análogo ao entendido pelo autor como uma aproximação da utopia marxista. Uma utopia que classifica como um sentido idealista, uma ideia de uma sociedade mais igualitária e que proporciona uma convivência qualitativa melhor. E que defende como necessidade para nortear a resolução da problemática da modernidade. (Santos, 1999: p. 238, 278ss) Esta não é quanto a nós uma solução aceitável. Tendo em conta as problemáticas com que nos confrontamos – e que já deixamos devidamente expeditas –, a remissão para um conteúdo idealista assume-se com um carácter vago e que, no final de contas, acaba por não resultar em coisa nenhuma. A solução tem de possuir um sentido concreto realizável, e não um opaco de uma busca por uma vida melhor, que, diga-se, é algo inerente à própria realização e desiderato da humanidade. Aliás, as próprias consequências negativas da razão calculadora estão também inerentes e conexas com essa mesma ideia, embora frequentemente seja mal interpretada.

prático de princípios essenciais da modernidade – a que já tivemos oportunidade de aludir –, sem desvalorizar a necessidade de interiorização dos novos riscos derivado desse desenvolvimento tecnológico e científico, e que podem colocar em causa a subsistência da humanidade no planeta. O autor assume que a superação da razão calculadora terá de passar pela afirmação de valores fundamentais – com a referência última à vida humana – que orientem a atuação do Homem pelo reconhecimento de que todos pertencemos ao mesmo espaço global e, por isso, deverão ser ultrapassados os interesses pessoais egoístas – vertidos no cerne instrumental da razão calculadora –, para de forma solidária se conseguir resolver os graves problemas decorrentes daquela subespécie negativa. A natureza social do Homem coloca a necessidade de cumprir regras e de atuar em função da padrões socialmente adotados, impõem-se a existência de um dever-ser que deverá vincular a sua atuação como meio da salvaguardar a coexistência humana, numa vertente projetada para salvaguarda e proteção da humanidade. É assim necessário que estes critérios valorativos orientem a atuação do Homem, verificando-se uma mudança de paradigma, e, por isso, que alcancem um assentimento generalizado que permita uma modificação legislativa⁸⁴. (Figueiredo Dias, 2001: p. 592-593)

Em síntese, é necessário que se imponha uma nova ética social com uma função transmutadora da sociedade (Ribeiro de Almeida, 2011: p. 167), assente em referências axiológicas de conteúdo inegável que apresentem uma valência universalista (afirmadas na dimensão nacional e internacional). Aliás, estas são referências valorativas que mantêm o seu primórdio com o próprio humanismo e iluminismo⁸⁵. O que contribuiu como mais um argumento a acrescentar à nossa recusa das teorias “pós-modernas” sustentadas na afirmação do fracasso dos ideais iluministas. Esta transmutação da sociedade trará consequências nos pressupostos da razão calculadora, não de total

⁸⁴ No mesmo sentido, ver Fernandes (2001: p. 112). Anabela Miranda Rodrigues destaca a importância da afirmação no seio da ciência criminal dos direitos fundamentais do ser humano. (Rodrigues, 2005: p. 37)

⁸⁵ A própria formulação do imperativo categórico de Kant está associada à ideia de tratar os indivíduos como fins em si mesmos, e não como um meio, o que, no nosso entendimento, tem subjacente uma moralidade que deve ser recuperada para conseguir aquela função transformadora, mas sem abandonar o referente pessoal que é exaltado pela sua dignidade humana (que será o eixo fundamental que se alicerçará esta transformação).

eliminação como defendido pelo “pós-modernismo”⁸⁶, mas sim a imposição dos valores fundamentais defendidos que resultará no surgimento de uma razão de base crítica e livre (Ribeiro de Almeida, 2011: p. 167), reconhecendo a importância de certos fundamentos sociais, que romperá com o caráter dominador e oportunista que tem caracterizado a contemporaneidade. (Maquieira, 1999: p. 467) Assim, introduzindo uma dimensão ético-moral, quer no desiderato prático do ser humano, quer na relação entre este e a natureza que o envolve. (Giddens, 2000: p. 121)

Este cenário representará uma libertação face aos pressupostos nefastos da razão calculadora e dos desafios proporcionados pela sociedade pós-industrial, porém, sem que se perca uma linha de continuidade com os valores afirmados pelo iluminismo. De igual forma, centrando-se no campo económico, é necessário que aquelas referências valorativas permitam afastar a lógica do *homo oeconomicus*, baseada no extremismo calculista neoliberal e que se encontra a fomentar uma exacerbada desigualdade entre os sujeitos na sociedade⁸⁷. Conseguindo, a reestruturação da razão calculadora para uma de cariz ético-social assente no contexto valorativo axiológico já aludido.

Vista esta necessidade de inculcar um conjunto valorativo na sociedade, a questão que se coloca é de que forma? Ou seja, como se conseguirá imputar na sociedade o conjunto de valores necessários para a verificação em termos práticos de tal consciencialização ética? Em termos do pensamento de legitimação da filosofia política contemporânea, para o advento de uma comunidade alicercada neste conjunto valorativos, concordamos com a posição seguida por Fernando Torrão que acentua o modelo contratualista como a forma mais legítima para fundamentar um sistema democrático e político-social, que se pretende axiologicamente mais justo.

⁸⁶ Pois, como bem elucida Fernando Torrão, “*é verdade que a Humanidade vive contemporaneamente no mundo de risco, mas poder-se-á também especular que, dada a natureza destruidora que vem evidenciando ao longo dos tempos, o ser humano poderia mesmo já ter caminhado para a sua completa destruição, não fora a prevalência de certos princípios ético-jurídicos de base racional que vão contra motivando esses ímpetos autodestruidores*”. (Torrão, 2014: p. 259) O que ocorre é uma distorção do racionalismo por um pendor dominador. E, acrescentamos, que este pensamento da *ratio calculatrix* que possibilitou o surgimento de técnicas que originam a possibilidade de destruição da vida humana estrutura-se num sentido que se pode conceber como propriamente contrário ao desiderato de fundamentos libertadores da razão iluminista.

⁸⁷ Em sentido convergente encontramos Torrão (2014: 260) e Borges (2000: 29-31). Com estes autores a defenderem a exigibilidade de o modelo económico incorporar um conteúdo valorativo com preocupações sociais.

Neste aspeto, destaca-se a tese neocontratualista de John Rawls para desenhar um panorama capaz de superar estas clivagens. O autor norte-americano concebe que toda a organização social deve ter por base uma teoria da justiça. Existe a preocupação com os pressupostos da distribuição dos direitos e deveres ou dos benefícios sociais na sociedade, para conseguir a promoção de um bem-estar coletivo. Inerentes a este conjunto de regras está o acordo sobre determinados princípios de justiça que devem ser universalmente aceites como básicos para o governo da organização política e social. Para o conseguir é necessário o recurso ao contrato social. A originalidade da posição do autor é que os sujeitos se encontram numa “*posição original*” – recorrendo o autor à ideia do “estado natural” das teses contratualistas clássicas –, constituindo uma situação hipotética inicial⁸⁸, em que as partes vão contratualizar e definir os princípios de justiça com que se vão reger em comunidade. Como a sociedade deve ser entendida como uma cooperação ordenada para um benefício comum, só faz sentido que a sua orientação pública de justiça seja quanto às ações individuais e coletivas. O estabelecimento dos pressupostos de justiça no acordo original vai pressupor uma aceitação por parte de sujeitos racionais e livres que estejam numa posição inicial de igualdade e imparcialidade. Para atingir tal concretização propõe que os sujeitos, para estabelecerem aquele acordo, devem estar envolvidos perante um “*véu de ignorância*”, para assegurar as condições exigíveis de equidade e imparcialidade⁸⁹. Partindo desta realidade, os sujeitos não tem conhecimento

⁸⁸ Que o autor reconhece que nunca existiu – logo rementendo para uma dimensão abstrata –, desvinculada de um certo desiderato histórico, mas que pretende afirmar como necessidade para a construção racional do modelo de contrato social.

⁸⁹ Segundo o autor, “(...) *todos os participantes estão em situação semelhante e que ninguém está em posição de designar princípios que beneficiem a sua situação particular, os princípios de justiça são o resultado de um acordo ou negociação equitativa (fair).*” (Rawls, 2017: p. 34) Destacando o seguinte exemplo: “(...) *se alguém soubesse que era rico, poderia achar racional tentar a aprovação do princípio de que injustos os impostos que financiam medidas de natureza social; se a mesma pessoa soubesse que era pobre, iria provavelmente propor o princípio contrário*” (2017: p. 38) Nesta posição, os sujeitos desconhecem determinados factos sobre a sua situação particular – como, por exemplo, o contexto da sua situação política e económica ou do nível civilizacional que o rodeia –, só detendo algum conhecimento sobre um conjunto de capacidades básicas da teoria política e económica que sejam necessários para conseguir racionalmente o acordo inicial. Apenas possuindo este tipo de conhecimento, os participantes vão deliberar um acordo inicial quanto aos pressupostos sociais, em que cada sujeito vai querer ter a possibilidade de perseguir na vivência social uma elevação das vantagens, porque, na verdade, não sabe qual será o seu papel na sociedade após o levantamento do respetivo véu. (2017: p. 121ss)

das suas situações particulares e das circunstâncias próprias que diretamente o envolvam, assim não podendo se beneficiar a título individual, nem serem prejudicados de acordo com os seus desejos e aspirações, desse modo se garantindo a imparcialidade da distribuição dos bens e direitos sociais. O autor pressupõe que os princípios que regem a sociedade serão justos em virtude de derivarem de um acordo fictício mas que se supõe ser imparcial. Parte de uma ideia que os sujeitos não são indivíduos com uma história e com interesses particulares, mas sim seres abstratamente considerados, devendo ter-se uma visão envolvente, para que, no final, afastada aquela componente egoísta com vertente individual (que entende criar um conflito para afirmação de verdadeiros princípios de justiça porque os sujeitos estão toldados pelos seus interesses particulares), através de uma posição imparcial e entendidos como iguais, possam racionalmente naquela posição selecionar e chegar a um consenso sobre os princípios que deve vigorar no seio de uma multiplicidade de sujeitos. (Rawls, 2017: p. 33ss)

A posição de Rawls (da teoria da justiça e da escolha racional) pretende superar outras influências quanto aos ideais do utilitarismo clássico⁹⁰ ou as próprias teorizações

⁹⁰ Porém, embora pretendendo constituir uma alternativa às suprarreferidas teorias, verifica-se que esta posição tem subjacente uma inspiração utilitarista. Reconhecendo o autor que o utilitarismo clássico, por se basear no princípio da escolha racional, quando aplicado a uma coletividade, tem subjacente uma determinada conceção racional de justiça social, porque com as suas instituições se pretende otimizar uma maior soma líquida da satisfação dos seus membros. É certo que Rawls dirige ao utilitarismo uma censura significativa. Pois argumenta que o utilitarismo ao dar prioridade à maximização do bem (ao invés de dar prioridade à justiça como equidade), não garante os direitos e liberdades individuais. Os benefícios do utilitarismo, conforme Rawls o entende, estão centrados na maximização das preferências e aspirações individuais, pois, desse modo, o bem será maximizado. Nas palavras do autor, “*a característica marcante da visão utilitarista da justiça é a de que, para ela, não imposta, a não ser indirectamente, o modo como a soma das satisfações é distribuída entre os sujeitos, da mesma forma que não importa, também salvo indirectamente, a forma como os sujeitos distribuem as suas satisfações no tempo. Em ambos os casos, a distribuição correcta é aquela que produz a máxima satisfação.*” (Rawls, 2017: p. 41) Como o autor refere, “*não há, pois, razão para que, em princípio, os maiores ganhos de alguns não compensem as perdas, comparativamente menores, de outros não possa ser justificada por um maior bem partilhado por muitos.*” (2017: p. 43) Ora, no caso em estudo, podemos questionar se ao abrir a possibilidade da maximização em geral da justiça social através da imposição de maiores ganhos de uns face a outros, isso significaria a manutenção da vigência dos pressupostos da razão calculadora, com particular para a lógica economicista, porque os elevados ganhos e rendimentos de alguns sujeitos e perdas de outros seria sustentado em face do desiderato (mais amplo) do bem comum. É assim de rejeitar uma teoria de utilitarismo clássico para superar o problema de afirmação de justiça que temos em mãos.

teleológicas. Buscando o fundamento para a sua posição contratualista na ética moral kantiana, quando o autor prussiano refere que os Homens devem constituir um fim em si mesmo⁹¹, tal significa que estes devem ser tratados de acordo com os princípios que os próprios tenham acordado racionalmente numa posição de igualdade. De acordo com as suas ideias, os princípios da justiça – entendidos como imperativos categóricos na dimensão kantiana – serão acolhidos através de um acordo amplamente consagrado num contrato social onde estão estabelecidos os princípios e a distribuição dos bens e regalias sociais, de forma a que ninguém seja beneficiado ou prejudicado, e que os benefícios sejam distribuídos a todos e não só a alguns. Esta concepção de justiça como equidade desenvolve-se em torno de dois princípios fundamentais (que, à primeira vista, até podiam ser considerados antagónicos): o da igualdade e o da diferença. O primeiro princípio – que adquire primazia sobre o segundo – corresponde a um conjunto de liberdades fundamentais – como seja a liberdade política, de expressão ou consciência, em suma as liberdades políticas e os direitos democráticos –, que devem ser asseguradas de forma transversal para todos. Ao priorizar a liberdade o autor rejeita que a mesma seja limitada em função da melhoria da condição económica. Contrapondo esta realidade com o segundo princípio, pois entende que a distribuição de benefícios deve ser realizada através de um regime de igualdade que seja potenciado para beneficiar todos através de uma igualdade equitativa de oportunidades. Embora o autor não negue a legitimidade de determinadas desigualdades económicas e sociais, quando estas tenham obrigatoriamente por pressuposto um benefício em favor dos mais carenciados, havendo aqui um benefício de todos e de forma a conseguir o melhor resultado possível. Devendo estes princípios atingir a universalidade de forma a imperar a justiça como equidade. Seguindo esta orientação equitativa, de seguida, as partes devem decidir, sobre o sistema político e social com que se vão reger, incorporando na Constituição e na legislação ordinária aqueles mesmos princípios. (Rawls, 2017: p. 68ss) O autor vai “transpor” estes princípios fundamentais para o direito positivo. A filosofia política de Rawls permite um conciliar entre as liberdades individuais dos sujeitos – firmada no liberalismo político – e uma equilibrada distribuição da riqueza na sociedade. Daí o sentido de justiça como equidade. Considerando estas finalidades como objetivos últimos a alcançar segundo a ética

⁹¹ Segundo Rawls, “*nesta posição, os homens têm um valor igual como sujeitos morais que se consideram a si próprios como fins, e os princípios que aceitam serão racionalmente concebidos para proteger as exigências da sua pessoa*”. (2017: p. 150)

kantiana e que serão concretizadas no contrato social. Estes fundamentos éticos serão aplicados às gerações futuras, num cenário em que os participantes do acordo (os membros que contratualizam o acordo) situados na “*posição original*” e sob o “*véu de ignorância*”, irão acordar princípios que se deverão impor e projetar para as gerações futuras⁹². Daqui se depreende que o autor admite a emergência de deveres intergeracionais que devem ser conciliados, não podendo a geração atual desbaratar os interesses e bens que possam conflitar com a liberdade das gerações futuras ou das condições necessárias para convivência social. E conseguindo de uma forma imparcial uma efetiva promoção da justiça, pelo menos de forma mediata, o respeito pela dignidade da pessoa humana, embora opte por uma visão mais focalizada no bem estar coletivo. (Rawls, 2017: p. 121ss)

Da concepção rawlsiana de justiça com equidade é possível inferir diretamente dos princípios de justiça uma prioridade consagrada às liberdades básicas, da qual entendemos emergir a dignidade humana como uma dimensão essencial de cada ser. Entendemos que o respeito por estes princípios constituirá uma autêntica objeção à faceta negativa da razão calculadora, nos seus paradigmas de lógica egoística e de extrema procura de proveitos lucrativos, mesmo que desprezando fundamentos éticos, que, no limite, conduzem à submissão do ser humano. Entendemos que para Rawls os pressupostos negativos da razão calculadora são uma ameaça no contexto nacional e internacional. Um sítio da justiça com a equidade. Aliás, entendemos os efeitos negativos da razão calculadora como a objeção principal à justiça com equidade defendida por Rawls. Os princípios por si defendidos também estão articulados e conexionados, de forma imediata ou mediata, com os valores fundamentais que defendemos, indo estes últimos reafirmar ou complementar a sua força vinculativa para persecução daquela sociedade justa. Os valores fundamentais serão contratualizados no “*acordo inicial*”⁹³, alcançando um consenso racional por sujeitos livres, imparciais e numa posição de igualdade. Estar-se-ia assim perante uma vontade geral com representatividade da organização social, conferindo cirurgicamente um sentido de justiça que será contrário às consequências nefastas da razão calculadora – aos efeitos associados conferidos na sociedade de risco (cfr. ponto 1.3) –, afastando qualquer carácter interesseiro que poderia

⁹² “*Todas as gerações estão representadas na posição original, dado que a escolha produziria sempre o mesmo princípio. O resultado será uma decisão idealmente democrática, que estará razoavelmente ajustada às exigências de cada geração e que permitirá satisfazer o preconceito de que aquilo que a todos afecta a todos respeita*”. (Rawls, 2017: p. 231-232)

⁹³ Também neste sentido, veja-se Torrão (2014: p. 252ss).

abrir caminho a uma instituição totalitária (com base na razão instrumental calculadora), e, por outro lado, a afirmação dos mesmos numa saudável convivência humana.

É de reconhecer face ao sentido de globalização existente, que a nossa resposta aos resultados negativos da razão calculadora deverá pressupor que a teoria política e democrática não podem ter meramente uma dimensão nacional. É necessária a introdução de uma dimensão internacional. Notemos que à aplicação da teoria de Rawls essa dimensão transnacional são adstritas diversas críticas no campo doutrinário – como seja Pogge (2004: p. 30ss) e Corella (2016: p. 159ss) –, defendendo que a aplicação da teoria da justiça como equidade não se mostra como possível para uma universalização global. Ou seja, considera-se que esta teoria só teria validade para a consagração para um território delimitado. Isto é denotado por Rawls, referindo que a sua teoria política só será aplicada a uma sociedade devidamente delimitada, porque a teoria de justiça como equidade está interligada com a soberania nacional em virtude da afirmação dos princípios de justiça só ser compatível naquela dimensão. É o próprio que rejeita a articulação dos princípios da justiça para uma dimensão supranacional, porque existe uma assimetria entre o desenho de ambas as idealizações que as afastam. Sob pena dos interesses dos particulares serem desconsiderados face aos interesses dos povos (relevantes na dimensão internacional) para a manutenção de uma ordenação social na comunidade⁹⁴. Daí que Rawls se oponha a um governo mundial – aludindo à lógica kantiana – por tal resultar numa tensão entre diversos povos e regiões, pela constante procura por uma maior autonomia e liberdade por determinados países que queriam libertar-se daquela governação. (Pogge, 2004: p. 30ss)

No entanto, concordamos com Pogge quando refere que, embora a visão de Rawls seja de impossibilidade do cenário da justiça como equidade para a dimensão internacional, na verdade não se vislumbra a impossibilidade desta aplicação. Tal constituiria um sistema global em que as liberdades básicas dos sujeitos estariam asseguradas e onde vigoraria uma igualdade de oportunidades transversal aos diversos povos, só se admitindo como legítimas determinadas desigualdades quando tal signifique a melhoria dos padrões sócioeconómicos de todos. Mesmo a questão da criação de uma entidade supranacional, que Rawls rejeita expressamente (sob pena de um esbatimento

⁹⁴ Embora, mesmo no contexto internacional, no núcleo do pensamento de Rawls esteja presente a rejeição dos efeitos distributivos injustos entre nações na ordem económica mundial. Porém, sem que concretize os princípios internacionais necessários para que tal seja possível. (Pogge, 2004: p. 38ss)

das liberdades dos povos), não significa a impraticabilidade de um desenho alternativo como uma federação mundial kantiana ou um modelo similar ao da UE. (Pogge, 2004: p. 42-43) O que é necessário, na linha de Pogge, é uma construção em dois momentos. No primeiro será acordado o estabelecimento da justiça como equidade no seio do Estado nacional através do paradigma contratualista, de acordo com os elementos de Rawls. Assinalando-se a corporização dos valores fundamentais que estarão previstos na contratualização do modelo político e social. Após esta subsunção, irá emergir um segundo momento, correspondente à adaptabilidade daqueles fundamentos à dimensão internacional. Para superar as críticas supra referidas, deve ainda juntar-se uma identificação política e social exterior para concretizar, de forma justa e legítima, a organização institucional da vida política e coletiva internacional. Esta, na nossa opinião, só poderá ser a instituição de um procedimento derivado de participantes racionais e livres e que seja aceite por todos os participantes, numa dicotomia autores nacionais/internacionais. É aqui necessário o recurso à teoria de Habermas sustentada na sua ética da discussão/comunicação racional. Para o autor alemão todos os sujeitos devem ser entendidos como interlocutores válidos para participar na discussão racional sobre os fundamentos políticos que os irão reger. Parte assim do sentido que, para aquele diálogo ser válido e alcance um referente fundamentador do poder político democrático, os sujeitos devem estar numa posição de igualdade, que será conseguida quando os sujeitos não instrumentalizem o diálogo para os favorecer individualmente, tendo sim de procurar um entendimento entre todos que permita a resolução do problema. A discussão ética de Habermas, tal como a teoria de justiça em equidade de Rawls, pelo próprio conceito, implica condições de igualdade e isenção para que se consiga o consenso sobre as normas válidas para orientação da humanidade⁹⁵. (Colliot-Thélène, 2010: p. 613-615) Para o estabelecimento de uma dimensão transnacional é necessário que os princípios tenham uma validade que se prolongue para além do indivíduo e que as normas sejam aceites de forma universal, para que aqueles que forem afetados por elas aceitem de forma racional as suas consequências (evitando uma mera satisfação de interesses de um indivíduo ou comunidade).

⁹⁵ O que acontece por ambos partem de uma matriz kantiana. Conforme referem alguns autores, “a única diferença em relação a Rawls prende-se com o facto de Habermas defender uma concepção dinâmica dessa cultura política comum, que ele espera que permaneça aberta ao eventual contributo de “formas de vida novas” que os particularismos de origem estrangeira em autóctone introduzam nas democracias constituídas”. (Colliot-Thélène, 2010: p. 616)

As questões morais que se encontram no epicentro das interrogações filosóficas práticas serão resolvidas pela elevação de todas as pessoas a elementos ativos da discursividade comunitária e na articulação destas com as comunidades vizinhas, numa lógica transnacional de resolução dos problemas mundiais. Serão assim validados os princípios de justiça da teoria da justiça rawlsiana e a reivindicação na esfera dos valores – aproximando-se de imperativos categóricos de Kant –, alcançados na dimensão interna de forma livre e racional. Intervindo ainda o discurso comunicativo para elevar tal desiderato a uma dimensão superior, progredindo para numa lógica universal que permita ultrapassar os grandes problemas que assolam a humanidade através de normas morais válidas. Nesse sentido, conseguir-se-á um paradigma da comunicação capaz de atingir uma formulação plural e multicultural – tão cara no contexto da globalização –, uma intersubjetividade no domínio internacional, para que se atinja um entendimento em conformidade com o problema exterior. Em que os interesses individuais vão ser agregados e edificados de modo a conferir um resultado final que institua uma estrutura social. Deve-se enveredar por um caminho que, embora reconhecendo a importância da necessidade de se procurarem e afirmarem valores de sentido universal materialmente justos, não represente numa imposição ou outra forma de coação absolutista de matriz única⁹⁶. Uma vez que a afirmação de valores universais não está em contradição com a importância do multiculturalismo. É assim de chamar à colação o movimento cosmopolista de Beck, afirmando-se, por um lado, a importância de se reconhecer alguns valores universais, mas, por outro, num sentido já por nós referido, atender ao reconhecimento do outro (enquanto verdadeiro sujeito ético) e as diferenças culturais que esse apresenta, considerando-o como um interlocutor válido no processo global⁹⁷. (Beck,

⁹⁶ Pois, como afirma Beck, destacando aqui o exemplo dos direitos humanos, uma concepção impositiva (numa ótica muito ocidental) de um único caminho axiológico, isto é, de uma só matriz de direitos fundamentais conforme defendido pelo ocidente, não deverá ser admitida. Até porque nem em todos os países ocidentais se defende o mesmo conjunto de direitos, basta atentar, como mero exemplo, nos países nórdicos que tem uma concepção mais ampla do leque dos direitos fundamentais do que outros Estados europeus, acrescentando ao conteúdo do conjunto designado dos direitos fundamentais um vasto leque de outros direitos de natureza económica e social que não têm tanta importância e escopo noutros Estados do ocidente. (Beck, 1998: p. 124-125)

⁹⁷ Um sentido que entendemos também ser seguido por Boaventura Sousa Santos quando faz referência à necessidade do novo paradigma – embora o autor defira da nossa proposta quando defende esta mudança no paradigma do pensamento pós-moderno –, reconhecendo as várias dimensões que constituem

2016: p. 112ss) Dessa forma, não se fragmenta da globalização, numa posição que corresponderia a um absoluto *dominus* valorativo de uma determinada visão axiológica do mundo – um reducionismo a esta posição –, que resultaria no esmagamento das assimetrias culturais de determinados países. No fundo, correspondendo a uma articulação do pensamento kantiano da razão prática – da qual comungam Rawls, Habermas, e Beck –, mostrando os trâmites referentes no campo de ética e filosofia prática, embora indo mais além do ponto de partida proposto por Kant.

A construção dos princípios orientadores justos quanto à construção política e social, sustentada num caráter ético valorativo e nos princípios de justiça, terá manifestos reflexos no Direito. É de destacar que a ideia de Direito construída, em termos latos, pela referência valorativa de obtenção de justiça⁹⁸, é hoje colocada perante os problemas do mundo produzidos pela razão técnico-instrumental de pendor absoluto e no culto do mercado (económico-financeiro). No entanto, o Direito deve corresponder a uma prática-axiológica cultural de valorização contrária aos fundamentos negativos da razão calculadora, introduzindo uma perspectiva de afirmação da proteção das gerações futuras. Para aferir do sentido jurídico por nós defendido, convocamos o pensamento de Castanheira Neves quanto às raízes que servem de substrato ao seu sentido de Direito, e que entende como definidor do domínio jurídico, pois o campo de atuação jurídico não envolve todos os aspectos da sociedade. Na sua posição, partindo do referente essencial

o desiderato social, alargando-se o espectro da racionalidade e articulando-se particularidades contextuais. (Santos, 1999: p. 287-288)

⁹⁸ Neste sentido, veja-se Castanheira Neves (1979: p. 85). Esta visão preponderante atribuída ao Direito (e ao seu sentido) prende-se, na nossa opinião, pela decorrência da sua realidade como essencial para a convivência em sociedade e pelos princípios e valores axiológicos que dele emanam. Princípios e valores que se constituem como uma qualidade transcendente às normas positivas provenientes da evolução histórica do Homem e que se repercute na padronização axiológica de uma determinada sociedade individualizada no tempo. Por isso resultam da dimensão axiológica inerente à própria sociedade, que o Homem assimila e que matiza na sua compreensão como pessoa integrada na sociedade, orientando o seu sentido e constituindo a sua consciência jurídica, como tal, originando que os seus membros se reconheçam nos padrões valorativos ético-sociais da mesma num determinado momento histórico, e não se restringindo o sentido do Direito a um mero instrumento social da institucionalização e organização. Que, evidentemente, devem ser positivados na ordem jurídica, dessa forma se traduzindo na validade do Direito para a própria comunidade, isto é, mostrando-se a conformidade teórica e prática do direito positivado com o fundo ético da comunidade jurídica que vincula a pessoa na sua realização concreta. (Castanheira Neves, 2012: p. 15-19)

da dignidade da pessoa humana como o valor máximo do plano jurídico⁹⁹, estamos perante uma compreensão da pessoa humana como valor fundamental, mas que não se prende apenas com a sua qualidade como indivíduo – conforme definido pela ciência –, ou como sujeito para o campo jurídico¹⁰⁰ – como destinatário de interesses jurídicos, numa lógica do pensamento racional jurídico –, mas sim como um valor axiológico transpositivo com natureza ética superior de um lógica individualista como no tempo liberal, e que também se forma como uma dimensão axiológica constitutiva do parâmetro ético da normatividade jurídica. A dimensão ética do homem-pessoa acresce ao sentido da sociabilidade como uma evidência latente ao sustentáculo da normatividade jurídica. Mas também lhe acresce dois espaços dialéticos intercruzados com este fundo ético da comunidade jurídica: o primeiro que o autor designa como “*condição mundanal*”, decorrente de um fundamento de interação social do mundo, reconhecendo-se que o mundo não se reduz a um mero espaço envolvente, mas sim que se constitui como essencial para a afirmação e desenvolvimento do ser humano, daqui resultando a condição social do Homem, e que estabelece o campo de atuação da normatividade jurídica porque o Direito sustenta-se na resolução de problemas sociais; e a outra referente ao espaço comunitário, articulando-se por um conjunto de interesses latentes dos seus membros e da comunidade, que, embora recusado pelos defensores do absoluto individualismo pela

⁹⁹ Há um limite cuja transgressão implica que se supere – e negue – o próprio Direito, quando não se reconheça a dimensão ética da pessoa como valor jurídico fundamental. A dignidade da pessoa humana é um alicerce básico do Estado de Direito Democrático, não só para a identidade do inter-relacionamento em sociedade, como para a ordem jurídico-axiológica. A dignidade da pessoa humana pode ser também considerada como um elemento nuclear irredutível de cada direito fundamental individualmente considerado, iluminando o íntimo valor axiológico, e conferindo-lhe o necessário ideal de justiça propagado para a convivência social. Uma ordem social que não reconheça esta dimensão não será uma ordem de Direito. Elencando, como exemplos, a negação do fundamento ético da dignidade da pessoa humana realizada pelos Estados totalitários, mas também referindo as sociedades que preteriram o Direito como ordem de validade, quer por abandonar o substrato axiológico em detrimento de uma lógica funcional e estratégica, de eficiência administrativa baseada na *praxis* técnico-científica; quer por se basear exclusivamente em finalidades de natureza política. (Castanheira Neves, 2012: p. 30) É esta uma das principais consequências que a razão tecno-instrumental projeta no mundo contemporâneo, onde a sua lógica de domínio extremo – tecnológico, científico, económico, etc. – abandona, ou pelo menos mitiga, a dimensão ética da pessoa humana.

¹⁰⁰ Embora Castanheira Neves não entenda que o Homem deva ser caracterizado como sujeito, a conceção transindividual da natureza do ser humano é muito aproximada da ideia de sujeito conforme definido por Touraine.

sua remissão para a afirmação de uma liberdade exponenciada para o seu limite mais extremo, é uma qualidade essencial para o desenvolvimento da pessoa humana. E esta referência para o diálogo comunitário pressupõe o enquadramento da pessoa como parte integrante desse espaço, como membro dessa mesma comunidade, o que implica a individualização de dois princípios normativos: o princípio da igualdade (referente à sua participação na comunidade num plano de equidade); mas, para o que de mais relevante importa para o nosso trabalho, o princípio da responsabilidade, em virtude da dimensão axiológica da dignidade da pessoa humana e a sua qualidade de sujeito, tanto de direitos como de deveres. Existindo uma tensão entre a liberdade individual e a sua compreensão na comunidade. Porque o Homem é composto, quer pela sua liberdade pessoal, quer pela sua integração coletiva. Detendo este dualismo específico. Nesse sentido, temos o reconhecimento da consagração de um conjunto de direitos com a finalidade da realização do Homem de forma autónoma, centrando-se nos valores irrenunciáveis para atingir o seu desiderato de realização pessoal pleno e que se traduz na sua liberdade. Sem que se deixe de reconhecer que esse espaço de autonomia acarreta uma outra faceta no substrato comunitário, a existência de uma corresponsabilidade da pessoa humana, onde mesmo quando os defensores de um sentido libertário irrestrito o pretendam negar, não se poderá desvalorizar a sua relevância, porque a liberdade não vai eliminar a corresponsabilidade – pelo contrário, a própria liberdade pressupõe essa mesma corresponsabilidade. Ocorre, assim, uma tensão dialética entre uma liberdade intrínseca e uma corresponsabilidade, dois espaços integrantes mas fundamentais: entre o reconhecimento de participação individual do homem-pessoa; e a sua integração e realização comunitária onde emana um sentido de corresponsabilidade de cada pessoa perante os outros membros da comunidade para uma efetiva organização social. A opinião de Castanheira Neves remete para uma representação intersubjetiva no mundo, atendendo à relação entre a própria pessoa e o seu semelhante, do reconhecimento da existência de uma reciprocidade conexional como inerente à própria natureza social do Homem. E nesta ligação a pessoa vai reconhecendo a sua liberdade de ação para seguir o seu desígnio existencialista (ou seus interesses) – ou seja, para se desenvolver, para se “construir” efetivamente como pessoa ética –, de acordo com os seus direitos naturais, mas do qual também emerge, num mesmo nível, um princípio da responsabilidade vinculante (como emanção de deveres a que se vê adstrito)

decorrente da coexistência humana¹⁰¹, pois só assim se mostra possível ao próprio homem-pessoa atingir a sua realização prática no mundo em plena liberdade. Sem que se confunda com uma irrestrita liberdade, porque tal se traduziria num contexto social impossível, com o conseqüente reconhecimento no Direito. (Castanheira Neves, 2012: p. 13ss) Pelo mesmo sentido vai Touraine, ao considerar que a liberdade do ser humano não pode ser dissociada da sua inerente responsabilidade. (Touraine, 1994: p. 338) Porque o Homem integra-se no Direito como sujeito ético quando lhe é reconhecida a sua qualidade como pessoa pelo valor intrínseco que possui, e não como um mero objeto. Afirma-se uma tríade valorativa constituída por liberdade, igualdade e responsabilidade. Este conjunto de valores axiológicos fundamentais articulam os princípios da justiça afirmados pela teoria de Rawls, como uma verdadeira justiça intergeracional que deverá ser afirmada contra o sentido predador da razão calculadora.

O reconhecimento pelo espectro valorativo que protege vai-se afirmar como uma barreira contra a instrumentalização dominadora dos pressupostos negativos da razão calculadora. Pelo entendimento da própria pessoa no seu sentido como ser individual com liberdade e racionalidade, e pela sua inserção social num conjunto mais amplo, de uma comunidade historicamente situada, mas onde se respeite o seu desenvolvimento pessoal. O que pressupõe a necessidade da interiorização dos efeitos nocivos que a técnica vem produzindo e o perigo fomentado por esses riscos. Dessa forma, produzindo um sentido de superação dessa lógica de domínio e de reafirmação dos valores já referidos como imperativos ético-rationais para a harmonização da convivência no mundo contemporâneo. Que não serão procurados no domínio metafísico, o que poderia originar um regresso a um período pré-moderno de submissão do sujeito, mas sim através de uma concepção racional do contrato social onde tais imperativos éticos deverão ser vigentes.

Porque, como Castanheira Neves refere, a afirmação dominante da corrente individualista a partir do período revolucionário conduziu a uma compreensão da

¹⁰¹ Segundo Castanheira Neves, “*dialética entre autonomia e responsabilidade que é assim, reconheça-se, a matriz estrutural do direito e uma outra expressão da justiça, sendo que esta mais não é do que a exigência, normativamente integrante, do reconhecimento de cada um pelos outros e da responsabilidade de cada um perante os outros na coexistência em um mesmo todo comunitário constituído por todos – e nesses termos a justiça coincide com o direito, verdadeiramente mais não é do que o próprio direito*”. (Castanheira Neves, 2012: p. 15)

normatividade jurídica centrada a partir dos aspetos individualistas do Homem¹⁰². O ponto de partida desta primazia permitiu a emergência da já aludida corrente individualista que abriu a possibilidade de se reduzir, numa posição extremada, o ser humano como mero ente individual, centrado só em si mesmo, significando um Homem isolado e desligado do mundo natural – mas liberto todos os seus constrangimentos. Pelo que esta teorização não reconhece – ou pelo menos tende a esbater – a dimensão do Homem como ser social, eliminando algo que lhe é intrínseco na sua qualidade como pessoa, a sua condição como membro da comunidade social e que se constitui como imprescindível para o desenvolvimento e realização prática da sua vida – como se afirma na célebre frase em latim *unus homo, nullus homo*. Ora, ao entender-se o Direito neste exponenciado sentido individualista, estar-se-ia a introduzir um caminho da alienação de um dos seus campos valorativos mais relevantes, tendo em atenção a natureza do Direito como essencial para a convivência societária. Originando um entendimento do Homem como mero portador de direitos, alienado das atribuições de responsabilidades, pela desconsideração da relação com os outros na comunidade¹⁰³. Para Castanheira Neves, é assim necessário entender o Homem num espectro mais amplo do sentido do Direito – que tal como os direitos humanos apresenta uma génese na realização da pessoa humana –, dessa forma assumindo a dimensão axiológica-social decorrente do vínculo subjacente da ligação do Homem com a comunidade. (Castanheira Neves, 2012: p. 20-21) Uma vinculação intrínseca do sentido de valoração que permite a enunciação de um consenso comunitário fruto da intersubjetividade comunicativa¹⁰⁴ – na linha seguida por Habermas –, em que subsiste uma dualidade entre a possibilidade da comunicação e o direito a ser ouvidas (Beck, 2016: p. 345), e, no qual, entendemos estar inserida a valorização axiológica tida como fundamental para a construção e desenvolvimento dessa mesma

¹⁰² “A civilização complexa marcada pela racionalidade flexibiliza resquícios de liberdade e autonomia para transformar pela nova ordem econômica, solidariedade em solidão. Essa liberdade confusa junto ao conceito de flexibilização moderna foi cultivada pelo duto de competitividade, gerando muitas tendências egoísticas. (...) Daí ser possível perceber na modernidade e sua complexidade a diluição da ética individual e o fortalecimento da ética de mercado.” Situação que se viu exponenciada pela afirmação da complexidade da sociedade global recente que introduziu alterações profundas ao paradigma moderno. (Ferreira & Krohng, 2015: p. 141)

¹⁰³ O que nas concretas palavras do autor, “*seria no limite como que pensar o direito, dos só direitos, sem deveres nem responsabilidade – seria, atrevamos a paradoxal conclusão, uma justiça injusta*”. (Castanheira Neves, 2012: p. 21)

¹⁰⁴ Salientando este ponto, *vjde*: Torrão (2003: p. 339) e Busato (2018: p. 92).

comunidade. Porque esta intersubjetividade, enquanto pressuposto essencial da comunicação entre os sujeitos na vida moderna, só existe pela interligação em comunidade, permitindo a afirmação de uma sociedade aberta, livre e humanista.

Um conjunto ético identificado em sentido convergente com os valores anteriormente enunciados, reafirmando a sua exigibilidade para um desiderato existencial da pessoa humana enquanto tal¹⁰⁵. E que deve ser projetável face às diversas circunstâncias evolutivas da convivência social. Essa é uma alusão a um sentido de corresponsabilidade que cada pessoa possui pela sua natureza social – mas sem que se remeta para uma perspectiva anuladora da liberdade individual –, pelo reconhecimento da qualidade como pessoa humana¹⁰⁶. De acordo com o suprarreferido, é então necessário a construção de um contrato social de onde estejam previstos princípios de rejeição do extremismo da razão calculadora, através de uma representação de preocupações de cariz social, mas também deve ser dada atuação ao Direito e, especificamente, ao direito penal. Em jeito de conclusão, mostra-se como imperativo a transformação da razão moderna (e não a sua destruição) através da reconfiguração normativa, pelo absolver dos valores fundamentais com natureza bifurcada: individual e coletiva. Dessa forma, recuperando das consequências negativas causadas pela razão calculadora, nomeadamente quanto ao desenvolvimento dos riscos económicos, precavendo-se quanto às consequências destruidoras e aniquiladoras dos sujeitos individuais.

Esta visão remete para a necessidade de esses valores apresentarem uma validade universal. Sendo imperativo que os Estados estabeleçam mecanismos de cooperação

¹⁰⁵ Como refere Castanheira Neves, a dimensão axiológica, compreendida pela expressão da existência humana, constitui a referência fundamental das concretizações de sentido. Na qual se destaca a sua consideração como dimensão essencial da normatividade jurídica, conferindo-lhe a subsequente validade social enquanto Direito. Um conteúdo valorativo que terá de ser encontrado, naturalmente, dentro de um espaço de consenso societário. (Castanheira Neves, 1979: p. 124-128)

¹⁰⁶ Convocando aqui a opinião do autor conimbricense, quando afirma “*a justiça que sempre recusará que cada pessoa, no direito da sua dignidade própria e não menos na sua corresponsabilidade comunitária, seja preterida nos seus direitos perante os outros e a comunidade, a favor de uma já programática ou escatológica justiça só a alcançar no fim, já da contabilidade dos interesses globais da sociedade que tecnologicamente funcionalizassem os direitos e os deveres.*” (Castanheira Neves, 1979: p. 130) Segundo Fernando Torrão, “*(...) uma concepção da dignidade humana como inevitável referente pessoal, à luz das concepções oriundas do liberalismo clássico, mas de estrutura aberta, com sentido social, perspectivando a humanidade como um todo, isto é, dotada do sentido colectivo e dimensão global.*” (Torrão, 2003: p. 339)

mútua com capacidade de promoção e aplicabilidade dessas referências valorativas num contexto global. O próprio processo de globalização correspondente a uma unificação e agregação, é aqui entendido como uma vantagem, pela sua visão de conversão do uno para a narrativa global, enquanto fator de intersubjetividade comunicacional entre os vários sujeitos instituindo uma aproximação para a afirmação valorativa transversal. É certo que, na gênese deste processo, encontra-se o desenvolvimento tecnológico e, em consequência, o racionalismo calculador, mas é aí que deverá proceder-se à “inserção” valorativa referida, remetendo para a continuação dos efeitos positivos e a rejeição dos nefastos. Aqui a dimensão jurídica vai assumir um papel central ao permitir a afirmação destes valores e princípios com fundamentos válidos numa ideia de justiça¹⁰⁷, através de uma maior interligação quanto às culturas e regiões, o que é evidente pelo multiplicar dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos e da democracia, como são os casos dos tribunais regionais dos direitos humanos ou dos instrumentos jurídicos aplicados pelas Nações Unidas.

No entanto, embora tenha existido a criação de instâncias internacionais de integração das nações – como o caso da Sociedade das Nações e Nações Unidas –, estas não foram baseadas nesses pressupostos da democracia. Como refere Francis Fukuyama, as próprias Nações Unidas não basearam o seu critério de adesão na legitimidade democrática, bastando-se meramente com o requisito – menos exigente qualitativamente e com claros reflexos na *praxis* – das nações possuírem soberania política reconhecendo o poder de facto de quem domina o aparelho estatal (que podia ser democrático ou não). Tal resulta que seja de mais elevada dificuldade o estabelecimento de um conjunto valorativo num âmbito universal – como o que defendemos – decorrente das diferenças (por vezes, próprias concepções antagónicas) entre as diversas nações. Um exemplo evidente são os direitos humanos, onde, frequentemente, a definição na comunidade internacional da existência de uma violação dos valores fundamentais por parte de um

¹⁰⁷ Num sentido que consideramos como paralelo, Ferreira & Krohing salientam a necessidade de afirmação ética de elementos de reconhecimento do outro que desaguem na afirmação de direitos humanos. Embora críticos da dimensão jurídica por corresponder a um sistema bastante formal e que ainda não atingiu a referência ética necessária, acabam por concluir pela necessidade de procura do sentido ético de acordo com a multiculturalidade. (2015: p. 142ss) No nosso entendimento a crítica não tem sentido. A reedição do paradigma emergente da modernidade deve precisamente partir de um Direito sustentado nos valores de respeito pelos direitos fundamentais com capacidade de constituir o sustentáculo que orienta a conduta humana para o respeito individual e do outro.

Estado é, por vezes, coercivamente imposta pelos países com maior influência internacional fruto do seu *hard power* – a sua capacidade militar e financeira –, com a justificação do direito de ingerência para evitar as violações dos direitos humanos. O que acarreta dúvidas e incertezas sobre a sua legitimidade, existindo quase uma espécie de absolutismo decisório imposto pelos mais fortes, invés de um verdadeiro organismo de Estados entre iguais –, que, na nossa opinião, deverá caracterizar um organismo mundial de Estados. Como Fernando Torrão assinala, acaba por ser “(...) *a força e não a lei a comandar os desígnios das relações entre os diversos Estados e organismos internacionais*”. Abrindo a possibilidade dos países mais poderosos instrumentalizarem a proteção dos direitos humanos, numa lógica discricionária ou atuando com cinismo, através da invocação daquela violação como *casus belli* para, de forma “legítima”, invadirem militarmente outros países (detendo esta organização uma mera função passiva, que não pode vingar face às exigências de cariz global). (Torrão, 2014: p. 261-263) Daí que sejam várias as críticas dirigidas à incapacidade das instituições supranacionais para enfrentar adequadamente os desafios da mundialização – crise económica financeira global, instabilidade política e social em vários países, eventos naturais como o aquecimento global, inundações, terremotos, ou os conflitos migratórios –, o que reflexamente origina uma quebra progressiva da confiança.

Todavia, como estamos perante desafios e problemas globais, defendemos que estes que só poderão ser superados com soluções agregadoras desde que sejam sustentadas em valores e normas respeitadas por todas as culturas e sociedades. Esta lógica global pressupõe o estabelecimento efetivo de uma governança global impelida pela maior expansão dos ideais da democracia, liberdade, em suma, do Estado de Direito Democrático para um maior número de nações. É verdade que a democracia surgiu dentro do Estado-nação, mas nada impossibilita que exista uma fase de transição para um domínio supranacional, para uma sociedade mundial de Estados democráticos, em que as suas decisões são tomadas de acordo com procedimentos de plenamento democrático, numa dialética acessível, em que tanto os países pequenos como os maiores têm capacidade política e ideológica para reivindicar e acomodar com os seus semelhantes em condições de igualdade e equidade. Tal pressuporia uma alteração ao nível do direito nacional e (principalmente) internacional, de forma a incluir uma capacidade de atuação envolvente e consequente, num plano de igualdade entre os povos englobando a “nossa” visão bem como a do “outro” (Beck, 2016: p. 348), que, no nosso entender, deve ter por base o “novo contrato social”. O que seria uma clara aproximação para os desígnios do

estabelecimento da justiça como equidade nas relações internacionais como propagado por Rawls, mas também da proposta cosmopolita de Kant pela *paz perpétua* – um cosmopolismo também defendido pelo próprio Beck, embora seja diferenciado nos seus pressupostos¹⁰⁸ –, de se atingir um processo de democratização do sistema internacional ao afirmar a existência de uma “federação” mundial, fundada num contrato social, subordinada ao Direito e integrador das nações livres e soberanas. A favor deste domínio deve-se olhar para o exemplo da UE¹⁰⁹, como uma federação internacional sustentada naqueles princípios da liberdade, igualdade e subsidiariedade.

¹⁰⁸ *Insigne*, o autor, mesmo no caso de uma intervenção militar, recorre à necessidade de uma legitimação ao nível internacional, por parte de uma resolução conferida pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas fundamentado numa violação intolerável contra a humanidade. (Beck, 2016: p. 277)

¹⁰⁹ Destaca-se aqui o exemplo da União Europeia na promoção dos direitos humanos. Prevendo-se logo no artigo 2.º do Tratado da União Europeia – de acordo com o Tratado de Lisboa (assinado em 2007, entrou em vigor em 2009) –, que a União se baseia nos valores da democracia, liberdade, do Estado de Direito e nos direitos humanos e dignidade humana; e no artigo 21.º, número 1 do mesmo Tratado, que a União na sua atuação no contexto internacional tem por função a promoção da democracia, da liberdade, do Estado de Direito, e dos direitos fundamentais. E nos próprios critérios de adesão de um Estado à União, mostra-se como necessária a concordância (prática) com os valores acima descritos, nos termos do artigo 49.º do Tratado da União Europeia. E, subsequentemente, segundo o artigo 7.º, número 1 desse diploma, existe um controlo efetivo sobre o cumprimento desses valores pelos Estados-membros. Assim, a promoção dos direitos humanos vai ser um fim a atingir tanto nas políticas internas ou externas. Sendo neste particular de reconhecer a importância da aposição da cláusula dos direitos humanos nos acordos internacionais da União (instituída primariamente com o acordo internacional de Lomé IV de 1989), como instrumento vital para esta promoção e salvaguarda externa dos direitos humanos, mas, igualmente, do Estado de Direito Democrático, num âmbito internacional. Esta cláusula pode incorporar os meros direitos liberais ou, ir mais além, englobando direitos económicos, sociais e culturais. Sendo entendida como um “*elemento essencial do acordo*” no campo do direito internacional, possuindo uma dupla função: por um lado, de promoção dos direitos humanos ao estabelecer benefícios económicos aos países contraentes com a União; e, por outro lado, ao incluir a possibilidade de suspender (total ou parcialmente) o acordo, existe uma defesa ativa dos mesmos, podendo a União retirar esses benefícios senão houver cumprimento (tem assim um efeito dissuasor) – um *enforcement* singular deste tipo de acordo. Podendo ainda condicionar os benefícios económicos à verificação de determinados requisitos, ou seja, pode a UE suspender a execução inicial do acordo até que determinado Estado adote políticas para melhorar o seu respeito pelos direitos humanos, pela democracia, ou pelo Estado de Direito. Só após a adoção dessas políticas é que o acordo passa a vigorar e o país receberá esses benefícios. Em relação a este ponto, mais desenvolvido, cfr. Moreira (2015: p. 379ss).

Em certa medida será neste particular que se terá de ir um pouco mais além da caracterização atribuída à modernidade, porque os seus paradigmas foram estabelecidos tendo por base uma categorização de uma organização que se pretendia libertar das “amarras” que a condicionam (como a religiosa), e em que o próprio ente estadual ainda insiste em manter a sua ação (política e social) no campo de fronteiras devidamente delimitadas, constituindo um limite para a ação de uma dada comunidade, e onde ainda vigora a ideia tão cara de não ingerência – com as ligeiras exceções dos períodos bélicos, das guerras revolucionárias, napoleônicas e mundiais, dos séculos passados; embora tal ingerência esteja para além daquilo que pugnamos.

1.3 A sociedade de risco

A sociedade contemporânea vê-se assim caracterizada como uma época onde vigora a incerteza, muito decorrente dos diversos espaços de atuação criados nesta vertente global. Neste cenário, emergiu a tecnologia e a ciência como o núcleo evolutivo, permitindo a diluição (ou mesmo eliminação) do tempo e do espaço e uma nova abordagem qualitativa das necessidades e preferências no seio da sociedade. Mas, com o advento deste novíssimo escopo social, resultou, igualmente, no surgimento de uma crise de valores que até eram tidos como tradicionais. É assim necessário voltar a referir que o resultado das modificações produzidas ocorreu numa dupla vertente: por um lado, permitiram uma inegável melhoria nas condições de vida e de bem-estar dos cidadãos; mas, por outro, levaram ao aumento de situações de incerteza e ameaça face a novos perigos nas esferas individuais e coletivas.

Reconhecendo este novo paradigma e as suas subseqüentes problemáticas, na atualidade, refere-se no campo sociológico que vivemos na designada “sociedade de risco”. Um conceito criado pelo sociológico Ulrich Beck, originalmente referido na obra publicada em alemão no ano de 1986 com o título “*Risikogesellschaft*”, onde refletiu sobre os novos desafios da sociedade e produzindo uma abordagem sobre os riscos (ainda essencialmente associado a riscos ambientais) que escapam ao controlo e proteção das instituições, apresentando um conjunto de propostas para a sua superação. Posteriormente, desenvolvendo esta temática em 2016, na obra “*Sociedade de Risco*

Mundial – Em busca da segurança perdida”¹¹⁰, no qual ampliou o seu estudo para outras classes de riscos, que brotam da comunidade.

Segundo o autor alemão, o ser humano vive presentemente numa sociedade envolta num conjunto de riscos – surgidos (exemplificados) como um efeito secundário do desenvolvimento da modernidade – com natureza diversa: ecológicos, genéticos, nucleares, ou o próprio fenómeno do terrorismo, e, com maior destaque para o nosso trabalho, os económico-financeiros. Segundo o modelo teórico exposto pelo autor, estes riscos ou pelo menos os seus efeitos, são resultado da “face obscura” do processo de modernização e avanço no desenvolvimento tecnológico e do paradigma económico de produção e consumo que se encontra estabelecido num binómio oportunidade/perigo como decorrente da sociedade industrial capitalista. (Beck, 2016: p. 22)

É então estabelecida uma ligação entre as especificidades estruturais e o particular nível de desenvolvimento social numa tirada epistemológica inerente à razão calculadora, baseada no progressivo desenvolvimento tecnológico e as implicações representadas para o surgimento da sociedade de risco. Em que o domínio da técnica conduziu à emergência de processos nefastos geradores de desigualdades, perdendo-se o sentido de um progresso sustentado (em razão de um sentido dominador), em que o próprio risco é alvo de cálculos por parte de diversos atores no domínio do pensamento (cientistas, juristas, filósofos, ou meios de comunicação social). (Beck, 2016: p. 26-27, 59ss) Como refere Beck, “*a teoria da sociedade de risco confrontou esta crença com a sua fragilidade e insuficiência teóricas tendo em vista os cenários de potenciais catastróficos e das incertezas atuais, que são precisamente o resultado dos triunfos do progresso*”¹¹¹. (Beck, 2017: p. 83-84) Mas, remetendo para o ponto atrás expedito no nosso trabalho, existe uma contradição no entendimento social, porque embora ocorra um sentido crítico dos efeitos negativos do

¹¹⁰ As obras de Ulrich Beck são uma referência na análise do paradigma da sociedade de risco. Iniciando um debate que obteve posterior respaldo na literatura em diversas publicações. O que permite perceber que existe a tendência da conceção de sociedade de risco se reduzir à enunciação proposta por Beck. Porém, nem todos os autores seguem esta orientação do autor alemão, mantendo com aquele determinadas diferenças, com particular destaque para autores como Giddens (2000), Bernardo Feijoo Sánchez, Luhmann, Hassemer, Herzog, Kargl, ou Prittwitz, para quem a sociedade de risco tem uma projeção mais ampla do que a enunciada por Beck. (Sánchez, 2012: p. 36) Este é também o nosso sentido, embora o próprio Beck tenha recentemente incorporado na sua abordagem outros riscos, que considera como paradigmas da sociedade de risco. (Beck, 2016, 2017)

¹¹¹ Reconhecendo este paradigma, veja-se: Oliveira e Silva (2005: p. 259).

progresso da modernidade – exponenciados pela razão calculadora –, a verdade é que também se mantém ainda este sentido de continuação a vincular a atuação do Homem, considerando que um mais pronunciado desenvolvimento da tecnociência permitirá sustentar os fenómenos da sociedade de risco que tiveram origem no desenvolvimento moderno, surgindo como a fonte para a solução dos mesmos – ou seja, acabam por defender o sentido de exponenciação da razão calculadora, depreciando o potencial de emanação de novos riscos por parte desses desenvolvimentos tecnológicos. (Beck, 2017: p. 83-84, 90)

Por conseguinte, impera um paradigma de incerteza e de risco¹¹², que caracteriza a hodierna sociedade. Esta realidade é potenciada pela ocorrência no último século de várias catástrofes escritas na história que constituem as suas manifestações, pense-se, por exemplo: nos danos ambientais e existência do aquecimento global; acidentes nucleares, tanto na central nuclear de Chernobyl ou o desastre nuclear de Fukushima; crise económica do *subprime* de 2008; ou os diversos eventos terroristas. Naturalmente, estes efeitos são impulsionados pelo fenómeno de expansão transnacional, que origina uma desconstrução da realidade do Estado-nação e se institui pela nova afirmação de espaços de exigência supranacional, nos campos social, político e económico, o que significa a quebra daquela ligação mais intrínseca com o Estado-nação, e pela sua ligação histórica no desenvolvimento da proteção dos sujeitos de uma determinada sociedade. (Hespanha, 2001: p. 166) Isto é, verifica-se na passagem de uma ótica de proteção até então voltada essencialmente para dentro, um sentido fragmentário (correspondente ao domínio territorial nacional), para a necessidade de se passar a dar continuidade à proteção mas agora no domínio transnacional – conforme já demonstramos ainda não atingiu a plenitude necessária –, porque agora todos os acontecimentos se interligam. Tal realidade contribuiu ainda para essa extrapolação crítica.

Nos termos da temática relevante para o nosso trabalho, o foco substantivo irá incidir sobre os riscos provenientes da natureza económico-financeira. Porém, tendo em conta as conexões que se estabelecem entre alguns riscos, impõem-se a necessidade de fazer uma caracterização qualitativamente sumária dos riscos.

¹¹² Carapinheiro afirma que, sociologicamente, o significado de risco possui um sentido de neutralidade, porém destacando que presentemente o risco vem sendo identificado com perigo e ganhando um sentido negativo pela maior interligação que apresentam com a intervenção humana. (Carapinheiro, 2001: p. 198) Já Giddens procede a uma diferenciação entre o risco e o perigo, considerando o primeiro como associado à sociedade moderna pelo corte que estabelece com instituições pré-modernas que introduziam uma forma de segurança. (Giddens, 2000: p. 77ss)

Desde logo, devemos referir que o risco é entendido como um fator conceptual diferenciado que escapa ao controlo e previsibilidade dos sujeitos e da comunidade em geral. O grau de risco é subsumido numa natureza de cálculo matemático para a sua ocorrência, com o objetivo de identificar potenciais eventos críticos em consonância com a probabilidade da sua verificação, e adotar, conseqüentemente, contingências ao nível da criação de mecanismos de proteção. Os riscos devem ser distinguidos dos perigos em termos sociológicos¹¹³. Pois, os perigos estão ligados à magnitude das catástrofes naturais, providas de fenómenos com origem exógena, ou seja, são acontecimentos não produzidos pelo Homem e nos quais ele não tem intervenção. Fundamentalmente, as catástrofes apresentavam um domínio prevalecente em sociedades pré-modernas. Por sua vez, nos riscos contemporâneos, o ser humano tem uma intervenção direta, seja a produzi-los ou até a induzi-los. São por isso riscos criados pelo próprio Homem¹¹⁴. E são estes últimos entendidos como os riscos da sociedade moderna, sustentada na ameaça produzida pelo desenvolvimento da técnica científica e industrial e o impacto que tem na natureza. Podendo resultar num potencial destrutivo da humanidade – basta aqui pensar nos riscos ecológicos e no potencial destrutivo que os mesmos podem ter no futuro da humanidade –, daí que o próprio autor alemão produza uma análise sobre a limitação ao desenvolvimento tecnológico da sociedade – aqui mostrando-se a íntima conexão com a razão calculadora. Num sentido similar, Anthony Giddens conexiona os fenómenos dos riscos com o paradigma subjetivista moderno, referindo a emergência de um “*novo perfil de risco*”¹¹⁵, conseqüente da relação diferenciada que o Homem moderno tem com o mundo natural e pelos novos tipos de risco com que ele se confronta. (Giddens, 2000: p. 77, 89) Em que as próprias decisões tomadas no presente têm o potencial de projetar efeitos destruidores para o futuro próximo. (Fernandes, 2001, p. 60)

¹¹³ Já no campo jurídico a sua distinção tem traços diferenciados. Segundo Torráo “(…) *sempre se poderá situar o risco no mundo dos factos, traduzindo a previsibilidade de produção de um ou mais resultados, abrangendo, por conseguinte, um feixe de nexos causais tendentes a cada um desses resultados, enquanto que o perigo se poderia centrar no mundo dos valores, na medida em que representa a probabilidade de um dano para um determinado bem jurídico*”. (2003: p. 334, nota 7)

¹¹⁴ Assim: Fernandes, 2001: p. 48-49; Simões, 2005: 296; Sánchez, 2012: p. 33; Beck, 2016: p. 63ss.

¹¹⁵ Nas palavras de Giddens, “*com o desenvolvimento das instituições sociais modernas, persiste um certo equilíbrio entre a confiança e o risco, a segurança e o perigo, mas os principais elementos envolvidos são bastantes diferentes dos que predominavam na era pré-moderna*”. O fator distintivo desta época é a percepção cognoscível sobre os riscos. (Giddens, 2000: p. 77)

Neste particular do domínio do risco, Beck apresenta um conjunto de fundamentais características identificadoras destes fenómenos, para além da suprarreferida proveniência humana nos riscos da sociedade moderna, e que, de modo genérico, foram largamente acolhidas no plano doutrinal no plano da identificação da sociedade de risco.

Quanto à sua projeção, estes possuem uma dimensão global, não se encontrando limitados, tanto no domínio temporal uma vez que o seu dano se poder propagar por várias gerações, como na realidade espacial podendo envolver a afetação de um conjunto diversificado de países e de comunidades, causando-lhe elevados danos. (Giddens, 2000: p. 89; Fernandes, 2001, p. 60-61; Beck, 2016: p. 63ss, 2017: p. 105) Nesse sentido, os danos podem atingir todos, produzindo vítimas em todos os continentes e estratos sociais. Tal realidade pode mesmo levar à confusão entre as figuras do autor e vítima. (Carapinheiro, 2001: p. 199; Fernandes, 2001, p. 61, 68-69; Feijoo Sánchez, 2012b: p. 33; Beck, 2016: p. 106ss) Porém, as suas consequências podem já não se produzir numa dimensão igualitária. (Giddens, 2000: p. 88; Beck, 2016: p. 133ss, 2017: p. 105ss) Isto porque os países em desenvolvimento são os mais atingidos pelo efeito catastrófico dos riscos, o que contribui para acentuar as desigualdades económicas e sociais para os países mais ricos¹¹⁶. Ou seja, os danos podem afetar todos, mas não da mesma forma. Até porque, como já referimos, o modelo económico em vigor potencia a deslocalização das indústrias para estes países, verificando-se uma flutuação nos padrões dos riscos dos países desenvolvidos para os mais pobres (Beck, 2016: 303ss, 2017: p. 155), em virtude da opção das indústrias com maior potencial de dano lesivo (e até da prática de atividades criminosas¹¹⁷) aproveitam para se instalarem nesses países, onde a realidade política e social permite que seja mais acessível o condicionamento sobre aquele Estado, principalmente, face à já referida necessidade de investimento e criação de postos de trabalho. Assim, obtendo a concordância dos cidadãos desses países ou explorando a sua ignorância, estas organizações criminosas mantêm as suas atividades. Com efeito, devido ao efeito global dos riscos, as formas de resposta, nomeadamente de natureza jurídica e

¹¹⁶ Referindo a ligação entre a desigualdade social e a distribuição dos riscos, veja-se Beck (2017: 105ss).

¹¹⁷ Sobre este ponto, José Braz refere a possibilidade da criminalidade organizada, em determinados países, conseguir domínio sobre determinados meios com potencial de causarem um risco incalculável. (Braz, 2010: p. 265)

reguladora, ainda assentes numa lógica nacional, mostram-se como desajustadas. (Beck, 2017: p. 145)

Outra das características inerentes aos riscos da sociedade pós-industrial é a sua natureza difusa, indivisível (Beck, 2017: p. 127-128) e estrutural no seio da sociedade, colocando em causa os critérios de imputação jurídicos clássicos denexo causal e da responsabilidade, o que, inevitavelmente, produzirá consequências naquele campo jurídico, porque os meios tradicionais de imputação – como na caso da culpa e nexode casualidade – não se mostram como ajustados para responder de forma adequada aos novos riscos. (Feijoo Sánchez, 2012b: p. 33) Estes efeitos mostram-se com especial relevância no ramo do direito penal porque havendo uma materialização num resultado ou um perigo sério em face daqueles riscos, a própria imputação criminal pode ser impossível de ser realizada face àquela natureza difusa e indivisível. (Torrão, 2003: p. 335) Até pela enorme dificuldade, tendo em conta o seu potencial lesivo, em conseguir determinar com exatidão os danos sofridos pela sua faceta de propagação no tempo, resultando a possibilidade de cálculo da extensão do dano um exercício de extrema dificuldade (ou até mesmo incalculável)¹¹⁸ (Simões, 2005; p. 59), bem como imputar ou apurar a responsabilidade por aqueles perigos e riscos. (Beck, 2016: p. 63ss) Neste sentido, é costume referir-se a realidade da “*irresponsabilidade organizada*”. (Torrão, 2003: p. 335-336; Beck, 2016: p. 64) Em virtude desta dificuldade em se atingir de forma adequada a compensação desses danos, porque a responsabilidade civil assente num raciocínio clássico de indemnização de danos baseado na dicotomia autor/vítima se mostra como desajustada, até porque pode dar-se a questão do próprio autor do dano também estar sujeito a sofrer aqueles efeitos, de acordo com uma determinada vertente. Realidade que também se propaga para os tradicionais contratos de seguros¹¹⁹, que não se encontram adaptados para corresponder a esta problemática. (Simões, 2005: p. 57, 296-297; Feijoo Sánchez, 2012b: p. 33; Beck, 2016: p. 142ss, 247ss) Assim, a regulação das atividades potencialmente emanadoras de um risco potencial vê-se ultrapassada e desconexada face a este potencial lesivo emanado pelos mesmos.

¹¹⁸ Podendo verificar-se um conjunto de decisões que, frequentemente, representam uma teia de interceções com capacidade de inculir novos riscos. Este conjunto de decisões leva à necessidade de uma exigência de uma prévia avaliação dos riscos como fator de diferenciação do caminho a seguir, ou seja, uma análise *ex ante* do potencial de risco futuro que as mesmas podem ter. (Fernandes, 2001: p. 50)

¹¹⁹ Refere Sloterdijk que os contratos de seguros devem ser considerados como a “*primeira tecnologia imunitária da modernidade*”. (Sloterdijk, 2008: p. 96)

A própria percepção comunitária também se modifica quando comparada com a realidade, o que leva a uma quebra com o paradigma anterior. Segundo Beck, como muitos destes riscos se tornam “corriqueiros”, ao nível psicológico existe uma tendência dos recetores a desvalorizar e não tomarem uma postura proactiva face aos riscos. A realidade só aparece como compreensível quando exista um destaque pela comunicação social que torna perceptível no pensamento público o potencial lesivo destes riscos. (Beck, 2017: 162ss) Só nesse momento se pode dizer que a sociedade passa a deter uma maior consciência sobre a existência dos riscos e, principalmente, do potencial destruidor dos mesmos. (Giddens, 2000: p. 88) Porém, esta realidade leva a que esta consciência social se veja demasiadas vezes impulsionada ou até mesmo distorcida, pelos próprios *mass media* e até pelo discurso político quando incidem sobre esta temática, o que tem legitimado a adoção de medidas jurídicas com a finalidade de se conseguirem atingir uma maior segurança, mas, na verdade, apenas têm resultado num aproximar para um ordenamento jurídico cada vez mais securitário. Pense-se, por exemplo, na abertura dos espaços de informação televisivos onde existe um claro critério jornalístico de os iniciar com os efeitos/representação de um determinado risco, esmiuçando os seus resultados até ao pormenor, com a apresentação de imagens representando um conteúdo funesto, mas que é uma realidade da própria imprensa escrita ou mesmo do espaço digital que seguem esta conceção editorial. O que provoca no consciente social esta perda de segurança, e que origina que os sujeitos se interroguem se não vivem numa sociedade “*onde o terror impera*”¹²⁰.

Existe assim um empolar na percepção subjetiva comunitária do conteúdo nefasto objetivo dos riscos. Pois, embora se reconheça o potencial de perigo que colocam estes novos riscos da sociedade pós-industrial, devemos ter em conta, como refere Fernandes, que existem outros fenómenos que não provocam um tal sentimento de insegurança social, mas, na verdade, objetivamente criam um mais elevado nível de danos na perda de vidas humanas, como é exemplo paradigmático o caso dos desastres rodoviários que apresentam uma taxa de mortalidade bastante superior à dos riscos pós-industriais até agora verificados, mas que não provocam um sentido daquela magnitude. (Fernandes, 2001: p. 46-47) Como tal, os próprios riscos que vão sendo destacados na comunidade acabam por não corresponder ao seu perigo objetivo, mas correspondem ao “potencial” destrutivo que lhe é atribuído. (Carapinheiro, 2001: p. 198) Naturalmente, também não

¹²⁰ Aludindo a esta particularidade, Fernandes (2001, p. 63-64).

se deve descurar a importância que o próprio discurso político tem (Fernandes, 2001: p. 40ss), quase que, por vezes, entrando num campo populista, extrapolado e potenciado esta sensação de insegurança.

Contudo, não é que existam no atual contexto mais riscos do que em sociedades anteriores¹²¹ (Fernandes, 2001: p. 33), pois o próprio Homem na sua essência é um “ser para o risco”, basta atentar que a grande maioria dos seus comportamentos, na sua natural convivência individual/social, apresentam uma vertente de risco associada. O que ocorre é que os novos riscos da sociedade moderna se diferenciam dos riscos próprios da sociedade pré-industrial¹²², atendendo às suas características, o seu potencial destruidor, a forma como os sujeitos os percebem, bem como a intervenção dos humanos como criadores ou impulsionadores. (Beck, 2016: p. 60) De igual forma, a globalização provocou um abalar das conceções tradicionais da sociedade industrial, o que contribuiu para aquele sentimento quase de “abandono” face aos riscos¹²³, o que pressupõe naturalmente a emergência de um pensamento de incerteza e medo. (Giddens, 2000: p. 94) Sendo que também a intrínseca natureza imprevisível dos riscos, que ocorre quer por consequência direta das rápidas alterações no mundo em que vivemos que apresentam consequências imprevisíveis para o futuro, quer pelo processo de globalização ter sido realizado de forma descontrolada, em que as crises migratórias, a concentração de riqueza, ou as crises económicas são meros exemplos, contribuem para essa perceção. Este cenário produz uma emergência racional de cálculo de risco, de que fala Beck, que passou a acompanhar a implementação da modernidade, e que assume particular relevo no domínio epistemológico da sociedade de risco, embora os riscos mais terríveis escapem à possibilidade deste cálculo (o cálculo é aqui impossível). Desta vertente, no caso específico das entidades empresariais, passa a existir um estímulo para que estas

¹²¹ Existem autores que situam o advento da sociedade de risco com os empreendimentos marítimos do séc. XV, tendo em conta o fenómeno dos seguros marítimos que visavam acautelar os riscos dessas viagens. (Fernandes, 2001: p. 33)

¹²² Até se pode dizer que os anteriores riscos da sociedade industrial têm vindo a ser reduzidos fruto do desenvolvimento tecnológico. (Simões, 2005: p. 299)

¹²³ Por conseguinte, não seguimos uma conceção defendida por autores como Maquieira que relacionam esta insegurança a um amplo espectro de liberdade. (Maquieira, 1999: p. 459) Até porque, como veremos mais detalhadamente no ponto seguinte, na sociedade pós-industrial não se verifica um campo assim tão alargado de liberdade. Pelo contrário, o que vemos é que a liberdade se encontra cada vez mais limitada face à segurança.

convertam as suas operações ao nível do risco através de procedimentos preventivos. (Beck, 2016: p. 60-61)

Atendendo especificamente aos riscos económico-financeiros, estes foram exponenciados pela estruturação económica neoliberal que se insere no processo de globalização – conforme já estudamos no ponto 1.1. O atual período do capitalismo faz surgir uma realidade de imprevisibilidade que não permite uma afirmação de convicção futura por incapacidade de controlo dos seus efeitos. (Beck, 2016: p. 178) Neste campo, são desenvolvidos espaços de risco decorrentes das práticas complexas do mercado mundial, na qual também se projeta em termos espaciais podendo atingir uma afetação de um espectro largo de indivíduos (e organizações) num curto espaço de tempo e sem qualquer limitação espacial. É de reconhecer nestes tipos o seu potencial de ameaça já não correspondente a uma destruição da humanidade, mas sim num outro patamar de destruição da propriedade e de elevados danos no contexto estatal e global. (Beck, 2017: p. 181) Ora, a busca pela maior obtenção lucrativa decorre da extrema lógica mercantil ter imperado no sentido prático da sociedade, conduzindo a uma destabilização do equilíbrio entre agentes económicos e políticos, e dando azo ao surgimento de diversas crises económicas globais, as quais o Estado nacional já enfraquecido se vê incapaz de conter pela velocidade de fragmentação e mutação extrema das dinâmicas económicas. Os investimentos financeiros possuem só um móbil, a obtenção mais rápida possível de um benefício de natureza económica – vivemos na era da procura incessante pelo lucro fácil e crescimento rápido. Esta atuação dos mercados mundiais tem a sua génese devidamente aludida do *homo economicus*, numa lógica de concorrência de todos contra todos agora numa escala mundial, em que os investidores económicos na busca pela obtenção do tão desejado lucro tomam decisões de modo a anteciparem-se aos seus concorrentes, mas que são principalmente decisões com um elevado grau de incerteza/risco e que, por vezes, se instituem em decisões irracionais embora sempre com aquele (último) fito lucrativo. Sendo que, este nível de risco decorrente da natureza irracional, aponta Giddens, não é consequente de só uma lógica de mercado interno, porque também está sujeita a influências externas neste sentido extensivo do mercado global, até porque as decisões tomadas no âmbito desta lógica económica também influenciam quem se encontra para além dele. (Giddens, 2000: p. 89-90) Esta corrente de pensamento, dominante no mundo globalizado, permite que um conjunto de grandes corporações económicas, de acordo com o seu (elevado) poder de mercado, possam criar um conjunto de turbulências no mercado económico-financeiro nacional e mundial.

Com efeito, esta interligação dos regimes e dos agentes económicos permite afirmar uma visão de dependência uns dos outros, em que um contexto económico favorável se pode mutar rapidamente para uma crise económica, de acordo com a ligação entre lógicas de natureza empresarial. Numa época onde o investimento económico é uma necessidade extrema dos Estados, as próprias políticas nacionais podem ser facilmente condicionadas por influências económicas, quer de natureza endogéna, quer exogéna, para aplicação de medidas estruturais mais convenientes ao poder económico, colocando em causa a política industrial e económica de um determinado país. A volatilidade dos mercados financeiros é assim decorrente do fenómeno de globalização económica, mas podendo ter como resultado a criação de danos, quer para os investidores diretos numa determinada empresa, quer de forma indireta para outros indivíduos, como é o caso dos assalariados da mesma, que, dependendo das medidas económicas seguidas, podem ver o seu posto de trabalho destruído. O que teria consequências no espectro do Estado nacional que pode ver o seu sector produtivo destruído, produzindo reflexos em termos sociais e do estado-providência.

Esta teia de ligações no espectro económico comungam das características dos riscos já enunciadas: podem os danos atingir as pessoas independentemente da classe onde se insiram, embora mais pronunciada no caso das classes mais pobres; fomentando-se numa lógica de cariz global (não condicionada a fronteiras ou zonas territoriais); devido à vasta interação de vetores em que se interrelacionam e sobrepõe, é difícil proceder-se a um efetivo juízo de imputação jurídico (penal); e a própria regulação aplicada, é cada vez mais reduzida, não se mostrando eficaz para uma previsão suficiente deste fenómeno. A degradação da regulação económica, decorrente da crítica neoliberal contra o intervencionismo do Estado com a justificação da necessidade de libertar o mercado de “amarras”, produz um efeito contrário, mostrando-se sim como um aumento dos fatores de risco de crises económicas. Sendo que esta emergência de riscos económico-financeiros é ainda exponenciada pela necessidade de obtenção de investimento internacional por parte da entidade estadual, que o pode colocar numa situação de permeabilidade quanto a investimentos de capitais com origem ilícita. Ou seja, no seio desta lógica global emerge outro vetor económico como fonte de elevados riscos, em virtude da fragilidade do Estado-nação¹²⁴, o que pode ser aproveitado para a

¹²⁴ Cfr. Carapinheiro (2001: p. 222).

prática de diversos crimes de natureza económica, em particular o crime de branqueamento de capitais.

Vistas que estão as principais características dos riscos, não podemos desvalorizar que o fomento de determinadas ameaças, também não deixou de ser acompanhada de outra vertente, pelo próprio desenvolvimento científico que veio permitir uma diminuição de alguns dos riscos anteriormente existentes (principalmente de origem natural). Esta evolução da ciência permitiu melhorias na qualidade de vida das pessoas, no avançar da medicina, do domínio do ambiente, ou do estado socioeconómico. (Fernandes, 2001: p. 48; Simões, 2005: p. 299) Existindo uma ambivalência da ciência, como Beck bem reconhece, entre, por um lado, a exponenciação de alguns riscos e, por outro, como fenómeno solucionador de outros. (Beck, 2017: p. 83)

Naturalmente, que o advento destes riscos com potencial destruidor da humanidade tem sido acompanhado de uma emanação de várias críticas no campo sociológico para o combate aos perigos da sociedade de risco. Desde logo, deve ser destacada a proposta otimista de Beck, partindo dos riscos de natureza ecológica, mas fomentando uma consciência crítica sobre a existência dos riscos e da necessidade da sua contenção. O autor parte da necessidade de um acordo político internacional que se institua como uma resposta prática interligada aos fenómenos do risco que emergem também de forma global, evitando e prevenindo que a modernidade continue a seguir um caminho de potencial eliminação do próprio Homem¹²⁵. É de destacar a necessidade de adoção de novos instrumentos legislativos, defendidos pelo autor, no campo da responsabilidade civil e penal para apreciação dos impactos dos riscos. E a emanação de um sentido de responsabilidade face aos riscos que deve nortear os comportamentos humanos de forma a manter a vida humana no planeta. (Beck, 2017: p. 61-62) Numa linha de pensamento similar destaca-se aqui a tese enunciada por Hans Jonas da emanação de uma ética da responsabilidade para a proteção das gerações futuras. O autor alemão, reconhecendo a ameaça do poder tecnológico criado pelo Homem, defende a emergência de um princípio da responsabilidade que deverá orientar o comportamento humano (numa escala global) de forma a ser compatível com a manutenção da vida humana no planeta. Em que as gerações atuais têm a responsabilidade de anteciparem e evitarem impactos

¹²⁵ Beck é assim um defensor da modernidade, considerando, tal como Giddens, que a mesma se consolidou efetivamente na totalidade. Defendendo sim que se proceda a uma alternatividade de alguns pressupostos negativos da mesma. (Beck, 2016: p. 381ss)

negativos que se projetem para o futuro. É uma posição principalmente assente na proteção do ambiente face ao elevado impacto resultante da revolução e intervenção tecnológica, um pensamento resultante de uma justiça ecológica que limite os danos para a natureza pela sua relevância como um valor intrínseco para a preservação humana, mas também se mostra como aplicável quanto à dimensão de outros riscos. Como tal, não é admissível que alguém coloque em perigo um bem coletivo, como é sobrevivência da espécie humana, de modo a satisfazer, momentaneamente, o seu bem-estar individual¹²⁶. Somos da opinião, na linha enunciada por Fernando Torrão, que o princípio da responsabilidade de Hans Jonas parte do fundamento do imperativo moral de Kant da necessidade de se atuar partindo do entendimento da humanidade como um fim em si mesmo. Uma premissa que não mostra qualquer condicionamento histórico ou espacial, e que, portanto, admite esta vertente de proteção como dever ético de manutenção de um futuro condigno para a humanidade. Pois, uma conceção em que a humanidade é tida como um fim em si mesmo, não admite a colocação em perigo da continuação da vida humana no planeta, como tal, devendo existir um compromisso das gerações presentes com as futuras, de forma a garantir o futuro da humanidade. (Torrão, 2014: p. 258-259)

É bom notar que com o advento de um espaço de atuação global, origina uma maior necessidade de se ter confiança perante as instituições sociais da modernidade, especialmente quando comparada com os riscos que nos confrontamos. Uma confiança que se institui como decorrente de uma mitigação do nível de risco que é decorrente da atividade humana, nesse sentido não pressupondo uma total eliminação do risco, mas sim admitindo-se um pequeno nível de risco que é tido como aceitável. É assim necessário uma proporção equitativa entre a confiança e o risco, de modo a que esse risco se inclua no parametro aceitável, tendo como resultado a emergência da expectativa de segurança. (Giddens, 2000: p. 24-25) É precisamente partido desta realidade que Beck assinala a reflexividade da sociedade de risco, em que a necessidade de contenção dos riscos acaba por conceder um sistema que atua como confrontacional da racionalidade instrumental, como criticada pela escola filosófica de Frankfurt, embora com pontos de vista

¹²⁶ Como afirma Fernando Torrão, “*se, por um lado, se harmoniza com o direito de cada um escolher para si um determinado modelo de vida que proporcione bem-estar, ainda que isso implique o custo de uma existência breve do ponto de vista individual, já se não compatibiliza, por outro lado, com o direito de toda uma geração optar por esse mesmo bem-estar se só conseguido à custa de uma previsível existência breve da coletividade humana, colocando, nessa medida, em perigo a vivência das gerações futuras*”. (Torrão, 2014: p. 257)

diferenciados. Para o autor a “modernização reflexiva” constitui um sentido crítico e confrontacional dirigido ao sêmbelante mais predador da razão instrumental – a razão calculadora – uma vez que os efeitos dos riscos globais permitem um associar entre diversos pontos do globo. (Beck, 2016: p. 360-361) Em que “*o processo de modernização reflexiva está, assim, a conduzir a sociedade industrial nacional para uma sociedade mundial (ainda indeterminada na sua ambiguidade)*”. (Beck, 2016: p. 383) Uma modificação partindo da forma de lidar com os riscos e inseguranças, que será conseguida através de uma composição progressiva dos valores morais na realidade social, mas ainda enquadrável dentro da dimensão da modernidade – agora a designada segunda modernidade caracterizada por Beck.

Em jeito de síntese, conclui-se pela existência de riscos diversos ligados à sociedade pós-industrial, que se traduzem em actos de elevada danosidade para indivíduos, empresas ou para a sociedade e suas instâncias. No caso específico do Direito, este reconhecimento tem originado diversas mutações, principalmente no campo punitivo, havendo uma referência transversal a vários autores da afirmação (ou surgimento) de um “Direito penal da sociedade de risco”, em que a incidência da punibilidade é extrapolada para novas matérias, no qual se introduz a tipificação de novos crimes de perigo e coloca em causa os próprios pilares do direito penal iluminista vigente. Esta será uma matéria alvo de análise pormenorizada no ponto 2.2, mas que deixamos já “levemente” vincada a nossa opinião, pois embora sejamos críticos de alguns dos pressupostos que são remetidos ao “novo” direito penal, considerados que as alterações projetadas pela sociedade não são irrelevantes, demonstrando-se como necessário conseguir um ponto de equilíbrio entre as matérias, que, ao mesmo tempo, permita uma resposta eficaz aos riscos que demandam resolução, mas sem alienar os princípios fundamentais do direito penal.

E este cenário leva ao questionamento se não existe nada que possa ser efetivado para promover a sua redução ou até mesmo a sua eliminação? Ora, como já referimos, os riscos são inerentes ao próprio meio de atuação prático do ser humano pelo que a sua total eliminação mostra-se como inviável. Contudo, o seu desiderato pode ser mitigado, como reconhecemos no texto apresentado, o que se impõe é que se reconheça o seu potencial lesivo e se adotem medidas preventivas regulatórias com vista a um efetivo controle. Como refere Beck, para o conseguir é necessário a instituição de uma verdadeira cultura democrática na qual vigore o princípio da separação de poderes, bem como a existência de uma opinião pública devidamente informada – aqui se rejeitando a exponenciação

propagada por determinada comunicação social –, para que possa ser considerada com capacidade para influência as alterações técnicas na política e o Direito. Para o autor, esta crença positiva não deverá ser fundamentada simplesmente nos poderes do Estado-nação, em virtude deste perder gradualmente capacidade de atuação no contexto mundial, mas sim numa interligação de um processo democrático mais amplo e descentralizado com outras entidades institucionais e supranacionais, às quais é então conferido um poder de decisão conexionado com as nações. (Beck, 2016: p. 93ss)

Mas, voltando ao leque das consequências produzidas no mundo global, refere Beck que se vive uma “*metamorfose do mundo*” pelo conjunto de transfigurações potenciadas num sentido mais extremo em diversos campos da sociedade¹²⁷, e que pressupõe uma reinvenção no sentido e espaço de atuação com natureza transnacional¹²⁸. Como exemplo deste paradigma, refere o contributo positivo que a sociedade de risco teve ao incutir a consciencialização do potencial destrutivo dos riscos e que se encontra a produzir uma alteração do sentido de determinados comportamentos e de políticas democráticas – introduzindo um sentido de transformação que para o autor deve resultar numa lógica transnacional assentando na cooperação internacional – que constitua uma resposta às exigências sociais de contenção dos riscos e de uma efetiva proteção. (Beck, 2017: p. 16ss)

No seio dos riscos de natureza económica, a nossa proposta parte assim da necessidade de imposição legítima de medidas preventivas de natureza regulatória, já não adstritas a um sentido regulatório “fraco” como até aqui, mas sim aplicando um quadro regulatório mais concreto, não só ao nível da dimensão de aplicação de controlo estatal, mas também envolvendo determinadas entidades específicas da própria sociedade consequente da sua capacitação técnica para esta realidade. Um sentido do qual emerge o paradigma da *compliance* como introduzindo uma nova vertente de controlabilidade

¹²⁷ Em relação ao campo político, nas palavras do autor, “*na metamorfose de uma era para a outra, a política está a entrar numa zona de crepúsculo peculiar, a zona de crepúsculo da dupla contingência: nada permanece fixo, nem as velhas instituições básicas e sistemas de regras nem as formas e papéis específicos e organizadores dos atores; ao invés, são abalados, reformulados, e renegociados num conflito entre os atores ou organizações que defendem e os que tentam mudar a ordem nacional da política*”. (Beck, 2017: p. 191)

¹²⁸ Este aspeto de transformação origina que o mundo atual caminhe para um sentido distante do fim da história conforme perspectivado por Francis Fukuyama.

através de um instrumento normativo para inculcar um agir concreto de um modelo de resposta admissível face aos riscos conhecidos.

2. A Expansão do Direito Penal

2.1 As tendências expansivas da política criminal

Partindo destas transformações na sociedade, nomeadamente do decaimento das suas estruturas tradicionais, o crime aproveita para expandir o seu domínio para uma dimensão transnacional, absorvendo os pressupostos da globalização, aproveitando o anonimato e a rapidez com que se processam as trocas financeiras e os fluxos migratórios. Vivenciamos a emergência da criminalidade transnacional, o que complica de sobremaneira a intervenção da tutela punitiva por parte dos ordenamentos jurídicos¹²⁹. Esta tem sido alvo de especial atenção dos meios de comunicação social e da própria comunidade, passando a incidir um olhar pormenorizado sobre este tipo de atividades: criminalidade organizada e económico-financeira, branqueamento de capitais, corrupção, tráfico de várias tipologias, mas com maior destaque para o tráfico de estupefacientes, crime informático (realizado de forma organizada), etc... E que naturalmente tem merecido uma reação proactiva por parte da política criminal.

Para além do aproveitamento do espaço transnacional, face as modificações no quadro societário existe uma alteração profunda na forma de atuação que, tradicionalmente, assentava numa matriz individual, e que agora na sociedade pós-industrial se vê enquadrada numa nova dimensão correspondente a um mais complexo quadro de atuação coletivo. Este processo de atuação concertada vai corresponder a um conjunto de ações individuais que, integradas naquele contexto mais amplo, detêm uma interligação em virtude de uma finalidade coletiva baseada na análise de custos/benefícios, para de forma causal, atingir um desiderato e resultados comuns. É então frequente que se encontrando a própria conduta de um sujeito integrada com outras dentro de uma organização coletiva numa lógica da divisão de funções integradas no contexto mais envolvente, que muitas vezes poderá estar distanciado, tanto em termos temporais como espaciais, da ação dos sujeitos. Por conseguinte, e neste estado atual de natureza coletiva, verifica-se que o indivíduo, por vezes integrado no seio desta engrenagem coletiva, encontra-se numa situação em que se torna fungível dentro do esquema (prático) da organização, podendo mesmo as condutas individuais em si mesmas

¹²⁹ Neste sentido, entre outros: Paz & Blanco Cordero, 2000: p. 3ss; Andrade, 2005 p. 27; Fonseca, 2005: p. 169-170; Ferré Olivé, 2007: p. 90-91; Davin, 2007: p. 117; Zúñiga Rodríguez, 2009: p. 91-92, 2016: p. 64-65; Braz, 2010a: p. 261ss; Bravo, 2013: p. 10; Conceição, 2017: p. 26.

consideradas serem inócuas para atingir determinados resultados, mas, uma vez integrados naquela lógica coletiva, já conseguem para atingir tal finalidade. Aqui existindo uma cumulação de tarefas. Em consequência, refere-se a existência da “*irresponsabilidade organizada*”¹³⁰ também ao nível da criminalidade.

Assim, um dos novos paradigmas é que a própria responsabilidade individual também se encontrar diluída no contexto coletivo da organização¹³¹, podendo este novo modelo de criminalidade ser representado por uma organização criminosa ou até ser realizada no interior de determinadas entidades empresariais. (Silva Sánchez, 2011: p. 91) Julgamos que esta questão necessita de uma reflexão mais desenvolvida sobre o fundamento da alteridade ao nível dos efeitos jurídicos resultantes. Questão que será iniciada de seguida pela análise das organizações criminosas.

2.1.1 Advento da criminalidade organizada e económico-financeira num mundo global de risco

Estes novos pressupostos possibilitaram e impulsionaram o surgimento de uma criminalidade praticada de forma organizada, assente num novo *modus operandi* e que se traduz numa prática racional continuada e especializada, com elevados recursos materiais e humanos que lhes possibilita um nível de implementação mais amplo que extravasa o território de um Estado (passando a intervir no espaço internacional, por vezes longe da prática do lugar dos crimes), e que lhes permite atingir um patamar de poder e lesividade muito superiores à criminalidade tradicional até então assente numa prática individual.

Particular destaque assume a criminalidade organizada e económico-financeira como os epifenómenos criminais que apresentam maiores desafios e, conseqüentemente, maior atenção têm merecido pela política criminal. O que é demonstrável pela aplicação de medidas legislativas e político-criminais que as visam reprimir, mas também

¹³⁰ Cfr. Torrão (2003: p. 335-336) e Beck (2016: p. 63ss). Embora com diferenças ao nível da vertente deste conceito, uma vez que Fernando Torrão se pretende referir a uma dimensão jurídica, enquanto Beck pretende remeter para uma dimensão sociológica. Porém, a verdade é que ambos os pontos se tocam e ambas as vertentes acabam por se associar.

¹³¹ Salientando este ponto: Torrão: 2003: p. 336; Simões, 2005: p. 297-298; Andrade, 2005: p. 27; Cabana, 2006: p. 154-155; Zúñiga Rodríguez, 2009: p. 95, 2016: p. 82-84; Figueiredo Dias, 2011: p. 136.

ocasionando o surgimento de diversas problemáticas no direito substantivo e processual penal¹³².

¹³² Uma preocupação exemplificável pela evolução legislativa, num âmbito de prevenção e repressão, onde têm vindo a ser aprovados diversos instrumentos legais, de natureza nacional e transnacional, que se tem vindo a multiplicar e a aperfeiçoar com o objetivo de criminalizar os fenómenos criminosos com estreita ligação com esta criminalidade. Neste campo é de destacar no plano nacional a lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (com a redação dada pela lei n.º 30/2017, de 30-05); lei n.º 83/2017, de 18 de agosto; lei n.º 15/2001, de 5 de junho (com a redação dada pela lei n.º 114/2017, de 29-12); decreto-lei n.º 15/93, de 22 de janeiro (com a redação dada pela lei n.º 7/2017, de 02-03). E, em termos de diplomas internacionais, parte-se da necessidade de advogar uma maior cooperação entre Estados, a tipificação de determinados ilícitos ou a implementação de novos meios de obtenção de prova. A tomada de atenção foi iniciada, desde logo, na V Convenção das Nações Unidas para a Prevenção do Crime de 1975 em que se reconheceu a interligação entre o crime organizado e a criminalidade de colarinho branco (o designado “*white-collar crime*”) que podia ser praticada no seio de uma pessoa coletiva/empresa, e da necessidade de atuar de forma repressiva quanto ao mesmo. Posteriormente, foi adotada a Declaração Política de Nápoles e o Plano de Ação Global contra o Crime Organizado Transnacional, aprovada por unanimidade pela Assembleia Geral através da Assembleia Geral com a Resolução n.º 49/159. Subsequentemente, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, de 20 de Dezembro de 1988 (aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 29/91, de 6 de Setembro, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 45/91, de 6 de Setembro, entrada em vigor em Portugal em 03-12-1991), e que constitui o principal instrumento jurídico internacional sobre a prática de tráfico de estupefacientes, pretendendo afirmar uma melhor investigação, cooperação e repressão desta prática criminosa. Embora a sua matéria seja, essencialmente o tráfico de estupefacientes, esta Convenção tem a particularidade de ter reconhecido, para além da gravidade deste tráfico e sua correlação como fonte de elevados lucros ilícitos, a conexão entre o tráfico de estupefacientes e outras práticas ilícitas que exercem efeitos nocivos sobre a economia e a própria soberania dos Estados. Outro instrumento de Direito internacional relevante nesta matéria é a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004, de 2 de Abril, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2004, de 2 de Abril, entrada em vigor em Portugal em 09-06-2004) que pretende a adoção pelos Estados-parte de medidas preventivas e uma resposta mais eficaz contra a criminalidade organizada transnacional, nomeadamente estabelecendo medidas para um controlo transfronteiriço mais eficiente e de cooperação entre os diversos países. Devendo os Estados-parte criminalizar diversas infrações no seu direito penal ou fazendo alterações na sua legislação interna para se acomodar às disposições desta Convenção e procedendo a uma harmonização entre os diversos ordenamentos jurídicos. Ou a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003 (aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, de 21 de setembro, ratificado pelo Decreto Lei do Presidente da República n.º 97/2007, de 21 de setembro, entrada em vigor em Portugal 28-10-2007). A este nível é de destacar, numa data mais recente, a *Convención de Fiscales y Procuradores Generales* que decorreu no Peru, subscrita pela Procuradoria-Geral da República a 4 de outubro de 2017,

Em termos históricos, na maioria dos casos, a gênese do crime organizado é situada a partir da década de vinte do séc. XX, durante a vigência da “Lei Seca” nos Estados Unidos da América¹³³, com o aparecimento das organizações dedicadas às práticas de delitos de forma sistemática, com uma articulação entre diversos membros e obtendo proveitos funcionais, apresentando uma estruturação organizativa muito similar às organizações contemporâneas¹³⁴ (com traços característicos de uma estrutura hierárquica rígida, em que cada membro possui uma função específica e atuando de forma permanente para atingir uma finalidade transversal à entidade). Estas organizações viram uma oportunidade vantajosa para a recolha de proveitos lucrativos consequência da elevada procura pelos produtos alcoólicos – devido à sua proibição pelo governo federal – o que lhes permitiu atingir uma avultada acumulação de lucros criminosos. Com o fim da “lei seca” o lucro daquelas práticas esbateu-se, o que confrontou as organizações com uma realidade abrupta – que viram o seu *core business* atingido –, levando a que essas organizações se tivessem de adaptar, passando a empreender (pois perderam a prática

com a finalidade de reforçar a aplicação de mecanismos eficazes de cooperação judiciária transnacional na prevenção e repressão do crime organizado, corrupção, e branqueamento de capitais. A nível europeu em geral e comunitário em particular, destaca-se a importância dada à repressão destes fenómenos, plasmando-se no artigo 83.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) a possibilidade do Parlamento Europeu ou do Conselho adotarem Diretivas para fixar regras mínimas conducentes à definição de infrações penais, sanções ou medidas de combate quanto a casos de criminalidade muito grave com carácter transnacional onde se inclui o crime organizado, mas, igualmente – com maior destaque para o nosso trabalho –, o branqueamento de capitais.

¹³³ Aprovada pela 18.^a *Amendment* à Constituição Americana em 16/01/1919, e que esteve em vigor de 1920 a 1933. Terminando com a 21.^a *Amendment* à Constituição no dia 5 de dezembro de 1933.

¹³⁴ Embora já anteriormente se possa apontar a existência de organizações dedicadas à prática de crimes de forma organizada, em diversos pontos ao longo da história, como é de destacar o caso exemplificativo de algumas organizações: os piratas dos séculos XVII e XVIII; as tríades chinesas com origem no séc. XVI; a *yazuka* japonesa no séc. XVIII (Davin, 2007: p. 60ss); ou a máfia que surgiu em Itália nos finais do séc. XVIII, inícios do séc. XIX, sustentadas num contexto familiar. É de ressaltar, em termos históricos, que a censura social quanto a estas organizações não era muito elevada, porque ou eram comportamentos aceites como fazendo parte do enquadramento cultural, ou dirigiam-se a reagir contra um poder político dominante estrangeiro (Zúñiga Rodríguez, 2016: p. 88), considerado como um domínio injusto, ou em casos de reforço do estabelecimento da ordem pública. Tendo posteriormente evoluído para a sua natureza atual, para uma lógica lucrativa, aproveitado o fluxo migratório e as facilidades de movimentos de mercadorias e capitais. (Albrecht, 2010: p. 79-80) Mais desenvolvido quanto à evolução política-criminal da criminalidade organizada de forma mais detalhada: cfr. Davin, 2007: p. 60ss; Albrecht, 2010: 76ss.

criminosa mais lucrativa) uma procura de outras áreas de “negócio” que lhes permitisse conseguir novas fontes de receita para sustentar a atividade e manutenção da organização. O crime organizado virou-se assim para outras atividades ilícitas, sendo de realçar como exemplo mais paradigmático o tráfico de estupefacientes, devido ao “boom” do seu consumo que se verificou a partir dos anos 50 do século anterior, com correspondência nos proveitos lucrativos das mesmas. Esta particularidade constitui uma das principais características do crime organizado que é a sua flexibilidade e adaptabilidade face às circunstâncias conjunturais: tanto em termos de atividades onde desenvolve as suas práticas (aproveitando o surgimento de novas oportunidades para desenvolvimento de práticas criminosas); como também no contexto espacial, visto que estas organizações procuram sempre projetar as suas atividades sobre jurisdições onde seja mais difícil a repressão das autoridades judiciais e policiais de forma a suprimir estas atividades. (Davin, 2007: p. 8-9)

Em termos europeus, o incremento dado ao crime organizado deveu-se, principalmente, a dois fatores: pela elevada procura por estupefacientes, a partir da década de 70, resultando numa progressiva expansão destas práticas ilícitas por parte destas organizações; e, nos finais dos anos 80, com a queda do muro de Berlim e a abertura das fronteiras territoriais dos países europeus de leste, verificando-se um elevado aumento nas taxas de migração de sujeitos destes países para o setor ocidental, originando a expansão dos elementos que apoiavam estas práticas. Como tal, a partir da última década do séc. XX, absorvendo os suprarreferidos pilares da globalização, estabeleceu-se uma mudança em termos da política criminal no sentido de atribuir uma maior importância a este fenómeno. O crime organizado, que até então possuía um papel subsidiário em relação a criminalidade dita comum ou, também designada de “massas”, passou a ter um papel central. (Albrecht, 2010: p. 73) Pode assim afirmar-se que a relevância política-criminal conferida ao crime organizado dependeu dos condicionalismos a nível histórico, político e jurídico, permitindo a sua expansão e evolução interligado com as “traves mestras” do paradigma da globalização.

Quanto à criminalidade económico-financeira a sua evolução ocorreu também, principalmente, sustentada no desenvolvimento tecnológico e na interligação financeira proporcionada no século passado. Aqui se incluindo os tipos ilícitos que conflituam com as normas do sistema económico-financeiro com vista à elevada obtenção de proveitos lucrativos. Este desenvolvimento teve manifestos reflexos no desenvolvimento de conceitos, nomeadamente interligados com a criminologia, como o designado crime de

colarinho branco (“*white-collar crime*”) desenvolvido por Sutherland, no qual se parte do reconhecimento da prática de ilícitos típicos por parte de sujeitos com um elevado estatuto social e no exercício das suas funções profissionais, em decorrência dos concretos conhecimentos técnicos que possuem; e os crimes praticados dentro da estrutura de uma pessoa coletiva/empresa (“*corporate crime*”) em que existe uma associação entre práticas legais e ilegais. Neste campo estamos perante uma criminalidade específica que causa um impacto nos setores produtivos do ente estatal e minando a sua credibilidade e segurança, e no qual se enquadra o ilícito de branqueamento de capitais.

No entanto, sem que se deva confundir o conceito de crime organizado com o económico-financeiro. Porque se tratam de matérias diversas, embora existindo pontos característicos comuns¹³⁵, nomeadamente pontos de convergência entre os conceitos criminológicos, o que permite, em termos práticos, proceder a uma análise conjunta.

Na legislação portuguesa encontramos logo no artigo 1.º, alínea m) do CPP (conforme a Lei n.º 1/2018, de 29 de janeiro, 36.ª alteração ao CPP, aprovado pelo Decreto-lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro) – com a epígrafe definições legais –, um catálogo de crimes representando a criminalidade altamente organizada. Segundo este artigo, criminalidade altamente organizada compreende: “*as condutas que integram crimes de associação criminosa, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influências, participação económica em negócio ou branqueamento*”. Esta enumeração tem uma importância acrescida em termos penais, não só a definir o que se deve entender por criminalidade altamente organizada, mas também pela aplicação de um conjunto de medidas processuais mais gravosas de determinados regimes previstos no código processo penal (v.g. artigo 177.º do CPP, quanto ao horário admissível das buscas

¹³⁵ Diversos autores acentuam um conjunto de características comuns: a lógica racional no seio de uma pessoa coletiva (ou organização) de procura pelo lucro; a estruturação; membros com uma função específica na estrutura e frequentemente com um alto estatuto social no cerne na organização, as ligações como fontes de poder; o envolvimento de organizações empresariais; e a prevalência da organização face ao indivíduo. (Silva, 2015: p. 55) Um conjunto de características estruturais apreendidas pelo crime económico-financeiro para exponenciação de recursos lucrativos, enquanto o crime organizado absorve o racionalismo económico através da concretização de negócios com natureza diversa. Foffani salienta que não se deve consentir um entendimento de sobreposição daquelas duas realidades porque podemos ter organizações de crime organizado que não apresentam uma influência direta quanto ao mercado económico-financeiro, enquanto que a criminalidade económica não pressupõe, de forma obrigatória, a sua prática no seio de uma organização. (Foffani, 2001: p. 57)

domiciliárias; artigo 202.º, número 1, alínea c) do CPP, referente ao conjunto de crimes que permite a aplicação da prisão preventiva; ou o artigo 215.º, número 2 do CPP, que consagra o prazo máximo de prisão preventiva; ou a inadmissibilidade de tribunal de júri para os tipos ilícitos integrantes deste conceito jurídico-penal, nos termos do artigo 207.º, número 1 da CRP) que são aplicadas aos tipos ilícitos que compõe este catálogo. Aqui se destacando a categorização e associação do branqueamento sindicado como criminalidade altamente organizada, segundo o catálogo legal.

Quanto à criminalidade organizada este também é um conceito criminológico, não representando um tipo legal de crime – a lei positiva só se refere à criminalidade altamente organizada e, como tipo legal de crime, a associação criminosa no artigo 299.º do CP. Embora existam autores que pretendem remeter aquele sentido de acordo com o conteúdo material da lei n.º 5/2002 (medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira). Este diploma estabelece medidas de investigação e repressão quanto à criminalidade organizada e económico-financeira assente num regime especial de recolha de prova: a quebra do segredo profissional (capítulo II); o registo de voz e imagem (capítulo III); e a perda de bens a favor do Estado (capítulo IV). E enumera um conjunto de tipos legais, parcialmente coincidente com o catálogo anterior (de criminalidade altamente organizada), aos quais irão ser aplicadas as medidas previstas neste diploma: o tráfico de estupefacientes (referente aos crimes previstos nos artigos 21.º a 23.º e 28.º do decreto-lei 15/93, de 22 de Janeiro); terrorismo, organizações terroristas, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo; o tráfico de armas; tráfico de influência; recebimento indevido de vantagem; corrupção ativa e passiva, incluindo a praticada nos setores público e privado e no comércio internacional, bem como na atividade desportiva; o peculato; a participação económica em negócio; branqueamento de capitais; associação criminosa; pornografia infantil e lenocínio de menores; dano relativo a programas ou outros dados informáticos e a sabotagem informática, nos termos dos artigos 4.º e 5.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, e ainda o acesso ilegítimo a sistema informático, se tiver produzido um dos resultados previstos no n.º 4 do artigo 6.º daquela lei, for realizado com recurso a um dos instrumentos referidos ou integrar uma das condutas tipificadas no n.º 2 do mesmo artigo; tráfico de pessoas; contrafação de moeda e de títulos equiparados a moeda; lenocínio; e tráfico e viciação de veículos furtados. Aplicando-se ainda o capítulo II e III da suprarreferida lei aos crimes previstos no art. 1.º, número 1 da lei n.º 36/94, de 29 de setembro (Medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira) (cfr. art. 1.º, n.º 3 da lei n.º 5/2002); e ainda a aplicação da secção II do capítulo

IV aos crimes previstos na Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, quando não abrangidos pela alínea m) do n.º 1 do presente artigo (cfr. art.º 1 n.º 4 da lei n.º 5/2002).

Trata-se de um catálogo composto por um conjunto de crimes subentendidos pelo legislador com capacidade de resultar na obtenção de elevados proveitos lucrativos. Sem que se possa deixar de destacar que o legislador admitiu no catálogo crimes que não se circunscrevem a uma intencionalidade lucrativa – como é exemplo elucidativo o caso do terrorismo (Caires, 2012: p. 461) ou do branqueamento, que não pressupõe uma obtenção direta de proveitos lucrativos, mas indiretamente tem em vista uma legitimação daqueles.

Atendendo ao respetivo catálogo, pode-se afirmar que crimes como a associação criminosa, tráfico de pessoas, tráfico de estupefacientes, tráfico de armas, tráfico de influência, corrupção, participação económica em negócio e branqueamento, configuram conceitos criminológicos tanto situações de criminalidade organizada, como de criminalidade altamente organizada. Enquanto os crimes de terrorismo, organizações terroristas, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo, o recebimento indevido de vantagem, peculato, pornografia infantil e lenocínio de menores, o dano relativo a programas ou outros dados informáticos e a sabotagem informática, nos termos dos artigos 4.º e 5.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, e ainda o acesso ilegítimo a sistema informático, se tiver produzido um dos resultados previstos no n.º 4 do artigo 6.º daquela lei, for realizado com recurso a um dos instrumentos referidos ou integrar uma das condutas tipificadas no n.º 2 do mesmo artigo, contrafação de moeda e de títulos equiparados a moeda, lenocínio, contrabando e o tráfico e viciação de veículos furtados, ou peculato, só consubstanciam casos de criminalidade organizada. De acordo com o número 2 do suprarreferido artigo, a crimes como lenocínio, contrabando e tráfico e viciação de veículos furtados, (alíneas p) a r) do número 1 do art. 1.º), só é aplicável este regime se forem praticados de forma organizada. Ora, a interpretando a *contrario sensu*, o legislador presume que os outros crimes previstos no respetivo catálogo do número 1 são sempre realizados de forma organizada. Embora o legislador não especifique no que constitui essa prática de forma organizada, e olhando para a falta de concretização legislativa (o que, desde logo, coloca questões ao nível do princípio da legalidade), pois o mero exercício de condutas através de uma determinada estruturação pode não pressupor a ideia do crime organizado¹³⁶. O que pode não se verificar no caso concreto,

¹³⁶ Como refere com distinção João Davin, uma determinada associação para a prática de uma conduta criminosa, embora se aproxime, não deve ser confundida com uma organização de crime

podendo a prática de determinados ilícitos se encontrar num estado distante do crime organizado¹³⁷. (Dias, 2010: p. 24)

organizado (com as características criminológicas que lhe são subjacentes) por, neste segundo caso, se apontar para uma estruturação mais estável e financeiramente estruturada. (2007: p. 103ss)

¹³⁷ Analisando ambos os catálogos denota-se um certo grau de imprecisão, contendo tanto crimes de elevada como de pequena gravidade. Ora, tendo em conta o princípio constitucional da proporcionalidade – previsto no artigo 18.º da CRP (mais detalhadamente veja-se o ponto 2.2) – a aplicação destas medidas excepcionais, que originam uma restrição de direitos fundamentais dos visados, só poderá ser feita tendo em conta situações criminais de especial gravidade e só em casos excepcionais, não se justificando a sua aplicação para crimes que são puníveis com pena de prisão de limite máximo inferior a três anos, nem para casos onde os ilícitos previstos naquele catálogo qualitativo não sejam praticados no seio de uma organização criminosa. (Davin, 2007: p. 103ss) – uma linha seguida por outros autores. Porém, Caires considera que a destrinça terá de basear-se, não na moldura da pena ou na prática de um ilícito único, mas sim na forma de estruturação da organização para atingir aquela finalidade de obtenção material, ou seja, se a mesma se articula e estrutura para a finalidade da sua atividade. (Caires, 2012: p. 474-475) Aqui, subscrevemos a opinião de Augusto Silva Dias, uma vez que o “(...) quadro descrito 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”. O que leva o autor a pugnar pela necessidade de uma intervenção legislativa para resolver a problematização do conceito de crime organizado. (Dias, 2010: p. 25ss) Posição de *iure constituendo* que subscrevemos integralmente. Porém, uma vez que tal intervenção não é previsível no momento contemporâneo, não podemos descurar o papel atribuído ao intérprete na análise do espírito da lei. Porque o caráter vago daquelas disposições representa uma perversidade do legislador que cabe ao intérprete concretizar dotando de sentido valorativo relevante. É assim necessário que se alcance um equilíbrio entre, por um lado, os interesses de justiça na descoberta da verdade material, e por outro, os direitos fundamentais do sujeito. Defendendo o autor a importância de fazer uma interpretação corretiva restringindo os dois catálogos, dessa forma conformando o texto legal (o elemento literal) ao espírito da lei, excluindo do alcance destas medidas excepcionais os crimes de pequena gravidade – aqueles com uma moldura penal mais reduzida –, e sobre os quais não foi propósito do legislador consagrar este regime excepcional (ou seja, que não se mostram abrangidos pela teologia do preceito). Não se mostrando como legítimo que se abranja crimes com uma moldura penal até 3 anos, isto porque, para passar o crivo da proporcionalidade da restrição dos direitos fundamentais, é necessário que tais medidas sejam aplicadas a crimes que contenham uma gravidade qualitativamente inerente (os crimes superiores a 3 anos). Mas é igualmente necessário que os crimes de ambos os catálogos tenham sido praticados de forma organizada, porque existem crimes do catálogo que podem não ter sido praticados no seio da criminalidade organizada (na linha seguida por João Davin). Por pressuposto, a presunção legal que determinados crimes do catálogo são sempre praticados de forma organizada não pode vingar, mesmo quanto aos crimes onde a lei presume que são essencialmente praticados de forma organizada – ou seja, os crimes referidos nas alíneas a) a o), do número 2, do artigo 1.º da lei n.º 5/2002 –, é passível de ser admitida

prova em contrário. Nesta senda, deve-se relacionar a prática dos ilícitos dos catálogos com o substrato e as características que decompõe a criminalidade organizada, afirmando o autor a relevância do artigo 2.º, alínea a) da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional – mais conhecida por Convenção de Palermo – onde se estabelece uma definição de grupo criminoso. Para aferir deste sentido, veja-se Dias (2010: p. 27-29) – a própria Convenção aponta para uma moldura penal dos crimes de criminalidade organizada com pena privativa de liberdade não inferior a quatro anos ou pena superior. Também Caires alude à importância desta definição como conteúdo interpretativo sobre a categoria de criminalidade organizada – embora entenda que a mesma não possa ser considerada como conceito estanque. (Caires, 2012: p. 473) Mas, não podemos desvalorizar a importância de outros instrumentos internacionais e do estudo doutrinário e criminológico existente sobre esta temática, que devem ser articulados e conjugados com os artigos em análise, de modo a aferir-se se os crimes previstos no artigo 1.º, alínea m) do CPP e artigo 1.º da lei n.º 5/2002, foram praticados de forma organizada ou não. (Dias, 2010: p. 27-29) Portanto, deve-se relacionar o ilícito praticado com o conceito de crime organizado, de forma a afastar os comportamentos típicos que não se mostrem passíveis de aplicação deste regime excepcional, em virtude de não podermos considerar aquela prática criminosa como crime organizado, mesmo fazendo o ilícito parte do catálogo, dando assim conformidade ao substrato constitucional do princípio da proporcionalidade. Caires apresenta um entendimento semelhante, considerando que o catálogo legal é apenas indiciário, havendo crimes que embora preencham um crime desse catálogo não se consubstancia dentro do fenómeno criminal do crime organizado, logo não sendo justificada constitucionalmente a aplicação das medidas excepcionais previstas nos catálogos. (Caires, 2012: p. 469ss) Devendo ocorrer *“uma redução teleológica do âmbito de aplicação do catálogo de modo a que o mesmo apenas possa abranger as realidades para as quais foi concebido: o combate à criminalidade organizada e económico-financeira”*, dessa forma se evitando uma aplicação desproporcionada deste regime jurídico. (Caires, 2012: 477) Em conclusão, quanto aos crimes no art. 1.º, alínea m) do CPP e nas alíneas p) a r) do número 1 do art. 1.º da lei 5/2002 *“(…) carece da comprovação positiva da sua comissão de forma organizada (...)”*, enquanto aos crimes previstos da alínea a) a o) do segundo diploma legal *“(…) cede perante a prova de que a realização não corresponde aos elementos da definição transcrita”* (Dias, 2010: 29), ou seja que determinado ilícito não foi praticado no contexto do crime organizado, não podendo nesse caso aplicar-se a esses crimes as medidas excepcionais previstas na lei n.º 5/2002. Esta nossa posição restrita permite superar vários problemas que se colocam quanto a uma possível interpretação demasiado ampla desta realidade, que permitiria a aplicação destas medidas excepcionais para crimes aos quais não seria admissível tal aplicação. Um exemplo paradigmático, é o caso enunciado por Marques quanto às medidas de confisco ampliado que permitem a inexistência da necessidade de comprovar uma atividade criminosa anterior, o que poderia levar à desvalorização da prática sobre a forma organizada para permitir a aplicação de um regime claramente pensado (e desenhado) para formas mais gravosas. (Marques, 2012, p. 307) Por conseguinte, defendemos, na linha também seguida por Dias (2010, p. 45) de que se mostra como necessário comprovar *in casu* a comissão do crime de forma organizada, enquadrando-a de acordo com os pressupostos teleológicos da lei.

Partindo destes diplomas legais – artigo 1.º do CPP e lei n.º 5/2002 – não é juridicamente possível identificar um conceito preciso de crime organizado e económico-financeiro, mas simplesmente atender a uma enumeração qualitativa de tipos legais de crime. Como refere Jorge dos Reis Bravo, estes constituem um conceito em sentido operativo, envolvendo um conjunto abstrato de tipologias penais que se situam como práticas enquadradas naquele sentido. (2013: p. 16) Não concordamos, portanto, com a posição de Silva Dias de que podemos aferir daqui uma definição dos conceitos de crime organizado e altamente organizado. (Dias, 2010: p. 23-24) Até porque esta linha de pensamento é bastante confusa. Desde logo, porque o autor embora considere que podemos aferir aqui um conceito para ambos os catálogos, defende a necessidade de conformar o catálogo em termos interpretativos com a sua prática de forma organizada, para que se mostre como legítima a aplicação das medidas excecionais (cfr. neste particular a nota de rodapé 137). Esta conclusão seria desnecessária se se pudesse inferir do catálogo uma definição que se presumiria ser concreta, porque seria o próprio legislador a ter procedido àquele indispensável juízo de ponderação e concretização (que, como vimos, o legislador fica aquém). E, por conseguinte, também, como bem nota Caires, porque ao se aferir um pensamento neste sentido, se estaria a esvaziar de sentido a remissão do legislador na lei n.º 5/2002 ao admitir que as medidas excecionais aí previstas só se aplicam a determinados crimes se forem praticados de forma organizada. (Caires, 2012: p: 463-464)

Com efeito, o reconhecimento da gravidade representada por estes grupos criminosos tem produzido em termos científicos um vasto campo de estudo e investigação sobre este paradigma. No domínio da delinquência económica pela sua natureza intrínseca e qualitativa mostra-se como mais acessível a emanção de um sentido formal mais restrito. Já no caso da criminalidade organizada, devido à complexidade das estruturas adotadas e das variadas atividades em que pode incidir, e para outras para onde se pode expandir em virtude de um progressivo desenvolvimento, não tem sido fácil individualizar um conceito concreto para o crime organizado. Face a esta realidade, em termos doutrinários tem sido várias as propostas apresentadas¹³⁸. Até porque cada

¹³⁸ Para João Davin, que procede a uma leitura histórica da categorização de determinadas organizações criminosas, a criminalidade organizada é a “(...) *associação de duas ou mais pessoas criadas com o objectivo de cometer, de forma permanente ou sistemática, crimes*”. (Davin, 2007: p. 107) Reconhecendo como necessário a existência de um acordo entre estes membros, de forma a emergir uma “vontade” característica da própria organização, e que é autónoma dos seus indivíduos. Para o autor, basta a

existência destas duas pessoas, excluindo uma terceira (exigência avançada pela doutrina alemã), referente aos casos de associação criminosa. Devendo este acordo ter por finalidade a prática de crimes, mantendo uma estabilidade temporal, isto é, não se consubstanciando este acordo na mera prática de um simples crime. (Davin, 2007: p. 107ss) Em virtude da dificuldade de se instituir de forma clara o que significa o crime organizado, outros autores partem por uma decomposição de um conjunto de características associadas a este fenómeno. Nicolas Queloz institui-se neste panorama, considerando como características da criminalidade organizada (que o autor entende ser o termo mais correto para descrever este epifenómeno criminal): *“ideias de agregação ou associação de delinquentes; vontade deliberada de cometer actos delituosos; organização rigorosa; estratégia e profissional; racionalização empresarial; actuação nos grandes domínios da criminalidade organizada de violência; dos tráficos ilícitos e da criminalidade económica e de negócios; procura de lucros significativos; e organização estruturada em rede, nos planos nacional e internacional”*. André Bossard reduz esta conceção a quatro premissas: o seu carácter continuado; a imposição de um código do silêncio; a estrutura assente em vários circuitos; e assente em vários níveis hierárquicos. (Caires, 2012: p: 463-464) José de Faria Costa resume os seguintes pressupostos deste tipo de criminalidade: *“a) perigosidade, gravidade e extensão dos fenómenos que o sustentam; b) particular ressonância ao nível da opinião pública, determinando, simultaneamente, repúdio social, mas outrossim amolecimento da consciência ética quando se vêem as instâncias do poder público ficar bloqueadas ou ser, de forma absoluta, inoperantes; c) racionalização e inserção sociológica dentro dos parâmetros da chamada “cultura de corrupção”; d) afirmação inequívoca de uma dimensão tipicamente internacional; e) dificuldades, particularmente sensíveis, na determinação e conseqüente ataque a uma tal fenomenalidade através dos comuns meios jurídico-penais”*. (Faria Costa, 1999: p. 307-308) Para Jorge Godinho estas organizações comungam das seguintes características: *“(…) a actuação em termos permanentes ou contínuos; o facto de haver uma busca de lucros ou mesmo de poder económico; o facto de haver uma lógica empresarial ou de mercado, ou seja, uma actuação com vista à satisfação de uma necessidade ilícita ou à produção e comercialização de um bem ilícito, em termos de ciclo económico («dimensão empresarial»); a existência de estruturas organizacionais hierárquicas ou uma divisão de trabalho (v.g. um «departamento financeiro» que, como qualquer empresa, se ocupa da gestão e controlo dos fundos e, adicionalmente, do seu branqueamento); o carácter secreto da organização; a existência de especiais «códigos de conduta» (v.g. omertà) ou ritos iniciáticos; a actuação internacional”*. (Godinho, 2001: p. 34) Rodrigo Santiago decompõe a criminalidade organizada em quatro pontos: a) procedimento prolongado no tempo da prática de diversos crimes; o recurso a técnicas potenciadoras do terror; o emprego de uma metodologia concertada, constante e de forma insensível, sempre com o objetivo final de aquisição de potenciação dos proveitos; procurando alargar o seu âmbito de influência para as áreas económica e política. (Santiago, 1999: p. 365) Costa Andrade centra a sua análise igualmente num plano de um conjunto de características: *“a) complexidade criminalística e resistência à investigação: pelo número de agentes; pelo hermetismo e opacidade da organização; pela sofisticação, imaterialidade, mobilidade e invisibilidade de acções e procedimentos, não raro ocultos atrás de cortinas de tecnologia de difícil penetração e ultrapassagem; pelo desempenho consensual e victimless do modus operandi, pelo carácter crítico e iniciativo da linguagem e dos códigos de comunicação. b) Danosidade social: pela iminência*

dos bens jurídicos atingidos pelo carácter massivo do número de vítimas; pela profundidade dos abalos e rupturas no sistema social; pela violência das acções. c) Alarme social pelo indignação e medo colectivos e pela perda da confiança na validade e eficácia das normas". Caires individualiza os seguintes elementos: existência de um grupo organizado dividido em pequenos círculos, com projeção nacional ou internacional; com vários níveis hierárquicos; construída para perdurar no tempo, sobrevivendo até aos seus fundadores; onde se institui um código de silêncio; e com a finalidade de aquisição de proveitos lucrativos ou de outra natureza, de forma mediata ou imediata. (Caires, 2012: 469ss) Também Maltz, citado por Cláudia Santos, apresenta um conjunto de nove características que entende definidores da criminalidade organizada: *"corrupção, violência, sofisticação, continuidade, estrutura, disciplina, actividades diversificadas, envolvimento em actividades empresariais legítimas e hierárquica"*. (Bravo, 2013: p. 17) Outra solução avançada por uma parte da doutrina para a formulação deste conceito, tem sido associá-lo à realização do crime de associação criminosa. Esta posição acolhe fundamento na Decisão-quadro 2008/841/JAI, de 24 de outubro de 2008. Segundo esta Decisão-quadro, nos termos do seu artigo 1º número 1, constitui uma organização criminosa *"a associação estruturada de mais de duas pessoas, que se mantém ao longo do tempo e actua de forma concertada, tendo em vista a prática de infracções passíveis de pena privativa de liberdade ou medida de segurança privativa de liberdade cuja duração máxima seja, pelo menos, igual ou superior a quatro anos, ou de pena mais grave, com o objectivo de obter, directa ou indirectamente, benefícios financeiros ou outro benefício material"*; constituindo associação criminosa (n.º 2 do supra referido artigo), *"uma associação que não foi constituída de forma fortuita para a prática imediata de uma infracção e que não tem necessariamente atribuições formalmente definidas para os seus membros, continuidade na sua composição ou uma estrutura sofisticada"* Instituído duas infracções relativas à participação em organização criminosa: *"a conduta de quem, intencionalmente e com conhecimento quer dos objectivos e da actividade geral da organização criminosa, quer da intenção da organização de cometer a infracção em causa, participar activamente na actividade criminosa da organização, incluindo o fornecimento de informações ou de meios materiais, o recrutamento de novos participantes e qualquer forma de financiamento das actividades da organização, tendo conhecimento de que tal participação contribuirá para a realização da actividade criminosa da organização"* (art. 2.º, alínea a); *"a conduta de quem tiver estabelecido, com uma ou mais pessoas, um acordo destinado a levar a cabo uma actividade que, se for executada, configura a prática de uma infracção a que se refere o artigo 1.º, mesmo que essa pessoa não participe na execução efectiva de tal actividade"* (art. 2.º, alínea b). Nos termos elencados por esta posição, quando se estivesse perante um dos crimes de participação em organização criminosa estatuídos nas respetivas alíneas, existiria criminalidade organizada. No entanto, um conjunto de autores onde se incluem Godinho (2001: p. 32), João Davin (2007: p. 53), Figueiredo Dias, secundado por Augusto Silva Dias (Dias, 2010: 25), Jorge dos Reis Bravo (2013: p. 17), Caires (2012: p. 465) e Conceição (2017: p. 128), referem (e bem) que a associação criminosa é apenas um dos elementos da criminalidade organizada. Indo estes autores discordar desta solução, considerando que não se pode confundir os conceitos de criminalidade organizada e ser membro da associação criminosa, porque são duas figuras que não podem ser sobrepostas. Também seguimos esta posição, porque o crime organizado apresenta uma dinâmica mais complexa do que o (simples) crime de associação criminosa. Contudo, Figueiredo Dias

organização criminosa assume características próprias, com um *modus operandi* diferenciado face a outras organizações com o mesmo tipo de atividade, embora, como veremos em pormenor, acabam por se associar para um fim comum (lucrativo ou de ganhos de poder). Logo, a enunciação de um conceito jurídico-penal restrito, face ao nível de complexidade inerente, podia ser superado em pouco tempo pela realidade¹³⁹. O que, em certa medida, justifica ainda não se ter atingido uma definição consensual para o significado de criminalidade organizada. Como tal, não é possível através de alguma destas definições apreender aquele tipo de criminalidade de forma suficiente, ou pelo menos suficientemente precisa, porém, devemos entender aquelas definições como fornecendo contributos que devem ser retidos no nosso estudo. Assim, partindo destas

considera que o conceito de criminalidade organizada pressupõe a prática do crime de associação criminosa, portanto o ilícito típico de associação criminosa (p.p. nos termos do artigo 299.º do CP) é considerado pelo autor como pré-existente da prática da criminalidade organizada. Em relação a esta opinião, Augusto Silva Dias discorda da mesma, e nós tendemos a concordar, enumerando três argumentos para sustentar a sua opinião: que ao aceitar-se esta conceção, se estaria a esvaziar a importância do conceito de crime organizado, bastando que objetivamente se preenchesse o crime de associação criminosa para a aplicação deste regime de medidas excecionais; por poderem existir casos em que se pratica crimes de forma organizada e não se encontram previstos os elementos típicos do crime de associação criminosa – v.g. a associação criminosa pode não ter por finalidade imediata a obtenção de elevados lucros –, de igual forma, a efetiva prática do crime de associação criminosa pode estar num espaço distante de uma situação de criminalidade organizada; e, por último, no catálogo de crimes estatuído no artigo 1.º, individualiza-se o crime de associação criminosa dos demais crimes, ora por maioria de razão estes são autónomos face ao crime de associação criminosa. (Dias, 2010: 26-27) Esta dificuldade tem levado a que uma parte da doutrina – neste particular podemos referir Zaffaroni, Muñoz Conde e Roxin – a considerar a impossibilidade de se conseguir atingir um consenso, pois só se tem conseguido, através das várias propostas elencadas, destacar mais as diferenças do que atingir uma uniformização. (Caires, 2012: p. 469) Daí que alguns autores preferam incidir a conceitualização deste fenómeno sobre o conceito de rede criminosa, afirmando que o mesmo permite uma melhor caracterização. (Albrecht, 2010: p. 76) No entanto, não podemos concordar com esta posição, porque a definição de rede criminosa remete simplesmente para a descrição jurídico-penal de uma associação criminosa. Ora, como já tivemos oportunidade de desenvolver não podemos reduzir a criminalidade organizada ao crime de associação criminosa. Para superar esta realidade, Caires partindo das principais características que detém acolhimento maioritário maioritariamente aceites e de acordo com a *ratio legis* dos catálogos, recorre analogicamente à técnica dos exemplos-padrão – na linha de Manuel Costa Andrade –, considerando que a valoração como criminalidade organizada só deverá ser admitida quando a ilícitos que preencham um dos crimes do catálogo e onde se reconheça como ajustado enquadrar aquela conduta num caso de uma prática organizada. (Caires, 2012: p. 470ss)

¹³⁹ Salientando esta nota, cfr: (Godinho, 2001: p. 34-35; Davin, 2007: p. 57).

conceções doutrinárias e do estudo criminológico que lhes vem sendo dedicado, tal como do desenvolvimento nos diplomas internacionais¹⁴⁰, entendemos a título meramente

¹⁴⁰ A este respeito têm vindo a ser elaborados e aprovados um conjunto de recomendações e outros instrumentos de direito internacional sobre esta problemática. Analisando os diplomas mais relevantes, desde logo, assume particular relevância a Declaração de Nápoles de 1994 (disponível no website: <<https://www.imolin.org/imolin/naples.html>>), especificamente o seu ponto 12, onde é distinguido um conjunto de elementos que devem ser preenchidos para considerar uma atividade como de crime organizado: “*um grupo estruturado para a prática de crimes*”; “*uma estrutura hierárquica com liderança definida*”; “*prática de atos de intimidação ou corrupção com a finalidade de ganhos económicos*”; “*adoção de um conjunto de condutas de branqueamento das vantagens ilícitas para dissimular e ocultar a sua proveniência dessa forma introduzindo tais valores no circuito económico lícito e continuando as suas práticas criminosas*”; “*desenvolvimento das suas atividades criminosas no espaço transnacional*”; “*cooperação com outras organizações de crime organizado*” (tradução nossa). De seguida, a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, reconhecendo a gravidade do problema da criminalidade organizada, exortou os Estados-parte a promoverem a cooperação judicial e técnica para prevenir e reprimir o crime organizado transnacional. Nesta linha, define um grupo criminoso organizado como “*um grupo estruturado de três ou mais pessoas, existindo durante um período de tempo e actuando concertadamente com a finalidade de cometer um ou mais crimes graves ou infracções estabelecidas na presente Convenção, com a intenção de obter, directa ou indirectamente, um benefício económico ou outro benefício material*” (cfr. art. 2.º, alínea a) da Convenção). E designado um grupo estruturado como “*um grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infracção e cujos membros não tenham necessariamente funções formalmente definidas, podendo não haver continuidade na sua composição nem dispor de uma estrutura desenvolvida*” (cfr. art. 2.º, alínea c). Concordamos com a crítica aposta por Albrecht de que esta definição não tem um sentido mais concreto do que a descrição de cumplicidade, não uniformizando um conceito transnacional de organização criminosa. (Albrecht, 2010: p. 75) Incidindo concretamente agora no âmbito europeu, o Departamento Federal de Investigação Criminal Alemão (“*Bundeskriminalamt*”) descreve a criminalidade organizada de acordo com um conjunto de premissas: a associação de mais do que duas pessoas; prática de atividades de forma continuada com o escopo lucrativo ou de obtenção de poder; estruturação com divisão de tarefas e uma projeção com uma finalidade comercial ou similar; sendo frequente o uso da violência ou de outros meios de intimidação; projetar uma influência alargada, que pode incidir sobre a justiça, administração pública, economia, *media* ou até do próprio Estado. (2010: p. 75-76) No seio da União Europeia, segundo o relatório produzido pela Enfopol – Doc. Enfopol 161-REV-3 – enumera-se um conjunto de onze características para que estejamos perante uma organização criminosa. Os quatro primeiros desses elementos são entendidos como devendo cumulativamente estar presentes em todos os casos, já os outros são opcionais, e variam conforme o tipo de organização: 1- colaboração de duas ou mais pessoas; 2- carácter permanente da organização; 3- prática de crimes graves; 4- objetivo lucrativo; 5- organização e distribuição interna de tarefas; 6- controle e disciplina interna da organização sobre os seus membros; 7- atividade internacional; 8- recurso à violência; 9- utilização de estruturas comerciais ou de negócios; 10- prática do

exemplificativo resumir e sintetizar algumas das suas principais características e que se mostram como compartilhadas por estas organizações.

Podemos enunciar o conjunto das principais características que determinam a sua forma de comissão criminosa¹⁴¹ tendo em conta diversas vertentes.

Atendendo às finalidades perseguidas, o crime organizado tem por motivação principal um estímulo lucrativo¹⁴², para tal assumindo um conjunto dinâmico de atividades com maior ou menor rentabilidade, de forma estratégica e assente numa lógica “empresarial”. Apresentando uma lista meramente exemplificativa, podemos ver o elevado dinamismo absorvido por estas organizações quanto: ao tráfico de diversas qualidades, como estupefacientes, seres humanos, armas, animais; terrorismo; jogo clandestino ou outro tipo de práticas ilícitas desta atividade de jogo; pornografia; contrabando; entre outros. Trata-se de um conjunto de práticas prolongadas no tempo e em constante flutuação, sempre com o fito de aproveitamento de novas áreas lucrativas para maximizar os seus ganhos ilícitos, representando uma mutação permanente¹⁴³, patenteando, para além daquelas atividades ilícitas, uma inteligência com negócios com natureza lícita ou ilícita¹⁴⁴ (Davin, 2007: p. 30, 100-102; Braz, 2010a: p. 273; Rodrigues,

ilícito de branqueamento de capitais; 11- exercício de pressões sobre poderes públicos. (Braz, 2010a: p. 272-273)

¹⁴¹ É bom ressaltar que muitas das principais características da criminalidade quando praticada no seio de uma organização são comungadas também como características tradicionais da atividade empresarial.

¹⁴² Podendo, no entanto, determinados fenómenos do crime organizado pretender a obtenção de outros objectivos, mostrando-se como paradigmático o terrorismo, onde a sua prática tem em vista como fator primário a obtenção de finalidades de ordem política. Ou seja, na dinâmica orgânica da organização não se visa o lucro. Contudo, também no caso das atuações terroristas encontramos como finalidade a obtenção de somas monetárias, aqui envolvendo operações de fundos que tanto podem ser lícitas ou ilícitas – embora aqui sejam um objectivo secundário –, de modo a financiar a organização e as suas actividades operativas de cariz ideológico. Pretendendo as organizações terroristas dissimular os destinos finais desses valores.

¹⁴³ É de referir que uma enumeração fechada seria pela própria natureza da criminalidade organizada omissa quanto a novos delitos.

¹⁴⁴ Destacando ainda neste particular a relevância do mercado negro e da economia paralela, que constituem áreas vocacionadas para uma obtenção de elevados lucros. Existindo um elo entre a criminalidade organizada e a procura aferida pela sociedade legal de satisfação de serviços prestados nesses dois âmbitos (v.g. estupefacientes, armas, prostituição, extorsão, etc.). (Albrecht, 2010: p. 84-85, 91) –

2005: p. 27; Bravo, 2013: p. 10; Godinho, 2001: p. 34; Bottke, 1998: p. 2; Foffani, 2001: p. 61; Zúñiga Rodríguez, 2009: p. 202-203; 2016: p. 106) Como refere Barra da Costa, os diferentes aspetos de natureza social, política, económica ou apetências e impulsos pessoais que se encontram na génese da atuação dos indivíduos constituem condicionantes para as organizações criminosas que se modificam e articulam em consequência desses aspetos. (2013: p. 14) Sendo de ressaltar que estas práticas apresentam um carácter de permanência e estabilidade.

Em relação à sua estrutura, sucintamente, estas organizações, de modo geral, adotam um sistema racional estruturado em rede, com várias ligações intersectoriais em estratos hierárquicos, mas de modo a não perder uma flexibilidade, versatilidade e descentralização para prestação de bens e serviços criminosos. (Albrecht, 2010: p. 95; Davin, 2007: p. 59) Podendo, de acordo com a racionalidade da estrutura, se basear em várias “engrenagens” correspondente a circuitos mais reduzidos – referindo José Braz um paradigma de modelo de “*atomização*” das organizações (Braz, 2010a: p. 264, 270) –, no qual, face aos seus centros de decisão, adquirem determinados graus de autonomia em particulares zonas da sua competência – ou seja, acaba por ser uma autonomia residual quando comparada com o esquema estrutural da totalidade da organização. Existindo uma tendência para que os diversos elos da organização assumam um sistema de racionalidade pirâmida (com projeção desde os patamares superiores para os inferiores), onde os estratos superiores correspondem aos dirigentes da organização – de onde emergem as decisões vinculantes da organização – e existe incomunicabilidade entre os estratos horizontais. Como a maioria dos membros da organização não se relacionam entre si, pela criação interna e exigibilidade de funções, tal representa grandes dificuldades às instâncias de investigação criminal numa posterior fase de investigação pois, mesmo que as autoridades consigam deter um elemento da organização, na maioria dos casos, não conseguem dele obter qualquer tipo de informação abrangente sobre os outros elementos¹⁴⁵. Os responsáveis da organização vão estar assim separados dos demais membros inferiores, dessa forma reduzindo a possibilidade de haver delação por parte dos membros dos estratos inferiores, e, conseqüentemente, reduzindo a possibilidade de repressão das autoridades de repressão criminal e aumentando a subsistência da

assente no cálculo do custo/benefício representado na “teoria da escolha racional” emergente da criminologia e da própria razão calculadora.

¹⁴⁵ Cfr. Zúñiga Rodríguez (2016: p. 208).

organização. Assinalando-se aqui a capacidade de resiliência da organização quanto a investigações criminais ou outros efeitos exógenos, vigorando aqui pressupostos de autoconservação que a própria organização aplica para evitar que as suas práticas criminosas sejam interrompidas pelas autoridades judiciais. Naturalmente, que o próprio recrutamento dos membros para a organização acaba por ser bastante seletivo e restrito para evitar a introdução de agentes policiais ou de indivíduos que possam criar “problemas” futuros à sobrevivência da organização, devendo estar adstritos a um código de conduta e recompensa para os melhores elementos.

Cada membro possui uma função pré-definida na estrutura de acordo com aquela dimensão de separação de funções, indo os seus membros ser selecionados e recrutados de acordo com o seu específico *know how* e as necessidades da organização, de acordo com uma lógica profissional empresarial¹⁴⁶. O método de seleção está assim conexionado nos termos desta estratégia, com uma projeção infra de uma disciplina interna rígida sobre todos, resultante da força de intimidação e atos violentos (sobre a qual impera uma forma estratégica) projetado pela entidade criminosa, consagrado um controlo rígido exercido e graves consequências para quem violar as ordens que se encontram estabelecidas. (Rivas, 1998: p. 23; Godinho, 2001: p. 34; Braz, 2010b: p. 333) Ao nível da própria organização podemos fazer uma diferenciação entre os membros ativos integrados na organização que serão aqueles sujeitos individuais que concordam na sua inserção dentro da estrutura e a participação tem em vista o prosseguimento de finalidades criminosas inerentes à organização; mas existindo outros sujeitos que, embora não pertencendo à organização, pelos seus conhecimentos técnicos, auxiliam de forma mediata e acessória a mesma, através do préstimo de determinados serviços entendidos como necessários para atingir aquelas finalidades – por exemplo, o caso de profissionais forenses, contabilistas ou acessores financeiros¹⁴⁷ (Zúñiga Rodríguez, 2016: p. 106) – frequentemente cúmplices das práticas criminosas da organização.

Face ao suprarreferido, correspondente à elevada capacidade de mobilidade e regeneração após a substituição ou perda de determinados membros da organização (Zúñiga Rodríguez, 2009: p. 210, Bravo, 2013: p. 15), temos uma clara capacidade de

¹⁴⁶ Sublinhando este sentido: Bottke, 1998: p. 2; Paz & Cordero, 2000: p. 4; Godinho, 2001: p. 34; Zúñiga Rodríguez, 2009: p. 203-204, 2016: p. 81. Para Albrecht a exploração dos mercados negros tem especificidades que não a colocam ao nível da racionalidade económica legal. (Albrecht, 2010: p. 93)

¹⁴⁷ Embora estes profissionais também possam estar ligados à organização de uma forma imediata, ou seja, incorporados na mesma.

redundância da organização, que, mesmo perdendo um dos elos da rede, continua a funcionar de acordo com os objetivos estabelecidos (Albrecht, 2010: p. 95) – naturalmente, dependendo da estrutura e qualidade inerente àquela entidade. Aqui surgindo a capacidade de rejuvenescimento da organização. Isto ocorre porque a organização assume uma vontade própria – por vezes, até contrária à vontade dos seus membros entendidos a título individual – passando a organização a ser entendida como um fim em si mesmo (Zúñiga Rodríguez, 2009: p. 210), na qual se articula o conjunto de meios e recursos estruturados de forma estável, duradora e com várias camadas para aquele desiderato comum. (Braz, 2010a: p. 269; Martínez, 2017: p. 326) Ou seja, a organização criminosa não é apenas uma soma da vontade dos seus membros (especialmente, dos dirigentes da mesma) mas pode adquirir um cunho e vontades próprios, que, frequentemente, se dissocia da vontade dos membros individuais.

Já vimos que os membros são selecionados de acordo com um objetivo estratégico, mas, regra geral, dentro do organigrama destas organizações criminosas convivem, quer os criminosos com maiores competências técnicas especializadas, aqueles que praticam ilícitos mais complexos, quer os ditos criminosos tradicionais que têm apoio e recebem ordens sobre as atividades a desenvolver – praticando crimes contra a vida ou o património. Neste último caso, geralmente, estamos perante membros de classes sociais mais desfavorecidas, que são recrutados tendo em conta a possibilidade de auxiliarem à obtenção de elevados lucros de forma rápida. Como assinala Anabela Rodrigues, a tradicional criminalidade que se situava à margem da sociedade – por aqueles que não se integravam na mesma – esbate-se quando comparada com o crime organizado. A criminalidade contemporânea passa a possuir uma ligação umbilical com a sociedade legal, atuando as organizações legais e ilegais de forma semelhante (Rodrigues, 2005: p. 17), em que existem mesmo prémios distribuídos internamente, como a disponibilização de proveitos financeiros ou atribuição de postos de trabalho, para assegurar a lealdade daqueles indivíduos que geograficamente estão inseridos no espaço territorial onde efetuam a sua atividade. (Zúñiga Rodríguez, 2016: p. 60) Assumindo esta lógica empresarial e que é propagada pela declinação das estruturas e das propriedades sociais, tem existido um maior crescimento e estímulo quanto a novos recursos humanos para estas organizações para práticas criminosas.

Em síntese, as entidades de crime organizado possuem intrinsecamente uma elevada capacidade operacional em decorrência dos seus poderosos recursos financeiros, o que lhes permite a aquisição de meios tecnológicos sofisticados e de mão-de-obra

especializada com elevados conhecimentos técnicos. A profissionalização destas organizações é demonstrada nas próprias técnicas e operações e pela sofisticação das mesmas, sempre em permanente evolução e modernização, permitindo-lhes assumir o necessário carácter de atuação dinâmico e flexível. (Albrecht, 2010: p. 78; Braz, 2010a: p. 270, 2010b: p. 332; Bravo, 2013: p. 15) Esta realidade origina dificuldades acrescidas às instâncias formais de controlo que possuem uma menor capacidade de adaptação e absorção das novas tecnologias face à constante mutação dos fenómenos criminosos (Braz, 2010a: p. 270), tanto conseqüente da desproporção existente de recursos económicos e competências técnicas, entre estas organizações criminosas e as instâncias de repressão criminal.

Por vezes, estabelecendo-se até uma interação criminológica entre estas organizações de forma a potenciar os seus lucros¹⁴⁸, e que lhes permite expandir a sua influência para um mais amplo número de mercados criminais – num sentido de uma clara expansão geográfica. Principalmente, aproveitando os campos de desenvolvimento sociais onde os mecanismos de controlo não são ainda tão apertados (v.g. o espaço digital), e as fragilidades da cooperação judicial internacional, nomeadamente quanto à troca de informações entre ordenamentos jurídicos. Neste particular, há assim o aproveitamento do espaço transnacional para exercício de ilícitos criminosos, aproveitando a ainda ténue linha de prevenção e a investigação criminal numa dimensão transnacional. É certo que, nas últimas duas décadas, a comunidade internacional vem reconhecendo a gravidade destes fenómenos, absorvendo que este é um problema inerente aos diferentes Estados uma vez que ultrapassa os limites territoriais de cada um deles, colocando em causa a segurança interna e externa, estando a adotar legislação vocacionada para intensificar os mecanismos multilaterais de cooperação, com clara influência da legislação norte-americana, conseguindo uma harmonização das legislações substantivas e processuais penais dos Estados¹⁴⁹. Aqui se pretendendo estabelecer um

¹⁴⁸ Cfr. Davin (2007: p. 116) É comum a associação entre grupos criminosos de aplicação nacional com aquelas entidades com aplicação transnacional. (Paz & Cordero, 2000: p. 4) Estamos perante uma atuação em rede no qual se estabelece uma interconexão entre vários substratos coletivos em termos horizontais e verticais, embora se mantendo independentes e com uma determinada autonomia. Este é mais uma das características que o crime organizado absorveu do sistema económico-social, desde logo das várias interconexões entre grupos económicos. (Zúñiga Rodríguez, 2009: p. 209-210)

¹⁴⁹ Referindo a necessidade da cooperação criminal internacional para uma indispensável repressão da criminalidade global e para evitar um aproveitamento efetivo de lacunas nos ordenamentos jurídicos. (Paz

standard mínimo que deve ser seguidos na dimensão internacional, uma aproximação entre as medidas acolhidas pelas famílias *commom law* e romano-germânica. (Zúñiga Rodríguez, 2016: p. 68ss)

Em função dos vastos recursos económicos que estas organizações geram, e a elevada capacidade operacional de que beneficiam, ocorre a possibilidade de condicionarem diversos campos, como a economia, a finança e o tecido social – como um objetivo acessório¹⁵⁰ –, para aumentar os seus benefícios de ordem lucrativa. Aproveitando as fragilidades do sistema e de práticas corruptivas, o que mina os alicerces sociais de um determinado Estado¹⁵¹. (Bottke, 1998: p. 3; Guedes Valente, 2009: p. 160; Braz, 2010a: p. 261, 273, 2010b: p. 333; Bravo, 2013: p. 15; Silva, 2015: p. 21) Podendo até os membros destas organizações criminais estarem “infiltrados” na estrutura política, jurídica, administrativa e económica dos próprios países, dessa forma aumentando a sua capacidade de influência¹⁵² (Albrecht, 2010: p. 78; Braz, 2010a: p. 269), e procedendo à

& Cordero 2000: p. 5; Fernandes, 2001: p. 106ss; Guedes Valente, 2009: p. 179ss; Braz, 2010b: p. 341; Silva, 2015: p. 21; Zúñiga Rodríguez, 2016: p. 71ss) No espaço europeu tem sido dada prioridade à adoção de legislação que amplie a harmonização e cooperação. Porém, Anabela Miranda Rodrigues alerta que este caminho de integração supranacional tem vindo a ser ancorado e caminhando numa vertente securitária, por ausência de um sentido material orientador da política criminal europeia. (Rodrigues, 2005: p. 28-29)

¹⁵⁰ Os países em vias de desenvolvimento ou afetados por conflitos internos, são particularmente vulneráveis aos tentáculos do crime organizado, constituindo este, em muitos casos, uma ameaça real para a própria integridade do aparelho do Estado e das instituições públicas. (Paz & Cordero, 2000: p. 4-5 Davin, 2007: p. 84; Albrecht, 2010: p. 74; Braz, 2010a: p. 271; Fonseca, 2010: p. 263-264) Existindo uma correlação entre a criminalidade organizada e as organizações terroristas, principalmente numa vertente de financiamento da atividade. (Folgado, 2004: p. 69; Albrecht, 2010: p. 96; Braz, 2010a: p. 264, 271)

¹⁵¹ Com o próprio decaimento das estruturas e valores societários origina-se o crescimento de um espaço de recrutamento de novos recursos humanos para estas organizações com a finalidade de prática de ilícitos, originando ainda uma maior desconfiança nessas mesmas estruturas. Destaca Albrecht, “(...) o perigo delineado em tais análises diz respeito a uma substituição do sistema de valores convencional pelo da criminalidade organizada (i.e., das subculturas e submundos a elas associados). No seu essencial, esta noção é uma tentativa de subversão política e económica que, apesar de não ter objetivos políticos, mas sim uma maximização desenfreada dos lucros, se reveste de um carácter político e apresenta traços de um capitalismo aventureiro”. (Albrecht, 2010: p. 97)

¹⁵² Existem determinadas organizações criminosas que almejam atingir uma legitimação no seio social, de modo a recolher por parte da comunidade a sua assistência ou pelo menos o seu silêncio (não denunciando a organização criminosa) face às atividades criminosas (v.g. as organizações terroristas, ou as organizações de narcotráfico mexicanos que cultivam a aceitação social por parte das comunidades mais pobres e vulneráveis no espaço onde exercem a sua atividade criminosa).

prática de crimes que lesam o próprio setor em favor da própria organização a que pertencem. (Braz, 2010a: p. 271) Como refere Cláudia Santos, a corrupção ativa tem uma importância central na criminalidade organizada, com o objetivo de se tornarem imunes ao sistema repressivo, o que representa um enfraquecimento do *ius puniendi* do Estado¹⁵³ (Santos, 2003: p. 963-964), incumbindo um sentimento de ineficiência e impotência do sistema jurídico para os cidadãos que leva a um descrédito social generalizado. (Ferré Olivé, 2007: p. 89) Por conseguinte, existe uma clara simbiose entre estas organizações e o poder público, surgindo a corrupção de agentes da administração como prática usual, com o objetivo de paralisarem a investigação criminal ou obterem informações privilegiadas sobre as entidades oficiais. (Foffani, 2001: p. 59-60; Albrecht, 2010: p. 91-92; Zúñiga Rodríguez, 2009: p. 109-110, 2016: p. 82) Portanto, mostra-se imperativo, para uma efetiva repressão do fenómeno da criminalidade organizada, que se reprima, igualmente, a corrupção como vetor criminoso relacionada com a mesma. (Braz, 2010a: p. 271; Bravo, 2013: p. 39ss) A criminalidade organizada vai então atentar contra a própria segurança pública – especialmente quando conexcionada com a corrupção ou a infiltração dos membros da organização criminosa dentro do organismo estatal –, atingindo o alicerce do Estado de Direito Democrático. Então é possível afirmar que o crime organizado ameaça não só a segurança dos cidadãos, mas, igualmente, o sistema político e económico como um todo. (Santiago, 1999: p. 365)

Por todo o exposto, as características inerentes à sua estrutura, modalidade de atuação e desenvolvimento criminoso ao nível transnacional, representam uma fratura qualitativa com a designada criminalidade comum, consubstanciando uma maior dificuldade na recolha provatória. (Davin, 2007: p. 114; Valente, 2009: p. 165ss) Até porque os muitos ilícitos praticados por estas organizações têm tendência a atingir os bens jurídicos com natureza colectiva (ou seja, sem que haja uma vítima individualizada), havendo uma difusão das suas atividades, o que acarreta uma maior dificuldade em contextualizar a real extensão da lesão provocada, porque esta indivisibilidade – ou acrescentamos a transindivisibilidade – vai amortecer o próprio desvalor e censurabilidade social do ato ilícito praticado, não obstante a sua elevadíssima danosidade na sociedade. (Braz, 2010a: p. 275)

¹⁵³ Sobre estes aspetos e, de um modo geral, a respeito do crime de corrupção: Santos, 2003: p. 963ss; Ferré Olivé, 2007; Bravo, 2013: p. 39ss.

Uma vez que o fim último das atividades praticadas por estas organizações é a recolha de benefícios materiais, existe uma clara exigibilidade para proceder a atos de dissimulação ou ocultação dos proveitos decorrentes da sua actividade, para que os possam, posteriormente, rentabilizar e destinar aos mais diversos fins, sem que corram o risco de uma acessível deteção por parte das instâncias de repressão criminal. Está aqui patenteada a figura do branqueamento como central à atuação deste tipo de criminalidade, existindo uma completa convivência destes dois fenómenos criminógenos. Aqui pode ser referido que o branqueamento constitui o ponto mais ténue da ligação recíproca entre o crime organizado e económico-financeiro, como é sintomático no corpo legislativo por, desde logo, o crime de branqueamento ser uma tipologia da criminalidade altamente organizada e do crime organizado, tal como criminologicamente se podendo imputar este delito na criminalidade económico-financeira. Em que na própria estrutura destas organizações é usual a existência de um departamento/área com aquela função específica, onde se encontram enquadrados um conjunto de profissionais com os necessários conhecimentos técnicos, para branquear os benefícios materiais adquiridos de forma ilícita. Podendo mesmo referir-se que o crime organizado dificilmente se mantém sem a realização das práticas branqueadoras, pela referência intrínseca lucrativa, imediata ou mediata, que lhe subjaz. Aliás, como veremos supra no nosso trabalho, o próprio branqueamento surge intrínsecamente associado ao crime organizado. Ocorre assim um elo intrínseco com a prática do crime de branqueamento, onde são remunerados os profissionais destinados a branquear largas somas de dinheiro com proveniência ilícita, para fomentar o continuar da atividade criminosa. Associada a estas práticas, têm sido criadas, como pano de fundo, pelas organizações criminosas a constituição (ou aquisição) legal de empresas (ou seja, pessoas coletivas de direito privado), com o intuito de praticar e encobrir os lucros provenientes das suas atividades delituosas, possibilitando uma aparência lícita aos seus proveitos criminosos através de um conjunto de operações de natureza financeira¹⁵⁴. Estas entidades empresariais vão assim atuar como forma de “camuflagem” dos rendimentos obtidos de forma ilícita, surgindo de forma mediata como entidades de “fachada”, com o fim último de dificultar uma (posterior) investigação criminal e de potenciar o desenvolvimento da prática criminosa e dos seus proveitos

¹⁵⁴ Entre todos: Godinho, 2001: p. 34; Fernandes, 2001: p. 36; Simões, 2005: p. 299; Braz, 2010a: p. 273, 2010b: p. 333; Rodríguez, 2015: p. 88ss; Torrão, 2016b: p. 158-159; Conceição, 2017: p. 27; Martínez, 2017: p. 108.

criminosos. Podendo o crime organizado instrumentalizar grandes entidades coletivas (principalmente, sociedades comerciais) de forma a justificar a movimentação de elevadas somas. Esta interligação entre o crime organizado e a utilização de entidades jurídicas beneficia do modelo económico vigente, pela rápida movimentação de capitais no espaço transnacional e uma maior abertura dos fluxos de circulação da riqueza mundial baseada no anonimato dos proprietários dessas vastas somas, e que permite às organizações criminosas elaborar operações financeiras complexas com vista a não conseguirem ser detetadas pelas instâncias formais de controlo¹⁵⁵. Valores esses que depois de “legitimados” irão ser canalizados pela organização: quer para financiamento no campo das atividades lícitas, resultando numa distorção no mercado económico e financeiro; quer em atividades ilícitas (Braz, 2010a: p. 263), tanto no mercado negro ou em economia paralela, e sempre com aquele fito último de obtenção crescente de mais proveitos económicos¹⁵⁶.

Consequentemente, devemos considerar como extremamente relevante a prevenção e punição do branqueamento como um meio (mais) eficaz de repressão quanto ao crime organizado e económico-financeiro, conseguindo através dela dar passos para identificação do substrato da organização e eliminando o seu financiamento (o que coloca uma clara pressão na organização). Está assim subjacente uma identificação central

¹⁵⁵ Veja-se em sentido convergente: Rodrigues, 2005: p. 27ss; Braz, 2010a: p. 263, 2010b: p. 332; Bravo, 2013: p. 10.

¹⁵⁶ Cfr. neste particular a Decisão-Quadro 2005/212/JAI, de 24 de fevereiro, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime, onde se evidencia a finalidade lucrativa destas organizações. Como aí se prevê, “*a principal motivação da criminalidade organizada além-fronteiras é o lucro. Por conseguinte, para ser eficaz, qualquer tentativa de prevenir e combater essa criminalidade deverá centrar-se na deteção, congelamento, apreensão e perda dos produtos do crime*”. Dessa forma, depurando as organizações do vasto conjunto de receitas que permite a sua continuação no campo das atividades criminosas e prevenindo a prática de novos crimes. Esta ligação entre o branqueamento de capitais e a criminalidade organizada também pode ser encontrada na Convenção contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988, onde se reconhece a fonte imensamente lucrativa da prática de estupefacientes e substâncias psicotrópicas e a necessidade de privar os benefícios obtidos aqueles que se dedicam à prática do tráfico de estupefacientes. E também na Diretiva do Conselho CEE n.º 91/308/CEE, quanto à correlação entre a prática do branqueamento de proveitos ilícitos e a ampliação do desenvolvimento das atividades do crime organizado – principalmente no caso do tráfico de estupefacientes. Para além deste impulso legislativo representado por aqueles diplomas internacionais, devemos salientar o Plano da Ação para lutar contra a delinquência organizada adotada pelo Conselho em 28 de abril de 1997.

quanto à privação dos *produta et instrumenta sceleris* através da apreensão dos proveitos recolhidos pelas organizações criminosas através do confisco e recuperação de ativos¹⁵⁷. Esta é uma realidade muito impulsionada pelo sistema político-jurídico norte-americano, como exemplificado pelo antigo Secretário de Estado do Tesouro dos EUA, Robert Rubin, que enunciou o branqueamento como o “calcanhar de Aquiles” (“*achilles heel*”) do crime organizado. Porque embora os líderes destas organizações criminosas possam conseguir um distanciamento em relação as práticas criminosas do crime organizado, pelas características anteriormente enunciadas, já não conseguirão um distanciamento quanto aos proveitos dessa criminalidade¹⁵⁸.

Este plano jurídico-político pode ocorrer em duas dimensões: preventiva e repressiva. Na vertente preventiva, em áreas nas quais o Estado tem uma vertente regulatória imediata (que, veremos, se encontra em clara expansão), desenvolvendo-se os instrumentos de controlo e fiscalização sobre as organizações, diminuindo a possibilidade do crime organizado obter vastos recursos financeiros em atividades lícitas, nesse sentido reduzindo a probabilidade de futuras práticas criminosas. (Valente, 2009: p. 160-161) Tais mecanismos produzem alterações em determinados entes privados, através da (legalmente exigível) instituição de medidas preventivas de controlo e diligência (que desenvolveremos na parte II) que permitam evitar práticas criminosas de branqueamento e identificar os sujeitos envolvidos nesses procedimentos (o que pode permitir individualizar os próprios membros da organização criminosa). (Porto, 2011: p. 307-308) É também de destacar um conjunto de instrumentos internacionais (cfr. ponto 4.2) a favorecer a aplicação de medidas tendentes à criminalização do branqueamento e dinâmicas cooperativas, regulatórias e de controlo¹⁵⁹ das instituições financeiras ou de outras instituições ou profissionais que, pela sua natureza, se mostrem como estando mais

¹⁵⁷ Sentido que é partilhado pela esmagadora maioria dos autores, confira-se a título de exemplo Rivas, 1998: p. 24; Ferreira, 1999: p. 309; Godinho, 2001: p. 32; Ramos, 2004: p. 56; Folgado, 2004: p. 70; Zúñiga Rodríguez, 2016: p. 107.

¹⁵⁸ Declaração do ex-Secretário de Estado de Tesouro dos EUA, disponível em: <<https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/rr1904.aspx>>. (Acesso 17/07/2019).

¹⁵⁹ É de destacar que no seio de uma crise económica é favorecida a criação e implantação de redes organizadas, por vezes subvalorizando a importância de controlo da proveniência desses capitais, pela ordem económico-social ter necessidades (imperiosas) de capital e dessa forma estar mais pressionada para obter investimento promovendo uma maior abertura da atividade comercial, mesmo face a investimentos com origem potencialmente ilícita.

sujeitas a poderem ser instrumentalizadas para a prática de um crime de branqueamento. Porque é de reconhecer que as respostas unilaterais quanto à delinquência transnacional são, no atual contexto global, completamente destinadas ao fracasso. É, igualmente, de destacar neste contexto, que esta importância da obtenção dos proveitos criminosos tem reflexos nas medidas específicas na legislação interna (e que são promovidas por instrumentos internacionais) destinadas à apreensão e confisco dos proveitos criminosos, com a finalidade de impossibilitar o aproveitamento dos proveitos recolhidos e, dessa forma evitar que as práticas criminosas sejam entendidas como atrativas pelos potenciais agentes criminosos¹⁶⁰. Assim, para atuar sobre as vantagens criminosas, vai-se além do regime geral da perda de vantagens dos artigos 109.º a 111.º do CP, estabelecendo o legislador um regime específico para a criminalidade organizada e económico-financeira com o regime da perda e confisco alargado dos artigos 7.º a 11.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro¹⁶¹. Ainda no campo da perda e confisco de vantagens é de destacar o Gabinete de Recuperação de Ativos¹⁶², criado na dependência da PJ com atribuições de investigação criminal análogas aos órgãos de investigação criminal pela Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho (que especifica os procedimentos a adoptar por este órgão), com a redação dada pela Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, para cumprimento da Decisão n.º 2007/845/JAI do Conselho de 6 de Dezembro, relativa à cooperação entre os gabinetes de recuperação de bens dos Estados membros no domínio da deteção e identificação de produtos ou outros bens relacionados com o crime, e cuja composição e coordenação é proporcionada pela Portaria n.º 269/2012, de 3 de Setembro. Em traços gerais, este órgão atua por determinação do MP, com o objetivo de facilitação da deteção de produtos ou outros bens com origem em práticas criminosas, no campo interno e internacional, que

¹⁶⁰ Salientando este ponto: Porto, 2011: p. 307; Cabral, 2017: p. 148. No entanto, determinados autores duvidam da efetividade destas medidas no plano mais alargado, com Bottke a considerar que só através de medidas processuais especiais de obtenção de prova se consegue o desmantelamento do crime organizado. (Bottke, 1998: p. 7) Também Albrecht dúvida da relevância expressiva destes mecanismos suprarreferidos como meio de prevenção de prática de delitos futuros, enquanto existir procura dos serviços providos no mercado negro. (Albrecht, 2010: p. 94) É natural que estas organizações criminosas aproveitem a procura existente pelos produtos ilícitos que fornecem, mas isso não significa que se secundarize a importância de combater os proveitos ilícitos, aliás essa deve ser a prioridade, a que se deve complementar com a eliminação da vertente da procura de determinados produtos.

¹⁶¹ Em sentido mais desenvolvido cfr. Dias, 2010: p. 31ss. Este regime tem claras manifestações também quanto ao crime de branqueamento.

¹⁶² Numa análise mais detalhada, veja-se Marques (2012: p. 300).

sejam suscetíveis de serem congelados, apreendidos ou perdidos por ordem de uma autoridade judiciária no decurso de um processo. Atuando cumulativamente nos casos em que se trate de instrumentos, bens ou produtos decorrentes da prática de condutas criminosas puníveis com pena de prisão igual ou superior a 3 anos e quando esse valor seja superior a 1000 unidades de conta – art. 4.º, número 1, alíneas a) e b). Ou, excepcionalmente, podendo ser autorizada, nos termos do número 2 deste artigo, pelo Procurador-Geral da República ou delegando nos procuradores-gerais distritais, a investigação financeira ou patrimonial de acordo valor económico, científico, artístico ou histórico dos bens a recuperar e a complexidade da investigação. Sendo a apreensão dos bens realizada nos termos do CPP, existindo a possibilidade do titular desses bens ou direitos requerer ao juiz de instrução, no prazo de dez dias após a notificação, modificação ou revogação da medida (artigo 4.º, número 3).

2.1.2 Reflexão sobre as particularidades da política criminal atual

Perante estas novas realidades, atendendo aos princípios económicos subjacentes, defende-se a ideia de uma maior restrição do Estado como agente económico, recuando nesse campo pela ideia dominante no pensamento económico que o próprio mercado se consegue regular (autorregular). Este paradigma restritivo no setor económico ou em determinados setores essenciais tem originado uma diminuição da justiça social, que, em si, tem alentado uma maior precaridade na comunidade, o que inversamente tem por pressuposto uma realidade mais interventiva por parte do ente estatal no domínio de controlo, regulação e sancionatório, para pôr termo a essa inconstância social¹⁶³. (Franco, 2010: p. 334) Como Boaventura Sousa Santos refere, “(...) *o Estado tem de intervir para deixar de intervir, ou seja, tem que regular a sua própria desregulação*”. (Santos, 2001: p. 45) Uma realidade que será desenvolvida na parte III do nosso trabalho. Tal sentido é também identificado por Anabela Rodrigues, referindo a autora que as características do esforço de minimização do Estado origina que este passe a ser mais punitivo. (Rodrigues, 2005: p. 22)

¹⁶³ Certos autores tecem considerações sobre os efeitos de exclusão da globalização, aqui se inserindo Militão (2012, p. 138-139), e R. Nahum (2010: p. 434), referindo este segundo autor que “(...) *os excluídos têm que ser austeramente silenciados pelo Estado-nação, a fim de que a “sociedade mundial” sinta-se segura em desenvolver suas atividades económicas nacionais naquele território, sob pena de aplicar o seu capital volátil em curso*”. (2010: p. 434)

Efetivamente, esta nova realidade criminal acarreta novos perigos e ameaças que atingem interesses de cunho difuso e coletivo, colocando, igualmente, em causa a dogmática penal clássica, assente numa matriz liberal com legitimação contratualista, e vocacionada para punir comportamentos de dimensão individual – que correspondem à comumente designada criminalidade comum ou de massas –, como sejam os crimes contra a vida, integridade física, ou a propriedade¹⁶⁴.

Face a estes novos perigos e o sentimento de insegurança subjacente, muito potenciado pela mediatização dos casos, cria-se a conseqüente demanda por segurança – emergindo assim um sentimento coletivo de insegurança que se entrelaça ao contexto da sociedade de risco (e que já aludimos de forma resumida no ponto 1.3) –, onde a sociedade exige (cada vez mais) ao ente estadual a providência do máximo possível de segurança. O objetivo é que a entidade estatal pare a erosão dos vínculos sociais e dos seus valores tradicionais. E, neste particular, reclama a intervenção do ramo com maior capacidade coerciva – mas, em consequência, mais lesivo para os direitos fundamentais –, o direito penal, ou seja, pretende-se que o Estado através do seu *ius puniendi* consiga por cobro aos perigos da sociedade de risco e dar resposta aos conflitos sociais¹⁶⁵.

Neste alinhamento não pode ser descurada a função desempenhada pelos órgãos de comunicação social que, muitas vezes, distorcendo os factos com o objetivo de produzirem notícias sensacionalistas para aumentarem as audiências, extrapolam o sentimento de uma sociedade de insegurança para a opinião pública. Tal realidade é transversal no quadro da comunicação social portuguesa e mesmo internacional, havendo a afirmação de uma lógica “justicialista”, correspondente a uma justiça mediática em que, por vezes, se confunde as notícias sobre o tema da justiça com um sentimento de justiça popular. Com este escopo lucrativo, alguns meios de comunicação social procedem de forma a subverter a objetividade de informação e da verdade, ocorrendo uma manipulação da informação, através de títulos sensacionalistas ou sustentados numa falsidade, para empolar aquele sentimento, mas desinformando as audiências. No domínio particular da justiça, ocorrem sucessivas violações do segredo de justiça nos julgamentos mediáticos, através de vaziamientos seletivos de informação para produzirem impacto na opinião pública, em fases processuais em que os sujeitos estão naturalmente constrangidos na sua

¹⁶⁴ Neste sentido, veja-se Fernandes (2001: p. 51) e Figueiredo Dias (2011: p. 136, 2001: p. 588).

¹⁶⁵ Por todos, cfr. Herzog, 1999: p. 54; Fernandes, 2001: p. 52-53; Dias, 2003: p. 441; Oliveira e Silva, 2005: p. 260-261; Rodrigues, 2005: p. 18ss; Arana, 2007: p. 156; Bravo, 2013: p. 12.

defesa, e em que são os jornalistas a selecionar o que é relevante a passar para o público. O que representa uma violação do artigo 88.º do CPP, muitas vezes com a responsabilidade a ter de ser encontrada dentro do próprio sistema judicial porque as informações partem do seu interior¹⁶⁶. Não queremos negar a importância do direito à informação como um pilar básico de um Estado de Direito Democrático e da própria justiça, mas a função de julgamento de um determinado arguido cabe a um órgão jurisdicional, só este pode condenar ou absolver o arguido, em cumprimento do direito penal substantivo e processual. Sob pena de colocar em causa a honra das pessoas visadas – que beneficiam, até serem condenadas, da presunção de inocência – e originar um julgamento dos arguidos na praça pública podendo conduzir a um prejuízo da própria investigação¹⁶⁷. Aliás, é sempre de referir que a presunção de inocência constitui um raciocínio intelectual que, na nossa opinião, não é (ainda) inteiramente compreendido pelo homem médio, que confrontado com um vasto leque de notícias assume-as sim como uma presunção de culpa (ou, pelo menos, que deve haver algo ilícito para o visado estar a ser investigado...). Sendo, como tal, fomentado pelos meios de comunicação social que procedem à publicação de nomes dos suspeitos e das práticas que lhe são associadas, mas onde os arguidos estão obrigados ao cumprimento do segredo de justiça, encontrando-se numa posição de fragilidade na realização desta espécie de “debate” da opinião pública que na sociedade da comunicação assume uma importância relevante.

Este cenário é uma consequência da sociedade de consumo hodierna, quase num sentido caricaturado de *fast food* – um “consumo” rápido e simplificado –, em que a notícia (se podemos mesmo chamar tal de notícia!) é proporcionada para os seus recetores (a opinião pública), não como função de reflexão e esclarecimento, mas sim como criadora de uma “imagem”, uma representação construída pelo emissor para alterar as expectativas sociais, onde a finalidade é extrapolar uma representação de uma sociedade caótica onde o crime impera, e não apresentar notícias de forma objetiva que consigam

¹⁶⁶ Muitas vezes as fontes de informação acabam por ser o MP ou outras entidades de investigação criminal, acabando por ser estas que, numa fase inicial, detém a informação sobre a figuração do crime, que depois é desenvolvida pela comunicação social. (Militão, 2012: p. 145)

¹⁶⁷ Consequência que o segredo de justiça pretende evitar. Pois o “*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.*” (Conceição, 2017: p. 141)

produzir uma capacidade de refletir e avaliar criticamente o que está ao redor. (Zúñiga Rodríguez, 2009: p. 73-74) Passamos a viver nos termos das representações proporcionadas pela comunicação social, que massificam formas de vivência e apenas se foca nos extremos: criminoso/vítima, justo/injusto, certo/errado. Temáticas apresentadas de forma simplista, não havendo qualquer ponto de equilíbrio nem sendo alvo de uma investigação aprofundada. Este sentido é mais exponenciado no caso da criminalidade mais gravosa – aquela que maior temor produz na realidade social – e que se vê impulsionada por uma mediatização desenfreada e uma focagem nos contornos mais violentos desta criminalidade para moldar a opinião pública, induzindo no imaginário coletivo uma ideia irracional de insegurança total. O medo do crime é manipulado pelos *mass media* sem que haja qualquer base científica que o permita sustentar, numa política vocacionada para as massas, o que acaba por desaguar numa espécie de “populismo penal”, especialmente no caso de processos mediáticos¹⁶⁸. Até pela atuação mais lenta da justiça – com maior morosidade nos casos mais complexos –, o que coloca os visados numa situação insustentável e prolongada no espaço temporal. Pode mesmo dizer-se que nos casos mais mediáticos o arguido tem de preparar a sua defesa em duas realidades diferentes: na tradicional sala de julgamento; mas também – e não menos importante – no espaço mediático¹⁶⁹...

As próprias notícias são colocadas para acentuar este espectro, pois quando o sistema penal funciona de acordo com as expectativas comunitárias não é notícia... ou, no mínimo, é remetido para uma simples pequena nota de rodapé... A acusação criminal tem assim uma maior difusão pelos órgãos de comunicação social do que o desenvolvimento do processo nos tribunais. Principalmente, no caso das investigações mais propícias à atenção dos tabloides, envolvendo arguidos com maior posição social ou que vem acusados pelos crimes mais graves, em que depois ou não chegam a julgamento ou os arguidos são ilibados. Em tais casos é passada a representação de que a justiça é “mais fraca para os mais fortes” e que esses criminosos não vão presos. Como nos diz a expressão tradicionalmente atribuída a Winston Churchill, de que “não existe opinião pública, existe opinião publicada”...

¹⁶⁸ Igualmente neste ponto, Franco (2010: p. 333-334), Díez Ripollés (2010: p. 284-286) e iluminando neste caso os designados “*megaprocessos*”. (Conceição, 2017: p. 142)

¹⁶⁹ Salientando estes pontos. (Conceição, 2017: p. 149)

Este populismo potenciado pelos órgãos de comunicação social institui-se no cerne do pensamento dos principais sectores da sociedade, e impulsiona a afirmação de um sentido securitário no campo jurídico. A linha seguida é passar a mensagem que o importante (e imperativo) é “contestar” essa criminalidade, nem que se tenha de lançar uso de práticas repressivas e punitivas sem qualquer fundamento ético-valorativo, muitas vezes alienando a própria comunicação social o papel determinante que lhe é atribuído num Estado de Direito Democrático. Esta realidade permite que os *mass media* possam acabar mesmo, num caso de um julgamento mediático, por influenciar a formação da convicção do próprio julgador que, na verdade, não é totalmente imune às influências fora da sala do tribunal¹⁷⁰. E beneficiando do seu “poder” e influência sobre a opinião pública para através do ruído mediático condicionar os processos penais, traduzindo-se num influxo populista que acaba por chegar à política criminal, nesse sentido produzindo efeitos concretos na elaboração do direito penal (substantivo e adjetivo). Isto origina a afirmação de uma lógica securitária e populista, com efeitos na subvalorização da liberdade em detrimento da sobrevalorização da segurança¹⁷¹. Representado por uma

¹⁷⁰ Mas, como destaca Conceição, a pressão dos meios de comunicação social, pode também, em processos excessivamente mediatizados, levar o julgador à aplicação da medida de coação mais severa (a prisão preventiva) pela existência de um alarme social (2017: p. 149), ou condicionando a própria decisão judicial para um sentido mais desejável. (Díez Ripollés, 2010: p. 286) Podendo afirmar-se que essa pressão externa para a sala do tribunal atinge o réu como uma medida de coação extralegal. Na nossa opinião, um caso paradigmático é o que vem sendo cada vez mais seguido nos tribunais portugueses quanto à aplicação das medidas de coação, onde para além dos requisitos gerais para a aplicação das mesmas (previsto nas diversas alíneas do artigo 204º do CPP), a saber: perigo de fuga, perigo de perturbação da instrução probatória do processo, perigo de continuação da atividade criminosa ou da perturbação da ordem e tranquilidade pública, o tribunal vem endereçando e dando primazia a elevadas preocupações quanto ao alarme social (principalmente para a aplicação da prisão preventiva).

¹⁷¹ Reconhecendo também esta particularidade: Rodrigues, 2005: p. 22; Hassemer, 2007: p. 195; Díez Ripollés, 2010: p. 266. Militão associa esta vaga de securitarismo ao capitalismo neoliberal, uma vez que “*desvia a atenção dos cidadãos quer das condutas socialmente danosas das elites, quer, afinal, dos males desse modelo, ou seja, ao cabo e ao resto, das próprias causas de boa parte da criminalidade a que se reporta. Orienta o medo dos cidadãos para os mais desfavorecidos, transformando estes nos bodes expiatórios dos problemas da sociedade. (...) Justifica, enfim a expansão do aparelho do controlo social, que desse modo fica a dispor de todo o tipo de vigilância, informação e capacidade de reação sobre a população, particularmente sobre os potenciais focos da revolta social, permitindo assim que o establishment económico, social e político não corra graves riscos*”. (2010, p. 143) A realização dos parâmetros da justiça e da segurança ocasiona grandes dificuldades, pois nem sempre se mostra como

sobrevalorização da dimensão da criminalidade ou, pelo menos, da criminalidade mais grave em detrimento de outros tipos de crimes¹⁷². Fomentada pela confusão entre a realidade e o domínio da percepção, e subsumida numa percepção subjetiva que, pela sua natureza, é mais facilmente manipulável, vê-se refletido no paradigma societário em geral, principalmente na política criminal, mas também na atuação policial e no campo da investigação criminal. Esta vertente tem vindo a justificar a expansão do aparelho de controlo social, que dessa forma fica a dispor de todo o tipo de vigilância e capacidade de reação. (Franco, 2010: p. 334; Militão, 2012: p 140ss) Porém, esta orientação subjetiva é desmentida pelos dados objetivos¹⁷³ existentes no nosso país, que é um dos países europeus com menor índice de criminalidade e, contudo, é um dos que apresenta um maior sentimento (social) de insegurança. Esta realidade é mais evidenciada quanto ao crime de branqueamento, que, pela sua natureza, é bastante mediatizado na comunicação social portuguesa e estrangeira. Como refere Ana Raquel Conceição, a epistemologia do crime passou a assumir no mundo jornalístico um espaço de realce. A criminalidade

possível atingir um grau necessário de compatibilização entre ambos. Não podemos deixar de destacar aqui a célebre expressão lapidar de Dwight D. Eisenhower – 34º presidente dos Estados Unidos da América –, quanto a este confronto dialético já famoso entre a liberdade e da segurança: *“if you want total security, go to prison. There you're fed, clothed, given medical care and so on. The only thing lacking... is freedom.”*

¹⁷² Cfr. Díez Ripollés (2010: p. 284ss).

¹⁷³ Empiricamente, analisando os dados referidos nos últimos Relatórios de Segurança Interna dos anos de 2017 (cfr: <<https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=9f0d7743-7d45-40f3-8cf2-e448600f3af6>>) e de 2018 (disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=ad5cfe37-0d52-412e-83fb-7f098448dba7>) (Acesso 10/04/2019), elaborado pelo SIS – Sistema de Segurança Interna, ocorre que a participação aos órgãos de polícia criminal tem vindo num sentido descendente – desde 409.509 (no ano de 2003) para 341.959 (no ano de 2017) e 333.223 (ano de 2018) – existindo uma variabilidade negativa de -2.6% do ano de 2017 a 2018 da criminalidade total, sentido que é representando na quase totalidade dos restantes anos e que origina uma variabilidade negativa. Aliás, analisando os tipos criminosos predominantemente praticados em Portugal verifica-se que a vasta maioria corresponde aos crimes contra o património e crimes contra as pessoas, enquanto a criminalidade grave e violenta corresponde apenas a 4,2% do total (dados de 2018). Partindo destes dados o que se demonstra é que no meio criminológico português o impacto social da criminalidade mais gravosa é (pelo menos ainda) reduzido num sentido empírico, o que permite rejeitar uma posição populista redutora. No caso específico do branqueamento, segundo dados da PGR, foram iniciados 112 inquéritos iniciados, estes processos terminaram em 11 acusações, 36 arquivamentos e 36 processos findos por outros motivos. Embora se represente o branqueamento de capitais como uma área prioritária da ação por parte das autoridades de investigação criminal.

económica, e particularmente o branqueamento, são sujeitos a um especial foco dos *media* proporcionado pela atenção social, pelo frequente envolvimento de agentes mais poderosos e ricos. Os cidadãos interessam-se em saber que os sujeitos com elevada posição social são devidamente punidos quando praticam crimes. (Conceição, 2017: p. 25-26)

Com efeito, surge uma dialética entre as tendências securitárias e o “espartilho garantístico” clássico assumido após o humanismo e liberalismo penal¹⁷⁴. Este dualismo segurança e perigosidade representa dois campos que vêm assumindo particular tendência e destaque no seio do debate político criminal. A segurança é propulsionada pela perda de referências valorativas, pela ineficácia das instituições tradicionais para resolverem os conflitos sociais, e pelo surgimento de uma criminalidade massivamente lesiva. E a perigosidade surge de novos riscos e o potencial destruidor que deles emana. Assume-se a emergência de uma pugnar pela eficácia absoluta na luta contra o crime. (Rodrigues, 2005: p. 22ss) O que importa já não são as funções preventivas do direito penal clássico, frequentemente remetidas (neste discurso) para uma posição secundária, mas sim uma neutralização (efetiva) da criminalidade ou dos seus efeitos. Numa lógica de obtenção de segurança “total” – uma utopia, portanto – quase sem se olhar aos meios para atingir aqueles desígnios – numa caracterização muito aproximada de uma função coercivamente totalitária do Estado. Este pano de fundo, cada vez mais generalizado, tem notórias manifestações no debate político, onde aproveitando esta demanda e com objetivos meramente eleitoralistas, cada vez mais os grupos políticos se apresentam em eleições como sendo os únicos capazes de prover essa mesma segurança, por vezes até resvalando para discursos demagógicos e essencialmente populistas¹⁷⁵. E avançando com o direito

¹⁷⁴ Como Hassemer refere, aludindo ao caso da Alemanha, “(...) o estado já não surge como *Leviatão*, ameaçador dos direitos civis contra cuja poderosa ingerência surgiram os direitos fundamentais como direitos de defesa. É visto antes como instituição que está ao lado dos cidadãos e garante a sua segurança contra ameaças externas. O estado mudou fundamentalmente de papel; converteu-se, de ameaçador das liberdades em garante de segurança”. (Hassemer, 2007: p. 194) Como veremos mais detalhadamente quanto às funções do direito penal, a remissão para uma proteção de um bem jurídico no plano valorativo de segurança resulta num desiderato conceptual vazio, o que se traduziria numa irrestrita ampliação da intervenção punitiva, em virtude de não lhe ser oposto um conceito material limitador. (Soto Navarro, 2003: p. 210)

¹⁷⁵ Outros autores assinalam estas mesmas respostas populistas, como Herzog (1999: p. 55) e Díez Ripollés (2010: p. 286), afirmando a existência de uma desvalorização de outros ramos jurídicos não penais, que, dependendo dos casos, poderiam corresponder a soluções mais eficazes. (Herzog, 1999: p. 55)

penal como o meio por excelência para atingir essa segurança, resultando no surgimento de um discurso “neocriminalizador” que depois se vai traduzir na prática num movimento expansionista do direito penal. Este discurso produz efeitos no direito penal substantivo e processual, realidade a que o ordenamento jurídico português não é alheio. Ao nível do direito penal substantivo podendo-se referir determinados exemplos como: a enunciação de novos tipos legais de crimes¹⁷⁶; criação de bens jurídicos supraindividuais (sobre este tema cfr. em maior detalhe o nosso ponto 2.2) através daquelas novas figuras típicas; antecipação da tutela penal a condutas perigosas ou negligentes; ampliação das normas penais em branco; aumento das molduras sancionatórias criminais. Quanto ao domínio processual os seus efeitos são projetados ao nível: da limitação dos direitos e garantias dos arguidos¹⁷⁷; meios de obtenção de provas mais intrusivos para os direitos fundamentais dos visados; maior envolvimento do princípio da oportunidade e dos modelos de justiça negociada, com particular ressonância da colaboração premiada, dirigido a uma “verdade negociada” com o objetivo de ganhos de eficiência do direito penal¹⁷⁸. O que

Hassemer alude à ligação entre a segurança coletiva e a erosão dos padrões sociais. (Hassemer, 2007: p. 194-195) Também Anabela Rodrigues refere a utilização política da insegurança coletiva como forma de criar novos instrumentos punitivos para repressão da criminalidade. Porém, esses meios inevitavelmente traduzem-se em limitações à liberdade dos visados. (Rodrigues, 2005: p.18ss)

¹⁷⁶ Como é referido para a legislação espanhola, mas que podemos aceitar como uma realidade também na legislação portuguesa, a positivação de novos tipos penais não tem sido feita de uma forma sistemática e linear tendo por base a proteção de um bem jurídico, o que tem resultado em termos práticos em problemas de interpretação e aplicação da lei, principalmente em matérias como o concurso de crimes. (Zúñiga Rodríguez, 2016: p. 73) E que levantam várias interrogações sobre a sua legitimação e questionando-se se se adequam a um direito penal que se pretende como *ultima ratio* de um sistema jurídico assente na proteção subsidiária de bens jurídicos fundamentais. Existindo quem se questione se a expansão do direito penal já não se afastou totalmente da conceptualização clássica sustentada na necessidade de responder perante as exigências da sociedade de risco, mas sim numa lógica de alargamento da intensidade punitiva a delitos clássicos. (Souto, 2017: p. 34) Realidade que Bernardo Feijoo Sánchez intitula como “*expansion extensiva*”, que interliga a “*expansion intensiva*” sustentada em respostas populistas baseadas na falsa crença que o direito penal vai resolver os problemas sociais. (Feijoo Sánchez, 2012a: p. 116)

¹⁷⁷ Podendo mesmo chegar-se ao ponto de aplicação de normais penais excecionais que representam a suspensão de alguns dos princípios garantísticos em relação a determinados destinatários. (Corella, 2016: p. 179) Uma matéria muito específica no campo do “direito penal do inimigo”, que será devidamente analisada.

¹⁷⁸ Como assinalam com razão diversos autores, entre outros: Hassemer, 1998: p. 37; Hefendehl, 2001: p. 147; Arana, 2007: p. 156-157; R. Nahum, 2010: p. 436ss; Díez Ripollés, 2010: p. 260ss; Sánchez, 2012: p. 28; Militão, 2012: p. 147ss;

em si tem subjacente a ideia que o direito punitivo deve atuar logo quando existam comportamentos que coloquem em causa valores essenciais para a vida em sociedade, mesmo que só projetem os seus efeitos e resultados no futuro (como no caso dos crimes de adiãõ). Um sentido de uma maior relevância às finalidades de prevençãõ geral positiva na sua dimensãõ de estabilizaçãõ normativa. (Zúñiga Rodríguez, 2009: p. 76) Como destaca Silva Sánchez, estes efeitos sãõ entendidos como conduzindo a uma “*expansiõ*” do direito penal, em que este último passa a ser entendido como gestor dos riscos e que se afasta da tutela de um bem jurídicõ-penal. (2011: p. 131)

Ora, pela sua natureza o direito penal é o ramo jurídicõ que deverá estar menos sujeito a alterações legislativas bruscas e sistemáticas. Quando existam alterações legislativas, estas devem ser alvo de uma profunda e sustentada ponderaçãõ, decorrente de tendências valorativas assumidas em geral pela sociedade, sob pena de colocar em causa um conjunto de princípios e valores de que o direito penal comunga. O que tem acontecido no domínio da política criminal é a existênciã de uma irreflexãõ na criaçãõ de normas legais, sem que haja um juízo prévio meticuloso da real necessidade da sua tipificaçãõ, o que implica, por vezes, que as mesmas desaguem em conteúdos imprecisos, afastando-se da sua finalidade de proteçãõ de bens jurídicõs fundamentais. Dando respaldo a um conjunto de questões sobre se a atual política criminal moderna ainda está voltada para a prevençãõ de futuros delitos ou se pelo contrário se encontra a decair para um controlo social através da coaçãõ física? Ou se o direito penal não já perdeu a sua gênese de *ultima ratio*, passando a assumir um sentido de *primeira ratio*? Principalmente coloca a questãõ se a política criminal moderna não se encontra a expandir para uma área de atuaçãõ que na lógica material não é a sua, projetando-se para um domínio (material) do direito administrativo sancionador, em virtude de se criminalizarem condutas que até entãõ se enquadravam materialmente naquele ramo. Em que a pena criminal é entendida como o instrumento primário mais eficiente para a prevençãõ de determinadas práticas, quando, anteriormente, se preferia uma opçãõ mais equilibrada por outros instrumentos preventivos como o sancionamento administrativo. A abordagem desta questãõ da expansãõ criminal tem levado ao surgimento de um sector crítico da doutrina a afirmar que estamos perante um processo de “*administrativizaçãõ do direito penal*”¹⁷⁹. (Silva

¹⁷⁹ A “*administrativizaciõ*” de que nos fala Silva Sánchez (2011: p. 131). Ou também designada “*pancontraordenacionalizaçãõ*”. (Bravo, 2013: p. 12) É de referir que não se pode confundir as funções do direito penal e o direito administrativo sancionatório. Em traços gerais porque já fomos oportunamente

Sánchez, 2011: p. 131; Fernández Bermejo, 2016: p. 215-216) Referindo-se que o direito penal vem paulatinamente a envolver-se para a tutela de premissas até então de natureza administrativa, vindo a assumir uma dinâmica própria do direito administrativo: procedendo a tipificações mais vagas; aplicação de técnicas de reenvio; leis penais em branco; esbatendo dessa forma as barreiras dogmáticas existentes entre estes dois campos. (Feijoo Sánchez, 2012b: 25ss; Brandão, 2015: p. 9-10)

Uma manifestação que depois acaba por ter correspondência no próprio direito legislado atual, onde tem vindo a proliferar a tipificação de leis com expressões como “combate” ou “luta”¹⁸⁰ – v.g. no ordenamento jurídico nacional: a lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, “*Medidas de combate à criminalidade organizada*”; lei n.º 36/94, de 29 de Setembro (conforme alteração dada pela lei n.º 32/2010, de 02-09), “*Medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira*”; lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto (conforme alteração dada pela lei n.º 60/2015, de 24-06), “*Lei do combate ao terrorismo*”; lei 83/2017, de 18 de Agosto, “*Lei do combate ao branqueamento de capitais e do financiamento ao terrorismo*”; diplomas que tutelam o regime jurídico da punição de fenómenos criminosos que recentemente tem criado um temor sociológico decorrente da danosidade de tais atos. As expressões adotadas parecem remeter para uma certa linguagem bélica em que o arguido ou sujeito investigado por estes crimes é considerado como um “inimigo” que se visa combater. Não se pense que esta terminologia tem significado inócuo (desprendido de sentido), e que seja meramente uma questão semântica – porque esta é usual em quase todo o lado, não só por parte do legislador, mas também na comunicação social e mesmo nos órgãos da investigação criminal –, para além de ser motivado pela obrigação imposta ao legislador de adotar a linguagem mais exata possível do ponto de vista técnico-jurídico – uma decorrência do princípio da legalidade

referindo o nosso pensamento sobre esta temática, o primeiro visa proteger determinados valores essenciais concretos para a vivência em sociedade (bens jurídicos fundamentais), o que justifica (e legitima) a aplicação das sanções mais graves do ordenamento jurídico. Quanto ao segundo pressupõe a organização e o funcionamento de determinados sectores sociais, atuando previamente e punindo certos comportamentos que lesam interesses que atentam contra um determinado modelo de gestão. De acordo com esta lógica de gestão a proibição apresenta uma amplitude geral, podendo punir condutas que são tidas de forma estatística como perigosas, o que basta para que o direito administrativo possa atuar, em virtude da intensidade sancionatória e a coercibilidade apresentarem um nível inferior neste segundo modelo. (Sánchez, 2012: p. 52ss)

¹⁸⁰ Destacando esta particularidade, veja-se Herzog referindo o contexto legislativo alemão que não é imute a estes efeitos (1999: p. 54). No mesmo sentido, cfr. Bandeira & Fachin (2015: p. 555).

–, mas sim como uma dinâmica específica dos tempos atuais com um conteúdo ideológico subjacente. A finalidade é projetar na sociedade uma repulsa por este tipo de criminalidade e dar uma resposta “agressiva” quanto à sua repressão. Pode assim afirmar-se que a política criminal quando define as estratégias de afrontamento contra o crime está a decair para um campo de atuação de “luta contra o crime”¹⁸¹, em que este incremento é dirigido contra um delinquente entendido como um inimigo que se visa combater.

Avança a ideia de uma justiça em que este delinquente constitui um risco social ou deve ser entendido como um perigo para a vivência em comunidade. (R. Nahum, 2010: p. 441) Segundo este paradigma vigora uma gestão atuarial dos riscos, influenciada por uma lógica económica de custo/benefício e vantagem/desvantagem no campo das finalidades das sanções criminais agora orientadas para a limitação da perigosidade (mais uma vez, se aludindo ao epifenómeno da razão calculadora). Fazendo-se um juízo de prognose para interpretar quais os grupos que se traduzem num alto potencial de risco

¹⁸¹ Frequentemente, havendo um extravasar da satisfação das exigências de justiça da comunidade e de reafirmação da paz pública perturbada pela prática delituosa. Indo aproximar-se de uma ideia das teorias absolutas para as quais a pena vai ser uma exigência de justiça, de forma a atingir uma proporcionalidade entre o mal social projetado/realizado pelo agente criminoso e a pena a aplicar. Todavia, que não devem ser admitidas no contexto do Direito Penal moderno. No nosso entendimento, deve ser dada primazia às designadas teorias relativas que defendem que a pena só se mostra como legítima quando desempenhe uma função no interesse social que é a prevenção de crimes futuros – sentido que se viu absorvido pelo “nosso” artigo 40.º do CP. Existindo dois tipos de prevenção: a prevenção geral que visa evitar as violações futuras por parte de todos os indivíduos; e a prevenção especial que pretende que determinado criminoso não cometa mais nenhum crime. A prevenção geral por sua vez é dividida: entre prevenção geral negativa com a finalidade de projetar no espírito dos potenciais agentes criminosos uma motivação suficientemente forte para os afastar da prática de crimes; e a prevenção geral positiva que pretende levar a generalidade das pessoas ao não cometimento de ilícitos através da interiorização dos valores imanentes no sistema penal, permitindo a designada reafirmação contrafática do valor e confiança nas normas (a norma foi violada, mas ainda é válida e vai ser punido o agente criminoso que a incumpriu). E a prevenção especial que também apresenta uma conceção bipartida: negativa e positiva. A negativa vocacionada para o estabelecimento ao indivíduo criminoso de uma advertência retributiva quanto à gravidade da sua conduta criminosa. E a função positiva visando a ressocialização do delinquente (e que assume preponderância no domínio da prevenção especial de acordo com o artigo 40.º do CP e da própria CRP). De forma mais desenvolvida, sobre o problema dos “fins das penas” criminais, cfr. Figueiredo Dias (2011: p. 43ss).

para a sociedade¹⁸², em que a racionalidade da punição parte de uma lógica de “inocuidade seletiva”, isto é “(...) a manutenção na prisão, pelo máximo de tempo possível, de um número de delinquentes escolhidos em função da sua perigosidade (responsabilidade por certos crimes e previsão de que vão continuar a cometê-los) consegue uma redução radical da criminalidade e, desta forma, benefícios importantes ao menor custo”. (Rodrigues, 2005: p. 24) É entendido que ao obstar à continuidade daquele indivíduo na comunidade se está a evitar os efeitos nocivos e de risco que aquele produz face aos seus semelhantes ou à sociedade. Como refere a autora, “alterou-se, pois, substancialmente, o método de prognose da perigosidade para identificação dos indivíduos a inocuidar que deixou de se basear na análise psicológica individual e concreta da perigosidade. Deixou de interessar conhecer o indivíduo e saber o que o levou ao cometimento do crime para o “corrigir”: passou a interessar o seu perfil, o grupo, a população ou conjunto estatístico a que pertence, para o inocuidar e, assim, impedir de voltar a cometer crimes. Substituída a culpa pela perigosidade, ao Estado pede-se que faça a gestão dos riscos da reincidência, no pressuposto de que a sociedade renuncia a suportar qualquer percentagem desse risco.” (Rodrigues, 2005: p. 25) Esta linha de pensamento, resultaria numa descaracterização da função da pena da sua natureza clássica de prevenção geral e especial, afastando a finalidade de reintegração social do agente em face do impedir daquele perigo (R. Nahum, 2010: p. 443), para um “estado de inocuidade” (“*Unschädlichmachung*”). (Liszt, 2003: p. 144) Este sentido de procedimento de inocuidade seletiva e gestão dos riscos como substrato da política criminal para melhor a reação face à criminalidade moderna¹⁸³, é mais uma faceta de clara aproximação à racionalidade administrativa. (Silva Sánchez, 2011: p. 157; Feijoo Sánchez, 2012b: p. 28)

Com efeito, segundo esta corrente, que vem progressivamente a influenciar o pensamento jurídico, a forma mais eficaz para neutralizar as ameaças criminais é avançar com o direito punitivo de uma forma *ex ante* dos fenómenos criminosos. A perigosidade surge como o meio legitimador por excelência desta vertente de neutralização do crime, em que o Estado deve neutralizar a ameaça logo quando se prevê de forma abstrata o

¹⁸² A designada “*expansión selectiva*”. (Feijoo Sánchez, 2012a: p. 116) Com entendimento similar, ver Landrove Díaz (2010: p. 401-402).

¹⁸³ Racionalidade administrativa que Silva Dias refere como decorrente do afastamento de um substrato de validade jurídica por parte do direito penal. (Dias, 2003: p. 453) Mas que pode ser identificada, por exemplo, na *three strikes law* dos EUA.

perigo, de forma a impossibilitar o resultado de um dano. E que tem resultado numa proliferação dogmática dos crimes de perigo (principalmente de perigo abstrato), alargando o espectro do perigo. Tendo na sua génese o célebre ditado popular de que “mais vale prevenir do que remediar”, numa lógica de prevenção da reincidência e não da finalidade do direito penal clássico de prevenção da criminalidade, baseada numa política social na “flor da pele” e de acordo com a *vox populli*. O que se traduz numa segmentação injustificada de delimitação de certos membros da sociedade a que deverão ser aplicado um conjunto mais intensivo de medidas punitivas.

Este alinhamento vai no sentido de se aproximar de um direito penal de perfil inquisitório, um direito penal do agente¹⁸⁴, e não, o que, na nossa opinião, deve assumir, a manutenção do direito penal da culpa e de proteção de valores ético-sociais relevantes – um direito penal atendendo às condutas criminosas e assente na culpa do agente. Esta atual dinâmica remete para um procedimento jurídico como o “Direito Penal do Inimigo”¹⁸⁵, conceito formulado e desenvolvido por Günther Jakobs nos seus estudos, e inicialmente apresentado no seminário de direito penal de Frankfurt em 1985. Sumariamente, a proposta do autor parte de uma construção normativa representando que o ser humano só adquire o seu qualitativo como pessoa pela sua intercomunicação positiva com as normas jurídicas – e não pela intersubjetividade com os seus semelhantes –, uma posição formalista, que permite sustentar o seu raciocínio de que quando o indivíduo não tenha uma atuação com fidelidade ao Direito não deva beneficiar (pelo Direito) daquele qualitativo de cidadão, porque o agente criminoso está a violar as expetativas normativas e conseqüentemente a negar o seu papel enquanto pessoa – em que é o próprio criminoso, ao praticar o facto ilícito típico, que se nega como cidadão. Aqui se estabelecendo a divisão central da sua obra assente na dicotomia cidadão/inimigo.

¹⁸⁴ Neste sentido, cfr. R. Nahum, 2010: p. 441; Conceição, 2017: p. 214.

¹⁸⁵ Ou, verdadeiramente, um “direito penal contra o inimigo” como nos fala Gomes Canotilho. (2009: p. 22) Em sentido mais desenvolvido sobre esta matéria, cfr. Conde, 2005: p. 123ss; Brito, 2007: p. 77ss; Gomes Canotilho, 2009: p. 23ss; Dias, 2009: p. 688ss; Landrove Díaz, 2010: p. 402-403; Caeiro, 2015: p. 125ss. O estudo mais detalhado sobre esta matéria não será aqui empreendido, uma vez que isso significaria um estudo monográfico próprio. No entanto, podemos deixar uma remissão para as considerações já anteriormente apresentadas quanto à nossa consideração do ser humano como sujeito ético e da sua dignidade como um valor transpositivo e inerente à sua condição. E que deixam já explícita a nossa posição sobre esta temática. Num sentido similar ao nosso, veja-se entre outros, Dias (2009: p. 688, 699-700) e Martínez (2017: p. 372-373).

Assim, no caso da personalidade do agente não permitir afirmar um afastamento inquebrável das expectativas normativas, ainda se mostra como possível a reafirmação contrafática através da respetiva punição penal, para um cumprimento futuro de fidelidade à lei – este é o cidadão que beneficiará das garantias clássicas do direito penal. Por outro lado, quando o comportamento e personalidade do agente permita sustentar que o seu comportamento futuro será sempre de infidelidade quanto ao Direito, o que acontecerá nos casos de infrações reiteradas e sistemáticas da lei ou no caso deste ter cometido um dos tipos da criminalidade mais gravosa do sistema – vg. terrorismo, criminalidade organizada e económica, ou crimes sexuais – já não se mostra como possível a reafirmação contrafática da norma. O indivíduo em certa medida exclui-se da sociedade ao praticar aquelas condutas, perdendo a sua qualificação como pessoa (passando a ser considerado uma não-pessoa), representando um inimigo da própria sociedade. E ao inimigo é legítimo aplicar um conjunto de medidas com carácter excepcional e mais gravosas em termos de direitos, liberdades e garantias, devendo a pena aproximar-se (materialmente) de uma medida de segurança, abandonando as funções ressocializadoras do agente, em função de finalidades inocuidadoras e desproporcionais para prevenção do perigo derivado do inimigo. Assim, ao lado do direito penal do cidadão existe o “direito penal do inimigo”. (Dias, 2009: p. 689-691)

Esta é uma posição que naturalmente será de rejeitar, não se podendo conceber que determinados criminosos por terem atuado à margem de Direito acabam por perder a sua qualidade como pessoa humana, mesmo quando pratique determinados tipos de crimes entendidos como os mais gravosos do sistema, sob pena de levar a uma sua instrumentalização enquanto sujeito ético – concepção tão cara aos Estados totalitários. A oposição desta teoria na sua plenitude não tem tido acolhimento num ordenamento jurídico determinado, todavia, alguns dos seus pontos e medidas tem recolhido uma receção em determinados ordenamentos jurídicos (v.g. como exemplo mais paradigmático, o conjunto de medidas avançadas nos EUA na *Patriot Act* de 2001, tendo em vista uma atuação centrada nos casos de terrorismo) e influenciado determinadas medidas de natureza dogmática e processual¹⁸⁶.

Certo é que esta teorização vem progressivamente influenciando alguma doutrina que defende a necessidade de tornar mais flexível e dinâmico o direito penal material e

¹⁸⁶ Em sentido mais desenvolvido da influência da posição quanto a medidas concretas., veja-se Dias, 2009: p. 693.

processual penal, arguindo a necessidade de aplicação de medidas de oportunidade para crimes de pequena e média dimensão¹⁸⁷. Vigora uma ideia de criar uma maior efetividade para o direito penal adjetivo, especialmente para a criminalidade mais grave, no domínio dos métodos de obtenção da prova para comprovação probatória. A que se associa o discurso, alimentado pelo poder político e por uma opinião pública enviesada, que uma efetiva repressão da criminalidade mais lesiva se mostra incompatível com as prerrogativas da defesa, e, por conseguinte, com a veste de respeito dos direitos fundamentais do indivíduo. (Rodrigues, 2005: p. 20) Esta narrativa assenta naquela lógica de necessidade de dotação de maior eficiência quanto ao direito penal, produzindo modificações em matéria substantiva em campos como a autoria, imputação penal, antecipação da tutela penal através de crimes de perigo – principalmente crimes de perigo abstrato, em que a danosidade social se encontra mais distante da lesão do bem protegido – ou de adição, aumento da proteção de bens jurídicos coletivo, dilatação das molduras máximas de punição dos crimes; em termos adjetivos podemos destacar a diminuição das garantias processuais dos arguidos e dos mecanismos de defesa, ou a assunção de novos meios intrusivos de prova¹⁸⁸. Tudo com finalidade de conseguir uma mais efetiva

¹⁸⁷ Referindo esta realidade, cfr. Rodrigues (2005: p. 26).

¹⁸⁸ É de destacar neste campo os designados métodos ocultos de investigação. Estes novos meios de investigação criminal, conforme os define Benjamim Rodrigues, “*são aqueles métodos que representam uma intromissão nos processos de acção, interacção e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que as mesmas disso tenham consciência, conhecimento ou disso sequer se apercebam*”. (Rodrigues, 2010: p. 37) Estes encontram-se intrinsecamente conexiados naquele discurso político-criminal mais intrusivo e no progresso tecnológico, mostrando-se como centrais nas estratégias de recolha das provas nas duas últimas décadas (Costa Andrade, 2009: p. 105), aqui se incluindo meios como as escutas telefónicas, localização geográfica, agentes encobertos ou o registo de voz e imagem, tendo a particularidade de conflituarem, com maior ou menor grau, com os direitos fundamentais dos visados – principalmente direitos como a privacidade, palavra ou imagem. No ordenamento jurídico português, os regimes destes métodos encontram-se dispersos em determinados diplomas legais, como é o caso das escutas telefónicas (art. 187.º a 190.º) e da localização geográfica (art. 252.º-A) ambos no CPP, os agentes encobertos na lei n.º 101/2001, de 25 de agosto (conforme alteração pela Lei n.º 61/2015, de 24 de junho), ou o registo de voz e imagem (art. 6.º) na lei n.º 5/2002. Existindo outros que ainda nem sequer possuem um regime tipificado na lei. Criticando-se na doutrina a inércia do legislador aquando da última grande revisão ao CPP de 2007 (que se manteve até hoje) ao não ter abarcando todos estes meios de prova no CPP (especialmente aqueles cujo regime está previsto em diplomas extravagantes), através de uma positivação de um acervo destes novos meios intrusivos da prova, tal como o acolhimento prestado pelo legislador alemão, ou outros novos meios não proibidos por lei. Regime que estaria vinculado a parâmetros de subsidiariedade e proporcionalidade

repressão destes novos tipos ilícitos¹⁸⁹, produzindo modificações nos códigos penais de diversos ordenamentos jurídicos, tanto na parte geral através de alterações aos princípios gerais da dogmática penal, mas também da parte especial alargando o espectro dos crimes e das sanções criminais para o seu cometimento.

De igual forma, a finalidade de ressocialização do delinquente tem vindo a ser questionada, principalmente no seio dos ordenamentos jurídicos nórdicos e anglo-saxónicos que maior estudo vêm desenvolvendo quanto ao fenómeno ressocializador do delinquente, ao nível da sua inserção na comunidade e os valores da reincidência. Os dados avançados têm sido no sentido de que o investimento na ressocialização não estava a exercer uma conseqüente diminuição assinalável na taxa de reincidência e da criminalidade. Nesse sentido, tem vindo a surgir opiniões críticas naqueles países – até então os maiores defensores da ressocialização – pugnando que a função das penas deverá ir noutra sentido, partindo de uma função absoluta retributiva, face à incapacidade de se estabelecer uma verdadeira função ressocializadora, em virtude dos pressupostos desta sociedade correspondendo a premissas que fomentam a reincidência criminal. (Figueiredo Dias, 1983: p. 25ss) Na nossa opinião, esta dificuldade de absorção dos pressupostos da ressocialização por parte dos delinquentes não poderá significar pura e simplesmente o abandono desta função essencial como uma das finalidades das penas. Como afirma Figueiredo Dias, a ressocialização do delinquente deverá continuar a assumir uma importância principal no sistema penal, permitindo que o criminoso se possa corrigir e levar o posterior procedimento da sua vida na comunidade como um sujeito cumpridor das normas penais, devendo para isso conseguir a sua concordância e participação, desse modo cumprindo os pressupostos de um Estado de Direito Democrático. (Figueiredo Dias, 1983: p. 30) Seguimos aqui a asserção fundamental que a aplicação de uma pena sancionatória só terá intento como medida para que o agente criminoso não volte a delinquir, dessa forma compaginando-se como desiderato para criação de uma maior liberdade na comunidade. Nem conseguimos visualizar como seria

de acordo com o seu grau de intromissão nos direitos dos visados. (Costa Andrade, 2009: p. 108ss) Opinião crítica que também partilhamos, considerando como extremamente vantajoso e necessário a tipificação destes novos meios no direito processual de forma a estabelecer um sistema global vinculado a critérios de rigor e legalidade dos meios de prova que podem ser utilizados pelas instâncias de repressão criminal.

¹⁸⁹ Referindo-se a esta particularidade do direito penal moderno, entre outros: Hassemer, 1992: p. 245, 1998: p. 38, 2007: p. 193-194; Zúñiga Rodríguez, 2009: p. 77ss; Landrove Díaz, 2010: p. 401; Fonseca, 2010: p. 293-294; Conceição, 2017: p. 100.

possível obter uma maior prevenção dos fenómenos criminosos excluindo esta vertente de ressocialização das finalidades da sanção do direito penal, a menos que se optasse por uma lógica penal de um ordenamento jurídico absolutista de uma inocuação *ad aeternum* do delinvente – através da aplicação de penas de prisão perpétua.

Este fenómeno da expansão do direito penal pode originar que este se torne simbólico¹⁹⁰, ou seja que o legislador prescreva como normas incriminadoras determinadas condutas ou adote sanções mais graves para comportamentos já criminalmente tipificados, “(...) *embora saiba de antemão que não vai ser capaz de, mesmo assim, proteger eficazmente o bem jurídico – uma vez que se criminaliza a conduta, mas sabe-se que será muito difícil, ou mesmo impossível, punir os infratores –, cria a imagem de um direito penal por um lado incapaz e, por outro, de pura intimidação, que acaba por punir, de quando em vez, alguns infratores, que não passarão de “bodes expiatórios”*”¹⁹¹. (Fernandes, 2001: p. 53) E que acaba por redundar num círculo vicioso, em que na realidade prática o défice de execução (“*Vollzugsdefizit*”) das normas penais,

¹⁹⁰ A designada escola de direito penal de Frankfurt (cfr. 2.2.1) reconhece e critica esta expansão do direito penal moderno por ter originado a assunção de algumas normas penais simbólicas. Estes efeitos são simbólicos porque meramente se constituem como fator teórico e psicológico de incriminação, mas sem produzir efeitos práticos de prevenção da prática criminosa. Referindo que o direito penal moderno se está a expandir para uma lógica de controlo social. O que se traduz num processo ineficaz, não se movendo de acordo com os pilares basilares do direito penal. (Sánchez, 2012: p. 43-44) Na mesma linha, Hassemer fala de “*déficit procesales*” na aplicação do direito penal moderno, em virtude do direito punitivo estar a entrar em campos que não lhe competem, o que provoca que a tutela punitiva e o procedimento penal não tenham um funcionamento eficaz. E embora atribua em parte esses mesmos problemas ao fundamento estrutural do direito penal, considera que estes se vêm exponenciados pelo fenómeno de criminalização expansiva. Conclui que a exigência da sociedade que o direito punitivo proporcione a tão desejada segurança e o posterior resultado dessa assunção na prática num sentido contrário, pode então levar ao resultado de um direito penal “*simbólico*”. (Hassemer, 1992: p. 243-244; 1998: p. 38) Referindo neste particular, a afirmação de uma política criminal totalmente vocacionada e restringida à segurança. (Rodrigues, 2005: p. 21) Ou havendo até o risco de o direito penal simbólico decair para um conteúdo moralista ou politizado, de acordo com a vontade do poder político dominante. (Fernandes, 2001: 53-54; R. Nahum, 2010: p. 438)

¹⁹¹ Neste particular destaca Figueiredo Dias, o “*princípio da não-intervenção moderada*”, que deve nortear a política criminal “(...) *para um eficaz domínio do fenómeno da criminalidade dentro de cotas socialmente suportáveis, o Estado e o seu aparelho formalizado de controlo do crime devem intervir o menos possível; e devem intervir só na precisa medida requerida pelo asseguramento das condições essenciais de funcionamento da sociedade*”. (Figueiredo Dias, 2011: p. 131) E que faz parte de um vetor fundamental do princípio da *ultima ratio*.

confrontada com as mais perenes exigências sociais para afastar o sentimento de insegurança, leva a uma maior severidade da sanção (Silva Sánchez, 2011: p. 86-87), que, devidamente, também não conseguirá ser executada em toda a extensão, pelo problema não ser da moldura da pena mas sim da inaplicabilidade (prática) jurídica da norma, o que origina o reiniciar do circuito, e representa ainda mais acentuadas exigências ao nível da severidade da sanção.

É de ressaltar que no campo jurídico, com maior ou menor intensidade, a lei penal produz dois tipos de funções: uma instrumental e outra simbólica. A primeira – que se mostra como essencial e é primária da intervenção penal – corresponde à prevenção de condutas lesivas através da proteção por parte da norma de um bem com valor fundamental na sociedade, dessa forma constituindo uma modificação da realidade social favorável ao cumprimento da norma jurídica e dissuadindo futuros cometimentos de ilícitos. A segunda constitui-se em termos psicológicos, de modo mediato, a fomentar na sociedade a consciencialização do cumprimento da norma, fazendo com que os indivíduos possam predeterminar no seu cálculo mental as consequências de uma potencial conduta criminosa e aquietar as forças sociais. Esta segunda função não se deve constituir como um obstáculo à primeira, pelo contrário, vai assumir-se como reforço da mesma¹⁹². O que se mostra como necessário é que os efeitos simbólicos da legislação estejam em consonância com a proteção de bens jurídicos (fundamentais). (Roxin, 1997: p. 59) Como refere Soto Navarro, “(...) *los efectos simbólicos («expresivo-integradores»)*, además de constituir el núcleo de la prevención intimidatoria (tanto individual como colectiva), juegan un papel fundamental en las teorías preventivas que buscan reforzar determinadas socializaciones o confirmar la vigencia de los contenidos básicos del orden social, efectos todos ellos que derivarían no sólo de la conminación penal, sino también de la imposición y ejecución de las sanciones penales.” (Soto Navarro, 2003: p. 186-187) A questão polémica é a intensidade sobre a qual esta sensação é (ou deve ser) projetada para a sociedade. Porque, na atualidade, esta função do direito penal não está a ser devidamente projetada para a comunidade, ou pelo menos a mesma não se encontra a ser entendida de forma clara e concreta, faltando-lhe o tão essencial apaziguamento comunitário. (Conceição, 2017: p. 36) O que tem tido o efeito de exigir

¹⁹² Acentuando também este aspeto, Anabela Miranda Rodrigues refere que não pode ser entendido o direito penal como contendo unicamente esta função simbólica. Apenas constituindo uma vertente que designa por “*função simbólica positiva*”. (Rodrigues, 2019: p. 18)

uma maior carga de simbolismo, desequilibrando o pêndulo para esse campo. A nossa crítica a este sentido de um direito penal simbólico é então referente a uma manifesta vertente negativa – que vem progressivamente em crescendo, atenta a realidade suprarreferida. Isto é, criticamos os efeitos simbólicos quando acabam por atingir o predomínio face aos necessários efeitos instrumentais, desvirtuando as funções da lei penal, e, dessa forma, extravasando os limites que lhe devem ser estabelecidos. Para Diéz Ripollés, citado por Soto Navarro, este direito penal com uma mera função simbólica deve ser criticado quando predomine um efeito indesejado ao pretendido pelas finalidades penais de um Estado de direito liberal, o que ocorre, segundo a opinião do autor em duas ocasiões: quando se desvincula do sentido de prevenção de delitos e proteção de bens jurídicos fundamentais e decai para um sentido de criminalização de comportamentos sem qualquer antecedente de reflexão por parte do legislador do alcance da mesma, pretendendo meramente mostrar a proatividade do legislador perante novas problemáticas e conjuntamente aparentando uma ideia de efetividade; ou quando a construção da mesma se instituir numa solução deficitária, que, posteriormente, dificultará a sua eficácia, quebrando com a essencial correlação com o sentimento societário. (Soto Navarro, 2003: p. 186-187)

Com efeito, não desvalorizamos a parte que deve caber ao campo psicológico que os efeitos simbólicos da pena produzem no íntimo dos sujeitos. Mas esta constituirá sempre uma função secundária face às funções instrumentais do direito penal. O problema, na verdade, é que esta proatividade do legislador em termos de política criminal tem como objetivo demonstrar para (a consciência) os seus cidadãos que algo está a ser realizado para confrontar os suprarreferidos perigos, mesmo que acabe por desaguar em soluções ineficazes (Roxin, 1997: p. 59; Fernandes, 2001: p. 54; Feijoo Sánchez, 2012b: p. 43; Terra de Oliveira, 2016: p. 326) – uma realidade subsumível no cerne da sociedade de risco. Porém, como refere Manuel Guedes Valente, não é pelas sanções serem mais graves que se atinge uma sustentável diminuição da criminalidade¹⁹³, mas é a impunidade a principal causa que impulsiona as práticas criminosas. Ou seja, quanto mais elevada for a impunidade, maior fundamento haverá para delinquir. (Valente, 2004: p. 290) Até porque os agentes criminosos, antes de delinquir, no seu cálculo mental partem sempre do pressuposto que não serão objeto de sanções punitivas e se a realidade objetiva o

¹⁹³ Como é demonstrado nos casos dos ordenamentos jurídicos que aplicam a pena perpétua ou mesmo de morte.

demonstrar – impulsionando este sentimento psicológico –, existirá uma propeção para os atos criminosos. Curiosamente o que contribui para sossegar as populações é uma resposta rápida e eficaz por parte da justiça criminal – o que o mero simbolismo do direito penal acaba por contrariar. Ora, este sentido de “sobrecriminalização” que a política criminal tem vindo a assumir origina uma sobrecarga dos órgãos de polícia criminal e do Ministério Público, que se vêem dentro de um universo vasto de comportamentos puníveis e que não é possível investigá-los a todos, o que se traduz inevitavelmente na ocorrência de cifras negras e de processos criminais não devidamente investigados. Sendo que a prevenção do crime terá de passar pela repressão efetiva às suas causas, mas a importância deste procedimento tem vindo a ser secundarizada pelos poderes políticos face a uma atuação mais energética de criação de novos tipos legais e limitação das garantias processuais. Como tal, embora o objetivo seja dar uma imagem de maior segurança e efetividade para a sociedade, este movimento expansivo criminalizador, frequentemente, termina em termos práticos em resultados simbólicos, apresentando um resultado casuístico precisamente inverso, ao incutir, alimentar e exponenciar o supradefido sentimento de insegurança na opinião pública, o que contribui para descredibilizar o sistema jurídico e aumentar a falta de confiança nas instituições do nosso país. Dito por outras palavras, a tentativa de provir este sentimento ao adotarem um vasto catálogo legislativo referente a estes domínios, vai ser anulada pela realidade da sua ineficácia ante a criminalidade da sociedade de risco¹⁹⁴.

E estes resultados que desaguam em desideratos simbólicos, parecem dar razão aqueles que afirmam que o direito penal não se encontra capacitado para punir a criminalidade de colarinho branco mais sofisticada (Figueiredo Dias, 2011: p. 136-137) ou, acrescentamos, outro tipo de criminalidade mais gravosa e complexa, o que demonstra para a sociedade que o direito punitivo só atua perante os fenómenos criminosos praticados pelos cidadãos oriundos de estratos com menores recursos – pois frequentemente estão envolvidos numa criminalidade pouco complexa –, dando ênfase à

¹⁹⁴ Como afirma Soto Navarro (2003: p. 189) e também Herzog, a longo prazo o sentimento de insegurança e ineficácia do direito penal origina uma clara perda de confiança no Estado – realidade que, na nossa opinião, já estamos a assistir. E que se vê cada vez mais expandido por sucessivas alterações legislativas com o fundamento de aumentar as sanções criminais e a sua capacidade coerciva, mas que conduzem aos mesmos resultados dececionantes. O que poderá originar a assunção já não de um Estado de Direito Democrático, mas sim de um Estado policial (Herzog, 1999: p. 55ss), pela obsessão crescente de maiores medidas punitivas.

celebre frase (e sentimento) enraizada no entendimento cultural da comunidade da existência de uma “justiça para pobres e de outra para estratos mais ricos”.

Neste campo levantam-se vozes a referir que estamos perante uma “*absorção simbólica das inseguranças comunitárias na sociedade de risco*”¹⁹⁵. (Figueiredo Dias, 2001: p. 605) E que consideramos como procedente da atual crise de valores tradicionais, contribuindo para a divulgação de uma descrença nas instituições e vínculos sociais. Porque a qualidade da pessoa humana para poder orientar livremente as suas ações no contexto da comunidade, pressupõe sempre um certo nível de conflitualidade social, sem que isso signifique em todos os casos uma intervenção das instâncias de controlo social.

No fundo, as exigências sociais não podem legitimar a apresentação e o exponenciar de soluções irracionais e populistas que, no fim da linha, são ineficazes para resolver os legítimos problemas atuais. (Soto Navarro, 2003: p. 191) Mas esta é uma situação que tem de ser remetida para um plano distinto das ofensas e colocação em perigo de interesses coletivos concretos que se devem ser protegidos. A resposta a estas questões deverá primar por uma proteção penal efetiva que passará por dar uma garantia efetiva ao princípio da subsidiariedade do direito penal, produzindo uma quebra com o sentido de expansão irrestrito do direito penal, e expurgando assim a tutela de interesses que não contenham dignidade penal¹⁹⁶ que deverão ser remetidos para outros meios de tutela, como é o caso do direito administrativo (sancionador) ou direito civil (responsabilidade civil). De igual modo, esta busca pela segurança e pela eficácia no combate à criminalidade não poderá ser conseguida com a diminuição de direitos fundamentais dos cidadãos. O confronto entre liberdade e segurança, ou administração da justiça e direitos fundamentais dos cidadãos, não poderá resultar numa sobreposição de uns interesses sobre os outros, é sim necessário que ocorra um equilíbrio entre estes vários interesses, que deverão ser igualmente pesados¹⁹⁷. Reconhecendo a importância da salvaguarda dos direitos fundamentais – que acrescentamos é um *príus* da pessoa humana –, mas também a importância de defender os cidadãos, ou seja assumindo a segurança como um valor

¹⁹⁵ Num sentido similar Hassemer (2007: p. 196).

¹⁹⁶ No mesmo sentido, veja-se: R. Nahum, 2010: p. 445-446; Sánchez, 2012: p. 29; Militão, 2012: p. 153.

¹⁹⁷ Como refere Augusto Silva Dias, “*sempre que este equilíbrio é rompido ou por via de excesso de garantismo ou por via de uma eficácia a qualquer preço, é dado um passo respectivamente no sentido da descrença na capacidade de os Estados de Direito lidarem com situações extremas ou no sentido da sua corrupção e conversão em Estado autoritário*”. (Dias, 2009: p. 700)

essencial que merece ser estimado¹⁹⁸ (Rodrigues, 2005: p. 30ss), e que no nosso ordenamento jurídico assume também a preponderância de um direito fundamental (cfr. artigo 27.º, número 1 da CRP) e alicerce essencial de um Estado de Direito Democrático que deverá ser protegido. Por essa via, se atingindo um equilíbrio político-criminal que permita o máximo de realização possível de cada interesse, não negligenciando quer a vertente da segurança, quer os direitos dos cidadãos, conforme é (e deve ser) exigência de um Estado de Direito Democrático e deverá constituir como uma certa racionalidade na criação do Direito. É de realçar a interligação que o legislador criou entre a liberdade e a segurança ao prescrevê-los no mesmo artigo constitucional, afirmando-os como fenómenos superiormente relevantes para a convivência em sociedade e que devem ser salvaguardados.

2.2 Um novo discurso na intervenção penal?

Decorrente desta tendência que a política criminal vem assumindo e que se mostra como transversal aos diversos campos da ciência penal, tem-se questionado se o tradicional critério de legitimação e finalidade de intervenção penal ainda se mostra como ajustado (e eficaz) à luz das novas realidades na sociedade. Este problema da legitimação do direito penal trata-se de uma *vexatio quaestio* com que a política criminal se tem debatido em todos os tempos históricos, em virtude de todas as sociedades terem de responder à criminalidade com o sistema jurídico, não faltando orientações quanto à criação da materialização desse referente legitimador.

Atendendo à evolução histórica da intervenção penal, em momentos históricos anteriores, o direito penal procurava a sua legitimação material em valores com natureza religiosa ou fins ideológicos. Posteriormente, com o advento do secularismo, durante a fase de predominância da expressão da corrente do positivismo jurídico – com particular expressão no positivismo-legalista – entendeu-se que o Direito se reduzia à lei positiva.

¹⁹⁸ Como refere a Anabela Rodrigues, “*desta forma, a segurança a passar a ser "a segurança da proteção de todos os direitos de todas as pessoas". Impede-se, ao mesmo tempo, a "absolutização" ou "expansão" do seu valor. Na segurança, cristaliza-se a tensão inevitável entre a necessidade de proteção dos direitos da pessoa e a tentação de exacerbar essa proteção para reduzir a insegurança.*” (Rodrigues, 2005: p. 37) Segurança que se traduzirá como bem reconhece Faria Costa, citado por Andrade, em virtude de “*a segurança, a «minha» segurança, passa pela abertura solidária com que «eu» me «seguro» com os outros e pelos outros*”. (Faria Costa, como citado em Andrade, 2005: p. 45)

Nesses tempos, se determinada conduta era tipificada na lei positiva então era entendida como um comportamento criminalizado justo¹⁹⁹. Ou seja, a faculdade (ou, diga-se, o poder) do legislador a criminalizar uma conduta instituiu-se como o único critério aferidor para uma intervenção punitiva (Figueiredo Dias, 2011: p. 106) – o que o legislador (o detentor do poder político) considerasse como crime era justo e quem praticasse tal comportamento era devidamente punido. A argumentação vigente na época era assim que a justiça e o Direito seriam concretamente o mesmo que legalidade, convocando aqui um conceito puramente formal, não existindo um juízo crítico sobre a legitimidade ou justeza do direito positivo. Contudo, a definição da qualidade de um crime não se pode reduzir só a um procedimento formal, sob pena do legislador possuir uma ampla margem de discricionariedade para materialização de determinados comportamentos a tipos ilícitos criminais, e, em consequência, de se dotar a política criminal, pelo menos teoricamente, de um conteúdo ilimitado. Em suma, de se alienar a dimensão do Direito enquanto pilar e valor fundamental da realização da própria ideia de justiça.

Com a passagem do Estado absolutista para a dimensão liberal, em face do anterior domínio aniquilador das garantias fundamentais dos indivíduos, o modelo iluminista penal concebeu-se como crítica negativa do direito penal então vigente. Existiu uma transformação no campo do direito penal quando do momento do humanismo penal, defendendo-se que a subsunção de um comportamento criminal terá de se basear num critério legitimador material, um pilar entendido como pré-existente ao movimento de criminalização, convocando limites à intervenção formal do direito punitivo e estabelecendo o que se mostra como legítimo de intervenção e o que não se mostra como digno dessa tutela penal, atuando de forma a regular a atividade punitiva do Estado (Figueiredo Dias, 2011: p. 106-107), uma intencionalidade crítica entendida como constituindo a proteção de interesses fundamentais para a convivência justa em sociedade. (Soto Navarro, 2003: p. 170) Esse critério legitimador é, no nosso entender, a protecção de bens jurídicos fundamentais²⁰⁰, que ganhou peso de *communis opinio* entre os juristas e foi acolhida no sistema penal. O nosso legislador deu o respetivo respaldo no Código Penal no artigo 40.º, número 1, ao expressamente definir que as funções do direito penal

¹⁹⁹ A sublinhar este aspeto, cfr. Andrade (2005 p. 33-34).

²⁰⁰ Veja-se, entre outros, pugnando afirmativamente pelo reconhecimento da proteção de bens jurídicos (fundamentais) como função do direito penal: Roxin, 1997: p. 51ss; Litz, 2003: p. 139; Soto Navarro, 2003: p. 282ss; Andrade, 2005: p. 19; Figueiredo Dias, 2011: p. 113ss; D'Avila, 2010: p. 188-189.

visam a proteção desses mesmos bens. Este princípio vai assim constituir-se como um limite essencial ao exercício do *ius puniendi* do Estado.

Contudo, esta construção de natureza racionalista – que busca os seus antecedentes nas construções racionalistas do contrato social – não possui um conceito estanque e definitivo, mostrando-se a sua individualização num conceito preciso um exercício de elevada dificuldade²⁰¹, mas que tem como contrapeso o surgimento da apresentação de várias propostas doutrinárias para a sua definição²⁰². Porém, embora não se possa afirmar um conceito de bem jurídico imutável com capacidade de abranger todo o desenvolvimento exigido, podemos, a partir das várias propostas para a sua conceitualização, pelo menos absorver as suas premissas fundamentais para analisar a legitimidade de criminalização de uma determinada conduta.

Num olhar sobre as posições dos autores mais relevantes, podemos, desde logo, destacar o pensamento de Figueiredo Dias, que entende o bem jurídico como “(...) *a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso*”. (Figueiredo Dias, 2011: p. 114)

Para Roxin os bens jurídicos podem ser definidos como “(...) *circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento de proprio sistema*”. (Roxin, 1997: p. 56)

Von Liszt identifica o bem jurídico como aquele valor relevante para o indivíduo ou para a convivência social que o legislador entende proteger com a tutela penal

²⁰¹ Reconhecendo esta particular dificuldade de definição do significado do bem jurídico, entre outros: Roxin, 1997: p. 54, 58, 71; Hefendehl, 2001: p. 148-149; Pereira, 2003: p. 304; D’Avila, 2010: p. 186; Figueiredo Dias, 2011: p. 114; Terra de Oliveira, 2016: p. 277. Acabando por concluir Roxin que a afirmação de um tal conceito poderá mesmo ser intangível, sob pena de ser rapidamente superado. (1997: p. 58) Como tal, existem autores que acabam por considerar que o critério do bem jurídico apresenta um conteúdo intrinsecamente impreciso, que faz com que não se consiga um respaldo prático. Concordamos com a doutrina maioritária, veja-se entre outros, (Arana, 2007: p.16; Figueiredo Dias, 2011: p. 114; Roxin, 2013: p. 14, 19), de que tal entendimento deve ser rejeitado.

²⁰² A evocação do conceito de bem jurídico é essencialmente – embora não se forma unânime – associada ao jurista alemão Birnbaum, surgindo com um claro sentido liberal e finalidades de restrição da intervenção do legislador, cfr. neste sentido, entre outros: Roxin, 1997: p. 55; Costa Andrade, 1998: p. 391; Fernandes, 2001: p. 82; Arana, 2007: p. 162; Figueiredo Dias, 2011: p. 115; Bandeira, 2015: p. 88; Terra de Oliveira, 2016: p. 282.

elevando-o a esse pantamar. A conduta criminosa vai assim ofender um interesse juridicamente protegido que se encontra cristalizado num bem jurídico que acolhe esse qualitativo em virtude da tutela penal considerada pelo legislador, e que através da execução penal essa ofensa será punida (Liszt, 2003: p. 139, 143) – assim se tutelando aquele valor fundamental.

Também Hassemer adopta um conceito de bem jurídico mais simplista, referindo que o mesmo se consubstancia num interesse humano necessitado de proteção penal. (Soto Navarro, 2003: p. 75)

Da articulação deste conjunto de propostas, podemos pelo menos concluir ser transversal a todos os teóricos da teoria geral do bem jurídico de que se tratam de valores axiológicos imprescindíveis para uma saudável convivência social e que merecem, pelo seu enquadramento material-social, a proteção do Estado. A sua natureza remete para que não se possa conceber a existência de um bem jurídico de forma arbitrária, devendo-se assumir como uma ligação intrínseca com os interesses essenciais e as exigências valorativas assumidos pela sociedade. Só é legítima a criminalização de comportamentos que resultem numa violação intolerável dos interesses ético-sociais fundamentais – de uma forma clara expurgando deste âmbito meras concepções arbitrárias ou ideológicas –, situados no *topos* da ordem jurídica, e portanto que resultem na violação de valores axiológico-constitucionalmente caracterizados pela sociedade com o imperativo de ser protegidos. Em consequência, o sentido e intervenção material do direito penal é aferido previamente pelo ordenamento constitucional, indo a lei fundamental agir como mediador do elevamento daqueles valores ou interesses axiológicos a bens jurídicos fundamentais dignos de tutela penal. Esta correlação tem levado autores como Figueiredo Dias (1983: p. 10ss, 1998: p. 58, 2011: p. 120) e Roxin (1997: p. 55-56; 2013: p. 37-38)²⁰³, a reconhecerem uma reciprocidade entre a ordem constitucional e o plano do direito penal²⁰⁴. A Constituição deve acompanhar e absorver os padrões histórico-valorativos de

²⁰³ A que se juntam outros, cfr. Tiedemann, 1991: p. 145-146, 153, 168; Costa Andrade, 1998: p. 396-397; Bottke, 1998: p. 9; Oliveira e Silva, 2005: p. 266-267; D'Ávila, 2010: p. 198. E com algumas descrições, embora acabando por concluir pelo reconhecimento da função “iluminadora” da Constituição na política criminal, também Terra de Oliveira, 2016: p. 315.

²⁰⁴ Soto Navarro de forma crítica condena as posições – que designa por teorias constitucionalistas – que pretendem remeter só para a lei fundamental o respaldo de valores socialmente relevantes que se podem constituir como bens jurídicos fundamentais. Considerando que o direito penal não pode encontrar o seu critério legitimador material só no substrato constitucional, porque a mesma se baseia num pacto

uma determinada comunidade, através da dialética mútua entre a consciência de valores e princípios no substrato social e o poder constituinte, para o apuramento do postulado da procura das soluções justas no nosso ordenamento jurídico. Os bens jurídicos como referente material serão sempre autonomizáveis quanto à norma que os tutela (sentido formal), o que é reflexo em termos materiais dos limites que constituem um padrão crítico em relação aos princípios fundamentais superiores que se impõe à vontade do legislador que dessa forma lhes deve respeito.

Será portanto no quadro constitucional²⁰⁵ que terá de ser encontrada a sua referência material ético-social como norteadora do sistema jurídico-criminal e dos

histórico condicionado (limitado no tempo), não tendo capacidade para atuar frente às constantes novas exigências sociais complexas que não estavam previstas no momento da consagração da mesma. Afirmar a autora espanhola, que não se deve desvalorizar a relevância da Constituição como um ponto de vista valorativo essencial, ou seja, como fonte de um conjunto de valores axiológicos a proteger, mas esse reconhecimento é apenas um indício da sua qualidade como destinatário da tutela penal – um indício de que determinada conduta é socialmente danosa – exigindo-se um processo com outros critérios para a decisão de criminalização. A consagração constitucional de um determinado bem fundamental estatui-se como um critério de merecimento da pena. Não se podendo extrair das referências axiológicas do âmbito constitucional um critério positivo do campo de atuação do direito penal, nem se podendo afirmar a existência de obrigações constitucionais de criminalização. Com efeito, admite a tutela penal para valores com relevância para a sociedade, mas que não possuem respaldo constitucional. (Soto Navarro, 2003: p. 51ss) Parece-nos aqui que a autora confunde na sua posição a necessária referência axiológica constitucional dos bens jurídicos a proteger e a obrigação de criminalização desses referidos bens. A afirmação de bens jurídicos constitucionais não pressupõe obrigatoriamente que a tutela dos mesmos tenha natureza penal – como a autora acaba por concluir ao fazer uma separação entre o juízo de merecimento da pena e da necessidade da pena –, sendo aqui de conciliar esta consagração com o princípio constitucional da proporcionalidade e os princípios penais clássicos de *ultima ratio*, intervenção mínima e de subsidiariedade (característicos da dignidade penal). Nesta linha, concordante com a nossa posição, encontramos Figueiredo Dias, que também não considera que se possa influir do núcleo constitucional de bens jurídicos a proteger aferir uma necessidade absoluta (sem mais) da criminalização desses bens sob pena de desrespeito do princípio da necessidade da pena e dos outros princípios suprarreferidos. Embora, como o autor bem assinala, existindo bens que pela sua relevância na ordem jurídica – v.g. a vida ou os outros direitos absolutos – tem uma censura agravada, não podendo as suas violações deixar de ser tuteladas pelo direito punitivo. Ou, no caso do apontamento pelo legislador constitucional da necessidade de intervenção penal, tem o legislador ordinário de seguir estas prescrições criminalizando o dito comportamento (Figueiredo Dias, 2011: p. 129-130), até porque entendemos que, nesses casos particulares, o legislador constitucional já fez o necessário juízo de proporcionalidade e critério de necessidade penal.

²⁰⁵ Tal paradigma constitucional, para além de servir como padronização da intervenção punitiva definindo o que merece a tutela penal e pautando o seu equilíbrio, constitui ainda a base de sustentação das

valores essenciais e vitais para a realização livre do Homem enquanto membro de uma determinada comunidade. O valor axiológico material representado pelo bem jurídico vai assim preceder ao movimento legislativo da positivação por parte do legislador ordinário, constituindo um substrato que constituirá um padrão crítico do direito constituído e a constituir. É este o alcance a reter para a intervenção do direito penal num Estado de Direito Democrático assente no *rule of law*, conforme o respeito pelo basilar e mais que elementar princípio da dignidade humana, e, subsequentemente, do valor universal dos direitos fundamentais que permitem uma livre determinação e realização da sua personalidade como pessoa, tanto a título individual como social. Neste pressuposto, aproximamo-nos da tese contratualista, em virtude de o cidadão só ir conferir uma parte mínima dos seus direitos – de forma a não haver uma destruição da sua liberdade individual –, renunciando apenas uma parcela da sua liberdade ao Estado para permitir uma convivência em comunidade, só podendo o ente estatal interferir legitimamente nos direitos dos sujeitos na medida do estritamente necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses com dignidade constitucional. (Hassemer, 1992: p. 237; Figueiredo Dias, 2011: p. 123)

Assim, qualquer limitação feita por lei (entendida em sentido amplo) no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias só é legítima se conforme o regime material dos preceitos constitucionais e das medidas restritivas referentes aos direitos, liberdades e garantias – consagrado no artigo 18.º da CRP – vinculando a atuação dos poderes públicos a um conjunto de pressupostos constitucionais. Só se admitindo a possibilidade de adoção de leis restritivas desde que vinculadas a apertados requisitos cumulativos de natureza material: a exigência da previsão restritiva expressa constitucional do direito ou interesse a tutelar, ou que tal restrição se mostre como legítima face à conformação com outros interesses constitucionais; visar salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, dessa forma se afastando restrições despóticas; deve ser apropriada, necessária e proporcional (onde se inclui a proibição do excesso); e que não se esvazie o núcleo essencial do preceito constitucional. A estes requisitos materiais acrescem ainda os critérios de natureza formal: lei restritiva

garantias fundamentais e dos princípios basilares do direito penal humanitário de um Estado de Direito: princípio da legalidade; princípio da taxatividade; princípio da proporcionalidade; princípio da subsidiariedade; princípio da intervenção mínima; princípio da culpa; princípio da lesividade; princípio *ne bis indem*; princípio da pena como *ultima ratio* do direito punitivo.

deve ser uma lei geral e abstrata; a não retroatividade da lei; e, por fim, a reserva de lei restritiva por parte da AR e ou Governo. (Gomes Canotilho & Moreira, 2007: p. 388ss; Miranda & Medeiros, 2010: p. 317ss)

Em face do vulto representado pelo princípio da proporcionalidade em sentido amplo para apreciação da constitucionalidade, uma das interrogações é a conformidade entre a natureza jurídica e a solução encontrada. Mostra-se como imprescindível uma comparação racional entre a previsão jurídica e o desfecho jurídico realizado, que será apreciado através do apuramento da proporcionalidade através de três premissas fundamentais: princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade *strito sensu*. Na adequação, a intervenção jurídica dos poderes públicos deve ser ajustada e apropriada tendo em conta o resultado concreto que se pretende atingir com o instrumento legislativo. Pois o âmbito de restrição dos direitos fundamentais não admite qualquer causa de justificação como fundamentadora de uma restrição. (Miranda & Medeiros, 2010: p. 374) A medida legislativa restritiva é absolutamente necessária quando não se podia alcançar aquelas finalidades através de outros meios que apresentassem um potencial menos lesivo para os direitos fundamentais dos visados. (Gomes Canotilho & Moreira, 2007: p. 392-393) Ou seja, impõe-se fazer um juízo jurídico sobre a indispensabilidade daquela intervenção dentro do leque das soluções possíveis menos gravosas com possibilidade de atingir aquele resultado. Para concluir a nossa análise, temos de apreciar a proporcionalidade em sentido estrito afastando restrições excessivas face ao objectivo pretendido através de um equilíbrio entre as finalidade que se pretendem atingir, evitando a aplicação de medidas excessivas ou desproporcionadas, resultando numa “*justa medida*”. (Gomes Canotilho & Moreira, 2007: p. 393)

É assim o número 2 do artigo 18.º da CRP, um pilar essencial a condicionar a ingerência do direito penal nos direitos fundamentais dos cidadãos. Estabelecendo uma conceção tripartida com reflexos no direito penal: primeiramente, estabelecendo que só um direito ou valor com uma elevada relevância e conteúdo valorativo de cunho constitucional poderá justificar uma restrição do direito penal; em segundo lugar, a exigência da tutela penal para proteção desse direito, o que pressupõe que inexistam ou não seja suficiente qualquer outro tipo de intervenção menos lesivo que permita uma proteção eficaz do bem jurídico com dignidade penal; e, por último, que essa tutela seja a adequada para proteger eficazmente o bem jurídico (cfr. neste sentido o Ac. TC n.º 494/03). No

caso de se extravasar este âmbito, a consequência seria a inconstitucionalidade material da norma penal por violação do princípio constitucional da proporcionalidade.

Para a afirmação de uma tutela penal é necessário ainda atender ao próprio artigo primeiro da Constituição. Porque os direitos fundamentais estão intrinsecamente ligados com o princípio da dignidade da pessoa humana – definido como o valor supremo do nosso Estado do Direito – também o artigo 1º, primeira parte, da CRP vai ser um marco a fundamentar e definir os bens jurídico-penais, os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana e os deveres essenciais à funcionalidade e justiça do sistema social. Direitos estes que só fazem sentido baseados numa ideia de sujeito assente em valores éticos da liberdade e subsequentemente do desenvolvimento pessoal, quer na sua dimensão individual, quer na sua dimensão social de elemento da comunidade (remetendo aqui para o que já deixamos explanado nos pontos anteriores)²⁰⁶. Vão ser os axiomas da dignidade do ser humano enquanto pessoa eminentemente livre, em conjugação com o princípio da proporcionalidade, que norTEAM a intervenção do direito penal para ser o mais criterioso e rigoroso possível nos seus ditames normativos e mantendo a sua realização no domínio liberal e humanista.

Pelo exposto, e de forma sintética, para considerar se uma determinada conduta deve ser remetida para a proteção do sistema jurídico-penal deve passar o lastro de um critério de dignidade penal. A definição material do crime em sede do direito ordinário deve reportar-se ao critério fundamental do bem jurídico sob pena de se estar perante um caso de inconstitucionalidade material (art. 18.º, número 2 da CRP) por violação dos princípios da necessidade da pena, da proporcionalidade e da culpa penal. (Figueiredo Dias, 2011: p. 126) Ou seja, a inexistência de um bem jurídico delimitado que seja ofendido com aqueles comportamentos permite despojar o conteúdo material útil de qualquer norma punitiva. É preciso existir uma relação entre o conjunto dos bens jurídicos e os valores constitucionais.

Mas esse constitui apenas um primeiro nível de valoração da legitimação penal, um parâmetro positivo, permitindo apenas afirmar a existência de um valor ou interesse fundamental constituindo um bem jurídico. É, igualmente, necessário que o comportamento positivado constitua um elevado grau de ofensividade (lesão ou perigo concreto e abstrato) para aqueles valores e interesses fundamentais, que corresponde a um segundo parâmetro negativo. (D'Avila, 2010: p. 200-201, 204) Esta exigência é

²⁰⁶ Posição maioritariamente aceite pela doutrina e jurisprudência. (Dias, 2003: p. 460)

necessária pelo espaço de atuação em plena liberdade conferido constitucionalmente ao cidadão para orientar as suas condutas. Isto porque as sanções do direito punitivo possuem uma natureza extremamente introsiva para os direitos e liberdades dos visados, o que pressupõe que este ramo jurídico só possa atuar frente às mais graves agressões do sistema. É o que se conclui do artigo 18.º, número 2 da CRP, nos termos do princípio da proporcionalidade em sentido amplo – nas suas vestes de necessidade, adequação e proporcionalidade *strito sensu* –, ao exigir-se uma medida equilibrada entre a restrição e o conteúdo do direito restringido, desse modo afastando restrições excessivas face ao objectivo pretendido. Vigora um critério restrito de necessidade para a salvaguarda dos interesses socialmente relevantes. (Figueiredo Dias, 1983: p. 16-17, 34, 2011: p. 128) Em suma, só podendo se mostrar como constitucionalmente legítima uma intervenção do direito punitivo desde que inexista um meio menos lesivo de tutela (efetiva) de um bem jurídico para os direitos e liberdades dos cidadãos que se mostre idóneo para conter a ofensividade ao bem jurídico e proteger o referido bem. Uma imposição que recai sobre o legislador em face da natureza subsidiária do direito penal. (Roxin, 1997: p. 65-66) Só no caso daquela conduta originar a violação de interesses indispensáveis para a livre realização da personalidade de cada pessoa na comunidade é que se mostra como legítima tal criminalização. Porque não podemos descurar que nem todos os bens jurídicos com relevância axiológica-constitucional legitimam a intervenção do direito penal, por inexistência de um desvalor jurídico a valores axiológicamente-funcionais da sociedade – ou por não passar o crivo da proporcionalidade. Como se prescreve no ponto 18 da Introdução do Código Penal, “*nem todos os interesses colectivos são penalmente tutelados, nem todas as condutas socialmente danosas são criminalmente sancionadas. É por isso que fundamentalmente se fala do carácter necessariamente fragmentário do direito penal*”. É necessário convocar aqui um outro critério. Um critério de subsidiariedade – conjugado com o princípio da intervenção mínima – de proteção dos bens jurídicos que permita aferir da necessidade da tutela penal. Não negamos que existem outros bens jurídicos que são tutelados pela ordem jurídica, como é o caso dos bens jurídico-administrativos que estabelecem e fundamentam uma proibição, mas esta deverá ser dirigida ao ramo do direito contraordenacional. Contudo, inexistente uma intrínseca relação entre estes bens jurídicos e o conteúdo valorativo-axiológico constitucional assente na dignidade da pessoa humana e antecedente à criminalização, e que se mostra como inerente aos bens jurídico-penais. Existindo aqui uma diferenciação material entre os bens jurídico-penais e outros bens jurídicos que também mereçam a

tutela da ordem jurídica. (Figueiredo Dias, 2011: p. 126) Em que os primeiros pressupõem um conteúdo teleológico-axiológico mais relevante correspondendo aos interesses fundamentais ao livre desenvolvimento ético da pessoa ou do funcionamento da sociedade. Existindo uma diferença qualitativa entre os interesses a proteger. Face a estas considerações fica precluída uma ingerência do direito penal na proteção de violações que não contenham essa gravidade ético-social que valide a sua qualificação como crime, não se podendo justificar uma intervenção do direito punitivo²⁰⁷. Com efeito, a intervenção apenas se mostra como legítima quando absolutamente necessária para acautelar aquele bem jurídico – de acordo com os princípios da exclusiva proteção dos bens jurídicos, *ultima ratio*, necessidade e intervenção mínima. Por conseguinte, deve proceder-se a uma análise se existe outro ramo no ordenamento jurídico de natureza extrapenal que resulte como eficaz para proteger o valor axiológico tutelado pelo bem jurídico, e sobre se ao adotar-se uma tutela penal não se estaria a causar um maior dano penal do que optando por uma sanção menos grave. É de acordo com estes elementos que se afirma a tutela subsidiária e de *ultima ratio* do Direito Penal em concordância com os supra referidos princípios constitucionais. Não se mostrando como comprovados estes requisitos, que se prendem com a absoluta necessidade penal de incriminação, a prevenção ou proteção daquele bem jurídico deverá ser suficientemente acautelada através de meios de tutela não penais, como sejam o caso da aplicação de sanções administrativas.

Fica-se a perceber que o critério legitimador material do bem jurídico constitucional constitui uma referência fundamental da dignidade penal, representando um critério negativo do movimento de criminalização²⁰⁸, ao definir os limites à atuação do direito penal, significando que o legislador só se encontra legitimado para estatuir

²⁰⁷ São assim de afastar as teorias que afirmam que as normas penais despertam a consciência coletiva da comunidade para a importância do bem jurídico em questão, produzindo significativos efeitos de integração social, que são instrumentais na medida que se repercutem sobre o comportamento dos cidadãos. (Soto Navarro, 2003: p. 189) Pois isso significaria inverter a lógica da política e dogmática criminal.

²⁰⁸ Hassemer refletindo sobre as modificações que estão a ser produzidas no direito penal, destaca em sentido crítico este critério negativo do movimento de criminalização, que é, na atualidade, em certa medida subvertido num quase critério positivo da necessidade de criminalização. Uma intervenção com a finalidade de tornar o direito penal como solucionador da resolução de conflitos sociais. (Hassemer, 1992: p. 239-240)

como tipos legais de crimes comportamentos que atentem contra esses mesmos bens jurídicos constitucionais com elevada relevância axiológica. Então podemos afirmar que o critério do bem jurídico constitui o ponto de referência prévio ao direito positivo, impondo uma limitação ao subjetivismo e arbítrio do legislador. Este critério corresponde a uma função crítica da sua tipificação, erigindo limites ao poder discricionário do Estado, mas também do próprio direito a legislar, orientado o legislador da matéria que deve ser legislada. Porém, o prestígio do bem jurídico como um pilar essencial do direito penal não se limita à sua função limitadora e de aconselhamento do *ius puniendi*. São também de salientar a função sistematizadora e interpretativa dos tipos ilícitos e do seu âmbito de proteção e a função de mediatização ao nível sancionatório para determinação da medida da pena. (Martínez, 2017: p. 135-136)

Desta análise é demonstrável que o conceito de bem jurídico aparece intrínsecamente conexionado a interesses juridicamente relevantes do indivíduo, como sejam os casos mais paradigmáticos da vida, do património ou a sua liberdade. Só que as novas realidades e efeitos produzidos pela sociedade de risco colocam em causa a própria função do critério do bem jurídico na atualidade. Existindo a interrogação se este critério ainda se mostra como adequado para conciliar as finalidades prosseguidas pelo direito penal e para dar resposta a estas novas formas de criminalidade e de comportamentos criminosos²⁰⁹, num espaço de uma nova exigência coletiva que o Estado deve proteger e assegurar, em campos como o desenvolvimento económico, a fiscalidade ou a área social. A problemática central é então se o critério do bem jurídico deve ser mantido como pressuposto legitimador material da intervenção punitiva, ou se a intervenção punitiva em campos atingidos pelas características da sociedade de risco originará o afastamento da proteção dos bens jurídicos? Com tudo o que lhe é associado. Daí se referindo que o mesmo se encontra em crise, pela afirmação que este perdeu a sua tradicional liberal função de garantia, em virtude do processo de expansão que o vai enfraquecer, bem como as novas exigências de tutela dos novos riscos da sociedade presente²¹⁰, ou se o mesmo deve deixar de se preocupar com a tutela de riscos futuros.

²⁰⁹ Referindo muitas destas críticas, embora não concordando com elas, veja-se: Figueiredo Dias, 2001: p. 589-590, 2011: p. 135-137; Fernandes, 2001: p. 88-89; Soto Navarro, 2003: p. 191, D'Ávila, 2010: p. 186.

²¹⁰ Referindo a assunção desta particularidade que lhe é imputada: Roxin, 1997: p. 61ss; Figueiredo Dias, 2001: p. 602, 2011: 134-136, 144-145; Fernandes, 2001, p. 70; Soto Navarro, 2003: p. 191; Torrão, 2003: p. 346; Arana, 2007: p. 159.

Neste domínio verificam-se várias discussões doutrinárias assentes em coordenadas diferenciadas, podendo tais posições serem englobadas em determinados sentidos para superar tais condicionalismos.

Na doutrina germânica tem vindo a surgir diversos autores a defender o abandono do critério do bem jurídico como conceito material do crime, como é o caso de Jencheck, Amelung e Welzel, ou, aludindo expressamente aos bens jurídicos, aqueles que defendem a perda da sua função limitadora da atuação do legislador, como defende Zipf. (Roxin, 1997: p. 67ss) Distintos são aqueles que partem de uma construção formalista, como é o caso de Jakobs e do seu “funcionalismo sistémico”, considerando que o direito penal não deve proteger bens jurídicos mas sim a vigência da norma na comunidade. Segundo o defendido por este autor, a prática de uma conduta criminosa irá ofender a proibição contida na norma penal, representando a pena a reafirmação da vigência da norma. Uma posição, desde logo, criticável por conduzir a um excesso de formalismo (D’Avila, 2010: p. 190; Roxin, 2013: p. 11), considerando este segundo autor que embora à pena estejam subjacentes finalidades de reafirmação da norma, esta não constitui o seu único fundamento, aliás nem sequer é a mais relevante, uma vez que constitui uma função secundária face à prevenção de futuras lesões (que, no final, são reduzidas a uma ofensividade quanto a bens jurídicos). (Roxin, 2013: p. 11)

Outros aderem aos ventos que supram dos ordenamentos anglo-saxónicos e, com certa influência do domínio de pensamento de determinados autores da Europa continental, entendendo a necessidade de recurso ao *harm principle* como critério mais ajustado aos tempos vividos para limitar a intervenção punitiva aos interesses²¹¹. Embora esta posição apresente alguns pontos interessantes, estar-se-ia a importar para o direito penal português valorações de uma ordem jurídica diferenciada muito mais identificada com o direito privado pela sua maior amplitude e mutabilidade. Não permitindo a cristalização de um critério de legitimação do direito punitivo, mas aproximado-o dogmaticamente da responsabilidade civil.

Após esta reflexão sobre as diversas emendas apresentadas ao nível doutrinário para substituição do critério do bem jurídico como paradigma da intervenção do legislador, consideramos que as mesmas não se mostram como viáveis. Em todas elas não se mostra como possível o estabelecimento de um fundamento material que permita discernir adequadamente um conteúdo material que represente um padrão crítico. Logo,

²¹¹ Salientando esta vertente: Roxin, 2013: p. 9; Bandeira, 2015: 91ss.

estar-se-ia a abandonar qualquer critério de legitimação material do direito punitivo, o que poderia significar uma redução a uma mera tipificação formal contra a consciência social ou deixando-o ao livre arbítrio do poder político dominante. Em conclusão romper este paradigma não se mostra como a resposta adequada²¹². Mas isto não significa um esgotamento de todos os rumos desta problemática. Reconhecemos que o direito penal tem (ou deve ter) pela sua natureza uma maior resistência à mudança, bem como é aquele mais acantonado a um território geograficamente delimitado – uma representação do princípio da territorialidade, também com reflexos ao nível do direito penal –, diferenciando-se de outros ramos jurídicos como o civil e comercial que são mais permeáveis à mudança (em certa medida se podendo referir estes ramos como mais “globalizáveis”). (Zúñiga Rodríguez, 2016: p. 65) Mas tal não significa que o direito penal não deverá intervir face aos novos efeitos e exigências clamados pela sociedade. Nota-se a necessidade de trilhar um caminho para o direito punitivo que reconheça o contexto social em que se insere e que passará pela afirmação de uma dogmática criminal que reconheça a importância de alguns princípios fundamentais cunhados no direito penal iluminista e humanista, como forma de limitação da intervenção punitiva e de reconhecimento dos direitos humanos dos cidadãos. O que constituiria a sua ligação material a um substrato básico de um Estado de Direito democrático.

Embora se adiante que uma dogmática clássica unicamente alicerçada numa matriz individual não se mostra devidamente preparada para tutelar os novos riscos da nossa sociedade. Porém, isto não significa que o paradigma clássico seja despojado de conteúdo útil, não se podendo pretender que este reconhecimento signifique um abandono de todos os princípios fundamentais desta dogmática, a que corresponde um conjunto essencial de princípios criminais assentes na afirmação do respeito pela dignidade humana e direitos humanos e que resultou num direito penal com o critério da sua

²¹² No mesmo sentido a admitir a continuação do paradigma do “*direito penal do bem jurídico*” na sociedade de risco, entre outros: Roxin, 1997: p. 61; Costa Andrade, 1998: 390ss; Figueiredo Dias, 2001: p. 603, 2011: 148; Fernandes, 2001: p. 90; Hefendehl, 2001: p. 157; Torrão, 2003: p. 345, 2016a: p. 552; Pereira, 2003: p. 301-302; Rodrigues, 2005: p. 30; Arana, 2007: p. 164ss; D’Avila, 2010: p. 190; Bandeira, 2015: p. 93-94, 101-102, 113; Zúñiga Rodríguez, 2016: p. 65; Terra de Oliveira, 2016: p. 322, 331-332; Cabral, 2017: p. 126. Porém, sem desvalorizem a necessidade de resposta aos novos problemas.

intervenção punitiva a ser a necessidade de tutela punitiva e a proteção subsidiária de bens jurídicos com relevância penal²¹³. (Figueiredo Dias, 2011: 133-134)

Partindo deste sentido, tem sido apresentados um conjunto de correntes doutrinárias que, não rejeitam expressamente o critério do bem jurídico como paradigma a manter nos tempos atuais, mas defendem uma resposta mais conexionada para os novos desafios da sociedade de risco. Importa agora analisar estas propostas.

2.2.1 A concepção antropocêntrica do bem jurídico-penal

A primeira posição doutrinária a ser abordada é a teoria monista do critério do bem jurídico-penal que é defendida pela designada “escola de Frankfurt”²¹⁴. Esta escola pretende defender a natureza clássica liberal do direito penal, afirmando que a tutela punitiva só deve ser aplicada tendo em vista a tutela de interesses individuais valiosos. Ou seja, no seu entender só a proteção de um bem jurídico-penal antropológico poderá legitimar a tutela do direito punitivo²¹⁵. Neste sentido, defendem que a tutela dos novos riscos não deverá ser alcançada pelo direito penal, porque a mesma não pode assentar na proteção de interesses de cunho coletivo, fora do cariz liberal e antropocêntrico atribuído ao direito penal. Não negam a necessidade de proteção face aos novos riscos, contudo, afirmam que a mesma deverá ser atingida por outros ramos do direito (administrativo ou

²¹³ Sob pena de, ao admitir o afastamento deste paradigma, abrir o caminho para a afirmação de um direito punitivo que repousaria em pressupostos materiais ideológicos ou de conteúdo moralista do poder político dominante. (Simões, 2005: p. 307)

²¹⁴ Esta designada escola penalista é constituída por um conjunto de autores que assumem um sentido crítico ao paradigma seguindo de expansão do direito penal moderno, e que vêm sendo assim denominados pela ciência penalista. Dois dos principais representantes desta escola são Hassemer e Herzog.

²¹⁵ Num sentido precisamente contrário a esta concepção encontramos a designada teoria monista social do bem jurídico, onde se procura deslocar o pêndulo do titular dos interesses merecedores de tutela penal do indivíduo para a sociedade. Por conseguinte, com base nesta teorização, defende-se que os interesses com dignidade de tutela penal serão aqueles que permitam a satisfação das necessidades sociais. Esta posição acabou por ser desvalorizada pela doutrina dominante, decorrente de no final de contas se remeter para o Estado, enquanto representante da sociedade, a função de dispor sobre a concretização de um bem jurídico, ou seja, sobre o objeto de tutela penal, com todos os problemas que daí podem advir. E que justificou o pouco acolhimento recebido ao nível doutrinário. Na nossa opinião, desta teoria só devemos absorver o postulado que o direito penal deve proteger interesses com elevada importância social, sem que aliene a relevância que deve ser mantida em relação os bens jurídicos com conexão dos indivíduos. (Soto Navarro, 2003: p. 239-240)

civil) ou de preferência fora da tutela jurídica. (Hassemer, 1992: p. 248; Figueiredo Dias, 2001: p. 594; Fernandes, 2001: p. 74)

A sua posição institui-se como uma crítica daquilo que designam como o “*direito penal da sociedade de risco*”²¹⁶. Porém, a linha seguida não pretende afirmar que todo o direito penal se constitui como um direito penal da sociedade de risco, mas sim criticar um elenco de um sentido de política criminal expansionista que vem sendo seguido na dogmática penal. Segundo esta escola, ao lado do direito penal de tutela de delitos que violem valores individuais, existe um direito penal de risco que se desloca para um campo antecedente correspondente a uma manifestação censurável pela sociedade, referindo estes autores que este sentido conduz a uma expansão desmedida, afastando-se da matriz do direito penal clássico. Neste particular, podemos elencar algumas destas críticas (embora anteriormente já tivéssemos abordado alguns princípios): recurso a leis penais simbólicas, afirmando que a ciência penal assimila como eixo fundamental a prevenção e redução dos grandes perigos, o que resulta num afastamento quanto à lógica de resposta a lesões de bens jurídicos individuais para uma aplicação de um sentido preventivo no seio da sociedade e de tranquilização da opinião pública²¹⁷; uma diluição da fronteira jurídica entre prevenção e repressão e entre direito penal e administrativo, conduzindo a uma inflexão administrativa do direito penal; a flexibilização dos pressupostos do modelo de imputação criminal; e o frequente recurso a crimes de perigo abstrato e a subsunção de novos bens jurídicos com um carácter impreciso, essencialmente decorrentes da tipificação de interesses de natureza coletiva. À luz da conceção desta escola, a tipificação de crimes de perigo abstrato assume-se como central na análise do direito penal moderno. Acentuando que a política criminal é instrumentalizada como forma de modificação dos comportamentos sociais, criminalizando-se condutas que até então não possuíam um potencial lesivo para interesses axiologicamente relevantes²¹⁸. No fundo, passando a assumir a já referida vertente securitária, onde é projetada através da intervenção punitiva

²¹⁶ Que entendem constituir o “direito penal moderno”. (Arana, 2007: p. 157)

²¹⁷ Salientando este ponto, cfr. Fernandes (2001: p. 72).

²¹⁸ É referida a existência de uma mudança no seio social, porque a individualização de bens jurídicos a tutelar pelo direito penal já não parte das exigências de proteção de valores essenciais para a convivência em sociedade, mas sim das exigências públicas do Estado. Por contradição, concordamos aqui com Silva Sánchez, aludido por Soto Navarro, de que a expansão da tutela penal não pode ser remetida para o campo estatal, porque não podemos desvalorizar que o atual modelo social provém das características da própria sociedade. (Soto Navarro, 2003: p. 190)

para a sociedade um sentimento de segurança e pacificação, indo assumir-se uma funcionalização massificada do direito punitivo e a flexibilização dos critérios de imputação. Quer dizer verifica-se o surgimento de uma conversão da concretização do direito punitivo de um Estado securitário, em detrimento da conceção defendida do Estado liberal. (Fernandes, 2001: p. 72; Feijoo Sánchez, 2012b: p. 35ss)

Portanto, face à natureza liberal, de intervenção mínima, e de vinculação à proteção de bens jurídicos-penais de natureza pessoal, estes juristas críticos defendem que a tutela dos interesses coletivos exigível pela configuração da sociedade de risco deverá ser desentranhada do âmbito de proteção do direito penal. (Herzog, 1999: p. 57; Fernandes, 2001: p. 72; Arana, 2007: p. 157; Figueiredo Dias, 2011: p. 137-138) Até porque uma posição contrária acarretaria a criação de bens jurídicos com conteúdo impreciso e demasiado amplo, que permitiria representar um espectro extensivo sobre o seu âmbito de proteção²¹⁹, no fundo alienando a sua base como um verdadeiro critério legislador material da intervenção punitiva. (Simões, 2005: p. 302) Por outro lado, ao admitir-se uma antecipação de tutela do direito penal cair-se-ia num caminho de uma crescente expansão deste ramo do direito, extravasando a sua atuação para um domínio do direito civil e administrativo²²⁰, de forma contrária com os objetivos e finalidades do direito penal. (Hassemer, 1992: p. 243; Figueiredo Dias, 2011: p. 138) É este o padrão assumido por Hassemer que, assentado na origem do conceito de bem jurídico com natureza antropocêntrica, reduz os interesses dignos de proteção penal aos interesses

²¹⁹ Segundo Herzog, o direito penal moderno está envolvido num “*trilema regulador*” – como enunciado por Günter Teubner – onde “(...) *el legislador percibe cada vez más necesidades de regulación jurídica respecto de ámbitos sociales de problemas cada vez más distantes, y en esta tarea se pierde y pierde la referencia respecto de las posibilidades sociales de regulación. Aunque con la intervención jurídico penal no se cambie realmente nada, se sucumbe a la imaginaria percepción de que el problema está en la dosis: más leyes, leyes más severas y una ejecución implacable enderezarían las cosas. Los ciudadanos se creen esto durante algún tiempo, se alejan de las responsabilidades sociales y, de esta forma, aparecen ámbitos que escapan al consenso social sobre las normas, renunciando a la autorregulación*”. (Herzog, 1999: p. 56)

²²⁰ Nomeadamente, destacando que criminalização destes delitos de perigo abstrato, junto com a proteção de bens jurídicos com teor coletivo, resultaria um campo difuso quanto às matérias ilícitas e ao admitir a tutela de novos riscos coletivos resultará no atentado contra o princípio da legalidade e taxatividade. (Hassemer, 1992: p. 242-243; Fernandes, 2001: p. 72)

postulados do indivíduo através de uma lesão ou perigo concreto²²¹. Remetendo estes interesses coletivos para a tutelada de um direito de intervenção – “*Interventionsrecht*” – (Hassemer, 1998: p. 40), que se posicionaria, não no seio do domínio penal, mas entre este e o direito contraordenacional e apresentando uma menor intensidade garantística de que o direito penal, pela particularidade de aí se deverem tomar sanções punitivas menos intensas para os direitos dos indivíduos (desde logo, se excluindo a aplicação da pena privativa de liberdade). (Roxin, 1997: p. 61; Fernandes, 2001: p. 77; Soto Navarro, 2003: p. 237; Simões, 2005: p. 303-305; Bravo, 2013: p. 11) Nesse sentido, o autor pretende remeter para uma esfera jurídica diferenciada com uma capacidade própria para efetivá-la adequadamente, evitando uma instrumentalização do direito penal clássico para objetivos que entende não serem os seus.

No fundamental, o sentido defendido pela escola de Frankfurt remete para a salvaguarda do núcleo identitário do direito penal clássico. A questão que se coloca, é sobre o que consiste este modelo de político-criminal? Isto é, quais as suas características identitárias que é tão importante defender. A resposta mais usual, de acordo com os postulados críticos que fomos apresentando, corresponde a uma identificação deste direito penal clássico como decorrente do pensamento político-filosófico iluminista e liberal, com natureza garantística e a finalidade de proteção de valores fundamentais individuais. Contudo, como Bernardo Feijoo Sánchez particularmente denota, este direito penal clássico para o qual os autores pretendem remeter não se prende com um domínio histórico concreto, mas sim uma realização idealista – fundada nos pressupostos da ilustração –, que se deve constituir como um modelo teórico que permita aferir a validade ou invalidade do caminho que a ciência jurídica se encontra a percorrer²²². É partindo desta configuração que os membros desta escola rejeitam a enunciação do “direito penal do risco”, protagonizando uma regressão para esse núcleo que deverá ser

²²¹ Só mais recentemente veio este autor admitir uma posição (na nossa opinião, muito aproximada da conceção apresentada do direito penal a duas velocidades defendido por Silva Sánchez), como forma de melhor adequação a um Estado de Direito Democrático, de proteção de interesses juridicamente relevantes de matriz coletiva, mas desde que funcionais, pelo menos de forma mediata, com interesses individuais. Noutras palavras, o autor funcionaliza os interesses supraindividuais a interesses repercutidos na esfera do indivíduo. (Hassemer, 1992: p. 248, 1998: p. 40-41; Simões, 2005:p. 303; Figueiredo Dias, 2011: p. 142; Brandão, 2015: p. 12)

²²² Todavia, a evolução da consagração do critério do bem jurídico no cerne do direito penal liberal não foi efetuada de forma linear, como denota Costa Andrade. (1998: p. 391ss)

estranque às influências modernas. (Feijoo Sánchez, 2012b: p. 46-47) Esta referência a um direito penal ideal, é também alvo de várias críticas porque, como censura Silva Sanchez, este direito penal clássico tão profundamente defendido por diversos autores da escola de Frankfurt nunca verdadeiramente se verificou enquanto tal²²³ (Silva Sánchez, 2011: p. 165), indo esses mesmos autores aclamar por um regresso a um direito penal de conteúdo mínimo que, a nunca ter ocorrido, se encontra envaziado do sentido que lhe é dado. Por contraposição, Bernardo Feijoo Sánchez considera que a crítica avançada por Silva Sánchez não é acertada, porque os autores desta escola pretendem remeter para uma ideia de um direito penal (fundamentada na época da ilustração) e não a uma realização histórica do mesmo²²⁴. (Feijoo Sánchez, 2012b: p. 40, nota 21)

Como se disse a escola de Frankfurt vai no sentido de defender a salvaguarda da natureza liberal e antropocêntrica do direito penal clássico, expurgando do seu âmbito de tutela os novos riscos de espécie coletiva que deverão ser tutelados por outros ramos de direito, sob pena de se conceber o direito penal, já não como meio de tutela subsidiária de proteção de bens jurídicos, mas sim como *prima ratio* do sistema jurídico. (Figueiredo Dias, 2001: p. 594-595, 2011: p. 138) O dilema de seguir este entendimento é que se estaria a obstar a tutela penal a ofensas mais gravosas a determinados interesses coletivos do que cremos ser o único sistema jurídico com capacidade de tutelar estes interesses fundamentais que podem ser lesados, uma vez que na maioria dos bens coletivos que são ameaçados só a coercividade própria do direito penal se mostra como eficaz para a sua tutela. Então estar-se-ia perante um paradoxo jurídico de estar a furtar ao direito punitivo a própria tutela das ofensas mais inadmissíveis aos interesses da sociedade. Temos para nós que o direito penal almejado pela escola de Frankfurt e que a mesma pretende remeter²²⁵, não se encontra capacitado para responder de forma idónea aos novos riscos. Este é um direito liberal que surgiu da revolução francesa e do triunfo da Ilustração, e, portanto, apresenta uma ligação intrínseca com os pressupostos da sociedade industrial

²²³ No mesmo sentido, cfr. Souto.Navarro, 2003: p. 75; Bandeira, 2015. p. 88.

²²⁴ Neste particular, refere Bernardo Feijoo Sánchez, citando Wolfgang Naucke, que este direito penal clássico defendido pela escola de Frankfurt nem sequer se identifica com o sistema penal defendido por um autor paradigmático iluminista como Beccaria. (Sánchez, 2012: p. 40, nota 21)

²²⁵ Embora Hassemer e Francisco Conde acabam por reconhecer que “(...) o direito penal moderno não faz outra coisa senão levar às últimas consequências os critérios do direito penal clássico da Ilustração”. (Sánchez, 2012: p. 47, nota 39)

do séc. XIX, intrinsecamente associado à proteção de interesses individuais²²⁶, mas, de acordo com o anteriormente referido, já não se podendo aceitar em todos os seus fundamentos para a sociedade hodierna em virtude do desenvolvimento e expansão das próprias instituições societárias, que já não se compagina com a atuação essencialmente minimalista do Estado liberal²²⁷. A opção por um direito penal baseado naquele quadro idealista redundaria num quadro “*disfuncional*”, de um alhear do Estado para responder eficazmente aos novos riscos – uma exigência que lhe é remetida desde que este assumiu o monopólio da justiça – sob pena de reverter o próprio elo assumido no pacto social (o contrato social) desde o direito penal iluminista (Feijoo Sánchez, 2012b: p. 44ss), deslocado-se das exigências sociológicas de uma determinada comunidade²²⁸, e falhando naquela que, na nossa opinião, é a primeira função do Estado, a proteção dos seus cidadãos – até porque, conforme *infra* referido, frente à maioria destes novos riscos só o Estado com o seu *ius imperii* poderá confrontar e solver os desafios apresentados por estes perigos (em particular destaque a resposta frente aos riscos de dimensão macroeconómica, isto é dos mercados financeiros). Podemos referir que o próprio sentido defendido pela escola de Frankfurt acaba teleologicamente por ser contrário a alguns dos próprios princípios tradicionais que aqueles autores pretendem remeter como sustentáculo do direito penal clássico, em particular os princípios da dignidade penal, lesividade e da *ultima ratio*.

É certo que temos de reconhecer que algumas das críticas exemplificadas por estes autores apresentam validade. Como é o caso do reconhecimento de fenómenos da expansão do direito penal que extravasam os princípios e funções de proteção subsidiária e intervenção mínima que devem ser mantidos (como já demos conta no ponto 2.1.2),

²²⁶ Como denota Gonçalo Bandeira, a própria ideia de recuperação do sentido do direito penal clássico que é afirmado como emanção da época iluminista desvaloriza que os próprios crimes de perigo abstrato e os interesses coletivos surgiram na mesma época. (Bandeira, 2015: p. 113) Segundo Arana, não se pode partir *ab initio* do sentido afirmado do direito penal como legítimo e o da atualidade como ilegítimo pela escola de Frankfurt. (Arana, 2007: p. 159)

²²⁷ Salientando este ponto, veja-se Feijoo Sánchez (2012b: p. 48).

²²⁸ Por conseguinte, não podendo alienar a relação existente entre os próprios interesses individuais e coletivos, como designa Soto Navarro, esta é uma “*dependência recíproca*”. A relação conexa é decorrente da ligação entre indivíduo e sociedade: primeiro porque a fundamentação da intervenção do direito punitivo parte da proteção de interesses fundamentais da convivência social; depois, porque o sujeito participa no enquadramento societário, tendo uma intervenção no desenvolvimento e sentido dos valores sociais que contribuem para o seu próprio desenvolvimento. (Soto Navarro, 2003: p. 233)

mas esta acaba por constituir e institui-se como uma crítica demasiado ampla ao direito penal moderno²²⁹, como tem acervado a linha de pensamento crítica a esta escola, quando pretende uma rejeição absoluta da esmagadora maioria da política criminal. Registamos que a dimensão crítica terá de partir de uma análise concreta e casuística, expurgando do direito punitivo os tipos legais que não mereçam assumir aquela tutela, e não de modo a afastar totalmente a possibilidade de resposta dos novos riscos ao direito penal e remetendo de forma abstrata à proteção destes interesses supraindividuais para outros ramos jurídicos. Não se podendo pensar que um ramo do direito de intervenção situado entre o direito penal e contraordenacional, outros ramos não penais, ou até tutelas não jurídicas, se mostram como respostas adequadas face à gravidade em causa, pois as mesmas não contêm capacidade coerciva necessária para proceder a uma proteção eficaz destes interesses valorativos, não podendo o direito penal alienar-se da tutela dos novos riscos²³⁰.

²²⁹ No mesmo sentido crítico desta posição, no caso por reduzir os interesses da proteção só à natureza individual, veja-se Bandeira (2015: p. 111). Considera Soto Navarro, que nenhum dos autores que se enquadra na posição desta escola acabam por aludir às consequências que a afirmação desta posição monista teria sobre os outros bens jurídicos com natureza supraindividual tradicionalmente aceites doutrinariamente como legítimos da tutela penal, identificando como exemplos os delitos contra a administração de justiça, ou, pelo menos, não produzem uma posição consistente. (Soto Navarro, 2003: 238)

²³⁰ No mesmo sentido: Fernandes, 2001: p. 74ss; Figueiredo Dias, 2001: p. 595, 2011: p. 147. No entanto, este último autor abre a possibilidade para os casos menos graves poderem ser reconduzidos ao direito administrativo sancionário com poderes reforçados – o “*direito de intervenção*” defendido por Hassamer –, estando assim a intervenção penal assente numa “*acessoriedade administrativa*”, só indo assim os casos mais graves ser reconduzidas à tutela penal. (Figueiredo Dias, 2001: p. 595-596) Contudo, acaba por criticar a posição dos que defendem que as ofensas mais gravosas deverão ser reconduzidas para este âmbito – tal como a escola de Frankfurt – pois “*uma tal solução significaria pôr o princípio jurídico-penal de subsidiariedade e de ultima ratio de pernas para o ar, ao subtrair à tutela e às sanções penais precisamente as condutas tão gravosas que põem do mesmo passo em causa a vida planetária, a dignidade das pessoas e a solidariedade com as outras pessoas, com as que existem e com as que hão-de nascer*”. (Figueiredo Dias, 2011: p. 147) No mesmo sentido crítico quanto ao “*direito de intervenção*” e o princípio da subsidiariedade, veja-se: Fernandes (2001: p. 78).

2.2.2 O advento do “direito penal do risco”

No espectro doutrinário contrário encontramos quem defenda a exigibilidade do arsenal punitivo como o único meio capaz de prover a tutela dos novos riscos – dando surgimento ao “*direito penal do risco*” (Figueiredo Dias, 2011: p. 138), cujas características já fomos referindo. Tendo em conta a realidade já abordada, este domínio jurídico vem assumindo um maior acolhimento por parte do legislador, como é demonstrável pelas alterações na legislação penal, fruto da pressão da *vox populi* e do seu sentimento de desproteção perante os novos riscos. Esta teorização do “*direito penal do risco*” parte de uma lógica muito influenciada pelos ordenamentos jurídicos anglo-saxónicos de uma “*war against crime*”, assente na diminuição das garantias fundamentais e direitos de defesa do arguido face a uma (defendida) maximização da eficácia do sistema, levando o direito punitivo a aproximar-se dos princípios do direito administrativo. Dessa forma, permitindo a agilização das alterações do direito penal substantivo e processual para conseguir acompanhar as rápidas alterações no contexto societário, resultando na tão desejada celeridade para a produção legislativa (Figueiredo Dias, 2001: p. 596-597, 2011: p. 138-139), mas também porque se defende que a necessária nova produção legislativa deve possuir um maior detalhe técnico que não se mostra como compatível com a modalidade da função parlamentar.

O que sobressai nesta posição – como Figueiredo Dias justamente critica²³¹ –, é que os aspetos da razão calculadora no domínio jurídico não se mostram como ultrapassados ou superados, mas, pelo contrário, são ainda agonizados pela afirmação de uma maior extensão da tutela penal dirigida a aumentar a eficiência do sistema jurídico-penal, mas inversamente significando, na esmagadora maioria dos casos, o afastamento de uma legítima intervenção punitiva representada pela proteção subsidiária dos bens jurídicos e de alguns dos seus princípios mais paradigmáticos, para criar um direito mais flexível e adaptável aos novos tempos. (Figueiredo Dias, 2001: p. 598) Esta situação é explicável nos casos em que se pretende remeter a finalidade da pena com o único objetivo de atuar como meio de dissuadir a prática de determinadas condutas – desvinculada da proteção de um determinado parâmetro ético-social – numa lógica de eficácia penal em que se representa como um fim em si mesmo – uma *Zweckrationalität* conforme o pensamento de Weber. Destacando Figueiredo Dias, que no sistema jurídico-penal norte-americano, e com a finalidade da maior eficiência do sistema, já se fala numa

²³¹ A que se associam: Fernandes (2001: p. 113) e Bandeira (2015: p.111).

cada vez mais destacada “*actuarial justice*”, em que a sua base de intervenção já não seria a individualização da responsabilidade penal, mas sim “(...) *o de regular certos grupos (de pessoas “perigosas”) como parte de uma estratégia de gestão dos riscos*”. (Figueiredo Dias, 2011: p. 139) Propõem-se assim a ideia de uma ordem jurídica sustentada numa lógica de máxima eficiência de gestão dos riscos. Nas palavras de Pedro Caeiro, “(...) *a projecção dos efeitos hipotéticos da decisão e a sua avaliação, de acordo com as técnicas actuariais de gestão dos riscos, seja fundamental para o decisor poder escolher a opção presumivelmente mais eficiente, sempre através do binómio custo mínimo/benefício máximo*”. Afastando-se assim da proteção subsidiária dos bens jurídicos como critério legitimador da intervenção punitiva (Caeiro, 2002: p. 58ss), e abrindo-se a lógica da inocuização seletiva, que já referimos anteriormente, tendo por base um pensamento racionalista calculador. Ora, de acordo com os axiomas que referimos como necessário para superar os pressupostos da razão técnico-instrumental calculadora, não se deverá partir de uma posição de fratura com os alicerces surgidos da modernidade – como os direitos humanos, o secularismo, ou a liberdade individual –, ou minimizar a sua relevância, mas sim, pela afirmação de relevantes valores axiológicos sustentados na dignidade da pessoa humana, de acordo com a sua qualidade de sujeito ético livre e que se deverão constituir como o núcleo fundamental da nossa sociedade, com manifestações no direito penal.

Em suma, não compartilhamos dos fundamentos desta posição de rompimento com o paradigma penal liberal que levaria a uma diluição do critério do bem jurídico, em virtude de se alcançar um alicerce de eficiência a tudo o custo – que, diga-se, frequentemente, nem se conseguindo atingir tal desígnio mesmo com uma subversão de tais pressupostos.

2.2.3 A substituição do “direito penal do bem jurídico” pelo “direito penal do comportamento”

A apresentação desta teoria coube inicialmente a Stratenwerth com um objetivo de consistir numa posição intermédia entre as posições anteriores. Por um lado, anulando um descaimento para um direito penal iminentemente funcionalista dirigido à uma tutela vergada exclusivamente para os novos riscos, e mantendo a conformação do direito penal com as garantias que devem ser inerentes a um direito penal de um Estado de Direito Democrático. Por outro, entende que o direito penal não pode descurar os novos desafios

da sociedade contemporânea decorrência da salvaguarda da tutela das gerações futuras. (Roxin, 1997: p. 62)

Para conseguir atingir este equilíbrio propõe um afastamento do critério do bem jurídico, através de uma visão que vai mais além deste critério para se conseguir atingir a tutela dos novos riscos, porque entende que não é possível responder àqueles novos riscos sem ultrapassar a sua concretização antropocêntrica. (Fernandes, 2001: p. 81; Simões, 2005: p. 304) Assim, procura atingir as soluções materiais legítimas através de um critério legitimador centrado na regulação de comportamentos. Ou seja, considera que a censura do direito punitivo se vai deslocar das consequências do crime (do resultado criminoso) para os comportamentos que despoletam essas ameaças, passando a regular “*relações de vida como tais*” – abrindo o caminho ao paradigma do “*direito penal do comportamento*”²³². (Figueiredo Dias, 2011: p. 140-141) Segundo esta teoria, o desvalor ético-social da conduta não é representado pela ofensividade dirigida a determinados bens jurídicos, mas sim no incumprimento de determinadas normas de conduta entendidas de forma consensual como fundamentais pela comunidade. (Roxin, 2013: p. 27) A legitimação para a criminalização de um determinado comportamento deve então ser encontrada na vontade social, correspondendo à função do legislador concretizá-la e punir tal conduta. (D’Avila, 2010: p. 189)

Roxin avança com um conjunto de críticas. Desde logo, porque numa sociedade cada vez mais multicultural é muito difícil estabelecer, em concreto, o que representa o consenso sobre o substrato material sobre o comportamento a criminalizar. Segundo argumento, um entendimento sufragado pela maioria da população sobre um determinado comportamento não querido não legitima *per si* que esse comportamento deva ser tutelado pelo direito penal, sob pena de subverter totalmente o seu critério legitimador (de acordo com os princípios que deixamos anteriormente firmados). Por último, deve-se ter em conta que em sociedades democráticas deve imperar as condições de livre arbítrio e

²³² Outros autores aproximam-se desta ideia de alargamento do escopo material, como é o caso de Volk, que pretende remeter a legitimidade do direito penal para a proteção de “sentimentos” éticos da comunidade, em que a finalidade das penas seria o reforço da confiança comunitária. Roxin avança com duas críticas, que secundamos: primeiro, porque a prevenção geral positiva não se prende por finalidades de reafirmação da confiança em relação a qualquer sentimento ou expectativa comunitária, não podendo um cidadão ver a sua liberdade limitada quando inexista um conflito com a liberdade dos outros; por último, uma opção por esta teorização levaria a uma insegurança quanto à criminalização do critério com manifesto significado nos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade. (Roxin, 2013: p. 28-30)

diversidade de ação e pensamento, o que significa que os sujeitos devem orientar as condutas livremente, desde que tal não conflite com o desenvolvimento de outrém. Uma ausência de restrições e constrangimentos que permitam um desenvolvimento em liberdade do sujeito que o próprio Estado está vinculado a respeitar. (Roxin, 2013: p. 27-28) Temos para nós que a assunção de um entendimento, nesta linha de substituição do paradigma tradicional, permite abrir o caminho para um direito punitivo com uma finalidade meramente ideológica – similar a uma pedagogia social – de conviniência e submissão ao poder político dominante por inexistir aquele sentido crítico e limitador da intervenção do legislador. O que nesta linha, levaria às relações de vida a ser instituídas de acordo com o alinhamento político que seja dominante numa determinada sociedade.

Aliás, o próprio autor alemão ressalva que a posição por si defendida resultaria numa funcionalização do sistema jurídico, afastando-se das linhas seguidas pelo paradigma clássico do direito penal humanista. (Torrão, 2003: p. 346) Reconhecendo este problema, Figueiredo Dias, embora se aproximando da posição defendida por Stratenwerth, considera que também aqui deverá a tutela dos comportamentos estar vinculada à proteção dos bens jurídicos, indo estes resultar num pilar pré-existente que permita estabelecer os comportamentos que irão ser punidos. Ora, em termos do discurso legitimador, conceber o “*direito penal do comportamento*” de igual forma como se baseando no paradigma do direito penal do bem jurídico (Figueiredo Dias, 2011: p. 152, 154), não constitui uma conceção diferenciadora do paradigma já referido, comungando das mesmas virtudes e defeitos.

2.2.4 O direito penal a duas velocidades

Outra posição que pretende ser intermédia é a defendida por Silva Sánchez de uma conceção dualista na dogmática jurídico-penal para dar resposta aos novos desafios. O autor espanhol reconhece que o sentido de expansão do direito penal é inevitável face aos novos pressupostos societários e de novas relações supranacionais que alteraram profundamente o tecido social. Mas, por outro lado, considerando como impossível uma regressão para um direito penal mais liberal como fundamentado pelos autores de Frankfurt. Como tal, partindo da posição de Hassemer, o autor espanhol considera que muitas das novas demandas para o direito penal deverão ser acolhidas, mas já não no núcleo do penal clássico – que pretende salvaguardar. À luz deste sentido o autor defende a existência de um direito penal com um núcleo tradicional claramente definido, em que

por um lado, será composto por modelos de imputação assentes na responsabilidade individual e vocacionado para a proteção subsidiária de bens jurídicos individuais; por outro, numa zona periférica dirigida para a tutela dos novos riscos assentes na ofensa e colocação em perigo de bens jurídicos coletivos e constituído por uma maior flexibilidade dos princípios e modelo de imputação criminais, possuindo uma menor capacidade garantística do que o direito penal clássico, nesse sentido estando próximo do direito administrativo sancionatório (e da proposta de Hassemer). Assim, estar-se-ia, perante duas facetas com velocidades desiguais dentro do direito penal: onde, por um lado, temos uma parte do direito penal com um conjunto mais amplo de princípios de defesa dos arguidos, aplicado para proteção de interesses individuais concretos (mantendo a sua estrutura clássica liberal e humanista); e, de outro, um direito penal mais flexível quanto aos critérios de imputação e garantia, e que servirá para a tutela dos novos riscos de natureza coletiva. (Silva Sánchez, 2011: p. 171ss) Neste último caso, se introduzindo a matéria da criminalização das pessoas coletivas e dos interesses supraindividuais (os valores coletivos). (Fernandes, 2001: p. 80) Quanto a esta zona periférica, defende o autor espanhol que, por estarmos perante uma menor intensidade de garantias, não poderão ser aplicadas penas privativas da liberdade. Assim, os comportamentos delituosos que tenham como cominação a aplicação de uma pena privativa de liberdade devem estar dentro do seu núcleo tradicional porque a eles só é legítima a aplicação do seu paradigma mais garantístico, para que o arguido veja o seu direito de defesa protegido por um conjunto amplo de garantias para exercer de forma mais conveniente a sua defesa. (Silva Sánchez, 2011: p. 178)

Comparando este modelo com o direito de intervenção defendido por Hassemer, mostra-se que a posição de Silva Sánchez defende esta divisão dualista mas enquadra-a ainda dentro do domínio jurídico do direito penal. Ao contrário do autor alemão que remete para um modelo sancionatório fora do âmbito do direito punitivo²³³, enquadrando-o no domínio administrativo.

A nossa crítica a esta tese é pela criação de um fracionamento no domínio do direito penal, dividindo-o em duas zonas diferenciadas, o que significa um quebrar da sua unidade jurídico-material quanto ao modelo de imputação e instrumentos sancionatórios, principalmente quando estivermos perante um caso do cometimento de um crime do direito penal periférico. Ora, conforme já afirmamos oportunamente, os novos riscos da

²³³ Referindo esta particularidade, veja-se Fernandes (2001: p. 79-80).

sociedade assentes na violação de interesses coletivos possuem um potencial lesivo que, frequentemente, extravasa o da criminalidade dita clássica (a criminalidade comum). E a intervenção penal ao nível dos bens jurídicos coletivos, por maioria de razão, não poderá ser penalizada *a priori* num plano abstrato com sanções menos graves – relembre-se a impossibilidade de aplicação de penas privativas da liberdade – do que a lesão de bens jurídicos individuais, quando em concreto o seu alcance danoso pode ser bastante superior²³⁴. E que é inaceitável de acordo com o princípio constitucional da proporcionalidade, por neste caso existir um desequilíbrio entre a lesão derivada do comportamento criminoso e a correspondente sanção criminal, bem como do princípio da igualdade quanto aos tratamentos dos delitos. O que acarretará uma inconstitucionalidade material²³⁵. Em última análise, poder-se-ia estar a aplicar penas privativas de liberdade para quem cometesse um crime que, embora se situando dentro do seu núcleo tradicional, teria originado uma lesão tida como menor gravidade de que a prática de outro crime fora deste escopo. Mais, ao retirar a possibilidade de se aplicarem penas privativas da liberdade nos casos aplicáveis ao direito penal periférico estar-se-ia a diminuir a função preventiva da pena (cfr. artigo 40.º do CP) na sua conceção de prevenção geral de

²³⁴ No mesmo sentido, Rodrigues (2005: p. 35-36) e Figueiredo Dias. Destacando este último autor que esta conceção fracionada entre direito penal nuclear e periférico iria “(...) *conduzir ao domínio de um sobre o outro – quando não ao esmagamento de um pelo outro – sob a forma, muito provavelmente, de uma invasão incontrolável do “cerne” pela “periferia”*” (Figueiredo Dias, 2001: p. 601, 2011: p. 148). Mas, em moldes diferentes, já vê como apetecível uma divisão do direito penal, entre o direito penal de justiça e o direito penal secundário, e com este segundo a tutelar os problemas decorrentes da sociedade industrial no seu âmbito económico-social, e não dos problemas da sociedade de risco. Como afirma o autor, “(...) *decerto que também a “sociedade de risco” tem que ver em boa parte com o modelo de desenvolvimento económico no seu mais amplo sentido, próprio da sociedade industrial e, nesta medida, acarreta problemas que podem sem esforço incluir-se no âmbito do direito penal económico-social. Mas também aqui, de um ponto de vista problemático, tem sentido distinguir, para efeitos de questionar a susceptibilidade da sua tutela penal, os problemas económicos da sociedade industrial avançada e os problemas económicos que reentram na sociedade de risco*”. (Figueiredo Dias, 2001: p. 601) Em suma, face ao desenvolvimento técnico cada vez mais exponenciador de novos riscos, o legislador não teria outra possibilidade de que não erigir ilícitos criminais que, embora fossem enquadráveis no plano periférico, terão de ser deslocados para a área nuclear de modo a poderem ser sancionados com uma pena privativa da liberdade, o que desaguará numa descaraterização do direito penal e abrindo caminho para um poder discricionário para o legislador, pois a legitimação da criminalização não assentaria na proteção dos bens jurídicos – ou, pelo menos, esta relação seria mais “esbatida”.

²³⁵ O mesmo entendimento vem sendo seguido pelo TEDH. (Albuquerque, 2015: p. 276)

proteção de bens jurídicos: em termos de prevenção geral negativa, ao induzir ao potencial delincente que a gravidade da prática de um determinado delito – reconduzido a esta área periférica – não é tutelada pela sanção mais grave do ordenamento jurídico, não constituindo assim um elemento dissuasor bastante da prática de novos crimes por parte de terceiros; mas, principalmente em termos de prevenção geral positiva, transmitindo-se para a sociedade que a gravidade dos ilícitos reconduzidos a essa área periférica, não assume uma dignidade tal em termos penais que mereça a sanção de grau superior do sistema jurídico, nesse sentido não se estabelecendo uma reação contrafática (conforme a expressão cunhada por Jakobs) do valor e da confiança das normas por parte da sociedade.

2.2.5 Bens jurídicos relacionados com interesses do indivíduo

Segundo esta posição personalista do bem jurídico, acolhida entre nós por Silva Dias (2003: 453ss), os bens jurídicos supraindividuais só se mostram como legítimos de intervenção punitiva desde que conexionsados com o desenvolvimento pessoal do indivíduo. Esta perspectiva também considera que não é necessário um afastamento para a tutela dos novos desafios da sociedade de risco do paradigma da proteção subsidiária dos bens jurídicos como alicerce legitimador material do direito punitivo. De igual forma, acaba por corresponder a uma posição dualista por admitir a tutela de interesses individuais e supraindividuais²³⁶ por parte do direito penal. Até porque como refere Hefendehl seria incompreensível conceber um Estado em que o desiderato do indivíduo e da comunidade estaria desligada da proteção de interesses coletivos (como os bens jurídicos coletivos). (Hefendehl, 2001: p. 152)

O autor conimbricense parte do pressuposto que dentro do conteúdo material dos bens jurídicos supraindividuais existe um “referente pessoal” relacionável com a natureza social do indivíduo, e que por isso os comportamentos desvaliosos que contendam com esses bens jurídicos causam um dano pessoal ao indivíduo que sustenta o merecimento da tutela do direito punitivo. Temos assim os bens jurídicos coletivos, decorrentes da

²³⁶ É de referir que determinados interesses supraindividuais sempre mereceram a proteção punitiva com consagração no Código Penal, como são o caso da administração pública, administração da justiça ou o ilícito de falsificação da moeda. É assim de referir que o criticável não seria em termos teóricos a punição de comportamentos ofensivos de bens jurídicos supraindividuais, mas sim, em termos concretos, a punição de determinados bens jurídicos. (Brandão, 2015: p. 10)

natureza sociável do Homem, e que se caracterizam por representarem interesses axiológicos reconhecidos como valiosos e imprescindíveis pela sociedade. Estes interesses coletivos, embora não sejam exclusivos de um único indivíduo, tem uma ligação intrínseca com o sujeito individual possibilitando o seu desenvolvimento e que podem gozados por estes²³⁷. O que se recorta do sentido central inerente aos bens jurídicos é este ser antropocêntrico, apresentando-se numa variável dualista de acordo com as suas dimensões próprias: correspondendo a um bem jurídico individual quando esteja associado a uma perspectiva antropológica; e supraindividuais quando corresponda à natureza comunitária, mas mediatamente relacionada com o ser humano através daquela referência pessoal. (Figueiredo Dias, 2011: p. 142-143; Brandão, 2015: p. 13-14) No entanto, não vão adquirir a categoria de bens jurídicos supraindividuais todos os interesses socialmente relevantes que são colocados em causa pelo fenómeno da sociedade de risco. Indo ser afastados da tutela do direito punitivo todos os interesses que não tenham esta referência intrínseca a um conteúdo pessoal. O que, segundo esta posição, seria o caso da maioria dos bens coletivos onde tal pressuposto não estaria preenchido ou que não seria possível individualizar um tal referente pessoal, pelo menos, de forma mediata (ou seria necessário realizar um raciocínio bastante expansionista), o que colocaria em causa a sua real efetividade como um critério legitimador para o direito penal²³⁸.

Temos de reconhecer que esta conceção tem como pertinência a defesa da posição que o advento do tópico da sociedade de risco não vai acarretar o abandono do critério do “*direito penal do bem jurídico*” e o reconhecimento da existência de uma referência pessoal que liga os interesses juridicamente relevantes do indivíduo às ameaças da sociedade moderna²³⁹, inclusive os próprios interesses coletivos. E ainda apresenta a particularidade de reconhecer que nem todos os interesses se mostram como legítimos para justificar a sua qualidade como bem jurídico fundamental a proteger no âmbito do direito penal. Esta é uma realidade, porque só os interesses com valor ético-social relevante para os indivíduos pode sustentar legitimamente uma intervenção punitiva. Estas acabam por ser as suas valências positivas.

²³⁷ Favoravelmente, entre outros: Fernandes, 2001: p. 97; Dias, 2003: 458-459; Figueiredo Dias, 2011: p. 142.

²³⁸ Avançando Figueiredo Dias, na esteira de Hefendeld (2001: p. 152), como exemplo a segurança do Estado. (Figueiredo Dias, 2011: p. 143)

²³⁹ Destacando este sentido, cfr. Fernandes (2001: p. 97).

Contudo, tem de se reconhecer que também comungam de vários sentidos negativos, pois ao se aproximar da teoria monista representada pela escola de Frankfurt quanto à natureza antropocêntrica, comunga de muitas das mesmas críticas. Desde logo, acaba por ser limitativa ao não considerar que certos bens coletivos mereçam a dignidade da proteção penal quando inexista aquela conexão mediata com interesses individuais²⁴⁰, mesmo que tais valores supraindividuais sejam axiologicamente relevantes e fundamentais para a comunidade. (Brandão, 2015: p. 15-16) O que acaba por afastar do direito punitivo ameaças sérias e que se encontram num constante estado evolutivo. De igual forma, esta posição representaria uma absoluta supremacia dos interesses individuais face aos coletivos, em virtude dos segundos serem expressamente derivados dos primeiros para efeitos de legitimação penal (Soto Navarro, 2003: p. 234ss), resultando numa posição hierárquica inferior dos interesses coletivos face aos interesses individuais (ou seja, uma relação de dependência gradativa face aos segundos), o que levaria, em princípio, a que fossem tutelados por sanções menos gravosas, mesmo quando as condutas criminosas praticadas tivessem um maior grau lesivo. (Figueiredo Dias, 2001: p. 603, 2011: p. 147; Brandão, 2015: p. 16-17)

2.2.6 Os bens jurídico-penais “instrumentais”

Numa linha similar à anterior, temos ainda de salientar esta proposta a considerar que a par dos bens jurídicos vinculados à proteção de interesses individuais concretos existem outros com igual relevância e que se connexionam com aqueles (sendo assim merecedores da proteção penal). Esta posição é defendida por Almeida Costa, que admite a existência de valores que possuem *per se* um conteúdo essencial à dignidade da pessoa humana situados em termos axiológicos no topo da ordem jurídica; e outros principalmente imanentes do domínio da mera ordenação social, mas que se relacionam e interligam com estes e que por isso absorvem a sua relevância no sistema, mormente do direito penal. Em que *“a fusão íntima de alguns destes valores instrumentais com os bens jurídicos fundamentais, a que servem de suporte, faz irradiar sobre aqueles valores a mais valia destes; longe de integrarem um fim em si mesmos, aqueles valores*

²⁴⁰ Com maior relevância é o caso da proteção do ambiente em relação as gerações futuras como indicado por Nuno Brandão. Neste caso, dificilmente se consegue interpretar uma demarcação pessoal mediata que legitimasse a punição daquela conduta. Embora o autor reconheça que no contrato social deve-se entender como abrangidas as gerações futuras. (2015: p. 15-16)

representam um simples fim-meio, cujo significado se esgota no estabelecimento de uma proteção mediata ou, se se preferir, de uma guarda avançada em relação à defesa de outros valores jurídicos fundamentais". (Figueiredo Dias, 2011: p. 144) Com posição semelhante encontra-se Molina Fernández que procede à divisão de acordo com o nível de proteção valorativa, entre "*bens jurídicos básicos*" e "*bens jurídicos instrumentais*". Aos primeiros é reconhecido um conteúdo valorativo mais relevante, detendo capacidade por si mesmos para "irradiar" esse topos axiológico, aqui estando incluídos os bens como ligação pessoal (mas enquadrados na lógica individual e social); já os segundos são instrumentais porque a legitimidade da sua proteção tem de ser encontrada de forma mediata da proteção dos primeiros. (Terra de Oliveira, 2016: p. 364)

Por outro lado, esta conceção permite abrir o caminho em termos práticos ao estabelecimento da criminalização de diversas condutas só por terem um ínfimo ponto de conexão com a violação de interesses valorativos de determinados bens jurídicos com respaldo constitucional – seria, na nossa opinião, um raciocínio interpretativo que iria demasiado além para justificar quais os interesses a sustentar a positivação, acabando por esvaziar de sentido o paradigma crítico que estamos a analisar. Podendo levar à introdução de um movimento de osmose de determinados valores que só se relacionam minimamente com o conteúdo que se pretende obter dos bens jurídicos, dando no sentido do critério legitimador material um espaço demasiado amplo ao legislador penal. O que pode permitir a intervenção do arsenal punitivo sem uma padronização limitativa adequada. Ora, atendendo a esta realidade, o critério do bem jurídico perderia a atuação crítica e limitativa sobre a atuação do legislador.

2.2.7 Teoria dualista dos bens jurídicos

Aqui chegados, começamos por reafirmar que, na nossa opinião, a resposta aos novos problemas suscitados pela sociedade de risco não deve significar o abandono da proteção subsidiária dos bens jurídicos como critério legitimador material da intervenção punitiva. O Homem encontra-se pela sua natureza como ser eminentemente social destinado a viver integrado numa relação prolongada e interligada com os seus semelhantes, presumivelmente, desde o seu nascimento até o fim da sua vida. A razão da sua sociabilidade corresponde ao seu instinto para satisfazer as suas necessidades e atingir

a sua plena realização em liberdade como sujeito ético²⁴¹. Em que a sua própria construção como sujeito vai decorrer do ambiente social e histórico que o rodeia e o qual ele integra. Como tal, esta faceta de vivência e interação com outros não pode ser descurada da própria natureza, existindo uma ligação comunitária e conjugação de esforços, que se desenvolve através do processo comunicacional com os outros, o que possibilita estabelecer um elo de vivência e interesses comuns que vão desaguar na conceção de uma comunidade/sociedade. Como refere Aristóteles, é um animal político pela sua vivência em comunidade. Esta esfera da atuação social tem assim a correspondente relação intrínseca com a dignidade do indivíduo como pessoa humana, uma vez que vai ser construída e alicerçada nos interesses individuais dos seus próprios membros, combinando-se o seu desiderato individualista e a sua natureza social. É esta necessidade de relacionamento de todos os indivíduos que cria a sociedade e exige o estabelecimento de regras de acordo com os valores inerentes àquela determinada comunidade. A sociedade vai assim corresponder à construção de um vasto conjunto de interações relacionais entre vários indivíduos, possuindo um conjunto de regras e valores que consubstanciam preferências e princípios dominantes, mas sem se esgotar na soma dos indivíduos. Assim, torna-se essencial a resolução dos conflitos originados pela relação social através do estabelecimento de normas jurídicas de modo a manter uma normal convivência em comunidade, em virtude das naturais tensões axiológicas-práticas, surgindo o Direito como um sistema de normas instituindo condutas sociais de forma a promover a resolução desses interesses, existindo uma estreita independência entre a sociedade e o Direito, daí o célebre vocábulo latino *ubi societas, ibi ius*. Esta realidade justificou a necessidade do aparecimento de uma instituição com funções de controlo e manutenção da vida social revestida de autoridade que possuísse capacidade coerciva para fazer cumprir a lei e possibilitasse a conciliação entre os interesses individuais e a exigência de um bem-estar comum²⁴². Esta instituição foi o Estado, criado

²⁴¹ Na certa expressão de Eduardo de Oliveira e Silva, “o ser só o é em relação aos demais. Se não houver o outro para que haja a comunicação e identificação do que é, não haveria ser. Desta forma, pode dizer-se que o ser só se identifica enquanto sujeito porque contraposto em relação ao outro”. (Oliveira e Silva, 2005: p. 254)

²⁴² Cfr. Soto Navarro (2003: p. 247).

mediante o contrato social²⁴³, para garantir e assegurar a convivência em comunidade. Face a esta realidade, é dever estatal a proteção do indivíduo através do estabelecimento de uma ordem quando à promoção de um bem-estar individual e coletivo dentro de um esquema de legalidade.

Face a este contexto social do Homem, é natural que a realidade social se encontre em constante mutação – e pela evolução tecnológica e científica a um ritmo cada vez mais acelerado – e, por isso, que ocorra uma modificação nos seus padrões culturais e valorativos, modificando-se em função da época histórica em que se vive. A este respeito, o que se constitui como axiologicamente relevante para uma determinada sociedade, enquadrada num preciso momento histórico (identificável no tempo e no espaço), poderá não se manter no futuro²⁴⁴. Pense-se, como mero exemplo, na evolução dos direitos humanos que geralmente são agrupados em diversas gerações. Com o período revolucionário francês, surgiram como reação ao poder despótico do absolutismo, correspondendo essencialmente a direitos liberais face ao poder público – na designada primeira geração –, com a finalidade de limitação material da intervenção deste e com a finalidade de garantir a existência de um espaço de autonomia dos cidadãos (com particular destaque para as limitações ao poder público no campo do direito punitivo). Perante a assunção do Estado liberal de Direito as suas funções passaram a se prender na defesa dos direitos e liberdades dos indivíduos, mantendo uma atitude de neutralidade nos setores social e económico. Só que, após o período decorrente entre as I e II guerras mundiais, em resultado das crises existentes nesse período temporal para os direitos dos indivíduos e fruto dos resultados bárbaros que ocorreram nessenexo temporal, verificou-se uma evolução nas democracias ocidentais, que abandonaram o seu carácter abstencionista (no setor social e económico), e passaram a intervir em domínios mais alargados da vida social. Passou a ser exercida uma função corretiva das desigualdades sociais numa lógica de proteção social dos indivíduos – de forma a corrigir injustiças

²⁴³ Mesmo a própria construção idealista do contrato social parte desta ligação eminentemente social do Homem, através da passagem do estado natureza em que o ser humano se encontra sozinho, para o contexto social de uma integração continuada.

²⁴⁴ Neste sentido vai Soto Navarro, aludindo à linha de pensamento de Rudolphi, concebendo a sociedade e a conceitualização constitucional numa perspetiva dinâmica e de constante transformação. Como tal, “(...) *los presupuestos para la convivencia no pueden cosificarse como objetos estáticos, sino que han de aprehenderse a partir de las funciones requeridas para la interacción social en cada momento histórico y actualizarse según que éstas se vayan modificando.*” (Soto Navarro, 2003: p. 303)

materiais –, sem, no entanto, ter diminuído a importância da iniciativa e as liberdades privadas. Surgiu um conjunto de novos direitos económicos, sociais e culturais, que são agrupados numa segunda geração. E, hoje em dia, se encontram a expandir para outras áreas, também intrínsecas à dignidade e natureza da pessoa humana, o que leva à afirmação de novos direitos fundamentais, que se vêm enquadrados numa geração subsequente. Associado a esta evolução dos direitos fundamentais, o próprio entendimento das funções do Estado tem vindo a assumir uma lógica dinâmica e a evoluir, desde a sua conceção liberal de afirmação da segurança, da justiça e do respeito pelos direitos humanos do Estado liberal, passando para o Estado social a que se indexaram preocupações de cariz social e económico tendo em vista uma proteção de natureza social, o que originou o alargamento das tarefas materiais do mesmo. Atualmente, amplia-se ainda mais o sentido de segurança devido à crescente importância dos direitos económicos, sociais e culturais dos cidadãos correspondentes à nova escala de objetivos e funções assumidas pelo Estado, que o leva a exigências de asseguramento (sócio-económico) aos seus cidadãos de condições materiais de vida condignas. Produzem-se modificações profundas no espectro social, incutindo o aparecimento de novos modelos de comportamento e valores de nível coletivo com uma relevância axiológica ético-social transversal à sociedade e que por isso devem ser acolhidos pelo direito penal como interesses fundamentais que devem ser protegidos. Estas novas tarefas têm produzido nos países ocidentais a consagração positiva na Constituição de um conjunto de interesses fundamentais que necessitam de tutela. Já não basta garantir que o Estado não interfira neste campo na esfera dos indivíduos, mas sim surgindo um próprio critério positivo a vincular o ente a uma atuação de promoção de condições materiais para garantir o livre desenvolvimento dos próprios indivíduos²⁴⁵. (Soto Navarro, 2003: p. 171) Esta assunção de proteção de interesses juridicamente relevantes, de natureza individual e coletiva, apresenta também reflexos na legislação penal dos diversos ordenamentos jurídicos, nomeadamente do nosso que admite interesses jurídicos coletivos merecedores de proteção penal. (Figueiredo Dias, 2001: p. 603) Esta realidade de carácter coletivista é visível em áreas como a segurança, o ambiente, as relações laborais, ou a regulação económica. Como afirma Soto Navarro, institui-se na consciência da sociedade a relevância dos novos âmbitos sociais e a subsequente necessidade e exigência de proteção

²⁴⁵ Na nossa Constituição, encontramos logo no seu artigo 2.º com a epígrafe Estado de Direito Democrático a referência a uma democracia social.

desses interesses. (Soto Navarro, 2003: p. 173-174) Os cidadãos tomaram consciência, nos tempos mais recentes, em domínios que se prendem diretamente com a sua qualidade de vida e que demonstram a necessidade latente de legislação que contemplasse essas novas realidades, o que levou a uma forte exigência social que se projetou para uma pressão política ao legislador penal para tutela desses mesmos interesses²⁴⁶. Temos um claro enquadramento nacional e comunitário que já não limita os pilares comunitários a um sentido liberal, mas sim indexando preocupações sociais. Um paradigma modificador a que realidade jurídica não é alheia, uma vez que esta não é estanque e imutável, nem adversa aos fundamentos axiológicos e critérios valorativos assentes como fundamentais e essenciais pela sociedade. É sim um sistema aberto que vai ser colocado perante novas questões e exigências sociais. Em suma, atendendo ao passado histórico é verificável que os valores jurídicos são um reflexo da ação e reconhecimento ético do Homem estando interligados com as alterações que existem na estrutura social. A sua finalidade é garantir

²⁴⁶ Soto Navarro considera que a sociedade já interiorizou a necessidade de tutela penal de diversos bens coletivos, em campos como o ambiente, manipulação genética, ou de proteção de consumidores. No entanto, considera a autora espanhola que existem criminalizações em matérias específicas da sociedade que não advém da projeção de uma exigência e pressão política de tutela penal por parte da sociedade, individualizando como exemplo a proteção do funcionamento dos mercados financeiros. Nestes casos entende que face as exigências de conhecimentos técnicos especializados para entender toda a complexidade e potencial lesivo de tal fenómeno não deverá o direito penal intervir por não lhe corresponder uma função de promoção de determinados comportamentos. Considera que o Estado deverá sim proporcionar informações teóricas sobre a lógica de funcionamento destes campos específicos, passando a conceitualização das realidades emergentes para o seio societário produzindo uma modificação na perceção da sociedade, mas até que haja tal consciencialização da sociedade não poderá o direito penal intervir e tutelar esses bens coletivos. (Soto Navarro, 2003: p. 174) Consideramos que o direito penal não deve (nem pode) assumir, através de uma pena, uma função de consciencialização da sociedade da necessidade de punição de diversas matérias, num sentido moralista juridico-penal. Uma posição a admitir este sentido criaria problemas ao nível da própria constitucionalidade pela inexistência de um desvalor ético-social que justificasse tal criminalização. Porém, embora a opinião pública não conheça a total extensão da complexidade de alguns dos diversos riscos económicos-financeiros, pela inexistência de conhecimentos técnicos necessários da maioria da população, a verdade é que conhece o suficiente para reconhecer a referência axiológica dos interesses com essa natureza, e, como tal, tornando a sua proteção uma exigência ao legislador. Ademais, existem enquadramentos próprios que são devidamente penalizados mesmo que a esmagadora maioria da população não detenha o conhecimento técnico exato sobre a totalidade da ocorrência. Tais são os casos da destruição ambiental sobre os quais, regra geral, os cidadãos desconhecem todo o procedimento ofensivo mas que não tem dúvidas em afirmar o ambiente extremamente lesivo de condutas que podem resultar naquela destruição.

e ordenar a convivência entre os Homens, prevenindo e solucionando os conflitos que surgem na vida social, sendo, portanto, influenciado pelas realidades políticas, sociais, culturais ou económicas dominantes na sociedade. Instituído-se como obrigação do legislador estar atento às mudanças que ocorram e, subsequentemente, adotar a legislação – criando novas normas jurídicas, ou dotado as já existentes, de um conteúdo em consonância com a realidade social emergente e os princípios norteadores que a regem. Nem poderia ser de outra maneira, sob pena de conduzir a resultados absurdos e de se basear em vetores dissonantes do interesse coletivo – consequentemente da própria comunidade. Nesta conformidade, o direito positivo encontra-se numa conexão permanente com a consciência jurídica da comunidade, que provém de um conjunto axiológico valorativo da realidade social em que se insere, assimilando os seus princípios e interesses fundamentais. A própria Constituição tem de comungar da realidade das dimensões políticas, económicas e sociais de uma determinada comunidade, para que o seu texto seja transcendente e represente um verdadeiro axioma em consonância com uma estabilidade temporal. Efetivamente, a normatividade criminal não se pode alhear desta particularidade da vida em comunidade, como são palpáveis os movimentos de criminalização ou descriminalização em termos de política criminal²⁴⁷.

Seguimos aqui um modelo penal sustentado num pilar intersubjetivo, onde os cidadãos são parte integrante do modelo normativo da comunidade, vinculando-se o direito penal (ou melhor a intervenção penalista) a um substrato e discurso de validade que regula a interligação entre os vários membros na comunidade – correspondente a um desvalor ético-social de interesses axiológicos relevantes que constituem o qualitativo de bem jurídico. (Dias, 2003: p. 449-451) Dentro desta esfera da intersubjetividade reconhece-se a existência de interesses relevantes para a comunidade com dimensão coletiva ou supra-individual (ou seja, não meramente reduzidos ao interesse individual pessoalista). Esta realidade advém da própria construção racionalista do contrato social, não se mostrando como legítimo que os bens jurídicos fundamentais só atendessem a uma das facetas – os interesses jurídicos individuais – representadas por aquela construção. Segundo Pereira, “*não há ordem jurídica iluminista coerente que possa alhear-se do sentido global do comportamento dos homens em sociedade, do bem comum*”. (2003: p. 305) Os bens jurídicos coletivos são assim também interesses fundamentais da

²⁴⁷ Vide: Figueiredo Dias, 1983: p. 19; Valente, 2004: p. 282; Andrade, 2005: p. 12, 44; Terra de Oliveira, 2016: p. 332.

convivência em sociedade necessários para alcançar o bem comum. (2003: p. 306) Tendo por base esta realidade, concebemos, em consonância com a doutrina majoritária²⁴⁸, para além dos já referidos bens jurídicos individuais, a existência de bens jurídicos coletivos com natureza universal e fundamentados em interesses ético-sociais juridicamente relevantes, que também possuem uma relação intrínseca com a dignidade da pessoa humana, que reclamam e merecem a proteção do direito penal, cumprindo assim a função de tutela dos novos riscos. Devem assim ser distinguidas duas dimensões de interesses fundamentais: os bens jurídicos individuais e os bens jurídicos coletivos. A primeira dimensão prende-se com os interesses “pessoalistas” e tradicionais, ou seja, os mais relacionados com os interesses éticos do indivíduo entendido como um ser concreto – o Homem-pessoa –, consubstanciados em valores como a vida, liberdade ou património, para citar os mais relevantes. Mas, como não podemos prescindir dos valores liberais, democráticos e sociais, devemos considerar uma segunda dimensão representada por valores coletivos específicos que deve ser procurada na dimensão do Homem-social. Aqui se acautelando interesses fundamentais como a segurança, o ambiente e o funcionamento na plenitude das instituições fundamentais do Estado de Direito Democrático como a justiça e a economia. Através da conjugação destes elementos, conseguimos uma preservação do desenvolvimento em liberdade dos cidadãos mantendo a legitimação e fundamentação axiológico-constitucional. É a ligação ético fundadora com os direitos humanos que fundamenta e legitima o mesmo nível de necessidade de proteção penal, porque em ambas as dimensões estamos perante a tutela de interesses fundamentais para o livre desenvolvimento do indivíduo: por um lado os interesses pessoalistas mais tributários de uma capacidade individual; por outro lado, aqueles interesses fundamentais para o seu desenvolvimento enquanto membro de uma comunidade social. Não se trata, pois, da existência de uma subordinação dos interesses coletivos aos individuais, mas beneficiando ambos do mesmo nível de autonomia e proteção por corresponderem a bens jurídicos penais.

Sabe-se, é verdade, que muito dos bens jurídicos de matriz coletiva encontram o necessário substrato axiológico-constitucional, principalmente na parte dos direitos

²⁴⁸ No mesmo sentido, a maioria da doutrina atual reconhece a existência de bens jurídicos com natureza individual e coletiva. Cfr. entre outros: Bottke, 1998: p. 9; Figueiredo Dias, 2001: 603ss, 2011: p. 149-150; Soto Navarro, 2003: p. 199, 244; Pereira, 2003: p. 312-313; Torrão, 2003: p. 343ss; Oliveira e Silva, 2005: p. 282; Simões, 2005: p. 306-308; Zúñiga Rodríguez, 2009: p. 117; D’Avila, 2010: p. 195; Feijoo Sánchez, 2012a: p. 177; Brandão, 2015: p. 19ss; Roxin, 2015: p. 12; Martínez, 2017: p. 147.

económicos, sociais e culturais da CRP – muito focalizado nos designados direitos fundamentais da *segunda geração*, que se assumem como interesse merecedor de tutela penal. Sendo que a preocupação contemporânea de interesses de natureza coletiva é inerente no nosso texto constitucional, cabendo assinalar: o artigo 2.º quando refere que “*a República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático (...) visando a realização da democracia económica, social e cultural (...)*”; e o artigo 9.º, alínea b), quando se refere como um tarefa fundamental do próprio Estado de “*garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático*”. Mas não só da CRP resulta a necessidade de proteção de bens coletivos, também surgem preocupações quanto à exigência da tutela de bens coletivos em normas de organizações internacionais das quais Portugal seja parte como as Nações Unidas ou a União Europeia – como veremos é o caso específico do branqueamento (cfr. capítulo 4 deste estudo) – que vigoram na ordem interna portuguesa (artigo 8.º da CRP)

A criminalização das ofensas aos mesmos também se mostra como necessária dentro das finalidades do direito penal, pois existe uma progressiva consciencialização da gravidade dos comportamentos que ofendem os interesses protegidos por esses bens jurídicos influenciando o cálculo mental do criminoso antes de agir²⁴⁹. Acrescem ainda as finalidades de prevenção geral das penas dirigida a toda a sociedade: negativa porque a aplicação de uma sanção criminal se traduzirá num elemento dissuasor da prática de novos crimes por parte dos cidadãos, estabelecendo uma obediência à norma por parte da comunidade; mas, principalmente em termos de prevenção geral positiva, estabelecendo-se uma reação contrafática do valor e da confiança nas normas e dos bens jurídicos por parte da sociedade, em consequência projetando para a consciência social de que as normas penais são válidas e eficazes para tutelar a saudável convivência em sociedade²⁵⁰ - através da tutela de violação aos bens jurídico fundamentais. (Figueiredo Dias, 2001: p. 604-605, 2011: 149) “*A fundamentação do reconhecimento de um estatuto de primeira linha dos bens jurídicos coletivos vai assim mais longe do que uma simples argumentação pela negativa, de rejeição da sua secundarização e funcionalização perante os bens jurídicos individuais, e encontre eco, digamos assim, positivo, no plano da sua*

²⁴⁹ Afirma Torrão que, num primeiro momento, assume primazia a prevenção geral negativa pelo menor nível de preocupação dedicado pelos cidadãos aos interesses coletivos (2003: p. 351).

²⁵⁰ No caso particular do crime de branqueamento estas exigências de prevenção geral, de acordo com os números cada vez mais frequentes de participações criminais, são bastante altas. A coletividade passou a valorar (interpretar) negativamente aqueles tipos de factos.

imprescindibilidade para a constituição e subsistência da estrutura social”. (Brandão, 2015: p. 18)

De acordo com a teoria do bem jurídico a intervenção punitiva é legítima quando seja direcionada para a salvaguarda do livre desenvolvimento do indivíduo ou das circunstâncias sociais exigíveis para esse desenvolvimento (Roxin, 2013: p. 12), cumugando dos princípios constitucionais da dignidade humana e da democracia. Com efeito, a criminalização dos bens jurídicos coletivos passa o crivo orientador que entendemos ser necessário num Estado de Direito Democrático e que constitui a nossa posição no sistema penal: a dignidade e subsidiariedade dessa tutela penal. O primeiro pressuposto é validado porque estes interesses coletivos desfrutam no plano axiológico constitucional e pela elevada ofensividade que os comportamentos patenteam contra o substrato material que esses interesses possuem na comunidade. E também se encontra preenchido o segundo porque o sistema penal é idóneo para a tutela destes interesses, não se deslumbrando a existência de outro meio jurídico que seja menos lesivo para os direitos dos visados e que se mostre como eficaz para uma tutela capaz daquele interesse. Resulta da conjugação dialética entre a mediatização jurídico-constitucional, as exigências da comunidade e a procura das soluções mais adequadas, como necessidade imperiosa para que o sistema jurídico-penal tutele os interesses coletivos (em campos como a economia, administração da justiça, administração estatal, entre outros). O que diferencia os bens jurídicos individuais e coletivos acaba por ser a natureza conferida à titularidade daqueles valores ou interesses fundamentais. Em que nos primeiros estão tutelados os interesses com clara afinidade do desenvolvimento pessoal de um sujeito; enquanto os segundos representam uma afetação de interesses fundamentais de vários sujeitos integrados como membros do desiderato social²⁵¹. Como é usual referir na natureza do bem jurídico coletivo²⁵² – e num sentido diverso dos bens individuais que tutelam interesses de uma só

²⁵¹ Neste sentido, Soto Navarro (2003: p. 174, 2005: p. 888) e Roxin (2013: p. 12).

²⁵² Mesmo no interior dos bens jurídicos coletivos pode ser estabelecida uma distinção entre aqueles valores fundamentais que representam uma proteção exigível para a manutenção da liberdade dos indivíduos em que o bem jurídico só vê iluminado os seus valores materiais quando o sujeito sofre um abalo na sua esfera jurídico-individual ou necessita de recorrer ao Estado para acautelar aquela proteção; daqueles interesses que visam a proteção do Estado e das suas diversas instituições. Nos primeiros casos a titularidade pertence à sociedade em geral, enquanto nos segundos a titularidade é do Estado. (Brandão, 2015: p. 25-26) Em sentido similar, Gonçalo Bandeira procede a uma esquematização dos bens coletivos quanto a “*bens jurídicos criados para as áreas de liberdade dos indivíduos*” de “*bens jurídicos para a protecção das*

pessoa – encontra-se a particularidade de o mesmo poder ser usufruído por todos, não ficando ninguém excluído desse gozo. Como refere Hefendehl, partindo de um certo raciocínio próprio do setor económico, os bens jurídicos coletivos constituem-se pela qualidade de serem aproveitados por todos, sem que o consumo individual possa excluir ninguém desse aproveitamento, conseqüentemente, existindo um interesse individual (abstrato) na sua manutenção sem entraves²⁵³. (2001: p. 150)

“condições gerais” do Estado”. Remetendo para o primeiro caso os bens jurídicos que pretendam a proteção de interesses axiológicos de vivência dos sujeitos (em certa medida havendo uma aproximação aos bens individuais). Quanto ao segundo caso aponta três níveis: *“a) os bens jurídicos que protegem o Estado em si mesmo; b) as condições de funcionamento de determinados órgãos constitucionais; c) a actividade estatal imediata no contacto com o cidadão”*. No caso das duas primeiras alíneas (a e b) estas reportam-se ao substrato funcional do Estado entendido este no seu sentido mais amplo. (Bandeira, 2015: p. 100) Para Soto Navarro existem dois grupos de bens coletivos de acordo com as suas funções na sociedade: os bens jurídicos coletivos correspondentes a prestações do sistema social, onde identifica como exemplo delitos contra a administração da justiça, ordem socioeconómica ou segurança social; e outro onde se agrupam os bens jurídicos coletivos que resultam a preservação das instituições essenciais do Estado de acordo com os seus princípios basilares, como ente necessário para efetivar e cumprir as prestações sociais. O Estado é assim objeto de proteção penal enquanto organização política de uma determinada sociedade e que se constitui como essencial para a convivência da mesma. (Soto Navarro, 2005: p. 888)

²⁵³ Aqui remete Hefendehl para os designados princípios de não exclusão (*“non-excludability”*) do aproveitamento do bem jurídico e de não rivalidade no consumo (*“nich-rivalität”*), em que o gozo jurídico por parte de um indivíduo não prejudica o gozo por parte de outro. (Hefendehl, 2001: p. 149) A que alguma doutrina germânica, como é o caso de Alexy, associa um terceiro elemento a dever estar preenchido correspondendo a um princípio não *“distributivo dos bens”* (*“nichdistributivität”*), segundo o qual um bem jurídico seria qualificado como coletivo quando não fosse possível individualizá-lo de forma parcelar e identificar uma orientação para um respaldo individual. (Brandão, 2015: p. 21) O autor é bastante crítico do princípio da não rivalidade no consumo, pois considera que o mesmo não é adequado para ser aplicado para distinção dos bens jurídico penais (ao contrário de outros ramos do direito), porque se mostra como possível a existência de um bem jurídico mesmo nos casos em que o gozo de um indivíduo atinge o aproveitamento dos outros, como exemplifica com o caso do preenchimento do crime de burla tributária, previsto e punido no artigo 87º do RGIT, em que são delapidadas as receitas fiscais – destinadas ao aproveitamento de todos – mas no qual o comportamento de um resulta numa limitação do proveito daqueles valores por parte dos demais sujeitos. O autor atribui assim um maior pertinência para esta distinção ao critério da não distributividade. (2015: p. 22-23) Em certa medida, outros autores vêm pugnado pela característica da indivisibilidade como característica fundamental dos bens jurídicos coletivos, considerando que a categoria de bens jurídicos de cunho coletivo só deverá ser atribuída àqueles valores essenciais para a sociedade que não se mostram com a possibilidade de serem decompostos em bens com interesses individualizados, como é o caso de Hefendehl (2001: p. 149) e Soto Navarro (2003: p. 194ss).

Pelo exposto, a diferenciação estabelecida entre o domínio dos bens jurídicos individuais e coletivos, é que os primeiros possuem uma ligação mais pessoalista ao sujeito (v.g. refira-se o triunvirato mais comum dos valores: vida, propriedade ou liberdade), o que lhes permite ter uma posição mais sedimentada e concretizadora; já as aptidões coletivas apresentam uma projeção transindividual, não tendo uma valia correlacionada imediatamente, isto é uma ligação naturalística, mas tendo sim uma interligação com a estima socialmente distingível associada à gestão por parte do Estado, portanto uma interligação mediata. Esta distinção tem notório reflexo na diferenciação material entre o direito penal de justiça (“*Kernstrafrecht*”) e direito penal secundário (“*Nebenstrafrecht*”). É fator transversal a estes dois campos a proteção de bens jurídicos com referencial constitucional. Como fator diferenciador deve socorrer-se da ordem natural face ao duplo entendimento do ser humano: por um lado, a sua ação individual por ser uma pessoa individualmente considerada; e, por outro, a sua ação comunitária, na sua vertente de interligação com outros (a sua ligação com outrem). O direito penal clássico apresenta assim uma relação direta com a perspectiva da liberdade do Homem e a limitação do poder do ente estatal para assegurar essa liberdade, fundamentando-se no tópico dos direitos, liberdades e garantias; já o direito penal secundário, contendo o seu substrato na dimensão social do homem, remete para o conjunto dos direitos económicos e sociais também previstos na Constituição. (Figueiredo Dias, 1983: p. 17-18, 1998: p. 58-60; Andrade, 2005: p. 18-19; Oliveira e Silva, 2005: p. 267-268) Incidindo na conjuntura específica do nosso estudo (como desenvolveremos mais detalhadamente nos pontos seguintes) estamos perante a tutela de bens jurídicos que se enquadram no plano supra-individual, a que crescem as medidas destinadas a prevenir e reprimir este fenómeno, o que nos remete para o direito penal secundário, no entanto, a verdade é que o crime de branqueamento, embora tenha surgido e sido desenvolvido no âmbito do direito penal secundário, acabou por ser formalmente tipificado no CP. Não sendo assim ligeiro afirmar que estamos perante um caso paradigmático no caso do direito penal em que a comunidade interiorizou a elevada danosidade associada àquele fenómeno ilícito.

São assim de afastar as críticas que vem sendo avançadas no seio doutrinário de que a tutela penal destes bens coletivos não se mostra como legítima face aos princípios (clássicos) do direito penal. Mesmo a enunciação do carácter vago dos bens coletivos, crítica muito incisiva por vários autores considerando que tal resultaria inevitavelmente numa dificuldade por parte dos sujeitos em entender no que constitui a ofensividade da conduta, com reflexos ao nível de uma menor perceção da dimensão culpável por parte

do potencial (inerente) ao agente criminoso. O que na prática pode originar que os destinatários das normas na perseguição do seu livre desenvolvimento não saibam qual é a fronteira entre o que se mostra como lícito ou ilícito. (Figueiredo Dias, 2011: p. 150) Ou a crítica de que poderia representar uma sobreposição entre ambos os espectros, e criar dificuldades ao definir qual a modalidade de cominação que se mostra como adequada para o comportamento praticado²⁵⁴, entre um ilícito penal ou administrativo. (Soto Navarro, 2003: p. 175) E, por conseguinte, num sentido interlinear, pronunciando-se vozes a defender que a intervenção penal neste campo viola os princípios penalísticos liberais da intervenção mínima; segurança jurídica; e lesividade. Todas estas críticas não vingam. Entendemos que a resistência existente por parte de alguns autores é subsequente da ligação histórica daquele critério com os interesses pessoais do indivíduo, assumindo uma clara prevalência individual e liberal. Um entendimento muito centrado no reconhecimento do Estado como hostil ao desenvolvimento em liberdade do indivíduo – o *leviathan* de que nós fala Hobbes. Do qual constitui exemplo paradigmático o sentido avançado por Binding e Liszt, de referência a bens jurídicos individuais que se vieram a matizar na política criminal e dogmática. Para além do temor de decair para determinadas teorizações formalistas, como a designada escola de Kiel, que, ao vincularem a intervenção punitiva à mera violação de um dever, esbateram os interesses liberais em face a uma primazia de uma manifestação social onde o Estado era entendido como o central (e por vezes esgotante) representante. E, no final, acabou por sustentar a política penal do nacional-socialismo alemão e afirmação de um direito penal do autor destruidor. (Pereira, 2003: p. 306ss) Embora aceitemos a pertinência deste receio, é exatamente para afastar estes efeitos que reafirmamos a necessidade de se manter o critério do bem jurídico-penal mesmo perante os efeitos da sociedade de risco – que poderia ser abalados por uma concepção tão fraturadora como o “direito penal do inimigo” de Jakobs. Sem dúvida que não podemos deixar de reconhecer alguma dificuldade de identificação e caracterização dos bens jurídicos coletivos, especialmente se os compararmos com os bens jurídicos com matriz individual/antropocêntrica no qual se encontra previsto aquela dimensão histórica mais sedimentada e uma reciprocidade mais direta entre a conduta

²⁵⁴ Uma crítica que só nos parece ter alguma pertinência quanto se verifique a incriminação de ofensa a um bem jurídico coletivo através de um delito cumulativo (que acaba por ser uma matéria que extravasa o nosso objeto de estudo, e que por isso não será analisada). Sobre esta matéria problemática de forma desenvolvida ver: Figueiredo Dias, 2001: p. 609, 2011: p. 152ss; Dias, 2003: p. 433ss; Soto Navarro, 2003: p. 184-185; Sánchez, 2012: p. 54ss; Bandeira, 2015: p. 114ss; Brandão, 2015: p. 32ss.

ilícita e a lesão dos interesses do indivíduo, o que, naturalmente, permite determinar com maior exatidão o seu conteúdo partindo sempre da referência ao seu titular individual²⁵⁵. Até porque no caso de crimes que atentem contra os bens jurídicos coletivos a própria caracterização clássica do crime – a relação direta entre um sujeito ativo, passivo, ou a vítima – é diferenciada. Mas, voltando a frisar, isto não significa a rejeição liminar da proteção de interesses de teor coletivo.

Assim, àquela pergunta sobre se o critério do bem jurídico penal deve ser mantido para responder aos efeitos nocivos da sociedade de risco, a nossa resposta terá de ser favorável, tanto ao nível da proteção de interesses fundamentais individuais e coletivos. O que se torna imperativo é que se invista na descrição e concretização do conteúdo material destes bens da forma mais precisa possível para apurar a sua legitimidade²⁵⁶, até porque inexistente outro meio sancionatório menos lesivo para os visados mas com possibilidade de tutelar satisfatoriamente este problema e correspondendo como ajustado para a tutela daqueles novos riscos, através da extração da sua concretização do contexto social em que se insere e com o devido substrato axiológico-constitucional, o que permitirá afirmar que só a prática de condutas intoleráveis para os bens jurídicos constitucionais se mostra como legítima de tutela penal. (Figueiredo Dias, 2001: 604, 2011: p. 150; Feijoo Sánchez, 2012a: p. 117) É também necessário continuar a atender aos princípios constitucionais e jurídico-penais que caracterizam a intervenção punitiva de um Estado de Direito Democrático, como sejam a proteção subsidiária do direito penal, de *ultima ratio*, e mínima intervenção, conseguindo erigir barreiras a uma aplicação desmedida e excessiva da intervenção penal – limitações que devem ser efetivadas no momento da formulação da lei penal, mas, de acordo com a conjuntura, têm vindo a ser subvalorizadas em determinados casos da hodierna política criminal – em várias realidades jurídico-penais, como mero exemplo, podemos citar a antecipação da tutela

²⁵⁵ Veja-se: Soto Navarro (2003: p. 278-279) e D'Avila (2010: p. 195).

²⁵⁶ Vide nesta realidade: Fernandes, 2001, p. 96; Figueiredo Dias, 2001: 604, 2011: p. 150; Soto Navarro, 2003: p. 184ss; Torrão, 2003: p. 343-345, 351; D'Avila, 2010: p. 195-196; Feijoo Sánchez, 2012a: p. 117; Bandeira, 2015: p. 101. Claus Roxin refere que para apreciar tal legitimidade deve-se recorrer ao “*esquema de três degraus da proteção de bens jurídicos*”, avançada por Manfred Heinrich, devendo-se atender ao “*que deve ser protegido, a quem deve proteger-se e contra o quê deve ser protegido*”. E averiguar se o comportamento criminoso ofende interesses ou valores essenciais ao desenvolvimento do indivíduo ou às condições sociais para esse desenvolvimento. (Roxin, 2013: p. 20)

penal através dos crimes de perigos²⁵⁷. Uma exigência de concretização e de vinculação que permite evitar uma aptitude desmesurada por parte do direito penal, que deverá ser afirmada para os bens jurídicos individuais e coletivos. Não se podendo inferir uma obstrução à dignidade dos interesses e valores coletivos relevantes.

Em suma, a emergência de bens jurídicos com natureza coletiva e a respetiva imposição da proteção penal é decorrência da evolução social e económica resultante do surgimento de novos domínios e realidades para o desenvolvimento do Homem. Não podendo a política criminal se distanciar da realidade social em que está inserida, sob pena de consistir numa existência “estéril”, tornando a dogmática penal num momento acrítico por inexistir o tão necessário ponto de equilíbrio entre a realidade comunitária e os interesses fundamentais a tutelar. Com efeito, a proteção destes interesses de matriz coletiva, já sumariamente caracterizados, está profundamente enraizada na maior dimensão interventiva que o Estado vem adotando na sociedade pós-industrial e que, paulativamente, tenha levando a uma expansão nos interesses ético-sociais com escopo relevante e, frequentemente, no âmbito do direito penal secundário²⁵⁸. Conseguindo-se um equilíbrio entre, por um lado, a exigência de proteção dos interesses de natureza coletiva, em campos como a simultânea exigência de segurança e a administração da justiça, e, por outro, a intervenção punitiva limitativa dos direitos fundamentais dos visados. Em que as próprias diretrizes constitucionais vão materializar a existência de interesses jurídico-socialmente reconhecidos como valiosos. Portanto, é necessário que se estructure um estado evolutivo da política criminal e da dogmática penal “*que abandone a função minimalista de tutela de bens jurídicos e aceite uma função promocional e propulsora de valores orientadores de acção humana na vida comunitária*”. (Figueiredo Dias, 2011: p. 135-136) Sem, no entanto, se entrar numa posição de rutura com os paradigmas penais axiologicamente relevantes da modernidade, nomeadamente com a proteção subsidiária dos bens jurídicos como parâmetro legitimador material da intervenção penal. O que é necessário é estabelecer, na atualidade, em face dos diversos planos da sociedade de risco uma verdadeira renovação e afirmação do critério legitimador da ciência jurídico-penal representada pelo critério do bem jurídico.

²⁵⁷ Conforme vem sendo o entendimento maioritário da doutrina que defende que a antecipação da tutela penal é legítima desde que não se perca a função de proteção de bens jurídicos. (Figueiredo Dias, 1998: p. 65, 2001: p. 608ss, 2011: p. 145; Fernandes; 2001: p. 94; Soto Navarro, 2003: p. 192ss, 210; Andrade, 2005: p. 51; Arana, 2007: p. 158ss; Feijoo Sánchez, 2012b: p. 48ss)

²⁵⁸ Sobre esta matéria, num sentido mais detalhado, ver Andrade (2005: p. 12ss).

3. Conclusões parciais

A globalização veio implicar uma verdadeira revolução ao nível dos processos e interações entre diversos pontos cardeais nos campos social, económico ou cultural. O mundo experienciado pelo sujeito alterou-se radicalmente através de um encurtar da dimensão espaço-temporal proporcionado pelo desenvolvimento tecnológico. Estas duas coordenadas específicas vieram converter a globalização numa realidade incontornável e irreversível nesta morfologia particular. Esta realidade veio alterar a nossa forma de viver, comunicar e se relacionar com o outro, bem como alterar a própria perspetiva que o indivíduo apresenta no domínio político, socioeconómico e cultural. Uma consideração fomentada pelos meios tecnológicos e computacionais que vieram tornar a perceção, a dinâmica e a produção das ações quotidianas em algo efémero e instantâneo. A dosagem da vida do sujeito passou dos ponteiros do relógio, que orientava o seu tempo na modernidade, para o instante das interações realizadas por meios virtuais da contemporaneidade. Aquilo que está a acontecer de forma radical e fraturante, uma caminhada iniciada com a modernidade, permite cunhar um novo ritmo aos horizontes mundiais.

Associado a esta realidade o Estado-nação começa a ficar debilitado e perder influência no sentido regulatório e de controlo nos domínios económicos e sociais, com reflexos ao nível do espaço de desregulamentação e que causam a necessidade de este se “modernizar” para o século XXI. Como subjacente a esta realidade sociológica é referido um advento de um princípio racionalista calculador, alvo de críticas, entre outras, da escola filosófica de Frankfurt representada, entre outros, por Horkheimer, Adorno e Habermas, relacionando criticamente a razão moderna e a sociedade pós-industrial, mas com fundamentos diferenciados entre os diversos autores. Que especialmente no domínio económico apresenta uma capacidade de contração e limitação dos pressupostos da mundialização a uma exponenciação de ganhos económicos, permitindo uma subversão da globalização a um domínio epistemológico de um raciocínio economicista, sendo frequente uma atuação destituída de valores utilitaristas. Existe, desde logo, uma projeção sobre o setor económico-financeiro de subordinação ao dogma da razão calculadora que a orienta sempre para mais riquezas, num racionalismo capitalista cada vez mais amplo, ao qual é consentido um conjunto de medidas com natureza desreguladora que fazem escapar do controlo mais imediato as interações económicas, e que influem em áreas como a ética e o Direito como realidades que interagem de forma consequente e que orientam uma determinada série de fatores económicos, políticos e sociais. Uma

racionalidade económica de liberalização e mundialização que se solidifica na procura de maiores ganhos de eficiência, por vezes descaracterizando o sistema de controlo, com finalidade de possibilitar o favorecimento de oportunidades globais lícitas, mas, num lado oculto, também permite o aproveitamento para fins ilícitos (como se verá detalhadamente na parte II do nosso estudo), onde se destacará o fenómeno do branqueamento e da criminalidade que lhe é associada. Uma função económica de gestão do risco, tradicionalmente atribuída ao Estado para assegurar um equilíbrio quanto ao desenvolvimento regular do setor económico, e que se vê agora condicionado.

A falta de controlo é uma consequência do enfraquecimento do ente estatal e uma manifestação de um conjunto de pressupostos que se caracterizam na sociedade de risco. Como nos fala Beck, os fenómenos da sociedade de risco causam uma alteração ao nível da ação humana e intervenção social, não só em campos como os “contratos de risco”, numa protelação dos tradicionais contratos de seguro, mas agora instituída como uma proteção conferida pelo ente estatal, mas interligada ao contrato social que o sujeito “firma” com o Estado. Esta realidade do risco é-nos difundida no nosso quotidiano pelos órgãos de comunicação social ao aludir a diversos desastres, muitas vezes com claras finalidades populistas. O que replica um duplo efeito, entre uma imagem impactante dos resultados dos riscos, mas também assinalando uma chamada de atenção da comunidade para os mesmos, dessa forma impulsionando uma consciencialização social. Tal resultado projeta-se na vivência quotidiana individual e coletiva, demonstrando que o controlo que este perspectivava – essencialmente a partir do domínio positivista e da ciência como pilar da verdade –, do domínio social e científico, não é absoluto. Um dos efeitos mais visíveis perante a representação da sociedade de risco é a tentativa da sua utilização para acomodar finalidades regulatórias com a finalidade de corrigir desequilíbrios sociais em campos como o ambiente, a segurança interna ou a economia. Tal sentido surge também para as entidades empresariais, numa linha de criação de processos preventivos quanto à sua atuação empresarial, desenvolvendo o seguimento de um rumo de rejeição dos efeitos destruidores mesmo perante uma época de incerteza. Esta corresponde ao mesmo tempo a uma exigência e solução, porque só através da instituição de linhas mais eficientes de controlo se consegue impedir que o poder económico valorizado pela razão calculadora se venha a tornar incontrolável e vá subjugar toda a realidade aos seus ditames.

Assim, no que concerne à ultrapassagem desta questão da razão calculadora e dos desafios da sociedade de risco que conduzem a uma crise de confiança, somos do entendimento de ser necessária a conjugação de dois eixos fundamentais.

O eixo 1 correspondente à afirmação de um novo contrato social ajustado aos novos tempos da mundialização da sociedade e no qual serão “contratualizados” um conjunto de fundamentos axiológicos permitindo uma reconfiguração disruptiva dos pressupostos epistemológicos nocivos, no sentido de promoção de uma cidadania plena e uma sociedade inclusiva. Nesse sentido, superando a apontada crítica da razão instrumental surgida no iluminismo e como padrão epistemológico de expansão do imperialismo e neoliberalismo. Porém, não se pode entender, como os autores mais radicais da escola filosófica de Frankfurt, como Horkheimer e Adorno, que realizações históricas como o regime nacional-socialista alemão e o holocausto são consequência (direta) de uma dimensão própria dos princípios básicos da humanidade. Até porque, bem vistas as coisas, estas realizações históricas acabam por criar sim uma rutura epistemológica com um dos pilares fundamentais da modernidade correspondente aos seus pergaminhos humanistas e a afirmação dos direitos humanos. Como se poderia interpretar a destruição dos judeus e outros povos à luz dos princípios da igualdade, liberdade e fraternidade? Seria possível entender que o processo racionalista científico-técnico como obrigatoriamente resultando naqueles resultados de extermínio? Caminhava a história para este fim? Tal é subsumível a considerar o Homem um fim em si mesmo? Entendemos que as respostas a estas questões devem ser taxativamente respondidas de forma negativa. Sob pena de se estar a negar princípios básicos da modernidade, ou pelo menos de uma parte dela. Divergimos assim de algumas das críticas da escola de Frankfurt – ou melhor, apenas concordamos de forma parcial com alguns dos seus postulados críticos. Devemos então deixar matizado o nosso domínio de pensamento, de modo a referir firmemente que os pressupostos iluministas conseguiram a corporização de diversos fundamentos essenciais da contemporaneidade, tanto na sua consagração como sujeito livre, bem como da sua inserção na organização social. O que se propõe é abandonar o lado obscuro emergente de um setor da razão moderna (a razão calculadora) e dos diversos problemas por ele criados, mas mantendo a afirmação dos princípios liberais da modernidade, que pela sua valência e papel nuclear devem continuar a ser assumidos como epicentro da natureza e atuação humana. É então necessária a afirmação de valores axiologicamente relevantes intrínsecos à natureza do Homem contribuindo para uma plataforma que represente uma consciência orientadora universal para a realização plena do sujeito enquanto ser integrado no espaço envolvente. Com efeito, torna-se necessário o desenvolvimento de um sistema com capacidade de constituir uma racionalidade própria de controlo que se projeta no contexto mundial, que no domínio

científico significará uma mobilização para que o seu potencial seja alcançado e o nível de conhecimento processado de forma adequada, convertendo-se o saber acumulado para uma mobilização em conformidade com os pressupostos da sociedade. Isto porque um maior conhecimento cria novas exigências ao nível da análise e divulgação.

Existe ainda o outro eixo – eixo 2 – agora vocacionado para o domínio político oferecendo uma nova construção de um Estado orientado para uma época global. Isto porque, conforme salienta Beck, as respostas desenvolvidas ao nível de um só Estado-nação são prosaicas, não conseguindo compreender nem solucionar os fenómenos com que se confronta. Para ultrapassar as consequências da sociedade de risco e evitar a globalização dos funcionalismos da razão instrumental é necessário que os Estados se articulem na dimensão transnacional de forma a conseguirem a construção de uma atuação efetiva. Estes não se podem isolar para lidar (de forma efetiva) com os efeitos da sociedade moderna, sob pena de fracassar completamente quanto às suas soluções. Esboça-se, assim, um modelo de Estado proactivo reconhecendo a necessidade de atuação na esfera internacional que necessita de se reconstruir numa dimensão cosmopolita – seguindo aqui o sentido de Beck –, que lhe permita conferir capacidade de resposta às novas exigências sociais através de uma sociedade inclusiva e multidimensional. O que só é conseguido pelo acolhimento de todas as posições no debate, concebendo um verdadeiro diálogo *inter partes*, afastando-se de uma dimensão particularmente linear de construção política e cultural, muito centrada na estética dominante do mundo ocidental, que pode ser entendida num sentido unidimensional e singular. Todas as posições por nós desenvolvidas apontam na mesma direção da necessidade de alcançar espaços de consenso transnacionais como exigibilidade deste debate. É necessário conceber a sua atuação de modo completamente diverso, dirigindo a sua agenda interna e externa numa dinâmica de comunicação entre pares que se associam mutuamente. Assim, conseguindo ultrapassar o sentido de fraqueza associado (na atualidade) aos Estados-nação no processo de globalização através destas coligações informais que podem consistir numa aliança de parceiros historicamente desavindos e mesmo contra a própria natureza das coisas (num sentido das relações internacionais). Em que determinadas coligações são construídas para atingir certas finalidades, enquanto noutras só se parte de um início comum. Segundo Beck, é necessário que se vincule a globalização de cima para baixo através de instituições supranacionais, mas também abrangendo uma interligação com instituições próprias de entidades da sociedade civil (uma projeção vertical). É então necessário haver uma reinvenção da política e do Direito que possam seguir uma lógica de uma negociação

múltipla entre os diversos intervenientes (atores) da sociedade global, o que pressupõe a transformação da sociedade industrial para uma (verdadeira) sociedade mundial. Para tal é necessário o estabelecimento de alianças no plano internacional entre diversos autores governativos e internacionais para conseguir uma política mais adequada, assim conseguindo aquela reciprocidade inclusiva.

Entendemos como válido a dimensão otimista de Beck que, afastando-se do pensamento pós-moderno quando refere a modificação e inauguração de uma compreensão mais alargada que oriente este sentido como um compasso para a necessidade de instituição de uma lógica mundial, propõe a modificação da qualidade das estruturas básicas da modernidade para conseguir uma ação própria de mutabilidade em que subjaz uma finalidade preventiva. À omnipresença dos riscos é necessário aplicar medidas preventivas para conseguir superar a sua materialização nefasta e conferir uma maior determinabilidade. Afastando-se qualquer tentativa de estratégia simbólica, como seja o caso de qualquer tentativa de retroceder a um nacionalismo próprio de uma resposta (solução) inteiramente nacional. Uma realidade que é particularmente saliente no direito penal, que ainda se encontra muito construído ao nível das fronteiras nacionais, e que pressuporá, com as devidas divergências, que a sua análise e pressupostos teóricos devem ser desenhados para uma dimensão internacional. Esta é uma conclusão importante no nosso estudo por ser necessária uma adaptabilidade ao nível das respostas jurídicas à sociedade de risco ao nível da responsabilidade e conceções de justiça, que são estabelecidas no enraizamento jurídico. Em que face à valorização de um esquema aberto e inclusivo, são ultrapassadas eventuais resistências da justiça por um determinado Estado, conseguindo-se uma promoção (através deste diálogo) de uma efetiva cooperação judiciária internacional. Evitando qualquer construção de um esquema teórico “pré-fabricado” que seja imposto de uma maneira pré-reflexiva e sem uma ligação empírica. As estratégias preventivas e controlo dos fenómenos da sociedade de risco devem conter os valores básicos anteriormente desenvolvidos no eixo 1 e instituídos materialmente no novo contrato social, que são uma exigência latente a um Estado de Direito Democrático – existindo uma equivalência entre o axioma teórico e de ação prática. Lidando de forma democrática e aberta com os riscos da sociedade para que os possa devidamente enfrentar, nomeadamente riscos económicos, especialmente face ao poder conferido às organizações. Tal significa, através do desejado consenso internacional, que devem vincular a ação política, a aplicação de medidas de precaução e preventivas que permitam atuar devidamente sobre os riscos. Esta conceptualização tem impulsionado um

acolhimento por parte da UE para instituir uma estratégia regulatória e concreta sobre determinados riscos que ameaçam a atuação europeia – nomeadamente iniciativas na área ambiental, científica e económica, como veremos detalhadamente na parte II deste trabalho. Também passam a ser fomentados princípios válidos de autorregulamentação com a ânsia de conseguir aplicar um controlo mais efetivo ao nível local e internacional. Em que o Estado vem reforçando esta figura e passando a conjeturar uma linha interventiva, desenhando uma fórmula de regulamentação para determinados sujeitos ativos na sociedade, na qual está envolvida a incriminação jurídico-penal do branqueamento, que é a visão que mais nos importa tratar neste trabalho.

A teoria geral do Direito deve acompanhar a evolução do pensamento epistemológico da sociedade – acompanhando a evolução da história com o seu sentido e direção própria, definindo o que avança ou o que recua – não podendo ser alheio às caracterizações evolutivas do modelo político-social que modificam a racionalidade e *praxis* jurídica, integrando as novas exigências jurídicas emergentes que devidamente analisadas se mostrem como legítimas. Ou seja, é preciso fazer uma avaliação destes fenómenos emergentes para apurar se as novas características estão conexas com um Estado de Direito Democrático. Conferindo um sentido teórico-normativo valorativo às novas realidades que comunguem dessa validade. Isto porque o Direito constitui um substrato valorativo-normativo que se encontra em permanente construção e desconstrução, não podendo os fenómenos jurídicos se afastarem da perspectiva lógico-dedutiva dos seus interlocutores, e cambiando a sua compreensão sociojurídica de acordo com as transformações epistemológicas e valorativas da sociedade.

Face ao quadro global traçado nesta parte, concebemos um ser humano livremente determinado e de forma autónoma, mas a este é contraposto também uma nova dimensão coletiva. Nos termos da nova acomodação do Estado como prestador de uma regulamentação de bem-estar social, com finalidades regulatórias para corrigir desequilíbrios sociais em campos como o ambiente, a segurança interna ou a economia. Existe um fundamento dual, que é aberto e exigido por um marco de vivência social em decorrência do pluralismo jurídico exigido pelos efeitos de mundialização. Porque o direito penal não pode permanecer estático. É necessário introduzir correções epistemológicas e de legitimidade quando o direito penal se aparte (ou tente afastar) das suas funções essenciais. Por conseguinte, para se atingir objetivos específicos de eficiência e efetividade, não se pode decair para práticas de atuação policial que se afastam das pretensões constitucionais e penais, nem quando esteja subjacente o objetivo

último de reprimir práticas criminosas, sob pena de entrar num caminho de violação da própria justiça. Mas os valores coletivos não devem *à priori* ser rejeitados, devendo ser assim sujeitos a uma análise crítica que permite discernir (através de um verdadeiro debate e diagnóstico) a validade e legitimidade dos mesmos de acordo com os princípios constitucionais.

A ideia de pessoa humana como sujeito ético social continua válida como epicentro da construção do direito penal. O critério material do bem jurídico será encontrado nos valores legítimos tutelados dentro da lei fundamental, de acordo com o juízo axiológico elaborado pelo poder constituinte e conexas com os direitos fundamentais. As linhas centrais de um Estado de Direito pela sua natureza funcional-teleológica correspondem a solicitações racionais que se projetam sobre a política-criminal, no direito constituído e a constituir, na parte geral e especial, devendo evoluir em consonância com a mediação jurídico-constitucional. Importa assim ter presente que mesmo perante os axiomas da sociedade de risco resulta como necessário a manutenção e reafirmação do relevo político criminal e dogmático ao critério legitimador do bem jurídico. Mantendo a sua índole de valor transversal ao sistema jurídico, conforme lhe é conferido pela Constituição nos termos do art.º 18, número 2, e pelo artigo 40.º, número 1 do Código Penal, em ambas com uma função crítica sobre o direito. Mantendo o direito penal a sua função de *ultima ratio* mesmo quando perspectivado para um espectro mais alargado.

Neste campo, é de reconhecer o surgimento de interesses supraindividuais ou coletivos com um respaldo ético-social legítimo e que se instituem como bens jurídicos fundamentais, reclamado a dignidade de tutela penal e que se vão constituir em bens jurídicos coletivos fundamentais. A diferenciação é que nos crimes clássicos o bem jurídico a tutelar apresenta uma natureza intrinsecamente pessoalista (ou seja, detém uma ligação imediata com o sujeito), enquanto os interesses referidos na sociedade de risco apresentam natureza supraindividual possuindo características próprias. Como já estivermos a verificar, os bens jurídicos individuais são os essenciais ao livre desenvolvimento ético da pessoa, como por exemplo os casos da vida, integridade física, ou liberdade. Já os bens jurídicos coletivos representam os essenciais à subsistência e fundamento da sociedade democraticamente organizada. Em ambos os casos, buscam o seu referente material nos princípios constitucionais, a única diferença é que as ações individuais e coletivas correspondem a uma execução que, no primeiro caso atinge interesses individuais, no segundo supraindividuais. É certo que a arquitetura dos bens

jurídicos coletivos permite uma maior flexibilidade do direito penal quando os comparamos com os interesses antropológicos com maior tradição e sedimento histórico, nomeadamente quanto à identificação dos respetivos bens jurídicos ou até a construção da própria imputação criminal. No entanto, tal não significa uma rejeição destes valores axiológicos, mas sim a necessidade de se fazer uma análise casuística sobre cada incriminação, de forma a apreciar a sua legitimidade ou não. Até porque o referente último dos bens jurídicos coletivos também acaba por ser em última instância reconduzível para os sujeitos humanos, uma vez que só existem interesses supraindividuais porque existem sujeitos que possuem tais exigências valorativas e de proteção, acontece que não é possível parcelar na esfera de um só indivíduo estes interesses concretizáveis. Porém, estes constituem um conjunto de interesses fundamentais consagrados em princípios jurídicos constitucionais que demonstram a necessidade de proteção de interesses coletivos. Tudo isto terá a sua utilidade no âmbito da matéria do branqueamento que, como veremos mais detalhadamente na parte II deste trabalho, corresponde a um interesse supraindividual. De contrário, estar-se-ia a negar um valor fundamental de proteção, o que se mostra como intolerável num Estado de Direito Democrático. A nossa conclusão vai no sentido da admissão da proteção de bens jurídicos coletivos, tão necessária para o desiderato comunitário como a proteção de bens individuais, desde que se consiga determinar em concreto quais as condutas proibidas e as ações devidamente exigidas.

Concluimos pela existência qualitativa dualista de bens jurídicos, tanto bens individuais como coletivos, com o devido respaldo jurídico-constitucional penal de forma a suprimir as problemáticas da sociedade de risco. Não podemos deixar de reconhecer que o direito penal não se pode alienar dos problemas emergentes da sociedade de risco, porque uma posição simplesmente a ignorar estas novas problemáticas seria completamente negligenciável e só contribuiria para exponenciar este sentimento de insegurança para um grau máximo. Pois seria uma espécie de “desistência” do direito penal da sua função de proteção de bens jurídicos ante os novos desafios. Acontece que, como se verá detalhadamente nas partes II e III deste trabalho, é materialmente diferente uma ofensa mensurável a um interesse pessoal quando comparada a uma ofensa incomensurável atingindo valores coletivos, embora, em ambos os casos, estejamos perante pretensões axiológicas que merecem ser protegidas. Assim, o direito penal deve manter a sua função de tutela de valores necessários à convivência coletiva, comungando da afirmação dos princípios liberais da modernidade e de salvaguarda dos direitos

humanos, buscando a política criminal a sua legitimidade na proteção de bens jurídicos relevantes, seja de matriz individual ou coletiva. Indo o direito penal substantivo assumir novos relevos em determinados campos, mas não significando do ponto de vista político-criminal uma subversão do seu axioma liberal-humanista que, regra geral, continuará a vingar.

Por tudo o que foi mencionado, dando aqui uma espécie de prognose futura sobre o nosso trabalho, somos do entendimento que no nosso ordenamento jurídico, a criminalização no direito positivo do branqueamento não é contrária à violação dos princípios constitucionais como sejam a intervenção mínima, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

PARTE II

O branqueamento de capitais

4. Branqueamento de Capitais - Breves considerações conceptuais

Após o momento desenvolvido na parte I em que deixamos retido o nosso entendimento sobre a legitimidade de proteção dos interesses supraindividuais, impõem-se agora analisar as particularidades do tipo legal do branqueamento, partindo muito de uma perspectiva quanto à sua prática no interior de uma organização coletiva.

Como se antecipou, nas suas múltiplas dimensões, a globalização alterou a própria dinâmica da criminalidade²⁵⁹, ocorreu um movimento de osmose que veio permitir que as práticas criminosas passassem a deter uma atuação prática no contexto global. Daí ser muitas vezes referido que cada sociedade possui os seus criminosos específicos de acordo com as características que lhe são inerentes²⁶⁰. Em decorrência desta nova dinâmica criminal e face ao potencial escopo lucrativo, torna-se imperativo para os agentes criminosos, mas especialmente mais relevante no caso das organizações, conseguir reintroduzir os proveitos decorrentes das suas atividades criminosas no mercado legal, “convertendo” a sua aparência através do recurso a diversos processos para evitar a detenção e respetiva perda desses valores, potenciando os seus lucros e continuando a sua atividade de forma sistemática. Do nosso ponto de vista, pela absorção sem dificuldades dos pressupostos da mundialização, o branqueamento assume-se como uma infração criminal paradigmática do novo contexto global económico²⁶¹. Até porque às práticas

²⁵⁹ Neste sentido se pronunciaram, entre outros: Godinho, 2001: p. 31ss; Duarte, 2002: p. 15ss; Brandão, 2002: p. 15ss; Davin, 2007: p. 110ss; Souto, 2013: p. 129ss; Santos, 2010: p. 105-106; Martins, 2010: p. 155-156; Torrão, 2016b: p. 158-159; Conceição, 2017: p. 37.

²⁶⁰ Um sentido desenvolvido por Emmile Durkheim ao nível sociológico-criminal, em relação ao condicionamento que os padrões e valores coletivos detêm ao nível da criminalidade. (Barra da Costa, 2013: p. 51) Mais uma vez chamando à atenção de que uma tipologia como a razão calculadora introduz uma quebra com os valores coletivos comumente acolhidos pela comunidade, potenciando comportamentos criminosos de maximização de bens materiais.

²⁶¹ As estimativas elaboradas pelas organizações internacionais quanto ao volume de capitais branqueados no espectro mundial pecam sempre por serem escassas e limitadas. (Canas, 2004: p. 7ss) Não existindo dados fidedignos quanto ao valor total de vantagens branqueadas no mundo, porque estamos, naturalmente, perante atividades que pela sua natureza envolvem um nível intrínseco de secretismo e sigilo, em que só se consegue apurar os valores que tenham sido detetados pelas autoridades – verdadeiramente representando sempre uma “gota no oceano”. Como podemos retirar de algumas observações, na qual se destaca o relatório do Fundo Mundial Internacional de 1996, no qual é estimado o valor total dos proveitos criminosos entre 2% a 5% do produto interno bruto mundial. Trata-se de uma estimativa que muito dificilmente não pecará por escassa, a que acresce o maior desenvolvimento económico mundial desde

criminosas económicas, na esmagadora maioria dos casos, acabam, de forma imediata ou mediata, por estar associadas práticas branqueadoras, pela forte necessidade de reutilização dos proveitos primitivamente obtidos. O que associa a acusação dos crimes primários a uma acusação também por branqueamento.

Ao nível da definição do fenómeno (criminal) do branqueamento não é possível atingir um consenso doutrinário, impossibilitando que se possa afirmar a existência de uma definição maioritariamente uniforme. Não obstante esta variedade de conceitos, apresenta-se como possível arguir um elenco de pontos comuns e fundamentais, que nos merece uma maior referência no cerne deste fenómeno, para que se possa segregar um conceito jurídico-penal de branqueamento. Partindo nesta análise do branqueamento, temos de referir que no seu núcleo material, como é praticamente unânime na doutrina, as suas condutas são dirigidas para atingir uma finalidade de afastamento da mácula originária de ilicitude sobre um determinado bem/vantagem (a sua origem criminosa). Como se pode observar, os comportamentos de branqueamento correspondem a uma atuação efetiva do agente para ocultação ou dissimulação das vantagens do crime, introduzindo uma espécie de “biombo” entre a projeção da origem daqueles proveitos e a sua real proveniência, o que possibilita que a mesma se torne como opaca, e permite uma orientação do princípio da eficiência para usufruir desses proveitos lucrativos²⁶². É este o sentido etimológico da palavra “branqueamento”. Não pretendendo entrar já numa análise mais detalhada deste ilícito, para se atingir aquelas finalidades, podemos referir que as respetivas condutas constituem um processo tendencialmente estruturado em diversas fases de “transformação” de proveitos com origem ilícita. Onde, quanto mais elaborado e complexo, por maioria de razão é mais dificultado às instâncias de repressão

aquela data, então, pode-se afirmar com alguma segurança, que os números devem ser bastantes superiores, o que, por si só, representa um valor colossal. (Levi, Reuter, & Halliday, 2018: p. 311ss; Schott, 2013: 7)

²⁶² Esta visão de ocultação e dissimulação para que o criminoso possa fruir dos benefícios do seu crime é encontrada tanto nas organizações internacionais como o FinCEN, Grupo Egmont, ou a Europol (2015: p. 9), como na própria doutrina e com reflexo na jurisprudência. Cfr. entre outros: Ferreira, 1999: p. 304; Godinho, 2001: p. 13, 34; Duarte, 2002: p. 33, 39; Brandão, 2002: p. 15; Pais, 2004: p. 29-30; Braguês, 2009: p. 8; Bravo, 2010: p. 356; Díaz-Maroto Y Villarejo, 2010: p. 254-255; Prieto del Pino, García Magna, & Martín Pardo, 2010: p. 5; Paiva, 2014: p. 106; Miguez Garcia & Castela Rio, 2014: p. 1215; Santos, 2015: p. 337; Terra de Oliveira, 2016: p. 148-149; Fernández Bermejo, 2016: p. 245; Lascuraín, 2017: p. 2; Martínez, 2017: p. 21ss.

criminal conseguir reconhecer a origem ilícita dos bens (cfr. mais detalhadamente o capítulo 5).

Fazendo uma breve prospeção histórica, a designação do branqueamento de capitais tem a sua origem na expressão anglo-saxónica “*money-laundering*” usada nos EUA para descrever o procedimento da legitimação de origem das vantagens pelas organizações criminosas²⁶³. Embora não seja possível determinar com exatidão o início

²⁶³ Sem que a mesma seja aceite sem reservas. Fazendo um périplo no direito comparado, em Espanha fala-se de “*blaqueo*”, na França e Bélgica “*blanchiment de l’argent*”, expressão similar “*blanchissage l’argent*” empregada no cantão francês da Suíça. No caso do ordenamento jurídico italiano a referência faz-se a um processo de reciclagem, o “*riciclaggio del denaro sporco*”. Por outro lado, na América Latina a designação predominante é de “*lavagem*”, expressão que também acolhe entendimento no ordenamento jurídico alemão “*gelwäsche*”, na Áustria e no cantão alemão da Suíça onde num sentido aproximado se refere a “*gelwäscherei*”. Como se comprova, esta designação foi acomodada por uma corrente quase unânime a nível internacional com claro respaldo em diversos textos de direito comunitário e internacional. No caso lusitano, embora a expressão de branqueamento não tendo sido adotada *ab initio* pelo legislador na epígrafe do anterior artigo 23.º no DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, que referia a “*conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos*”, viu-se adotada no preâmbulo do diploma e na epígrafe do Capítulo III do diploma referido. Um sentido mantido com a alteração legislativa posterior do artigo 1.º do DL n.º 313/93, de 15 de setembro. Pode-se assim afirmar que as terminologias mais usuais correspondem ao “branqueamento”, “lavagem” e “reciclagem”. Todas estas remetendo para a ideia de um procedimento destinando a afastar algo que tem uma mácula, “limpando-a” através de um método de legitimação. No entanto, alguns autores colocam a tónica que este conjunto de terminologias não se mostram como ajustadas para identificar de forma particularmente conveniente este fenómeno criminoso nos termos do sentido jurídico-penal. Entre esses autores, podemos referir Rodrigo Santiago, Godinho e Canas como críticos destas expressões. O primeiro considerado que a terminologia mais acertada seria a “reciclagem” (Santiago, 1999: p. 363, nota 1), num sentido similar, os outros autores entendem que este fenómeno não pressupõe a alteração da qualidade do dinheiro de forma intrínseca, mas sim constitui um processo de dissimulação da sua proveniência ilícita (Godinho, 2001: p. 28ss; Canas, 2004: p. 13-14) – uma modificação sobre a representação externa. Porém, acabam ambos por concluir pela utilização da expressão branqueamento, por um lado, pela amplitude de acolhimento recebido por parte da legislação (Santiago, 1999: p. 363, nota 1; Canas, 2004: p. 14), por outro, pelo entendimento de não terem ainda sido avançadas outras expressões com um sentido jurídico mais ajustável àquela realidade. (Godinho, 2001: p. 28-30) A discussão à volta das diferentes propostas acaba assim por produzir um resultado estéril em termos práticos. Daí entendemos que as diferentes possibilidades avançadas devem ser conjugadas com os efeitos próprios da prática do crime e da própria letra da lei, e aí é inegável que a designação de branqueamento possui uma abrangência assinalável. Com efeito, não entramos na linha das críticas referidas, como tal, ao longo deste trabalho, iremos recorrer de modo sistemático a esta expressão jurídica, conforme o entendimento perfilhado pela maioria da literatura portuguesa e internacional, até porque, esta própria definição parece

da sua vigência, existindo um conjunto de prismas que podem ser enunciados em acontecimentos históricos. O mais tradicional é aludir à conexão com o crime organizado, principalmente nas décadas de 20 e 30, na cidade de Nova Iorque e Chicago, nos EUA, onde se destacava a liderança do italo-americano Alphonse Capone, que canalizava muitos dos fundos ilícitos obtidos pelas práticas criminosas da sua organização para redes empresariais de lavandarias automáticas²⁶⁴, as quais era proprietário, instrumentalizando tais entidades empresariais para aproveitar o reforçado fluxo de valores monetários, inerente à circulação de um negócio deste tipo, para criar uma aparência de legitimidade dos proveitos recolhidos, através de uma mistura entre fundos lícitos e ilícitos, bem como manipulando a faturação, para dessa forma dissimular a (real) proveniência criminosa. Está aqui previsto aquele sentido de “lavagem” para afastar/eliminar a mácula, criando-lhe uma nova aparência face a terceiros²⁶⁵. Foi partindo desta realidade, que ocorreu uma cunhagem de um procedimento que, no nosso entender, teve um reflexo posterior no acolhimento da *President’s Commission on Organized Crime* nos EUA²⁶⁶.

representar o mais detalhado possível o conteúdo do tipo legal de crime. Não é uma terminologia isenta de críticas, mas, de todas as avançadas, parece-nos a mais adequada e, naturalmente, é a que recolhe um maior acolhimento internacional. E que na evolução da legislação portuguesa acaba por vingar, com a sua manutenção até a sua disposição mais atual do CP (art. 368º-A), bem como em diplomas avulsos (com a ressalva de alguns deles se referirem ao branqueamento de capitais). A terminologia foi assim absorvida e recebeu um maior acolhimento no seio do discurso e da dogmática do direito penal, nas práticas judiciais e nos jurisconsultos. Não se podendo ainda desvalorizar o acolhimento pelos recetores das normas que na sua própria visão, em termos do senso comum e significado jurídico, reconhecem aqueles procedimentos como efeitos de branquear.

²⁶⁴ Outros autores referem que a designação de branqueamento tem a sua origem da utilização de empresas de lavagem automóvel. (Braguês, 2009: p. 7)

²⁶⁵ Sobre as questões terminológicas e evolução histórica, por todos: Paúl, 1993: p. 47; Godinho, 2001: p. 26-27; Braguês, 2009: p. 7; Canas, 2004: p. 12-14; Schneider, 2010: p. 2; Bravo, 2010: p. 354; Reis, 2017: p. 157; Silva, 2017: p. 208; Nance, 2018a: p. 112. Para Fernández Bermejo a terminologia é mais recente e surgiu com a identificação das operações realizadas para legitimar os proveitos criminosos decorrentes de atividades de tráfico de estupefacientes por parte de organizações colombianas que envolviam grandes volumes de capitais. (2016: p. 239) Há outros autores, como White (2010: p. 3) e Pais (2004: p. 28-29), que apontam a origem da expressão do branqueamento com o escândalo Watergate, assim empregada por um dos participantes num esquema de financiamento político ilegal para descrever as atividades praticadas de legitimação dos proveitos com origem ilícita.

²⁶⁶ A comissão do Presidente dos EUA sobre Criminalidade Organizada foi criada pela Administração Reagan pela ordem executiva 12435, em 1984. O objetivo proposto da comissão era produzir uma análise sobre o fenómeno do crime organizado nos EUA e da legislação e medidas conexas

O que se mostra como certo pela convergência destas posições, é que o fenómeno do branqueamento não é recente, representando uma atividade ilícita praticada desde longa data²⁶⁷. Porém, o relevo dado a esses fenómenos criminosos viu-se bastante limitado até a década de 70 e 80 do século passado, quando houve uma mudança de paradigma, emergindo preocupações mais concertantes sobre a repressão do tráfico de

vocacionadas para atuar sobre este tipo de criminalidade. O relatório final, produzido em março de 1986, apresentou diversas recomendações sobre o melhor caminho para reprimir este tipo ilícito, e reconheceu a estrita interligação simétrica entre o crime organizado e o branqueamento. Uma das suas conclusões foi a imperatividade da criminalização federal do tipo legal de branqueamento – o que veio a ser realizado. É de destacar que esta comissão apresenta uma definição do crime de branqueamento como *“is the process by which one conceals the existence, illegal source or illegal application of income, and then disguises that income to make it appear legitimate”*.

²⁶⁷ Como afirmam diversos autores, como Pinheiro (2002: p. 604-605) e Bandeira (2016: p. 28), o fenómeno da ocultação e legitimação do branqueamento de vantagens provenientes de atividades ilícitas até pode ser encontrado em etapas históricas anteriores às assinaladas. Não se pretendendo fazer uma exaustiva evolução histórica, pode-se apenas referir que a ocultação dos proveitos criminosos andou simbioticamente conectada com as práticas ilícitas. Como mero exemplo pode ser referidas as atividades dos piratas que operavam no oceano Atlântico no século XVII, que utilizavam os designados “portos de abrigo” – figuras em certo sentido afins dos “paraísos fiscais” e das zonas francas em termos qualitativos –, que pretendiam atrair os vastos recursos originados pelos ataques dos corsários aos navios das frotas das potências europeias. Pretendiam tais agentes legitimar a proveniência daqueles proventos através de uma certa troca de produtos com os colonos que atuavam legalmente no “novo mundo” – aproveitando os “lucros” das atividades criminosas. Uma atividade que chegou mesmo a ser impulsionada por determinados Estados - ou seja, tendo o benoplácito do poder público –, como constitui exemplo a Inglaterra que ofereceu aos piratas a manutenção dos proveitos criminosos que possuíam e o perdão total dessa prática. (Duarte, 2002: p. 16) Outros autores vão ainda a momentos históricos mais antecedentes, aqui se invocando o contexto da idade média quanto aos comportamentos usuários (então entendida como um pecado mortal), onde os agentes, para evitar a sua “condenação terrena e sacramental”, recebiam os valores de juros e procediam a um conjunto de práticas materialmente similares às empregadas atualmente no branqueamento para camuflar a real proveniência daqueles ganhos usuários. Cfr. neste sentido, Pinheiro (2002, p: 604, nota 4) e Santos (2010: p. 107-108). No entanto, devemos destacar que os procedimentos anteriormente referidos nunca chegaram a atingir o nível de lesividade como no cenário atual. É sobre este *novus* específico, quanto ao refinamento e operacionalidade do branqueamento, que pretendemos aludir e sobre o qual incide o nosso estudo. O que pode ser concluído, é que mesmo em fases anteriores, os agentes criminosos sempre tiveram por finalidade produzir uma conveniente aparência lícita para os lucros das suas práticas criminosas.

estupefacientes²⁶⁸, principalmente nos EUA²⁶⁹, e a associação dos proveitos lucrativos originários dessas práticas com as práticas branqueadoras (Pinheiro, 2002: p. 604-605) e se começou a reconhecer os recentes efeitos da globalização. Pois, atendendo ao volume gerado, até então os proveitos criminosos recolhidos, ou tinham pouca expressão em termos quantitativos²⁷⁰, por, essencialmente, ser praticado de forma singular e inusitada, ou os processos tradicionais de tutela da criminalidade e confisco se mostravam como suficientes. Foi, portanto, a conexão entre o tráfico de estupefacientes e as práticas de branqueamento que se mostrou como paradigmática ao fundamentar a atenção prioritária dos legisladores nacionais e a recomendação da tipificação criminal por diversos instrumentos internacionais – v.g. a associar estas duas matérias a Convenção de Viena de 1988 e a Convenção do Conselho da Europa de 1990. E, com reflexos no direito português, o Decreto-lei n.º 15/93, de 22 de janeiro, o primeiro diploma a consagrar o branqueamento em Portugal, e que, progressivamente, veio a ser alvo de um conjunto de alterações legislativas que vieram expandir o leque de crimes precedentes admitidos na nossa lei interna²⁷¹. Sensivelmente, a partir dessa altura, foi também reconhecido o potencial lesivo do crime organizado²⁷², passando-se a introduzir no pensamento da

²⁶⁸ Cfr. Canas (2004: p. 51). De acordo com o já expedito na parte I deste trabalho, a repressão dos proveitos criminosos originários de práticas do tráfico de estupefacientes representa um dos vetores sobre os quais incidia a legislação agressiva do “*war on drugs*”, na década de 80 dos EUA. E mais recentemente constitui um eixo essencial do “*war on terror*” na qual a repressão do branqueamento também é entendida como forma de limitar o financiamento das organizações terroristas.

²⁶⁹ Entendido, embora não de forma unânime, como o primeiro ordenamento jurídico a tipificar as condutas de branqueamento. Outros autores propõem o início da tipificação do branqueamento noutros ordenamentos jurídicos, como são avançados os casos da ordem jurídica italiana em 1978, através do DL 59/1978, de 21 de Março, que se converteu na lei 191/1978, de 18 de Maio, no seu artigo 648 bis (“*Riciclaggio*”), destinadas a atingir os proveitos recebidos por delitos de sequestro (assim relacionados com o branqueamento) com origem em organizações de crime organizado (Godinho, 2001: p. 101; Terra de Olivera, 2016: p. 361; Martínez, 2017: p. 39-40), ou da República Federal Alemã através do § 29 (1) da *Betäubungsmittelgesetz* em 1981. (Santiago, 1999: p. 374, nota 43) Embora seja de reconhecer que os reforços de todas estas tipificações são enquadráveis no mesmo lapso temporal correspondente à década de 80 do século passado.

²⁷⁰ Salientando este sentido, Pinheiro (2002: p. 604).

²⁷¹ Ver em mais detalhe o capítulo 6.

²⁷² No mesmo sentido: Santiago, 1999: p. 364-366; Godinho, 2001: p. 251; Davin, 2002: p. 109; Pinheiro, 2002: p. 606; Díaz-Maroto Y Villarejo, 2010: p. 255-258; Rodríguez, 2015: p. 94; Silva, 2017: p. 209. Pode-se mesmo dizer que o branqueamento cresceu e progrediu muito associado ao crime organizado,

opinião pública e das instâncias de repressão criminal a objetividade em reprimir a propagação desse fenómeno através do estabelecimento de novos meios de resposta penal, face ao (progressivo) aperfeiçoamento das práticas delituosas. Como refere Stratenwerth, na esteira de Paolo Bernasconi, o surgimento da criminalização do branqueamento foi decorrente da necessidade de atingir fortemente essas organizações criminosas, eliminando a sua fonte de financiamento²⁷³. (Stratenwerth, 2005: p. 86) A finalidade era através da deteção dos proveitos ilícitos conseguir associar as práticas de branqueamento às organizações de criminalidade organizada – uma ideia historicamente alicerçada no célebre caso da punição criminal do chefe da máfia de Chicago Alphonse Capone, que acabou or não ser condenado pela prática de actividades criminosas organizadas extremamente lesivas (como o tráfico de substâncias proibidas, coação física, homicídios, etc...) que lhe proporcionaram vastos proveitos ilícitos por não se conseguir fazer prova criminal de tais actos, mas sim por delitos de natureza fiscal por não ter declarado (ao nível tributário) tais proveitos com origem criminosa. Ou seja, a investigação criminal passou a deslocar-se para uma vertente de deteção dos valores ilícitos. Neste contexto, o branqueamento assumiu primazia.

O branqueamento é um tipo legal de crime que pressupõe uma atuação sobre uma vantagem ilícita. Para tal, pressupondo um enquadramento prévio de algum crime primário de onde resultem produtos lucrativos – onde se pode incluir um vasto conjunto de crimes, como o tráfico de droga, armas, pessoas, crimes económico-financeiros, crimes informáticos, burlas, etc... –, como forma de obtenção de proveitos materiais que, numa fase subsequente, necessitam de ser introduzidos no mercado legal o que remete para o processo de branqueamento. O que explica que esta tipologia criminal seja principalmente referida na sua modalidade de branqueamento de capitais, porque a movimentação de proveitos ilícitos em valor fiduciário mostra-se, pela sua natureza, o bem mais usualmente convertido para criar essa aparência de legalidade. Sem que se acabe por decair no erro de referir este tipo ilícito como só verificável no domínio dos capitais – como é frequentemente associado por ser mais acessível para a compreensão e experiência comum dos destinatários sem conhecimentos jurídicos –, porque não é essa a única

embora não se reduza só a esse tipo de critério criminológico, podendo naturalmente existir atos de branqueamento sem estarem associados ao crime organizado.

²⁷³ Igualmente salientando este sentido: Mendes, Reis, & Miranda (2008: p. 795). É de reconhecer o paradigmático método de investigação aplicado pelo célebre magistrado Giovanni Falcone quanto á apreensão dos registos bancários para seguir o designado “*money trail*” das organizações mafiosas.

qualidade de bem que pode ser objeto de uma operação de branqueamento, podendo suscitar uma ideia errónea que somente os capitais podiam ser objeto da prática desse ilícito. Contudo, de acordo com o tema proposto do nosso trabalho e da necessária restrição temporal deste estudo, será principalmente sobre esta modalidade de branqueamento sobre a qual incidiremos.

De acordo com o suprarreferido, os efeitos negativos deste tipo de criminalidade são projetados sobre determinadas funções da sociedade, como as realidades, económica, política e social. É certo que a intensidade dos danos não é uniforme, bem como os seus efeitos podem não ser sempre visíveis de forma instantânea, podendo variar de acordo com a intensidade dos recursos ou do projeto dos agentes branqueadores. Desde logo, porque quando estivermos perante organizações criminosas estar-se-ia perante uma exposição mais intensa onde são efetuadas operações mais complexas e sofisticadas, por sua vez, no caso de atos isolados de operações de conversão ou dissimulação, já inexistente aquele potencial de domínio ou condicionamento do tecido social, não obstante pequenos focos de branqueamento poderem, no seu conjunto e cumulativamente, envolver quantias de elevado valor sobre as quais não podem ser desconjurados os efeitos nocivos no campo económico e social. Com custos mais significativos no caso dos países em desenvolvimento²⁷⁴, face à sua maior fragilidade, e, inversamente, menor resiliência apresentada quanto confrontados com aqueles efeitos.

Na vertente económica, o crime de branqueamento (de capitais) pode produzir efeitos prejudiciais no específico setor de um determinado ordenamento jurídico quando se esteja perante o envolvimento de levados proveitos criminosos, que podem ser analisados em duas realidades: um impacto macroeconómico e microeconómico.

Ao nível macroeconómico, as práticas branqueadoras tem potencial para produzir efeitos prejudiciais nos mercados financeiros, através da introdução de uma distorção resultante dos elevados montantes envolvidos, com capacidade de criar uma flutuação monetária com notórias manifestações negativas no sistema de financiamento externo através do aumento dos custos a esse acesso (taxas de juro), retirando credibilidade ao próprio sistema global de uma determinada jurisdição e, dessa forma, afastando possíveis investidores (nacionais e estrangeiros) que não se querem ver envolvidos em mercados identificados e maculados com práticas ilícitas – investimento que é de particular importância num país como o nosso, como exemplificado pela última crime financeira –

²⁷⁴ Salientando este ponto (Schott, 2013: p. 11-12)

, ou que não querem sofrer os prejuízos económicos de um mercado comprometido. Estamos perante uma possibilidade de destabilização do funcionamento regular e da integridade do setor económico, porque as mercadorias em circulação podem ser alvo de (fundadas) dúvidas sobre se existe uma mácula quanto à sua real natureza. (Brandão, 2002: p. 21; Pinheiro, 2002: p. 605) É ainda de ressaltar a vertente de modificação do destino territorial dos capitais de investimento, pela faceta, decorrente da mundialização da economia, dos agentes branqueadores deslocarem fundos para jurisdições onde os graus de controlo sejam menos restritos, representando uma inexata distribuição dos recursos, e um aproveitamento por parte daqueles criminosos da carência de investimento por parte de determinados países. (Ferreira, 1999: p. 312) Por outro lado, e atendendo especificamente os proveitos legítimos que se associam a práticas ilegítimas, ainda se pode verificar uma perda de recursos fiscais através do aumento dos casos da fraude fiscal que limitará as receitas tributárias. (Pais, 2004: p. 31) No caso específico do setor financeiro, temos ainda de salientar que o envolvimento em atividades branqueadoras gera uma perda de respeitabilidade das instituições financeiras e, de forma mediata, resulta numa diminuição das próprias receitas (depósitos ou empréstimos bancários) consequente da perda de clientes que não se querem ver associados a possíveis práticas ilícitas. Podendo mesmo originar a limitação de financiamento externo (seja o Banco Central Europeu, ou investimento estrangeiro) associadas a escândalos de branqueamento ou quando estejam domiciliadas num país de risco. Ou, pelo menos, tal representando um aumento dos seus custos de acesso ao financiamento pelos investidores reconhecerem o maior risco económico. Por sua vez, o mercado bolsista também se torna um alvo particular dos efeitos negativos, por poder existir um desvirtuar completo da formação de preços e o valor nominal das empresas, tendo um papel determinante ao atingir o cerne do funcionamento do mercado económico. A que se associam outros crimes de mercado como a manipulação de preços e o *inside trading*²⁷⁵. (Almeida, 2004: p. 40-41)

Para além desta análise, são ainda projetadas consequências prejudiciais ao nível microeconómico. Nesta linha, quando envolvidas pessoas jurídicas, fazem eco situações de concorrência desleal com capacidade de influir sobre o mercado como um todo, em virtude de os atores (coletivos) económicos, que detêm uma fonte ilícita, poderem competir de forma desleal com os concorrentes que se pautam por uma atuação em conformidade com a lei. Isto porque aquelas entidades com financiamento criminoso

²⁷⁵ Sobre os efeitos mais particulares quanto ao mercado bolsista, veja-se: Almeida (2004: p. 40ss).

possuem avultados recursos financeiros gratuitos ou a baixo custo, o que lhes permite uma disponibilização de bens e serviços a preços incomparativamente inferiores aos dos seus concorrentes, pois não se importam com os custos operacionais nem com os resultados económicos. Podendo existir a criação de medidas artificiais dos preços do mercado, através de políticas que não se mostram como possíveis aos seus concorrentes (ou seja, aqueles que sigam um padrão legítimo de ação). Isto porque a sua intervenção no setor económico é apenas dirigida à preservação ou aumento dos seus proveitos criminosos. Por outro lado, as pessoas jurídicas que marcam a sua atividade por uma prática legítima vêem-se confrontadas com um concorrente desleal e (economicamente) inigualável no campo concorrencial, podendo colocá-las numa situação de graves dificuldades financeiras ou mesmo de insolvência, excluindo-as do mercado e deixando o espaço aberto para a proliferação das empresas ilegítimas²⁷⁶. (Brandão, 2002: p. 21; Martínez, 2017: p. 180-181) Uma vez que a sua atividade é disforme, os desígnios pretendidos pelos agentes branqueadores são marcados por investimentos entendidos como “estéreis”, em que a flutuação de preços se mostra como reduzida, ou instrumentalização por entidades coletivas para procederem ao branqueamento, criando um contraste com um clima de desenvolvimento económico “normalizado”, amplamente condicionando o desenvolvimento e produtividade de uma determinada economia (Schott, 2013: p. 18-19), bem como podendo criar um sistema económico paralelo. (Schneider, 2010: p. 3ss) Em suma, tal poderá produzir efeitos ao nível do aumento do desemprego; impossibilitar a distribuição equitativa dos rendimentos (a justiça social); eliminação de uma verdadeira concorrência e da iniciativa privada; ou no monopólio de determinados setores da económica por organizações criminosas, o que afeta o desígnio económico português e o paradigma europeu do mercado único.

Outro aspeto negativo das práticas branqueadoras é evidenciado no campo político, uma vez que o branqueamento vai fomentar o poder financeiro destas organizações, possibilitando uma vertente condicionante e de controlo sobre os marcos

²⁷⁶ Nesta linha de pensamento sobre a distorção das premissas básicas do setor económico, entre outros: Bottke, 1998: p. 11; Guedes Valente, 2004: p. 305; Canas, 2004: p. 18; Pais, 2004: p. 31; Fernández Bermejo, 2016: p. 213-214. O que em situações limite pode significar um controlo monopolista de um determinado setor, quando realizado por uma organização criminosa que, detendo um potencial ilegítimo de liquidez financeira, tenha a possibilidade de concretizar esse intento. (Faria Costa, 1999: p. 306)

das decisões político-administrativas, através das práticas corruptivas²⁷⁷, infiltrar ou corromper estruturas judiciárias para paralisar a aplicação da justiça. É certo que este é um cenário que só se coloca no caso de organizações criminosas, porque os atos de branqueamento singulares não possibilitam esta realidade – mesmo as práticas de corrupção não permite afirmar um certo domínio sobre o aparelho estatal.

Do somatório destas duas realidades surge o desvio sobre as estruturas sociais²⁷⁸, pois são atingidos os pilares essenciais da sociedade e um enfraquecimento das instituições democráticas. Para além de projetar sobre a sociedade a ideia que o crime pode compensar, não só pela sua associação aos delitos antecedentes, mas também para a promoção e renovação contínua das práticas criminosas. Em suma, este diagnóstico permite inserir as práticas branqueadoras como uma das consequências mais cintilantes da sociedade de risco, especialmente quando integradas numa dinâmica organizada e sistemática efetivada no seio de uma entidade coletiva – em que os procedimentos elaborados são mais complexos e os proveitos criminosos a dissimular são quantitativamente superiores.

Estes efeitos são ainda ampliados pelas características já analisadas da globalização, nomeadamente pela possibilidade de deslocação acessível dos fluxos e mercadorias no espaço transnacional, bem como a prestação de determinados serviços em paraísos fiscais permitindo uma translocalização (dos produtos ilícitos) para jurisdições mais acessíveis de determinados fluxos, que se caracterizam por conter: mercados financeiros relativamente estáveis; maior nível de sigilo bancário; e um sistema mais frágil de controlo e fiscalização do branqueamento. Com efeito, pode-se referir o branqueamento como um tipo legal paradigmático ao absorver os principais pressupostos da globalização (inclusive uma lógica de domínio e expansão da razão calculadora). Analisando esta realidade, certos autores referem que o crime de branqueamento representa “(...) *um ilícito visceral ao próprio sistema económico capitalista*”, no qual o sentido de afirmação e aplicação das medidas neoliberais potenciam um conjunto de pressupostos que acabam por representar um obstáculo para a prevenção de práticas criminosas como o financiamento do terrorismo (Bandeira, 2016: p. 28) – bem como do

²⁷⁷ Veja-se neste sentido: Bottke, 1998: p. 8; Ferreira, 1999: p. 312; Oliveira Ascensão, 1999: p. 339; Guedes Valente, 2004: p. 306; Canas, 2004: p. 18; Nance, 2018a: p. 112-113. Um exemplo foram as atividades da máfia italiana nas décadas do 80 e 90 do século passado, na qual existiu um elevado nível de interligação entre essas organizações e o poder político e económico dominante.

²⁷⁸ Cfr. Ferreira (1999: p. 313) e Pais (2004: p. 31-32).

próprio branqueamento. Até podemos ir mais longe e considerar o branqueamento como um “ilícito visceral” da própria criminalidade de cunho aquisitivo (basta pensar que muitas vezes depois da prática de um ilícito de onde derivem produtos criminosos verifica-se, à *posteriori*, uma certa prática branqueadora, até pela natureza ampla conferida ao branqueamento no direito português e internacional).

Face a todo este potencial funesto, foi marcado no cerne da política criminal a necessidade de atuar face ao branqueamento através do estabelecimento de barreiras para limitar este tipo de práticas criminosas. Um sentido transversal e amplamente reconhecido como sendo imprescindível no campo do direito penal dos diversos ordenamentos jurídicos, essencialmente por promoção e clara influência de diversos instrumentos comunitários e internacionais aos quais o nosso país se vinculou. Este acolhimento por respostas mais punitivas no branqueamento foi derivado do reconhecimento da incapacidade da adequação da resposta penal vigente para atingir a procura ilícita de bens e evitar a prática das atividades criminais a montante, constando o legislador que os tradicionais “post-delitos” (v.g. recetação, favorecimento ou auxílio material) e os mecanismos tradicionais de confisco e perda de vantagens criminosas não se mostram como apropriados para conseguir uma resposta criminal efetiva, de forma a desaconselhar essa prática e inquinando o aproveitamento dela. Isto pois embora o branqueamento comunge de alguns elementos intrínsecos aqueles “post-delitos” (pela sua natureza composta e secundária), principalmente quanto à figura da recetação, as suas teleologias acabam por se diferenciarem materialmente. (Bottke, 1998: p. 14) Bem como, pelos efeitos do branqueamento se projetarem num sentido mais transpositivo do que outros pós-delitos. Pelo contrário, a recetação – e, por maioria de razão, os outros pós-delitos – possui um escopo mais limitado, detendo uma direção para uma criminalidade interna e assente no afrontamento do bem jurídico patrimonial. (Ramos, 2004: p. 56-57) Na verdade pode-se entender o branqueamento como um verdadeiro *plus* da recetação. (Lourenço Martins, 1999: p. 451)

É então compreensível o acolhimento (em certa medida) acrítico da positivação destas condutas para obstaculizar ao seu aproveitamento pelos agentes criminosos – uma vertente também verificável perante a própria expansão dos ilícitos típicos precedentes geradores de vantagens ilícitas²⁷⁹. Não podem ser desvalorizadas as exigências de

²⁷⁹ Aqui temos de fazer uma ressalva doutrinária, pois acontece é que as mais recentes medidas adstritas à criminalização do branqueamento têm partido de uma certa lógica de afirmação político-criminal

prevenção geral e especial do crime de branqueamento, sob pena de se criarem inevitáveis barreiras ao normal desenvolvimento do Estado de Direito Democrático. Ao criar uma particular tipicidade e ilicitude jurídico-penal, o legislador português seguiu o padrão devidamente consolidado internacionalmente e comum nos ordenamentos jurídicos

que, reconhecendo a dificuldade de reprimir os crimes a montante, tem originado que o legislador venha deslocando as medidas de repressão criminal para um sentido mais envolvente através da repressão aos factos a jusante (o que em si mesmo significa a redução da importância de atuação face aos primeiros). Este sentido tem sido alvo de várias questões doutrinárias, sobre se o legislador não estará a inverter os fundamentos da política criminal ao secundarizar as causas dos proveitos ilícitos – os crimes primários –, em face dos resultados dessa prática – através da criminalização do branqueamento. Faria Costa reconhece que o empenho político-criminal deve ser dirigido para os crimes precedentes que geram os proveitos ilícitos, havendo uma atuação sobre a origem das práticas criminosas e não as suas consequências (ou seja, “as causas e não os efeitos”). Invocando a ineficácia da finalidade política criminal da repressão do tráfico de estupefacientes – o autor ainda escreve numa fase em que o branqueamento estava principalmente articulado aos proveitos do tráfico de droga –, tem originado um maior destaque prestado aos proveitos financeiros resultantes de atividades *ex ante* como forma de se atingir uma repressão eficaz. Reconhecendo, como base comparativa, que a criminalização dos comportamentos de recetação não resultou numa diminuição significativa com a diminuição dos crimes contra o património – até porque a criminalidade primária e o crime de branqueamento, embora interligadas, não se sobrepõe de forma obrigatória. Na sua opinião, o legislador deve assumir que a estratégia política-criminal principal passa pela repressão do branqueamento, ocorrendo um reajuste do alinhamento estratégico da ação político criminal para uma focagem no fenómeno do branqueamento. No entanto, sem beliscar a legitimidade e necessidade de criminalização do branqueamento, remete para o direito administrativo a adoção de mecanismos de controlo dos movimentos e operações financeiras, tecendo diversas críticas quanto à punibilidade do incumprimento dos deveres referentes à cominação da proveniência dos valores sob pena de originar a violação do segredo profissional, o que poder-se-á traduzir num sacrifício imensurável dos valores em confronto. (Faria Costa, 1999: p. 312-314) Segundo Mendes, Reis, & Miranda, o sistema penal tende a desmerecer a investigação dos fenómenos precedentes face ao ilícito do branqueamento, perdendo, através da deslocação de um pêndulo para outro, a *ratio legis* da criminalização do branqueamento. Para os autores o investimento da política criminal deverá ser direcionado para a origem dos proveitos, até porque os métodos aplicados pelos branqueadores são na sua dimensão prática entendidos como infinitos o que representa uma dificuldade para o sistema penal. (Mendes, Reis, & Miranda, 2008: p. 801-802) Outros autores seguem um caminho semelhante, Fernando Torrão salienta este como o plano concreto primário do branqueamento no contexto da política-criminal atual. (Torrão, 2016a: p. 532-533) Porto, aludindo às críticas elaboradas na doutrina teutónica quanto à perseguição criminal do branqueamento não poder constituir uma forma de atingir o crime organizado, questiona-se se não é necessário recentrar a perseguição criminal nos delitos antecedentes e fomentar as medidas de apreensão e confisco se estivermos perante uma organização criminosa. (2011: p. 316) Pensamento análogo detido por Terra de Oliveira (2016, p. 41-42).

européus e anglo-saxónicos. Assim, entendemos a incorporação do tipo ilícito de branqueamento, em sentido amplo (nas dimensões preventiva e substantiva), no direito positivo português como necessária, em consonância com o princípio da ofensividade e com outros princípios constitucionais, como o da proporcionalidade em sentido amplo, decorrente da inerente gravidade do fenómeno e que entendemos como um valor congregado pela sociedade correspondendo a um bem jurídico fundamental digno de tutela penal. O que, de certa forma, foi igualmente aclamado como a solução correta pela esmagadora maioria da doutrina, como patente desta forte preocupação. Mas, o reconhecimento do potencial danoso do branqueamento não se restringiu só à sua positivação no direito penal, a sua amplitude jurídico-penal teve ainda reflexos em outros aspetos do direito substantivo e processual decorrente da especificidade da repressão da grave criminalidade – com especial destaque para o crime organizado e económico-financeiro –, e as conseqüentes dificuldades face à dinâmica transnacional, resultando na afirmação de um conjunto de medidas específicas para a prevenção, investigação ou repressão desta criminalidade, muitas vezes confrontando frontalmente com direitos fundamentais dos visados, o que se certa forma aproxima alguns dos seus pressupostos às características do “direito penal de risco”, em face dos limites e excepcionalidade da sua aplicação. Tomemos, como exemplo, ao nível do direito substantivo, a progressiva ampliação do catálogo e o alargamento da sua punibilidade no espaço. Porém, é nos regimes processuais que se notam as maiores manifestações²⁸⁰. Desde logo, voltamos a referir que o tipo legal de branqueamento integra o conceito legal de criminalidade altamente organizada o que apresenta reflexos ao nível da admissibilidade de

²⁸⁰ Atualmente, em termos do direito processual penal já se fala da consagração do princípio da oportunidade como forma de se atingir com maior sucesso prático a descoberta da verdade material e a apreensão dos proveitos ilícitos, numa aproximação ao modelo de *plea-bargaining* norte-americano. Aqui se apontando como vantagens a possibilidade de uma justiça negociada ou consensual, bem como facilitando o confisco dos proveitos com origem criminosa, evitando a sua introdução no sistema económico e recuperando o ente estatal os proveitos ilícitos. Uma vertente doutrinária que defende um maior espaço de atuação conferido ao MP, no domínio da criminalidade económico-financeira, de modo a conseguir na prática uma considerável eficácia. (Torrão, 2016b: p. 162-163)

determinados meios de obtenção prova²⁸¹; da aplicação das medidas de coação²⁸²; a admissibilidade de uma ação encoberta para o crime de branqueamento, nos termos do artigo 2.º, alínea m), da lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto (com a redação dada pela Lei n.º 61/2015, de 24 de Junho); por último, é de assinalar o regime especial de recolha da prova, quebra do segredo profissional e perda de bens a favor do Estado, instituído pela lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, no qual se inclui o crime de branqueamento (art. 1.º, número 1, alínea h) desta lei), permitindo a aplicação de um conjunto de meios de obtenção de provas (como a derrogação do segredo bancário para determinadas instituições e indivíduos e controlo de contas bancárias e de pagamento, o registo de voz a imagem, e o regime de perda de bens a favor do Estado²⁸³). Estamos perante o outorgar

²⁸¹ Por simples exemplo, a busca domiciliária só pode ser admitida no prazo entre as 21 e as 7 horas, em casos de criminalidade altamente organizada (segundo o disposto no artigo 177.º, número 2, alínea a) do CPP; ou do disposto no artigo 34.º, número 3 da CRP, que proíbe a entrada durante a noite no domicílio de alguém sem o seu consentimento, salvo autorização judicial no caso da criminalidade altamente organizada; ou da admissibilidade das escutas telefónicas quanto aos crimes integrantes da criminalidade altamente organizada (cfr. artigo 187.º, número 2, alínea a) do CPP).

²⁸² Na aplicação da prisão preventiva, quando as outras medidas de coação se mostram como desajustadas e insuficientes, de acordo com o artigo 202.º, número 1, alínea c) do CPP, ou de alargamento do prazo máximo da prisão preventiva (artigo 215.º, número 2, alínea e) do CPP).

²⁸³ Em traços gerais, o regime da perda de bens a favor do Estado ocorre quando exista uma condenação pela prática de um crime de branqueamento (ou outro crime de catálogo), estabelecendo-se uma presunção de proveniência criminosa à diferença entre o valor do património do arguido e aquele que se mostre como congruente com os seus rendimentos lícitos (número 1 do artigo 7.º desta lei). É entendimento do legislador que a condenação por um crime do catálogo é suficiente, em conexão com aquela diferença entre o valor patrimonial congruente com os seus rendimentos, para sustentar a presunção jurídica que os mesmos tenham procedência criminosa (presunção que, naturalmente, admite prova em contrário). Segundo o número 2, é entendido como património do arguido os bens: que estejam na titularidade do arguido ou aqueles sobre que detenha o domínio ou benefício, quer esteja na titularidade de outras pessoas singulares ou coletivas, à data da constituição como arguido ou posteriormente (alínea a); os que tenham sido nos cinco anos anteriores à sua constituição como arguido transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante uma contraprestação irrisória (alínea b) – embora a lei não seja taxativa sobre se a presunção recaí sobre os negócios feitos com terceiros a este título gratuito ou com uma contraprestação bastante reduzida, é entendimento maioritário na doutrina que tal não acontece, sendo responsabilidade do MP comprovar que tal negócio teve por finalidade dissipar património com proveniência criminosa dentro dos cinco anos antecedentes à constituição de arguido (Dias, 2010: p. 46; Marques, 2012: p. 302); que tenham sido recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à sua constituição, mesmo que não se consiga determinar o seu destino (alínea c). Dentro deste conceito amplo de património englobam-se os juros, lucros

de medidas específicas para o tipo de criminalidade mais grave, o que sustenta, em justa medida, o impacto pela natureza sobre os direitos fundamentais dos visados, que se mostram como constitucionalmente legítimas, desde que tais diligências se mostrem como indispensáveis para a descoberta da verdade material e de acordo com o seu regime processual específico. E como muitos destes pontos colocam em causa os direitos fundamentais dos visados, deverá haver uma intervenção fundamentada do juiz de instrução criminal a autorizar tal diligência probatória, sempre temperada com o princípio constitucional da proporcionalidade.

É ainda de ressaltar, face ao desiderato transnacional, multidiversificado, assente em várias camadas de atuação e projetado através de práticas sistemáticas por diversos agentes criminosos, é necessária uma atuação a diferentes tipos de colaboração entre as diversas entidades de repressão criminal, um sentido direto, e entre os próprios Estados, em sentido indireto. Tornando-se como exigível uma articulação concertada e especializada, tendo em vista um conjunto de intercâmbio de informações ao nível da

e outros benefícios obtidos com bens que estejam nas condições previstas no regime geral do artigo 111.º do CP (segundo o disposto no número 3 do artigo 7.º do regime especial de recolha de prova). De acordo com o artigo 8.º, números 1 e 2 deste diploma, a promoção processual da perda de bens é efetuada através da liquidação na acusação ou até ao 30.º dia anterior à data designada para realização da primeira audiência de discussão e julgamento, por parte do MP, do montante que deve ser adquirido a favor do Estado. Subsequentemente, são notificados da liquidação o arguido e o seu defensor, abrindo a possibilidade de o arguido provar a origem lícita dos bens que decompõe o seu património, ilidindo a presunção legal (artigo 9.º, número 1). Podendo fazer uso de qualquer meio de prova válido em processo penal (artigo 9.º, número 2), nomeadamente provando que os bens foram adquiridos através de rendimentos lícitos (artigo 9.º, número 3, alínea a); estavam, ao momento da sua constituição como arguido, na sua titularidade há pelo menos cinco anos (alínea b); ou que tenham sido adquiridos pelo arguido com rendimentos obtidos no período temporal da alínea anterior (alínea c). Embora a presunção penda sobre o arguido – no caso de não a conseguir ilidir será decretada a perda de bens –, denota Reis a possibilidade de a prova poder ser produzida oficiosamente a pedido do tribunal de acordo com o artigo 340.º, números 1 e 2 do CPP. (Reis, 2017: p. 174) Assim, ao MP é necessário demonstrar que se está perante um crime do catálogo e que o arguido possui um património que não é congruente com os seus rendimentos legítimos, em que este diferencial é presumido como constituindo vantagem criminosa. (Silva, 2017: p. 218) Uma vez que esta presunção incide sobre o património do arguido (que não se mostre como congruente com os seus rendimentos) e não sobre a sua culpa, inexistente a presunção de culpabilidade que seria inconstitucional no nosso ordenamento jurídico. (Dias, 2010: 39ss; Marques, 2012: p. 315-316) Para além deste regime, é ainda estabelecido nos artigos 10.º e seguintes um regime especial de arresto, quando haja fortes indícios de que os proveitos criminosos tenham uma origem ilícita, destinado a garantir e salvaguardar uma posterior perda de bens a favor do Estado.

comunidade internacional e a implementação de medidas e estratégias eficientes, visando a repressão das práticas criminosas do branqueamento. Com especial relevância para esta dinâmica é a coordenação com jurisdições *offshores*, permitindo o estabelecimento de canais de comunicação otimizados com as várias entidades envolvidas²⁸⁴. Assim, é imprescindível um estreitar da cooperação internacional e uma aproximação das legislações entre os diversos ordenamentos jurídicos com vista a atuar com eficiência sobre o tipo de criminalidade mais lesivo. Este caminho tem sido conseguido, principalmente no espaço europeu, através de um duplo pilar: por um lado, através de alguns progressos na tentativa de uniformização do Direito, e, por outro, da dinamização da cooperação entre os vários Estados²⁸⁵. (Almeida, 2010: p. 101-102) Embora a disparidade legislativa continue a ser elevada, pelo menos fora do espaço europeu.

Assim, com a mutação do sistema político e económico para uma dimensão mundial, chegou-se ao resultado que o crime de branqueamento constitui um problema transversal a diversos ordenamentos jurídicos que, aos poucos, foram concluindo pela necessidade de uma política contra estas condutas²⁸⁶. Tal é demonstrado pelo impulso de diversas recomendações, declarações e orientações na dimensão internacional, nomeadamente pelas Nações Unidas e União Europeia, com o objetivo de prevenir e eliminar o branqueamento, impulsionando a instituição de medidas mais uniformes que se mostrem como adequadas para a prevenção daquela criminalidade e punição dos infratores.

A nossa discussão será agora por ordem de importância dos principais instrumentos jurídicos, com relevo na entidade emissora e de forma cronológica, mas incidindo sobre os principais textos legislativos, uma vez que estas recomendações, declarações, orientações e programas internacionais refletiram-se necessariamente nas opções tomadas pelo legislador português, tanto a nível de prevenção como de repressão do branqueamento.

²⁸⁴ Em sentido crítico, é de destacar que, embora os Estados tenham percebido a necessidade de rebater o fenómeno de branqueamento através de uma marca mais vincada quanto à sua prevenção e repressão, continuam a atuar de forma inerte quanto aos paraísos fiscais e zonas *offshores*, muito aproveitados para aquelas mesmas práticas criminosas. (Brandão, 2002: p. 17)

²⁸⁵ No espaço europeu é de ressaltar a criação de entidades destinadas a fomentar essa cooperação como a Eurojust, a Europol, a rede judiciária europeia ou o regime do mandato de detenção europeu.

²⁸⁶ Sobre isto por todos: Faria Costa, 1999: p. 308; Godinho, 2001: p. 18-19; Landrove Díaz, 2010: p. 404-405; Terra de Oliveira, 2016: p. 20ss.

4.1

4.1 Diplomas das Nações Unidas

As Nações Unidas foram a primeira organização internacional a alertar para a necessidade de repressão dos comportamentos do branqueamento. O relevo assumido por este organismo no campo do combate ao branqueamento foi conatural à sua estrutura intergovernamental e capacidade para adotar convenções internacionais com força jurídica vinculativa e coerciva para os Estados signatários. No caso específico do branqueamento, a ONU pugnou por uma aplicação efetiva através de um conjunto de convenções internacionais impulsionando o estabelecimento de medidas de harmonização ao nível da cooperação internacional e auxílio judiciário. Numa fase inicial, ainda relativa a práticas de branqueamento conexas com o tráfico de estupefacientes, mas, posteriormente, vindo o seu domínio material a ser alargado a outros crimes precedentes.

4.1.1 Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de 1988

A partir dos anos 80, ao nível da ONU, estabeleceu-se uma série de diligências no sentido de incrementar a legislação internacional para estabelecer, com maior consistência e acuidade, uma resposta unitária ao fenómeno do tráfico de estupefacientes. Num primeiro momento, as Nações Unidas instituíram duas declarações políticas: a primeira correspondente à publicação por parte da Assembleia Geral de 14 de dezembro de 1984 da Resolução n.º 39/141, referida como “*Campanha Internacional contra o Tráfico de Drogas*”; e da Resolução n.º 39/142, “*Declaração sobre a Luta contra o Narcotráfico e o Uso Indevido de Drogas*”. Estas diligências acabaram por concluir na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de 1988²⁸⁷. A sua finalidade foi apelar a uma atuação transnacional de repressão do narcotráfico, possibilitando que os Estados possam adequar a sua lei penal a estas novas realidades criminosas, que projeta os seus efeitos nocivos ao nível de danos

²⁸⁷ Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 29/91, de 20/06, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 45/91, de 06/09. Publicada no Diário da República I – A, n.º 205, de 06/09/1991, disponível em:

<http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_NU_contra_trafico_ilic_estupefacientes_sbst_psicotropicas.pdf>. (Consultado em 07/07/2019).

na saúde (de amplos setores da população mundial), as ameaças à soberania, à segurança e à estrutura fundamental do Estado.

Analisando os pontos mais importantes para o nosso estudo, existiu um alerta dos Estados signatários para a exigibilidade de repressão do branqueamento de capitais, como forma de responder ao tráfico de estupefacientes através da privação dos proveitos e benefícios de prática de tal ilícito, inquinando o incentivo fundamental (dos agentes criminosos) para essa atividade. Este reconhecimento da conexão entre o tráfico de droga e o branqueamento dos proveitos dele resultantes partiu muito da influência impulsionadora dos EUA (país maioritariamente atingido pelas práticas de tráfico de drogas) – e que sustenta a associação da figura criminal do branqueamento naquele ordenamento jurídico –, o que veio transformar e dinamitar uma mudança de atitude na aceitação internacional da criminalização deste tipo ilícito²⁸⁸. Pode-se entender a Convenção como o primeiro documento jurídico internacional com capacidade vinculativa a versar sobre a necessidade de positivação do branqueamento no direito penal dos diversos Estados, embora não o designe expressamente, apenas consagrando um conjunto de condutas que devem integrar este tipo legal de crime, descritas pela primeira vez nos termos do artigo 3.º número 1:

1. A conversão e transferência de bens, com conhecimento da proveniência desses bens do tráfico de estupefacientes, ou da participação nessas infrações, com a finalidade de ocultar ou dissimular a origem criminosa dos bens ou de auxiliar a pessoa envolvida na prática dessas infrações a furtar-se às sanções jurídicas pelas suas condutas (art. 3.º, número 1, alínea b), ponto i);
2. A ocultação ou dissimulação de certas categorias de bem, origem, localização, disposição, movimentação, ou a propriedade real de bens ou direitos relativos a esses bens, com conhecimento da sua proveniência do tráfico de estupefacientes ou de atos de participação nessas infrações (art. 3.º, número 1 alínea b), ponto ii);
3. E, de acordo com os princípios constitucionais dos ordenamentos jurídicos dos países signatários, a aquisição, detenção ou uso dos bens, com o conhecimento, na altura da sua receção, da proveniência ilícita do tráfico de estupefacientes ou de participação nessas infrações (art. 3.º, número 1, alínea c), ponto i).

²⁸⁸ Tal como é partilhado por Godinho (2001: p. 68-69) e Terra de Oliveira (2016: p. 29).

As duas modalidades típicas subsumidas na alínea a) e b), devem ser positivadas em toda a sua extensão por constituírem a gênese do processo branqueador. Em relação à alínea c), a Convenção expressamente permite que a tipificação seja efetuada de acordo com os princípios constitucionais dos Estados signatários. Portanto, nos casos da aquisição, posse ou uso dos bens com proveniência ilícita, podem os Estados optar por não positivar as condutas no seu ordenamento jurídico. Esta descrição da execução típica representa um afirmar de critérios que devem nortear o movimento de criminalização do branqueamento nos diversos ordenamentos jurídicos, passou a inscrever-se como base jurídica inicial das condutas do branqueamento e com manifestos reflexos nas suas evoluções posteriores.

Quanto ao elemento subjetivo procede à exigência do conhecimento da proveniência ilícita dos bens ou produtos resultantes do crime, não restringindo este conhecimento ao dolo direito, podendo admitir-se as outras modalidades de dolo. É também previsto no diploma que o conhecimento da proveniência ilícita dos bens pode ser aferido de acordo com as circunstâncias objetivas (art. 3.º, número 3). Esta sustentação tem por fundamento o reconhecimento da dificuldade de comprovação por parte do agente criminoso da atuação com dolo. Assim, quando tais circunstâncias objetivas estejam preenchidas no caso concreto, dever-se-á considerar o dolo como preenchido (com particulares consequências no caso do dolo eventual).

O diploma internacional vai mais além na adoção de medidas para fazer frente ao tráfico de estupefacientes, como seja a necessidade de adoção de sanções proporcionais e dissuasivas (art. 3.º, número 4, alínea a), e, ao nível processual, reforçando o instituto da perda dos proventos oriundos das práticas criminosas, bem como o acesso mais facilitado a dados bancários por parte das autoridades competentes e promoção dos procedimentos de cooperação (artigos 5.º e seguintes).

Por conseguinte, é de salientar o pilar fundamental que este diploma constituiu, como o primeiro instrumento internacional na égide das Nações Unidas a impulsionar (expressamente) a criminalização do branqueamento para um conjunto de países, reconhecendo a necessidade de tutela penal sobre estas condutas de prevenção²⁸⁹ e afrontamento deste fenómeno criminoso, impulsionando a cooperação internacional e o

²⁸⁹ Para diversos autores, a vertente preventiva tem uma clara prevalência, na qual se destaca o paradigma das medidas de identificação e conservação de informações sobre operações financeiras. (Terra de Oliveira, 2016: p. 38-39)

confisco dos proveitos dos delitos. Estamos perante o primeiro “degrau” de uma evolução legislativa no contexto de uma (longa etapa para) repressão do branqueamento, embora aqui ainda inteiramente relacionado com o tráfico de estupefacientes. Este sentido foi amplamente absorvido no domínio internacional, como exemplificado pelo elevado número de ratificações que se seguiram, no qual se inclui a ordem jurídica portuguesa e propagando uma evolução legislativa seguida em diversos diplomas internacionais²⁹⁰.

4.1.2 Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional de 2000

Posteriormente, pela constatação da expansão do crime organizado transnacional foi reconhecida a necessidade de estabelecer uma política-criminal mais efetiva para prevenir e reprimir esta categoria criminológica. Por conseguinte, a 15 de novembro de 2000, foi instituída a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional²⁹¹, destinada a promover a cooperação para prevenção e repressão do

²⁹⁰ A instituição de diplomas internacionais sobre esta matéria por parte das Nações Unidas não se ficou por aqui. Logo em 1990, surgiu a Informação do grupo de especialistas intergovernamentais para o estudo das consequências económicas e sociais do tráfico ilícito de drogas, decorrente da iniciativa do Secretário-geral da ONU através da Resolução n.º 44/142 da Assembleia Geral, instituindo um conjunto de sugestões que deveriam ser seguidas por parte dos Estados, que podem ser agrupadas: a) na sugestão da ratificação da Convenção de Viena aos Estados que ainda não a tinham subscrito, com o fim de dotar a sua aplicação de um substrato mais envolvente; b) a sugestão de adoção de medidas de controlo face às instituições financeiras ou não financeiras onde se institua um maior risco quanto às práticas de branqueamento; c) sugestão da criação de mecanismos de comunicação por parte das entidades financeiras ou determinados profissionais, aquando de operações suspeitas, tendo como destinatários as autoridades públicas. Quanto às sugestões vocacionadas para as entidades financeiras ou outras equiparadas: o aconselhamento da instituição de mecanismos de identificação dos clientes e do beneficiário efetivo; análise de operações financeiras suspeitas ou incomuns; e comunicação no caso de verificação dessas suspeitas (este cumprimento do dever de comunicação de boa-fé não pode ser constituído como uma quebra do segredo profissional, nem implicar qualquer tipo de responsabilidade sobre o funcionário, quer sobre a entidade). (Terra de Oliveira, 2016: p. 61)

²⁹¹ Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004, de 02 de abril de 2004, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2004, de 02 de abril de 2004. Publicada no Diário da República I-A, n.º 79, de 02/04/2004, diploma disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_nu_criminalidade_e_organizada_transnacional.pdf>. (Acesso 17/07/2019).

fenómeno da criminalidade organizada transnacional. Em traços gerais, o diploma procede a uma harmonização internacional quanto a este tipo de criminalidade de forma a precluir a possibilidade de as organizações criminosas aproveitarem as brechas extraterritoriais existentes na extensão internacional através da deslocação das suas práticas para ordenamentos jurídicos menos estritos.

Também, partindo da associação entre o crime organizado e o branqueamento, o diploma visa adequar a lei penal dos estados para a instituição deste tipo legal de crime. De acordo com o artigo 6.º, número 1 da Convenção, exige-se que os Estados-parte estabeleçam como infração penal, em conformidade com o seu direito interno, quando sejam cometidas de forma intencional:

1. A conversão ou transferência de bens, quando o autor tenha conhecimento da proveniência desses produtos da prática de um crime antecedente, com o objetivo de ocultar ou dissimular a sua origem ou auxiliar qualquer pessoa envolvida na prática de uma infração criminal às consequências jurídicas dos seus atos (art. 6.º, número 1, alínea a), ponto i);
2. A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimento ou propriedade dos bens ou direitos a ele relativos, com conhecimento de que esses bens são produtos do crime (art. 6.º, número 1, alínea a), ponto ii);

E, de acordo com os princípios básicos dos seus ordenamentos jurídicos, estabelece a possibilidade de as jurisdições criminalizarem:

1. A aquisição, posse ou utilização de bens, desde que o agente tenha conhecimento, no momento da sua receção, da proveniência criminosa dos bens (art. 6.º, número 1, alínea b), ponto i);
2. A participação em qualquer das infrações estabelecidas em conformidade com este artigo, assim como qualquer associação, conspiração, tentativa ou cumplicidade com vista à prática das mesmas, ou a prestação de auxílio, assistência, facilitação e aconselhamento da prática dessas infrações. (art. 6.º, número 1, alínea b), ponto ii).

Como se comprova a tipificação penal do branqueamento defendida nesta Convenção é essencialmente similar com a definida para a Convenção de Viena de 1988. Apenas com a ressalva de admitir uma maior gama de crimes precedentes em virtude da

dimensão do crime organizado. Devendo estas infrações ser aplicadas ao maior número possível de infrações principais, aqui se incluindo os designados crimes graves estabelecidos no artigo 2.º do diploma – punidos com pena privativa de liberdade igual ou superior a quatro anos, bem como no caso dos ordenamentos jurídicos que apliquem um leque de crimes específicos ficam adstritos à criminalização no seu direito interno dos ilícitos mais associados ao crime organizado – e as infrações previstas nos artigos 5.º, 8.º e 23.º do diploma – participação numa organização criminosa, corrupção e obstrução da justiça.

Estamos aqui perante a constatação que as organizações criminosas atuam tendo em vista a obtenção de proveitos lucrativos, respondendo com a promulgação de medidas tendentes à harmonização internacional da legislação do branqueamento quando praticado no seio de uma organização criminosa de forma sistemática, atingindo um afrontamento aos lucros destes grupos ao reduzir os estímulos de fomento dos proveitos criminosos. Ainda dentro deste domínio, no artigo 7.º são estabelecidos um conjunto de medidas de prevenção e controlo sobre entidades bancárias, instituições financeiras ou outras entidades que apresentam um elevado grau de exposição a este fenómeno. Devendo os Estados-parte adotarem uma regulamentação preventiva, na qual se ressalva como procedimentos fundamentais a identificação de clientes, a manutenção de registos e comunicação de operações suspeitas (art. 7.º, número 1, alínea a). Para além, de apontar a necessidade das diversas autoridades cooperarem e trocarem a informação a nível nacional e internacional, nos termos do direito interno, na qual se constitui a possibilidade de considerar o estabelecimento de agências de informação com o objetivo de proceder a uma análise, recolha ou partilha de informação de acordo com o direito interno (art. 7.º, número 1, alínea b). Também se prescreve a possibilidade de aplicar proveniências para, com sujeição das necessárias salvaguardas quanto à informação, controlar as operações transfronteiriças de movimentos financeiros e de títulos negociáveis. Essa fiscalização pode dar-se através do estabelecimento do dever de comunicar operações suspeitas a partir de um determinado valor para empresas e particulares no caso de transferência transfronteiriças de capitais (art. 7.º, número 2).

Quanto ao elemento subjetivo, o diploma meramente refere o dolo, não especificando qual o tipo de dolo. Numa interpretação histórica, e tendo em vista as claras semelhanças com o diploma anterior, deve-se entender a conformidade com a aplicação do dolo eventual. Mantendo-se a possibilidade de este ser inferido a partir das circunstâncias fáticas objetivas (art. 6.º, número 2, alínea f). Outra das inovações

conferidas corresponde à possibilidade dos Estados-parte não admitirem, de acordo com os princípios do seu direito interno, quanto ao círculo de autores que podem praticar o tipo legal de crime de branqueamento, o agente do facto ilícito típico antecedente (art. 6.º, número 2, alínea e)²⁹². Por fim, admitindo a extraterritorialidade do facto ilícito, desde que a conduta ilícita em causa represente crime no território parte em questão e no Estado em que se aplica a Convenção (art. 6.º, número 2, alínea c) – ou seja, exige-se a dupla incriminação.

É também de realçar o reconhecimento efetuado pela Convenção da importância que uma entidade empresarial pode assumir no seio do crime organizado e do branqueamento devido à alta complexidade proporcionada pela sua dinâmica coletiva. Como tal, prevê o princípio da responsabilidade das pessoas coletivas quanto às matérias aqui em apreço (art. 10.º), exigido que os Estados-parte estabeleçam a responsabilização das pessoas coletivas que participem em infrações graves envolvendo um grupo criminoso organizado e que cometam as infrações previstas nos artigos 5.º, 6.º, 8.º e 23.º desta mesma Convenção (segundo o art. 10.º, número 1). Podendo a responsabilidade ser de natureza penal, civil ou administrativa, de acordo com os princípios do ordenamento jurídico em vigor (art. 10.º, número 2), devendo as infrações ser punidas com sanções eficazes, proporcionais e naturalmente dissuasoras (número 4).

Por tudo, a evolução trazida por esta Convenção prende-se com a expansão do catálogo dos factos precedentes, reconhecendo a fiabilidade de aplicar medidas preventivas para evitar as práticas branqueadoras, e constituindo uma etapa evolutiva quando comparada com o diploma anterior, que foi mantida em diplomas posteriores.

4.1.3 Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003

A realidade social e internacional da sociedade moderna elevou o problema das práticas corruptivas a um patamar de exigibilidade da sua repressão ao nível nacional e internacional. Esta particularidade originou o firmar por parte das Nações Unidas desta Convenção contra a Corrupção²⁹³, concluída em 31 de outubro de 2003, na cidade de

²⁹² Em linha com a Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Deteção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime de 1990 (cfr. ponto 3.2.9).

²⁹³ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, de 21 de novembro, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 97/2007, de 21 de novembro de 2007. Disponível:

Mérida no México, com a finalidade de promover a cooperação entre os diversos países signatários na repressão daquelas práticas corruptivas que afetam a integridade da sociedade e podem colocar em causa o Estado de Direito Democrático. Sem dúvida que o branqueamento tem particular relevância neste aspeto, pela derivação das práticas corruptivas possibilitarem a circulação de capitais ilícitos, entendendo-se a prevenção e repressão do branqueamento como uma vertente essencial para a repressão da própria corrupção. Uma realidade assinalada logo ao nível do preâmbulo.

Neste contexto é de indicar que o branqueamento é expressamente abordado de forma secundária em virtude de o objetivo central do documento ser o afrontamento da corrupção e, em parte, a recuperação dos ativos empreendidos para essa prática delituosa. Assim, nos termos do art. 23.º da Convenção, é instituído um novo mandato de criminalização internacional do branqueamento nos mesmos termos conceptuais do art. 3.º da Convenção de Viena e art. 6.º da Convenção de Palermo (*infra* referidos). Estabelecendo ainda a consagração da exigência da dupla incriminação dos crimes precedentes para punição do branqueamento quando ocorra um elemento transnacional (art. 23.º, número 2, alínea c). Como se comprova a Convenção contra a Corrupção de 2003 apresenta uma linha de constância e solidificação quanto à definição do branqueamento, em linha com os diplomas anteriores.

Cada Estado deve ainda incluir, em linha com os diplomas anteriores, um conjunto de medidas internas de regulamentação e supervisão bancária (ou para determinadas instituições não financeiras), dirigidas para prevenção de tais atividades criminosas e impedir a introdução de proveitos ilícitos no mercado. Entendendo-se como essenciais as medidas de identificação de clientes, dos beneficiários efetivos das operações financeiras, da manutenção dos registos, e denúncia de transações que se instituem como suspeitas (art. 14.º, número 1, alínea a). No mesmo sentido, refere-se a necessidade de os Estados signatários adotarem medidas para controlar os movimentos transfronteiriços de capitais e títulos negociáveis, estabelecendo garantias de uma adequada utilização das informações obtidas (art. 14.º, número 2). Como sejam a necessidade de comunicar transferências a partir de um determinado montante, ou comunicar os elementos de identificação dos membros (art. 14.º, número 3), e estabelecendo um esforço unitário com o objetivo de repressão do branqueamento através da promoção da cooperação entre as

<https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. (Acesso 17/07/2019)

diversas entidades para o cumprimento da regulamentação financeira (art. 14.º, número 5).

4.1.4 Legislação contra o branqueamento do IMoLIN

Terminada a análise sobre esta tríade de diplomas principais adotados pelas Nações Unidas, que, de forma mediata, versam sobre o branqueamento, devemos ainda neste contexto referir uma abordagem prática desenvolvida no seio deste organismo para incrementar a harmonização legislativa internacional.

Por conseguinte, os esforços empreendidos pela ONU acabaram por resultar no estabelecimento de um Programa Mundial contra o Branqueamento de Dinheiro, Ganhos Derivados do Delito e Financiamento do Terrorismo (“*Global Programme against Money Laundering, Proceeds of Crime and the Financing of Terrorism*”), e que se encontra sobre a alçada do Gabinete sobre as Drogas e o Crime da ONU. Este modelo tinha por objetivo fortalecer as normas jurídicas de repressão do branqueamento e financiamento do terrorismo, através da promoção de partilha de informação sobre práticas de branqueamento, da cooperação para a identificação e confisco de bens com proveniência ilícita, assistência técnica e formação profissional das autoridades de repressão dos diversos Estados membros.

Com a mesma finalidade foi criada uma parceria de instituições internacionais integrada num organismo designado como *International Money Laundering Information Network* (IMoLIN)²⁹⁴, estabelecido em 1998 sob a égide das Nações Unidas, administrada e gerida pelo programa mundial em representação de um conjunto de organizações internacionais²⁹⁵. A rede do IMoLIN é uma base de dados onde se centraliza

²⁹⁴ Para maiores desenvolvimentos sobre este organismo, veja-se: <https://www.imolin.org/imolin/en/about_us.html>. (Acesso 17/07/2019).

²⁹⁵ As organizações integrantes deste organismo são as seguintes: Grupo Ásia-Pacífico sobre o branqueamento de capitais (*Asia Pacific Group on Money Laundering*); a Força de Ação Financeira das Caraíbas (*Caribbean Financial Action Task Force*); o Secretário da *Commonwealth* (*Commonwealth Secretariat*); o Conselho da Europa *Moneyval* (*the Council of Europe – Moneyval*); o Grupo da África Oriental e do Sul Anti-branqueamento de dinheiro (*the Eastern and Southern Africa Anti-Money Laundering Group*); O Grupo Euroasiático (*the EuroAsian Group*); o Grupo da Ação Financeira Internacional (GAFI); o Grupo de Ação Financeira sobre Branqueamento de Capitais na América do Sul (*the Financial Action Task Force on Money Laundering in South America*); no Grupo de Ação Intergovernamental contra o Branqueamento de Capitais na África Ocidental (*the Inter-Governmental*

um conjunto de informações e análise de diversas legislações penais sobre o branqueamento, permitindo o acesso a referências bibliográficas e estudos apresentados sobre esta realidade criminal, apresentando legislações penais modelo para servir como referência harmonizadora no domínio das medidas de prevenção e repressão do branqueamento e financiamento do terrorismo.

Neste campo, consideramos que o diploma mais importante para o nosso estudo corresponde à adoção de uma Lei Modelo sobre Branqueamento de Capitais e Financiamento de Terrorismo, publicada em 1 de dezembro de 2005, instituindo um conjunto de medidas legislativas vocacionado para os sistemas jurídicos de direito continental com o objetivo de prevenir e sancionar o fenómeno do branqueamento e financiamento do terrorismo²⁹⁶. Ao nível dos conceitos, estes mantem-se ao mesmo nível das Convenções anteriormente. No título II prescreve-se elementos de prevenção do branqueamento mediante procedimentos de controlo aduaneiro e a obrigação de declaração de bens com acesso à comunicação de entidades específicas, como é o caso das Unidades de Inteligência Financeira (UIF), podendo a entidade competente apreender certos valores quando exista a suspeita que os mesmos são decorrentes de uma fonte ilícita ou destinados ao financiamento do terrorismo (art. 2.1.1.º), e abrindo a possibilidade de os Estados aplicarem limites no seu ordenamento jurídico aos pagamentos em numerário ou instrumentos negociáveis ao portador com valor elevado (art. 2.1.2.º); medidas de transparência em organizações financeiras (art. 2.2.1.º); deveres de identificação dos proprietários e controlo acionista das pessoas coletivas (art. 2.2.2.º); igualmente, prescrevendo-se a identificação de clientes (singulares ou coletivos) e aplicação de práticas de *due dilligence* pelas instituições financeiras e não financeiras (e suas subsidiárias), para além de determinados profissionais (2.2.3.º). Um conjunto de mecanismos variável de acordo com o montante de transação, o impacto de risco associado ao cliente e do negócio, a manutenção de registo durante um período de tempo, e instituição de sistemas regulatórios internos, formação profissional dos seus

Action Group Against Money Laundering in West Africa); Interpol; a Organização de Estados Americanos – Comissão Inter-americana para o Controlo e Abuso de Drogas (*Organization of American States - Inter-American Drug Abuse Control Commission*) (traduções nossas).

²⁹⁶ Com reflexos posteriores com a publicação em abril de 2009 da Lei Modelo sobre Branqueamento de Capitais, Financiamento de Terrorismo, Medidas Preventivas, e Proveitos do Crime, agora para os sistemas de *commom law*. Atualizando as medidas com as recomendações do GAFI e outros diplomas internacionais, mas mantendo a essência estrutural anterior.

funcionários, auditorias internas, para o controlo do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, não devendo as entidades executarem as operações quando não sejam possível cumprir os deveres de *due dilligence*. É de destacar a alusão de um *compliance officer* designado pela instituição para ser responsável por implementar o cumprimento da lei e destas práticas na organização (art. 2.2.10.º). No título III, a lei estabelece as medidas operativas das UIF (art. 3.1.º e seguintes), competindo a estas entidades receber, de forma confidencial, as informações de quem tenha a obrigação de comunicar operações suspeitas, bem como as entidades e profissões com o dever de proceder a essa comunicação (art. 3.2.1.º); estabelecendo ainda as obrigações das entidades supervisoras para aplicar o cumprimento das várias disposições deste diploma (art. 3.4.1.º), e normas de direito administrativo sancionador para transgressões a normas de cumprimento (art. 3.5.2.º e ss). O título IV refere mecanismos processuais de investigação do branqueamento e financiamento do terrorismo, onde se destacam operações encobertas ou entregas controladas (art. 4.1.2.º) e proteção da identidade das testemunhas (art. 4.1.3.º); prescrevendo ainda a aplicação de medidas provisórias de apreensão dos bens e instrumentos provenientes das atividades ilícitas, embora reconhecendo o direito dos terceiros que os tenham adquirido de boa-fé (art. 5.1.1.º e 5.1.2.º).

Quanto à definição de branqueamento, esta é mantida sem alterações face a todo o desenvolvimento seguido pelas Nações Unidas²⁹⁷ (cfr. artigo 5.2.1). Neste mesmo artigo, admite-se como possível a imputação penal por branqueamento também ao agente do facto ilícito típico antecedente e a punição do branqueamento por comparticipação, auxílio, participação, ou facilitação da infração penal, com a possibilidade de uma redução da pena em relação à infração principal. Tal conduta ilícita deve ser sancionada com pena de multa, pena de prisão, ou ambas. Também se afirmado a responsabilidade das pessoas coletivas (nos termos do artigo 5.2.5.º), quando uma pessoa individual ou integrante dessa organização, que detenha uma posição de liderança, de acordo com o poder de representação ou autoridade para exercer o controlo no interior da pessoa coletiva, pratique os crimes previstos neste diploma. Podendo as pessoas coletivas

²⁹⁷ Referindo a conversão ou transferência (alínea a); a dissimulação da sua natureza, fonte, localização, disposição, ou propriedade do bem (alínea b); a aquisição, posse ou propriedade (alínea c); e a participação numa organização para comissão, tentativa de comissão, facilitação de algum dos ilícitos previstos neste diploma (alínea d).

também responder juridicamente quando seja por sua culpa que ocorreu a falta de supervisão ou controlo que permitiu a prática de um delito de branqueamento ou de financiamento do terrorismo. Prevendo sanções como multas, encerramento ou liquidação. E quanto aos ordenamentos jurídicos que não admitam a responsabilidade penal para as pessoas coletivas, é suficiente a aplicação de sanções não penais (civis ou administrativas). Por fim, no último capítulo, visa-se estabelecer procedimentos tendentes a conjugar os esforços quanto à cooperação internacional e assistência mútua entre os diversos ordenamentos jurídicos cumprindo o sentido de afirmação de uma harmonização legislativa internacional, que, no final de contas, é o objetivo último da criação do IMoLIN para que as diversas jurisdições possam unificar os seus esforços.

4.2 Normas Europeias

O surgimento da Comunidade Europeia, através do Tratado de Roma de 25 de março de 1957, determinou a necessidade de estabelecimento de uma cooperação mais aprofundada entre os Estados-membros para assegurar o seu progresso económico e social, nomeadamente, através da integração das respetivas economias num espaço económico unitário correspondendo ao mercado comum. Esta incorporação pressupôs, como condição *sina qua non*, a necessidade de estabelecimento de diversos pontos cardiais, como o afastamento das barreiras alfandegárias, através da eliminação ou atenuação da carga dos impostos, e pela aplicação de medidas tendentes da liberdade de trocas e circulação dos capitais e bens. Posteriormente, com o Tratado da União Europeia de 1992, assinado em Maastricht, foi iniciado um mais amplo prospeito de integração europeia através de um crescente aprofundamento e extensão, com o surgimento da União Europeia. A União tem por finalidade proporcionar um desenvolvimento económico de forma sustentável em todo o continente europeu e de promover um espaço de liberdade e solidariedade dos povos através da afirmação de procedimentos comuns em diversas áreas (cfr. art. 3.º TUE). Tal situação é, desde logo, matizada na parte inicial do número 3 do supracitado artigo do TUE, onde se determina que “*a União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social (...)*”. Estes ditos planos remeteram para uma orientação transnacional com capacidade de coordenar as políticas internas e regionais de forma mais rápida no

desenvolvimento comunitário. O seu modelo de funcionamento assentava em três pilares: o primeiro representava o domínio político da Comunidade Europeia, proporcionado pela deslocação de atribuições para a competência comunitária nas matérias estabelecidos pelos Tratados; o segundo pilar era constituído pela política externa e da segurança comum, introduzido por este Tratado da União Europeia, dispondo a possibilidade de serem empreendidas medidas comuns no domínio da política externa (Gomes, 2009: p. 94-95); no que respeita ao terceiro pilar, este versava sobre a cooperação no campo da justiça e dos assuntos internos, no qual se enquadra esta matéria no domínio penal e judicial com vista a salvaguardar a segurança e integridade dos cidadãos europeus. Foi, essencialmente, no âmbito deste terceiro pilar que se foi desenvolvendo diversas matérias jurídicas no domínio da união²⁹⁸, que iremos analisar de seguida.

Até o estabelecimento deste Tratado era taxativo que a Comunidade Europeia não detinha competências diretas no domínio penal para impor aos Estados-membros a modificação das suas legislações internas para abarcar determinados comportamentos. Tal cenário, originou que os órgãos comunitários tiveram na primeira Diretiva (n.º 91/308/CEE do Conselho, de 10 de Junho de 1991), de se socorrer das suas competências quanto ao mercado interno – partindo dos efeitos do branqueamento sobre o tecido económico-financeiro – para emitir legislação, mas sem uma prescrição de uma obrigação penal sobre os Estados, o que resultou na impossibilidade da diretiva impulsionar a modificação da legislação interna (através da respetiva transposição) com força obrigatória no campo da criminalização de condutas carentes de tutela penal, mas apenas a sua proibição²⁹⁹. Porém, embora seja verdade que o normativo se refira a uma simples proibição, desde os seus trabalhos preparatórios que é claramente assinalado que o seu sentido teleológico é vocacionado para conferir uma resposta punitiva, que, no entanto, voltamos a referir, a Comunidade não detinha competências para impor. Como aliás, os Estados reconheceram ao assinarem uma Declaração anexa àquela Diretiva onde se comprometiam a consagrar no seu direito interno o tipo penal de branqueamento de capitais. Dando azo à conclusão de Blanco Cordero de que os membros comunitários não criminalizaram aqueles comportamentos de forma (i)mediata através da Diretiva, mas sim de forma mediata com a Declaração anexa. (2004: p. 2-4) Com a instituição do terceiro pilar abriu-se a possibilidade de instituição de legislação mais efetiva, embora ainda sem

²⁹⁸ Cfr. Porto (2011: p. 310-311).

²⁹⁹ Avocando situações de incerteza e clareza sobre esta matéria. (Caeiro, 2018: p. 270-271)

constituir uma obrigação no domínio da matéria criminal. Mas a UE continuou a sustentar-se na proteção do mercado interno para legitimar a emissão das diretivas (UE 2001/97/CE e 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho), nos termos do então artigo 95.º do Tratado da Comunidade Europeia (agora artigo 114.º TFUE) em matérias como a instituição de medidas contra o branqueamento, mantendo a proibição e não a criminalização. (Mitsilegas & Vavoula, 2016: p. 268) A exceção a esta regra acabou por consistir na Decisão-Quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001 (2001/500/JAI), emitida no âmbito do terceiro pilar, mas limitada à proteção dos interesses financeiros da comunidade europeia, onde foi tentado o reforço de uma estratégia integrada contra o branqueamento que envolvia a necessidade da sua criminalização, embora não deixasse de consistir numa questão complexa no domínio do direito comunitário.

Com o reconhecimento da inexistência da competência comunitária nesta matéria penal, veio o Tratado de Lisboa operar um alargamento da competência comunitária através da alteração no direito comunitário originário, que resultou numa referência cristalina e expressa no número 1 do artigo 83.º TFUE³⁰⁰, quanto à possibilidade de adoção de regras mínimas de harmonização pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, através de um ato legislativo comunitário que assume a natureza de diretiva, quanto a definições de infrações penais e instrumentos sancionatórios nos casos da criminalidade entendida como especialmente grave e transfronteiriça, nos quais se inclui o caso do branqueamento (de capitais) e o crime organizado. E, nos termos do número 2, prevê-se ainda a possibilidade de se atingir uma aproximação entre as diversas legislações dos Estados-membros no campo penal em matérias que sejam carecidas de harmonização, assim se estabelecendo através de diretivas uma legislação mínima quanto às infrações penais, sanções e medidas de combate da criminalidade mais grave transfronteiriça. O sentido foi dotar a UE de capacidade para legislar no domínio comunitário um campo mais uniforme e eficiente nestes domínios através desta extensão de competências efetivamente atribuindo competência penal à União neste âmbito³⁰¹. De certa forma reconhecendo a necessidade de se estabelecerem os princípios básicos para se conseguir

³⁰⁰ Segundo este artigo, “o Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de diretivas adotadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infrações, ou ainda da especial necessidade de as combater, assente em bases comuns”.

³⁰¹ Para maiores desenvolvimentos, veja-se Rodrigues (2019: p. 75ss).

uma perspetiva unificadora europeia, sob pena, como assinala Cervini, citado por Terra de Oliveira, dos próprios membros da comunidade aplicarem isoladamente medidas internas, mas, face à sua variabilidade, permitindo aos delinquentes uma seleção geográfica e criando uma desproporcionalidade nos diversos regimes jurídico que não se coaduna com um mercado único. Também se reconhecendo que deixar esta temática para o livre arbítrio dos Estados-membros, para proteger os respetivos sistemas económicos e financeiros, poderiam criar incompatibilidade com o funcionamento do mercado interno e com as normas do Estado de Direito e a ordem pública da UE, o que, no final, exigia a intervenção desta entidade. (Terra de Oliveira, 2016: p. 64) Porém, se atentar-mos mesmo às diretivas mais recentes (n.º 2015/849, de 20 de Maio de 2015, e n.º 2018/843, de 30 de Maio de 2018, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho), adotadas já depois da aprovação do Tratado de Lisboa – em que se admite de forma expressa a competência da União para legislar penalmente em determinadas áreas – foi mantida a invocação expressa da proteção do mercado interno conferida no artigo 114.º TFUE para legitimar a intervenção da União, podendo-se dizer que a UE se resguardou neste âmbito³⁰². Não se podendo incluí-las numa legislação com âmbito penal, como aliás é entendido pelo próprio elemento literal das Diretivas a referirem-se ao precedente da “proibição” do branqueamento³⁰³. (Rodrigues, 2015: p. 214-215, 219-221; Caeiro, 2018: p. 271) Só com a última Diretiva n.º 2018/1673, de 23 de outubro de 2018, do Parlamento Europeu e do Conselho, veio o legislador europeu expressamente invocar o artigo 83.º números 1 e 2 do TFUE, para sustentar a sua competência para legislar relativamente àquelas condutas do branqueamento.

No que concerne ao estudo que vamos empreender sobre a evolução da legislação europeia sobre o domínio do branqueamento, temos de referir que este paradigma foi iniciado com a Convenção de Estrasburgo de 1990, a que se seguiram vários atos jurídicos

³⁰² Esta opção é associada à razão de afastamento da resistência por parte de determinados Estados-membros que entendem aquela intervenção como legítima, porém, quanto a invocação do artigo 83.º do TFUE, poderiam invocar aspetos fundamentais do seu sistema jurídico, principalmente constitucionais, para suspender a aplicação do processo ordinário. (Mitsilegas & Vavoula, 2016: p. 268)

³⁰³ A necessidade de trilhar um compromisso mais vincado entre os países membros tem originando que diversos autores no campo doutrinário e académico se refiram à necessidade de estabelecer um efetivo direito penal europeu. Uma dimensão que sustente o respetivo artigo do TFUE.

comunitários, como recomendações³⁰⁴, decisões-quadro³⁰⁵, mas, posteriormente, estabilizando na categoria das diretivas³⁰⁶. A opção expressa do legislador europeu pela diretiva como o meio legislativo para assumir aquela padronização mínima, permite estabelecer a possibilidade, como refere Fausto de Quadros, de permitir aos Estados-membros, ao transpor a diretiva, a possibilidade de adaptar tais medidas de acordo com as especificidades próprias dos seus ordenamentos jurídicos (2013: p. 457-458), mas sem perder um eixo harmonizador comum face às finalidades a atingir. Este ato legislativo é assim entendido como o instrumento legislativo, com respeito pelo princípio da

³⁰⁴ As recomendações são atos dirigidos aos Estados-membros como forma de ação indireta da autoridade comunitária da Comissão e tendo como finalidade o estabelecimento de soluções de interesse comunitário e de adequação do direito interno dos Estados-membros. Segundo o artigo 288.º TFUE, as recomendações não possuem carácter vinculativo, relevando um carácter consultivo que traduz apenas o carácter técnico da instituição que a emite, pelo que os seus destinatários podem não os acatar. (Gomes, 2009: p. 162)

³⁰⁵ As decisões-quadro, introduzidas pelo Tratado de Amesterdão, procediam à vinculação dos Estados-Membros a um determinado resultado que se pretendia atingir, mas deixando às autoridades nacionais a escolha da forma e dos meios destinados a atingir o fim pretendido. Constituían uma espécie de diretivas inserindo-se no âmbito do terceiro pilar. Viram-se, no entanto, eliminadas pelo Tratado de Lisboa. (Quadros, 2013: p. 473-474)

³⁰⁶ No quadro das competências da União Europeia, existiu uma consolidação da evolução da harmonização pela instituição de diretivas. Ao abrigo do artigo 288.º do TFUE, a diretiva pode ser definida como um ato legislativo através do qual a autoridade comunitária, ao mesmo tempo que fixa aos Estados-membros um resultado que no interesse comum deve ser atingido, permite que cada um deles adote opções internas sobre as formas e meios que considere mais adequados (tendo em conta o seu direito interno) para atingir o resultado pretendido. Ao mesmo tempo, assegura a flexibilidade aos ordenamentos nacionais, mas estabelecendo princípios de uniformidade da atuação e servindo como fonte de integração normativa. As diretivas constituem um meio de harmonização da legislação comunitária com a ordem jurídica interna dos Estados-membros a que se dirigem. Sendo necessário um ato jurídico nacional para lhe dar cumprimento (ao contrário dos regulamentos que tem aplicabilidade direta). (Gomes, 2009: p. 160-161) Assim, para vigorarem no ordenamento jurídico interno devem ser transpostas para o seu direito interno, o que pressupõe o cumprimento por parte dos ordenamentos jurídicos nacionais da alteração da sua legislação com correspondência aos objetivos propostos na diretiva e no prazo destinado. (Quadros, 2013: p. 469-470) No caso de transposição insuficiente, incorreta ou mesmo ocorrendo uma falta de transposição, o Estado-membro encontra-se em incumprimento podendo ser alvo de um processo por incumprimento de acordo com os artigos 258.º a 260.º do TFUE, ou um processo por responsabilidade civil extracontratual a ser interposto nos seus tribunais nacionais, de acordo com o primado do direito comunitário sobre o direito interno. Abrindo-se ainda o princípio de aplicabilidade da diretiva dentro do circunstancialismo elaborado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. (Quadros, 2013: p. 472)

proporcionalidade, para enquadrar a harmonização da legislação aplicável nos Estados-membros às finalidades comunitárias, justificadas pelas exigências da integração europeia. (Quadros, 2013: p. 469)

Estamos perante um sentido “político-criminal” crescente de harmonização pela União Europeia no domínio do branqueamento de capitais³⁰⁷, com indicação característica

³⁰⁷ Um sentido mais amplo integrado numa impulsão de direito penal económico europeu. (Rodrigues, 2019: p. 75-76) Embora não se podendo reconhecer aqui um direito penal europeu *qual tale*, estes instrumentos jurídicos estão inseridos numa estratégia europeia mais vasta. Como sejam de modo exemplificativo: a proteção contra a falsificação de moedas tendo em vista a introdução do euro (Decisão-quadro 2000/383/JAI, JO L 140 de 14/06/2000); a luta contra a fraude e a falsificação de meios de pagamento diferentes do efetivo (Decisão-quadro 2001/413/JAI, JO L 149 de 02/06/2001); ou a luta contra o terrorismo (Decisão-quadro do Conselho 2002/475/JAI, JO L 164 de 22/06/2002, que foi alterada pela Decisão-Quadro 2008/919/JAI de 28/11/2008, JO L 330, de 09/12/2008). No domínio específico do branqueamento é de referir o Plano de Ação de Viena de 1998, no qual se alertou para a existência de proventos com origem criminoso. No ano seguinte, na Cimeira de Tampere de 15 e 16 de outubro de 1999, foram adotados um conjunto de instrumentos para promoção da cooperação no domínio europeu, pelo reconhecimento da exigibilidade de se atingir um acordo sobre a incriminação e sanções comuns quanto à criminalidade mais gravosa onde se inclui o branqueamento de capitais – conclusão 48 e 55 do Conselho. O branqueamento era ainda referido em outros instrumentos de natureza política: o Programa de Haia de 2005 (JO C 236, 24-09-2005); o Plano de Ação do Programa de Haia para reforço da liberdade, segurança e justiça na União Europeia (JO C 198, 12-08-2005), onde se referiu a necessidade de a UE acompanhar a Convenção do Conselho da Europa de 2005 e proceder à segunda avaliação sobre o cumprimento da Decisão-Quadro 2001/500/JAI; o Programa de Estocolmo de 2010 (JO C 114, 04-05-2010) entendendo a exigibilidade de incutir uma maior troca de informações entre as diversas Unidades de Informação Financeira europeias (matéria que deveria ser otimizada no futuro). É de destacar ainda o Projeto de Relatório do Parlamento Europeu (Parlamento Europeu, Comissão Especial sobre a Criminalidade Organizada, a Corrupção e o Branqueamento de Capitais, 2013/2107 (INI), 106.2013, Relator: Salvatore Iacolino) “*sobre a criminalidade organizada, a corrupção e o branqueamento de capitais: recomendações sobre medidas e iniciativas a desenvolver (relatório final)*”, em 10 de Junho de 2013, resultando na apresentação de uma Proposta de Resolução do Parlamento Europeu sobre a matéria, na qual foi reconhecido os meios sofisticados empregados pelos agentes branqueadores e se convidou “*a Comissão Europeia a apresentar até 2013 a sua proposta de harmonização do direito penal em matéria de branqueamento de capitais*”, com especial destaque “*a fornecer, nesta proposta, uma definição comum do crime de auto-branqueamento com base nas melhores práticas dos Estados-Membros e a considerar como infracções subjacentes (ou principais) as consideradas graves na medida em que sejam susceptíveis de proporcionar lucro aos seus autores*”. A necessidade de continuar a trilhar uma aproximação das legislações europeias no campo do branqueamento foi novamente referido no Plano de Ação de Reforço da Luta contra o Terrorismo, na sua comunicação ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 2 de fevereiro de

preventiva e sancionatória no qual se apela para aplicação de procedimentos “*efetivos, proporcionais e dissuadores*”. Mas, verdadeiramente, sem que se possa afirmar uma política criminal europeia cristalina sobre o branqueamento, em virtude do único instrumento comunitário com efeito vinculativo direto para os Estados-membros, até 2018³⁰⁸, adotado pela União nos termos do direito derivado ter sido a Decisão-Quadro 2001/500/JAI, em consequência de condicionalismos quanto à controversa competência para legislar em matéria penal.

Em suma, a legislação europeia atendendo ao branqueamento foi-se desenvolvendo à volta de dois eixos essenciais. O primeiro através da harmonização do direito substantivo conseguido pela aproximação das legislações em face dos interesses a proteger, permitindo evitar o fenómeno do *fórum shopping* no caso do branqueamento pela facilidade da deslocação dos bens e capitais, o que possibilita que os agentes criminosos possam movimentar (com relativa facilidade) as vantagens para o foro jurídico mais conveniente para consumarem o crime. (Almeida, 2010: p. 101-102) Não se conseguindo ir mais além devido à resistência de alguns Estados-membros a uma maior unificação das legislações, conseqüente do *ius puniendi* representar, tradicionalmente, um dos campos mais ligados à (tradicional) soberania nacional. E o segundo ponto correspondente ao reconhecimento mútuo de decisões judiciais proferidas pelos outros Estados-membros (Pinto, 2010: p. 822-824), que deve ocorrer sem a verificação do princípio da dupla incriminação, afastado nos termos do artigo 2.º, número 2 da Decisão-Quadro 2002/584/JAI, de 13 de Junho, relativa ao mandato de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-membros³⁰⁹ – embora, face à natureza do branqueamento, a dupla incriminação acaba por se verificar.

Assim, embora tenham vindo a ser avançados vários instrumentos internacionais na União Europeia com a finalidade de harmonização de respostas frente ao branqueamento, do qual emerge um sentido de atualização das medidas europeias com as orientações do GAFI (cfr. 4.4), e que iremos agora analisar em mais detalhe, devemos

2016 (COM 2016 50 Final). Num sentido mais detalhado sobre esta caminho seguido na legislação europeia, ver: Kolarov, 2013: p. 7-9; Rodrigues, 2015:p. 214-217, 2019: 102ss.

³⁰⁸ Uma alteração conferida com a Diretiva (EU) 2018/1673, de 23 de outubro de 2018, relativa ao combate ao branqueamento de capitais através do direito penal.

³⁰⁹ Instituída no JO L 190 de 18/07/2002.

referir que ainda estamos longe de atingir uma resposta ainda totalmente uniforme³¹⁰, sendo diversa a criminalização das condutas do branqueamento nos diversos países, principalmente justificada pela UE não ter competências de forma clara, até recentemente, para aplicar obrigações diretas aos Estados-membros em matéria penal, tendo inevitavelmente de aguardar a transposição dos diplomas europeus nos diversos ordenamentos jurídicos comunitários.

4.2.1 Recomendação n.º (80) 10 do Conselho da Europa

A partir do final da década de 70 no cerne do Conselho da Europa verifica-se uma intranquilidade política resultante do peso produzido pelas práticas criminosas transnacionais, onde se precisava o próprio fenómeno do branqueamento. Tal cenário projetou uma imagem de exigibilidade de instituição de medidas mais efetivas para afrontar tais práticas.

Aqui é de referir a Recomendação n.º (80) 10 do Conselho da Europa, aprovada em 27 de junho de 1980, que recomenda a aplicação de medidas contra a transferência e ocultação de capitais de origem criminal – “*Measures Against the Transfer and Safekeeping of Funds of Criminal Origin*” –, podendo ser considerada como o primeiro instrumento normativo adotado por um órgão europeu a reconhecer a necessidade do afrontamento do branqueamento através de uma resposta internacional³¹¹.

No seu preâmbulo é destacada a capacidade lesiva da criminalidade especialmente violenta, na qual se inclui o sequestro e roubo, na altura detendo uma prática crescente em diversos países europeus, e que maior temor social projetava sobre esses ordenamentos jurídicos. Existindo um reconhecimento que os proveitos lucrativos

³¹⁰ Em conformidade referindo que a harmonização da legislação europeia é “fraca” tanto do ponto de vista da definição dos comportamentos do branqueamento bem como do catálogo de crimes primários, cfr. Rodrigues (2019: p. 122).

³¹¹ Neste sentido, Santiago (1999: p. 370). Godinho atribui à recomendação um mero precedente no combate ao fenómeno criminoso do branqueamento, mas não o considera um ponto fundamental. (Godinho, 2001: p. 67) Em sentido semelhante, Terra de Oliveira considera que a recomendação só pode ser entendida como um diploma que reconhece a vertente preventiva das instituições financeiras quanto aos delitos suportados por motivos económicos. Citando Fabián Caparrós, refere que a recomendação não tem por finalidade a tutela de um interesse relevante da sociedade, meramente pretendendo advertir para a adoção de mecanismos com o fito de identificar e reprimir determinados tipos ilícitos. (Terra de Oliveira, 2016: p. 53)

constantes das práticas criminosas (nacionais e internacionais) colocam em causa o sistema financeiro, o diploma pugna pela instituição de uma maior coordenação entre os Estados. Em concreto, aconselha o estabelecimento de normas contundentes à repressão da criminalidade transnacional por parte do sector financeiro, surgindo um caminho comunitário de tutela preventiva da atividade bancária, de forma a conseguir o afrontamento do branqueamento por parte das autoridades judiciais e policiais. Neste sentido, recomendou-se a adoção de um conjunto de orientações de controlo no sistema bancário de “*know your customer*”, como seja: a identificação dos seus clientes, em casos de abertura de contas ou realização de depósitos; o aluguer de cofres que só deve ser destinado a clientes de confiança; ou quando ocorram transações financeiras superiores a um certo valor (alínea a), pontos i) e ii) da Recomendação). Acrescem outras medidas como o controlo e reserva de circulação de notas possibilitando o seguimento e estabelecimento da conexão entre aqueles valores com a prática de ilícitos antecedentes (alínea a), ponto iii), e alínea c), e a formação de funcionários das entidades bancárias com a finalidade de conseguirem detetar padrões criminosos (alínea a), ponto iv). O conjunto de medidas representa uma linha ampla de fiscalização de determinados montantes para conseguir chegar aos factos típicos ilícitos que geraram aqueles proveitos.

A relevância deste diploma é decorrente de, pela primeira vez na lógica europeia, se alertar para a necessidade de estabelecimento de uma prevenção da criminalidade violenta, mormente de práticas criminosas de branqueamento, visando fomentar uma mais elaborada cooperação judicial e policial nesta matéria. Embora se tenha de referir estarmos perante uma vertente de afrontamento do branqueamento, no caso, impulsionado meramente medidas de controlo do sistema bancário, não existindo uma efetiva recomendação para a criminalização no plano internacional ou sequer uma harmonização deste ilícito. Devemos então entender que este diploma apenas constitui um “primeiro passo” do reconhecimento efetuado pelas entidades europeias. A partir desta fase o processo exponenciou-se e adquiriu um ritmo mais acelerado com o reconhecimento do potencial lesivo do tráfico internacional de drogas. Logo em 1986, coincidente com o conjunto de mutações legislativas estabelecido em diversos países para o fenómeno do branqueamento, o Parlamento Europeu veio através da Resolução de 9 de Outubro, indagar mais concretamente pelo estabelecimento de procedimentos eficazes tendentes a afrontar os mecanismos de dissimulação dos proveitos ilícitos oriundos da prática de crimes, que depois veio resultar parcialmente na Convenção de Estrasburgo, mas, principalmente, na Diretiva 91/308/CEE, do Conselho, de 10 de Junho de 1991.

4.2.2 Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda Dos Produtos do Crime de 1990

Esta Convenção relativa ao branqueamento, deteção, apreensão e perda dos produtos provenientes de crimes, aprovada em 8 de novembro de 1990 em Estrasburgo³¹² (doravante Convenção de Estrasburgo), constitui um dos principais textos internacionais versando sobre o branqueamento (de capitais) e particularizando ao nível de procedimentos da cooperação internacional. Logo no preâmbulo, acentua-se que o seu objetivo é privar os delinquentes dos produtos resultantes da prática de atividades criminosas, através da afirmação de uma política comum de investigação e criminalização de condutas destinadas a privar os delinquentes dos produtos do delito.

Deve-se acentuar as definições amplas, em linha com a Convenção de Viena, em campos como o “*produto*” da atividade ilícita que pode constituir qualquer vantagem económica proveniente de condutas criminosas (art. 1.º, alínea a), e de “*bens*” como podendo representar um ativo de qualquer natureza (art. 1.º, alínea b). O diploma aproxima-se assim do conteúdo material veiculado na Convenção de Viena, com duas diferenças fundamentais. A primeira correspondente à amplitude do branqueamento, indo este diploma mais longe na sua descrição de “*infração principal*”, estabelecendo que os membros comunitários devem criminalizar um leque mais vasto de condutas criminosas que podem estar relacionadas com o branqueamento, podendo este ser procedente de qualquer atividade ilícita – ao contrário da Convenção de Viena que restringe os crimes precedente à comissão de crimes mais conexas ao tráfico de drogas. Esta amplitude corresponde na nossa ótica principal à inovação introduzida pelo diploma. Mas é ainda de salientar a possibilidade conferida de positivação por parte dos Estados signatários da punição do branqueamento por negligência.

³¹² Não obstante só entrando em vigor em 1 de setembro de 1993. O nosso país assinou a Convenção logo em 1990, embora só a tenha aprovado para ratificação da Resolução da Assembleia da República n.º 70/97, a 13 de dezembro, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 73/97 de 13 de dezembro. Publicada no Diário da República I-A, n.º 287, de 13/12/1997, disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_relativa_branqueamento.pdf>. (Acesso 04/02/2019) O nosso país exerceu a faculdade de reserva segundo o artigo 2.º, alínea a) do Decreto n.º 73/97, de 13 de dezembro, enquadrando o conjunto de crimes precedentes do branqueamento ao catálogo então definido no direito português. (Godinho, 2001: p. 91)

No seu artigo 6.º é determinado um conjunto de condutas entendidas como um ato de branqueamento, que devem ser transpostas para o direito interno pelos países comunitários através de uma injunção das seguintes condutas:

1. Conversão e transferência de bens, desde que o agente tenha conhecimento de que esses bens são produtos criminosos, com o objetivo de dissimular ou ocultar essa proveniência ou de auxiliar qualquer pessoa implicada na prática do ilícito antecedente e a evadir-se às consequências jurídicas da sua conduta (art. 6.º, número 1, alínea a);
2. Dissimulação ou ocultação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimento, a propriedade ou os direitos sobre esses bens, com conhecimento de que esses mesmos bens são provenientes da prática criminosa (art. 6.º, número 1, alínea b);

E, de acordo com os princípios fundamentais inerentes dos ordenamentos jurídicos dos Estados, podem os signatários transpor para o seu direito interno as condutas de:

3. Aquisição, detenção ou a utilização dos bens, em que aquele que os adquire ou utiliza, tem o conhecimento no momento que os recebe da proveniência ilícita dos produtos (art. 6.º, número 1, alínea c).
4. Participação em qualquer das infrações previstas nos termos do presente artigo ou em qualquer organização, acordo, tentativa ou cumplicidade de forma a prestar assistência, auxílio ou aconselhamento com a finalidade da sua prática (art. 6.º, número 1, alínea d).

Nos termos do número 2.º deste artigo, prescreve-se ainda o princípio da extraterritorialidade da lei penal (alínea a) quanto às modalidades geradoras de proveitos criminosos. Com a ressalva na segunda alínea da existência de um erro de tradução para português, prescrevendo a possibilidade de se restringir as infrações criminosas só aos autores da infração principal (alínea b). O sentido original do diploma é permitir que os Estados excluam do círculo de autores do crime de branqueamento os agentes da infração principal, mas esta é uma mera possibilidade, não é uma injunção obrigatória. Importa ainda salientar o apuramento da intenção ou a motivação do agente que pode ser inferido de circunstâncias objetivas (alínea c). Segundo a norma do número 3, do art. 6.º, os países signatários podem adotar medidas que sejam adequadas para, de acordo com o seu direito

interno, instituírem medidas de natureza penal a todas ou a uma parte das condutas referidas no número 1, em todos ou alguns dos casos: quando o agente deveria ter presumido que o bem era o produto de um delito (alínea a); quando tenha atuando com a finalidade de obter um benefício lucrativo (alínea b); ou com a finalidade de facilitar a continuação da atividade delativa (alínea c). Ao nível subjetivo são admitidos os três tipos de dolo, com a já referida possibilidade de os Estados criminalizarem o branqueamento de capitais por negligência³¹³.

4.2.3 Diretiva 91/308/CEE da Comunidade Europeia de 1991

Esta Diretiva, adotada pela Comunidade Europeia, a 10 de Junho de 1991³¹⁴, veio pugnar pela instituição de um sistema de prevenção do sistema financeiro para a prática de atos de branqueamento. A *ratio legis* deste pilar legislativo é assim a salvaguarda da estabilidade do sistema financeiro e do afrontamento jurídico do crime organizado pelo reconhecimento que as condutas de branqueamento fomentam a continuidade dessa prática criminosa, bem como a tentativa de ampliar as medidas para evitar uma migração seletiva entre os diversos países comunitários. Por detrás deste diploma estão não só os procedimentos impulsionados pela Convenção de Viena de 1988 e da Convenção de Estrasburgo de 1990, mas, até com maior relevância, as primeiras recomendações enunciadas pelo GAFI (cfr. 4.4) para evitar a instrumentalização do sistema financeiro para a realização de práticas branqueadoras.

Como já afirmamos, em face da complexidade ao nível da competência legislativa comunitária em sede penal, não foram prescritas obrigações de criminalização do branqueamento, mesmo sendo essa a sua verdadeira finalidade. Em anexo comprometendo-se os Estados-membros a assumir de forma expressa o estabelecimento de medidas penais no seu direito interno para cumprimento das disposições da Convenção de Viena e Estrasburgo. (Brandão, 2002: p. 61; Rodrigues, 2019: p. 109)

³¹³ Que, no entanto, Portugal não prescreveu. O que leva Godinho a afirmar que a Convenção não veio provocar uma mudança no tipo legal de branqueamento em Portugal, porque as suas inovações face à Convenção de Viena não foram acolhidas pelo nosso país devido à reserva formulada. (Godinho, 2001: p. 92-93)

³¹⁴ Publicada no Jornal Oficial nº L 166 de 28/06/1991, disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31991L0308>>. (Acesso 17/07/2019).

As modalidades típicas de branqueamento, nos termos do artigo 1.º da Diretiva, vão no mesmo sentido das anteriores Convenções de Viena e Estrasburgo (tal como o conceito de bens)³¹⁵, exigindo a proveniência ilícita dos bens. Com efeito, são entendidas como modalidades de branqueamento: a conversão ou transferência de bens; e a ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação, ou propriedade de bens ou direitos. É de destacar que as vantagens entendidas como susceptíveis de branqueamento tem de ser provenientes de uma “*atividade criminosa*”, entendendo-se como essa atividade as condutas previstas no art. 3.º, número 1, alínea a) da Convenção de Viena; bem como qualquer atividade tida como criminosa para efeitos da presente Diretiva por cada Estado-membro. É assim instituída a obrigação dos Estados-membros “proibirem” o branqueamento quando provenientes de tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, tendo estes ainda a possibilidade de integrarem um catálogo mais amplo se assim o entenderem. Então pode ser referido que, apesar de só obrigar à proibição do branqueamento de proveitos procedentes do tráfico de estupefacientes, a Diretiva não fechou a porta a um conjunto de crimes precedentes mais amplo, mas não vinculando uma lista taxativa. Segue-se um sentido de tentar promover a harmonização dos intentos face ao branqueamento e do controlo dessas práticas no espaço comunitário. Embora não se possa falar num sentido de harmonização dos instrumentos de “proibição” do branqueamento de capitais nos Estados membros, pois, embora muitos desses países já tivessem instituído essa proibição de acordo com a convenção de Viena, ainda nem todos a tinham realizado. Pode então a Diretiva ser entendida como uma nova recomendação, um reforço, para proceder a essa “proibição” a que acresce uma novidade na introdução de uma data limite para efetivação dessa tipificação em virtude de estarmos perante uma Diretiva que necessita de ser transposta para o direito interno³¹⁶.

Também é de vital importância o papel reconhecido que as entidades financeiras podem ter na prevenção deste fenómeno, daí ser necessário ter uma abordagem cautelosa para obviar à perda de confiança ou reputação do sistema financeiro e contribuindo para

³¹⁵ Absorvendo a definição de branqueamento resultante de uma fonte internacional que criminaliza o branqueamento para efeitos do tráfico de estupefacientes. (Caeiro, 2018: p. 273-274)

³¹⁶ Essa data limite foi estabelecida como sendo o dia 1 de janeiro de 1993 (art. 16.º, número 1). No caso português a positivação do branqueamento só foi terminada com o DL n.º 313/95, de 15 de setembro, claramente resvalando o prazo de transposição da Diretiva no direito português.

a repressão das práticas criminosas³¹⁷. Constituindo mesmo o primeiro diploma europeu vinculativo a associar a repressão do branqueamento e a necessidade de evitar a instrumentalização do sistema financeiro para estas práticas ilícitas. Ficando patente o início da afirmação de uma lógica preventiva que irá ser desenvolvida e aprimorada em diplomas ulteriores. Nesse sentido, são estabelecidos procedimentos internos que devem ser adotados nos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, como sejam: o dever de estabelecer a real identificação dos seus clientes³¹⁸ quanto a execução de relações negociais (artigo 3.º); a manutenção dos registos de transações pelo mínimo de cinco anos desde que finalizaram as relações comerciais, ou desde a execução de uma determinada operação (artigo 4.º); e a *due diligence*, correspondente à execução de um dever de análise e comunicação de operações consideradas como suspeitas de constituir uma atividade de branqueamento às autoridades responsáveis (artigos 5.º, 6.º e 7.º). No caso de se estar perante operações com elevada exposição de risco, se possível devem as entidades evitar efetuar tal transação, fazendo uma comunicação às autoridades competentes. Mantendo segredo ao cliente ou a terceiros da realização do processo de reporte, com este último a dar origem à abertura de um procedimento de investigação sobre o branqueamento,

³¹⁷ Este reconhecimento, efetuado logo no preâmbulo da Diretiva, permite dar respaldo argumentativo à posição defendida por aqueles que consideram o bem jurídico protegido como correspondendo à ordem socioeconómica (mais detalhadamente, cfr. 5.6.4). Como refere Godinho “*o preâmbulo da Diretiva os aspectos negativos para o funcionamento do mercado que o branqueamento de capitais implicaria e afirma que a inação das Comunidades poderia levar certos Estados-Membros a tomar medidas que poderiam ser incompatíveis com a finalização do mercado interno. Quanto ao primeiro considerando, consiste na adoção de argumentos que no essencial são reconduzíveis às teses dos autores que sustentam que o branqueamento de capitais seria um crime contra a ordem sócio-económica, de algum modo na linha do Presidents Commission e declaração de Basileia, o que pode acarretar a conclusão de que as Comunidades careciam de fundamento legal para emitir a Diretiva. Quanto ao segundo considerando, diremos que se trata de uma argumentação por demais vaga pois não se explica que as medidas seriam essas, nem de que forma o exercício de poderes legislativos pelos Estados membros na área do combate ao branqueamento de capitais poria em causa a finalização ou o funcionamento do mercado interno*”. (Godinho, 2001: p. 96, nota 207) Não entendemos assim. Como já vimos, a alegação ao mercado comum tinha por pressuposto simplesmente consolidar a possibilidade de o legislador comunitário emitir legislação sobre esta matéria.

³¹⁸ Posteriormente, o Regulamento (CE) n.º 1889/2005 do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de outubro de 2005 (que foi revogado pelo Regulamento (EU) n.º 2018/1672 de 23 de outubro, também do Parlamento Europeu e do Conselho), relativo ao controlo das somas em dinheiro líquido que entram ou saem da Comunidade, veio proceder ao complemento desta Diretiva.

deveres que se projetam para os seus colaboradores e membros da direção (art. 8.º). Segundo o artigo 9.º, a comunicação de transações realizadas de boa-fé não constitui uma violação do segredo bancário da entidade bancária ou seus colaboradores. Associado aos deveres de comunicação, foi ainda estabelecido um princípio de colaboração com as autoridades competentes (art. 10.º). Para além de estabelecer a criação de procedimentos internos de controlo, nos quais se inclui auditorias e mecanismos de reporte interno para prevenir práticas de branqueamento (art. 11.º, número 1), é ainda referida a exigibilidade de formação específica para os funcionários para que detenham capacitação técnica para reconhecer as condutas de branqueamento de capitais bem como os procedimentos que devem ser seguidos (art. 11.º, número 2). Embora partindo do sistema financeiro e bancário, é também reconhecido que as operações de branqueamento pode ser igualmente efetuadas através de outras entidades coletivas vulneráveis a esse ilícito, admitindo-se a possibilidade dos Estados-membros alargarem no seu direito interno algumas destas medidas para outras categorias de empresas e/ou profissionais liberais que atuem em áreas susceptíveis de serem utilizadas para o branqueamento (art. 12.º). Uma abertura inaugural neste campo com reflexos mais desenvolvidos passando poucos anos.

Em suma, esta Diretiva institui um conjunto de objetivos que devem ser alcançados pelos Estados-membros passando principalmente pela prevenção, mas reconhecendo que a “proibição” do branqueamento também necessita da articulação de diversas medidas. Um sentido que constitui um primeiro patamar de desenvolvimento que será continuado pela tendência seguida nas Diretiva subsequentes³¹⁹.

4.2.4 Ação Comum n.º 98/699/JAI do Conselho, de 3 de dezembro de 1998 e Decisão Quadro 2001/500/JAI do Conselho

A Ação Comum n.º 98/699/JAI, de 3 de Dezembro de 1998³²⁰, adoptada pelo Conselho, relativa ao branqueamento de capitais, deteção, identificação, congelamento, apreensão e perda de instrumentos e produtos do crime, veio proceder ao reforço do afrontamento específico do crime organizado através dos proveitos ilícitos que permitem a continuação dessa atividade criminosa.

³¹⁹ Cf. Entre outros: Caeiro (2003: p. 1081ss) e Rodrigues (2019: p. 114).

³²⁰ Publicada no Jornal Oficial n.º L333 de 9/12/1998, disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998F0699&qid=1546879859748&from=PT>>. (Acesso 17/07/2019).

Nos termos do número 1, do artigo 1.º deste diploma, estabeleceu-se a rejeição de manutenção de reservas aos artigos da Convenção de 1990 do Conselho da Europa quando estejam em causa crimes considerados como graves – nos termos dos artigos 2.º e 6.º da Convenção de Estrasburgo – que serão aqueles para os quais esteja prevista uma moldura penal de duração máxima superior a um ano, ou no caso dos ordenamentos jurídicos que optem por um regime sancionatório com uma moldura penal mínima, uma pena privativa de liberdade ou uma medida de segurança superior a seis meses. O diploma pretendeu claramente apontar para uma proibição mais ampla quanto aos factos precedentes do branqueamento e desenvolver uma cooperação internacional mais efetiva entre os diversos intervenientes. Embora se tenha de ressaltar que a falta de efeito vinculativo para os Estados Membros³²¹, a remissão para a Convenção do Conselho da Europa de 1990, não permite *per se* cunhar um conteúdo material mais significativo neste impulso europeu.

Posteriormente, foram alterados alguns dos seus parâmetros pela Decisão Quadro 2001/500/JAI do Conselho de 26 de Junho de 2001³²². Como vimos, a Decisão Quadro releva para efeitos de uma injunção direta de criminalização para os Estados-membros³²³. Neste sentido, foi mantida a obrigação dos Estados-parte não manterem qualquer reserva ao artigo 6.º da Convenção, devendo positivar os proveitos que sejam precedentes dos crimes graves (artigo 1.º, alínea b). Esta opção pela remissão expressa parece ser decorrente do reconhecimento do legislador europeu da sua incompetência para vincular os Estados-membros em matéria penal³²⁴, por isso pretendia remeter, de forma indireta, para um diploma com essas características para dotar de um conteúdo mais efetivo.

Assim, é preciso entender este diploma como mais um passo no longo caminho da evolução internacional no marco da positivação do branqueamento, com a ressalva deste artigo constituir um paradigma mais firme do que os atos europeus congéneres, possibilitando uma harmonização mínima do branqueamento no espaço europeu,

³²¹ Cfr. Rodrigues (2015: p. 217, 2019: p. 106).

³²² Publicada no JO n.º L 182 de 05/07/2001, disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32001F0500>>. (Acesso 17/07/2019).

³²³ E apresentando uma singularidade do direito comunitário (mantida até 2018) socorrendo-se da ingerência da criminalização da Convenção do Conselho da Europa de 1990.

³²⁴ Sobre isto, veja-se: Brandão, 2002: p. 61ss; Caeiro, 2003: p. 1072; Rodrigues, 2015: p. 229-230, 2019: p. 107ss.

nomeadamente ao nível da definição do branqueamento, como dos ilícitos entendidos como graves compostos do catálogo – os factos típicos ilícitos precedentes³²⁵.

4.2.5 Diretiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho

A Diretiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, publicada a 4 de Dezembro de 2001³²⁶, veio proceder a uma revisão da Diretiva 91/308/CEE, introduzindo duas novas particularidades que importa analisar.

A primeira foi a alteração do art. 1.º da Diretiva 91/308/CEE, alargando o catálogo de infrações subjacentes de uma prática de branqueamento (art. 1.º, alínea c), através da alteração dos conceitos de “*atividade criminosa*” (art. 1.º, alínea e). Neste sentido, passou a constar como delito grave para os efeitos desta Diretiva: o tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas; os ilícitos praticados de acordo com o conceito de criminalidade organizada; a fraude que afete os interesses da Comunidade Europeia nos termos do art. 1.º, número 1.º, e artigo 2.º da Convenção sobre a Proteção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias; a corrupção, que, uma vez que este diploma não restringe o seu sentido, engloba todas as figuras típicas; e uma qualquer infração criminal que permita conseguir proveitos substanciais. Ou seja, estamos perante uma cláusula aberta que possibilita a consideração de condutas de forma exemplificativa como apresentando um claro escopo lucrativo, permitindo qualquer tipo de participação delitiva na comissão de um delito grave, tendo os Estados-membros até 15 de Dezembro de 2004 para executarem a modificação do crime principal, de forma a mostrar-se como compatível com a definição de crime grave apresentada pela Ação Comum 98/699/JAI.

A segunda foi a introdução do artigo 2.º-A, que procedeu ao alargamento dos sujeitos obrigados ao cumprimento de um conjunto de deveres a diversas entidades como: as “*instituições de crédito*” (número 1, alínea a) e “*instituição financeira*” (número 1, alínea b), mas também às pessoas individuais e coletivas que no âmbito da sua atividade profissional: atuem como auditores, contabilistas externos e acessores fiscais (número 3); agentes imobiliários (número 4); notários e outros profissionais independentes quando os mesmos participarem em operações delimitadas neste diploma (número 5, alíneas a) e b);

³²⁵ Também salientado este sentido: Rodrigues (2019: p. 118).

³²⁶ Publicada no Jornal Oficial nº L 344, de 28/12/2001, disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32001L0097>>. (Acesso 17/07/2019).

comerciantes em artigos de valor elevado, como pedras e metais preciosos, ou obras de arte, sempre que alguém realizasse um pagamento em numerário de uma quantia igual ou superior a 15.000 euros (número 6); e os casinos (número 7).

A alteração da redação do artigo 3.º contempla o ampliar da incidência do dever de identificação dos clientes por parte de diversas entidades coletivas, nomeadamente prescrevendo a obrigação de identificação de operações que envolvam montantes iguais ou superiores a 15.000 euros, quer quando esta se efetiva numa só transação, quer quando os agentes diluam as suas transações financeiras através de várias operações em diversos momentos; e, no caso das entidades de jogo, a identificação de todos os clientes que procedam a uma compra de fichas de jogos de valor igual ou superior a 1.000 euros.

Foi mantida a disposição de estabelecimento de medidas por parte dos Estados-membros de colaboração com as autoridades para a repressão do branqueamento, mediante informações sobre práticas indiciárias de branqueamento (artigo 6.º, número 1, alíneas a) e b). Podendo os Estados-membros designar um organismo auto-regulatório para receber essas mesmas informações quando sejam prestadas por notários e profissionais independentes previstos na Diretiva, e de forma a permitir uma cooperação entre este organismo e as autoridades de repressão criminal (art. 6.º, número 3). Sem embargo, este dever de comunicação, previsto no número 1, não é impositivo quanto a determinados profissionais, como sejam os advogados, notários, profissionais independentes, auditores, técnicos de contas externos e consultores fiscais no que toca a informações recebidas de clientes ou obtidas entre eles no exercício da sua profissão de representação judicial, desse modo reconhecendo a salvaguarda dos segredos profissionais.

Por fim, é necessário referir as duas últimas alterações de relevo. Primeiro, no artigo 10.º ao ampliar o dever de informação sobre operações que possam constituir a prática de um crime de branqueamento a outros setores financeiros (como a bolsa de valores, mercado de câmbio e mercados de derivados financeiros). E, no artigo 11.º, número 1, a estabelecer a obrigação dos Estados-membros assegurarem a aplicação de processos de controlo interno por parte de determinadas instituições para evitar a prática de operações de branqueamento (alínea a) e dar formação aos seus colaboradores para reconhecimento de operações dirigidas para práticas branqueadoras (alínea b), que deverá ser conjugado com o acesso às informações atualizadas sobre as práticas e mecanismo preventivos do branqueamento para que possam atuar em conformidade (art. 11.º número 2).

4.2.6 Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e no Conselho

Em momento posterior, foi instituída a Diretiva 2005/60/CEE do Parlamento Europeu e do Conselho³²⁷, de 26 de Outubro, tendo por objeto continuar o sentido do desenvolvimento da prevenção da utilização do sistema financeiro e outras atividades e profissões especialmente designadas para efeitos de branqueamento de capitais e para o financiamento ao terrorismo, revogando a anterior Diretiva 91/308/CEE. Revendo os procedimentos em linha com as novas recomendações do GAFI, revistas e adoptadas em 2003³²⁸, incorporando matérias como crimes de terrorismo de acordo com a Decisão-Quadro de 2002 – mantendo um conjunto de crimes entendidos como graves (art. 3.º, número 5) – mas consolidando procedimentos mais avançados do que essas recomendações.

Quanto ao tipo ilícito de branqueamento foi mantida a linha seguida em diplomas anteriores (art. 1.º, números 2 e 3). Relativamente às entidades adstritas, nos termos do artigo 2.º, número 1, os procedimentos foram alargados para mais entidades, passando a se incluir a prestação de serviços a sociedades ou fundos fiduciários (os designados “*trusts*”), os agentes imobiliários, e abrindo não só a comerciantes (como anteriormente) mas também a outras pessoas físicas e jurídicas que transacionem bens que sejam pagos em numerário com uma quantia igual ou superior a 15.000 euros, e por fim os casinos. Instituído ainda medidas tendo em vista a identificação do beneficiário final de determinadas operações financeiras realizadas pelos clientes, principalmente quando envolvam pessoas coletivas pois, nesse caso, esta identificação é mais dificultada, estabelecendo um limite de domínio qualitativo para se considerar determinado sujeito individual ou coletivo como constituindo esse beneficiário final. Entendimento semelhante tem a normativa para a identificação do titular real de fundações e entidades

³²⁷ Publicada no Jornal Oficial n.º L 309 de 25/11/2005, disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:32005L0060>>. (Acesso 17/07/2019). Alterada pelas Diretivas 2007/64/CE, de 13 de novembro de 2007; 2008/20/CE, de 11 de março; 2009/110/CE, de 16 de setembro de 2009; e 2010/78/EU, de 24 de novembro de 2010.

³²⁸ No mesmo período temporal, foi ainda aprovado o Regulamento (CE) n.º 1781/2006, de Parlamento Europeu e do Conselho, relativo ao estabelecimento de regras relativas às informações que devem acompanhar as transferências de fundos, no que diz respeito aos respetivos ordenantes, para efeitos de prevenção, investigação e deteção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo. (revogado pelo Regulamento (UE) 2015/847 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015).

despersonalizadas, tais como fundos fiduciários (“*trusts*”) que administram e distribuem fundos (art 3.º, número 6, alíneas a) e b).

No capítulo II institui-se as disposições mais concretas e especificadas com os critérios de identificação dos clientes para permitir a sua distinção. Devendo as mesmas ser aplicadas quanto se esteja perante aqueles valores com limite igual ou superior a 15.000 euros (art. 7.º). verificando-se práticas de identificação de cliente, como a comprovação da identidade, o beneficiário final da transação, as finalidades e pretensões da operação (art. 8.º, número 1), que devem ser equilibradas de acordo com o risco associado (art. 8.º, número 2), ou do momento envolvido na operação. (art. 9.º). Em consequência, é estabelecida uma distinção ao nível da consagração dos deveres entre: deveres simplificados da clientela quando se esteja perante um grau de risco diminuto (art. 11.º); e deveres reforçados nos casos em que se verifica um maior grau de risco (art. 13.º). No artigo 15º prevê-se um dever de comunicação quanto a atividades que se constituem como suspeitas de constituírem operações de branqueamento. Em tais casos podendo os Estados-membros exigir que as transações não sejam efetivadas quando não se consiga proceder à identificação do cliente e do beneficiário real. (art. 9.º, número 5). Particular relevo assume o dever de criação de um organismo com finalidades de análise das informações enviadas e recolhidas, as designadas UIF nos termos do artigo 21.º, que devem deter poderes para aceder às informações quando haja suspeitas de uma prática de branqueamento por parte das pessoas e instituições abrangidas pelo presente diploma (art. 22.º). No entanto, o diploma flexibiliza este pressuposto, ao permitir, em alternativa, optar por designar um organismo de regulação adequado de certas profissões pelos Estados-membros para receberem essas comunicações (art. 23.º). Não obstante, cada um dos Estados poderá consignar nas suas legislações a proteção do segredo profissional, salvo no caso em que se verifique uma prática de um ilícito de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, mostrando-se como incumbência dos diversos países adotar medidas para proteger os colaboradores e funcionários das entidades previstas neste diploma que tenham procedido à denúncia de suspeitas de branqueamento ou financiamento do terrorismo (art. 27.º). Por último, é de referir a responsabilidade das pessoas singulares e coletivas pelas infrações a esta Diretiva, devendo garantir que essas sanções sejam proporcionais e dissuasivas (art. 39.º, número 1). Sem prejuízo da responsabilidade penal sobre o branqueamento ou financiamento do terrorismo, devem os Estados-membros proceder à aplicação de mecanismos materialmente situados no direito administrativo ou civil para reprimir comportamentos contrários à Diretiva por

parte de entidades financeiras e de crédito (número 2). De vital importância assume o número 3 deste artigo, consagrando o regime de responsabilidade das pessoas coletivas pelas infrações à diretiva “*que sejam cometidas em seu benefício por qualquer pessoa, agindo individualmente ou no âmbito de um órgão da pessoa colectiva em causa, que desempenhe um cargo de direcção nesta última, com base em: a) Poderes de representação da pessoa colectiva; b) Poderes para tomar decisões em nome da pessoa colectiva; c) Poderes para exercer funções de controlo no seio da pessoa colectiva*”. Ressalvando a possibilidade de as pessoas coletivas poderem ser responsabilizadas numa situação em que a falta de supervisão ou de controlo de um dos sujeitos referidos no número anterior permite a prática de infrações a esta Diretiva, em benefício da entidade coletiva, por um sujeito sobre a sua autoridade.

4.2.7 Convenção do Conselho da Europa de 2005

Concluída em Varsóvia a 16 de maio de 2005³²⁹, esta Convenção foi instituída na mesma linha de promoção de procedimentos do afrontamento do branqueamento através da deteção, apreensão e perda dos produtos do crime, com especial ênfase para os mecanismos de apreensão e confisco das vantagens com origem ilícita.

Em matéria de branqueamento não se afasta muito das disposições da Convenção de Estrasburgo. Podemos referir os principais pontos desta disposição como a possibilidade de punição por branqueamento com dolo eventual quando estabelece que o agente criminoso possa ser sancionado quando tenha suscitado da proveniência ilícita do bem/valor ou deveria ter presumido a sua origem ilícita com possibilidade de punição da negligência consciente (art. 9.º número 3, alíneas a) e b). Embora se reconheça a particularidade de os países signatários formularem reservas (art. 9.º, número 4, nas suas diversas alíneas). Para punição do branqueamento, segundo este diploma, é suficiente o demonstrar a proveniência daquelas vantagens de um delito prévio (art. 9.º, número 6). Ao nível da aplicação do direito penal no espaço, é instituído um princípio da dupla incriminação acerca dos delitos precedentes, de forma a garantir que os crimes precedentes incluam os comportamentos criminosos cometidos nos outros Estados e que

³²⁹ A Convenção foi transposta para a legislação portuguesa pela Resolução da Assembleia da República n.º 82/2009, de 27 de agosto, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 78/2009, de 27 de agosto. Publicada no Diário da República I, n.º 166, de 27/08/2009, disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2009/08/16600/0564705674.pdf>>. (Acesso 17/07/2019).

constitua crime antecedente se tivesse sido cometido em território nacional (art. 9.º, número 7).

Sendo ainda de destacar a obrigação da responsabilização das pessoas coletivas prevista no artigo 10.º, através de sanções penais ou não penais (civis ou administrativas), proporcionais e dissuasoras. Por conseguinte, prescreve-se a obrigação de os Estados-parte adotarem normas para garantir o efetivo sancionamento das pessoas coletivas pela infração das disposições deste diploma, cometidas para o seu benefício por alguma pessoa, individual ou como parte da organização coletiva, com uma posição de domínio de acordo com: a possibilidade de representação da pessoa coletiva (art. 10.º alínea a); a autoridade de tomar decisões de acordo com a pessoa coletiva (art. 10.º alínea b); ou o exercício de controlo dentro da pessoa coletiva (art. 10.º alínea c). Tal como a possibilidade da comparticipação como instigadora ou cúmplice de uma infração criminal. Também, nos termos do número 2, cada Estado deverá aplicar medidas que responsabilizem pessoas coletivas quando a falta de supervisão ou controlo por uma pessoa individual tornou possível a prática de uma infração em benefício da pessoa coletiva – como veremos no devido tempo, uma projeção que apresenta efeitos no domínio do direito português.

Por fim, são reafirmadas um conjunto de medidas tendentes à investigação e deteção de operações suspeitas, promovendo a consagração das UIFs para receber essas informações suspeitas (conjugação dos artigos 1.º, alínea f) e art. 12.º); medidas para prevenção do branqueamento de capitais, como a identificação de clientes, a comunicação de operações suspeitas e manutenção de registos (art. 13.º); e cooperação internacional para investigação e confisco de proveitos de origem ilícita, sempre com o fito último de repressão do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo (art. 15.ºss).

4.2.8 Diretiva 2006/70/CE da Comissão e Diretiva 2007/64/CE do Parlamento Europeu e do Conselho

Analisaremos este ponto através de dois instrumentos intrinsecamente associados que vieram estabelecer um complemento comunitário de disposições anteriores.

A primeira Diretiva aprovada a 1 de Agosto de 2006³³⁰, veio estabelecer medidas de execução da Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 2005, no que diz respeito às atividades e profissões especialmente designadas para efeitos da prevenção do branqueamento de capitais e de financiamento de terrorismo. Como elementos mais relevantes deve-se destacar o conceito de “pessoa politicamente exposta” (art. 2.º), e a instituição de um enquadramento técnico mais reforçado e detalhado quanto à avaliação do risco de determinados clientes, estabelecendo os clientes com menor ou maior potencial de risco (art. 3.º e 4.º) e adaptando proporcionalmente os mecanismos de diligência conforme essa graduação.

Subsequentemente, foi instituída a Diretiva 2007/64/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Novembro de 2007³³¹, relativa aos serviços de pagamento no mercado interno, alterando as Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE e revogando a Directiva 97/5/CE, que veio complementar os procedimentos de diligência do branqueamento, criando um quadro regulatório mais eficiente e eficaz, em linha com as recomendações mais recentes.

4.2.9 Diretiva 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho

Esta Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 2015³³², constitui mais um reforço do caminho no afrontamento do branqueamento – com reflexos nas três anteriores Diretivas – desenvolvendo os mecanismos com natureza preventiva e repressiva de operações de branqueamento de capitais ou financiamento de terrorismo³³³, procedendo à modificação do Regulamento n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do

³³⁰ Publicada no Jornal Oficial n.º L 214 de 4/8/2006, disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32006L0070>>. (Acesso em 17/07/2019).

³³¹ Publicada no Jornal Oficial n.º L 319 de 5/12/2007, disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:32007L0064>>. (Acesso em 17/07/2019). E revogada pela Diretiva (UE) n.º 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2015.

³³² Publicada no Jornal Oficial n.º L 141 de 5/6/2015, disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015L0849>>. (Acesso em 17/07/2019). Diretiva que foi transposta parcialmente em Portugal através da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, que estabelece as medidas de combate ao branqueamento de capitais e financiamento de terrorismo e que procedeu a alterações ao Código Penal e de Propriedade Industrial, e que entrou em vigor a 17 de setembro de 2017.

³³³ Nos termos do artigo 67.º deste diploma, era apresentando como prazo para os Estados-membros transporem as medidas aqui estabelecidas no dia 26 de junho de 2017.

Conselho, e revogando as Diretivas 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2006/70/CE da Comissão. É assim designada como a 4.^a Diretiva dirigida ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo³³⁴.

É de ressaltar que o diploma já se insere na fase pós-Tratado de Lisboa onde a competência da União para legislar em matéria criminal em campos como o branqueamento é cristalina no TUE, o que permite, a alguns autores, interpretar que o sentido teleológico do diploma se encontra fora do processo penal – que devia ser alvo de uma Diretiva autónoma para efeitos de harmonização (Rodrigues, 2019: p. 108-109) – aqui remetemos para as considerações anteriormente feitas sobre este ponto.

No seu preâmbulo é identificada a interligação entre a circulação de bens ilícitos e o efeito nefasto que tal situação terá no mercado comum. Para evitar tais resultados, foram desenvolvidas estas medidas para instituir um conjunto mínimo de precedentes a serem adotadas pelos Estados-membros³³⁵, no qual se abre o reconhecimento da possibilidade de serem realizadas operações de pagamento em moeda eletrónica com finalidades de branqueamento, passando a sujeitá-las a medidas de diligência preventivas.

Ao nível das condutas típicas é mantido o sentido anteriormente consolidado nos diplomas anteriores, bem como o conceito amplo de bens ou dos crimes precedentes como correspondendo aos designados crimes graves. Vai ainda mais longe noutras definições quanto a atividades interligadas com o negócio financeiro como é o caso da definição de beneficiário efetivo das pessoas singulares e coletivas – sociedades, fundos fiduciários, fundações e outras instituições e centros coletivos de interesse sem personalidade jurídica – prestador de serviços financeiros a sociedades ou fundos fiduciários; o alargamento do conceito de pessoas politicamente expostas – no qual se incluem pessoas com relevantes cargos ou funções políticas, judiciais, administrativas ou militares (ou que desempenharam esses cargos nos últimos 12 meses) abrangendo as relações de negócio entre essas pessoas e membros próximos da família ou com pessoas reconhecidas como estreitamente associadas às primeiras – que devem ser alvo de medidas de diligência

³³⁴ Uma tríade composta pelas anteriores diretiva 91/308/CEE do Conselho, diretiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e Conselho, e diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e Conselho.

³³⁵ O documento expressamente tem por objetivo estabelecer um padrão mínimo, porém, não restringindo a faculdade de os Estados-membros irem mais além para prevenção das práticas delituosas, como é firmemente subsumido nos termos do seu artigo 5.º. Embora não modificando as principais medidas de incriminação que tinham sido firmadas nos artigos 1.º e 2.º da Diretiva de 2001. (Caeiro, 2018: p. 272) (cfr. ponto 4.2.5).

acrescidas; o conceito de moeda eletrónica; ou a definição de um grupo económico ou de entidade de fachada. Sobre este ponto é de particular relevância a definição de “direção de topo”, como correspondendo a *“um dirigente ou funcionário com conhecimentos suficientes da exposição da instituição ao risco de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo e com um nível hierárquico suficientemente elevado para tomar decisões que afetem a exposição ao risco, não sendo necessariamente, em todos os casos, um membro do conselho de administração”* (art. 3.º). Daqui se interpreta que não é obrigatório que um sujeito seja membro do conselho de administração para que deva ser considerado dirigente do tipo da organização.

No âmbito de aplicação do regime preventivo são ainda ampliados os deveres a ser seguidos e cumpridos pelas entidades vinculadas. Segundo o artigo 2.º, número 1 passam a estar abrangidas: as instituições de crédito e financeiras; no exercício das suas profissões: os auditores, técnicos de contabilidade externos e consultores fiscais no exercício, notários e outros membros de profissões jurídicas independentes, quando representem um cliente numa operação financeira ou imobiliária, ou lhe prestem assistência no planeamento ou execução de operações – por exemplo, na compra e venda de imóveis; gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos financeiros; no caso da abertura ou administração de contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários; organização de entradas ou contribuições necessárias à criação, exploração ou gestão de sociedades; atuação na criação ou gestão de *“trusts”*, sociedades, fundações ou estruturas análogas – ou outros serviços facultados a pessoas coletivas ou *“trusts”*; agentes imobiliários; quem proceda à comercialização de bens onde efetue ou receba pagamentos em numerário com valor igual ou superior a 10.000 euros, quer tenha sido realizada através de uma única operação ou através de várias mas conexas entre si (que superem aquele valor de 10.000 euros); entidades dedicadas ao jogo. No que concerne ao valor elevado das medidas acrescidas, verifica-se quando comparado com a Diretiva anterior uma redução do montante de 15.000 euros para 10.000 euros, quanto ao limiar sobre os quais os comerciantes que transacionem bens ou prestem serviços cujo pagamento seja feito em numerário ficam obrigados pelo novo regime. O que se encontra em linha com a Regulamento (UE) 1889/2005 do Parlamento e do Conselho, de 26 de outubro de 2005, instrumento legislativo que estabelece um conjunto de medidas

tendentes de controlo de capitais com valor superior a 10.000 euros que obrigatoriamente devem ser declarados às alfândegas sempre que se entre ou saía do território da UE³³⁶.

Por conseguinte, a resposta comunitária subsumida nesta Diretiva é orientada para um conjunto de sujeitos: indivíduos face às profissões que ocupam, como advogados, notários, assessores fiscais, ou profissionais da área da contabilidade, quando estes participem em determinadas operações de natureza empresarial, pelo maior risco que lhe é associado para práticas de branqueamento; entidades coletivas pela sua prática empresarial. Estes sujeitos estarão adstritos ao cumprimento de deveres e procedimentos de diligência específicos quando estejam envolvidos em determinadas operações financeiras, entendidas de forma abstratas como suspeitas. Por outro lado, ressalvando a possibilidade de os Estados-membros, quando em concreto o risco³³⁷ seja diminuto, podendo isentarem total ou parcialmente: as entidades destinadas ao jogo (excetuando o caso dos casinos) (número 2); ou os agentes que realizem atividades financeiras com natureza ocasional ou bastante incidente, e que apresentem um risco reduzido de acordo com determinados critérios objetivos elencados no diploma. A avaliação dos riscos deverá ser realizada de acordo com o grau de vulnerabilidade da atividade face a práticas de branqueamento de capitais ou financiamento do terrorismo (número 7). Devendo notificar e justificar uma isenção à Comissão, mas continuando a manter uma análise aproximada, e podendo essa mesma isenção ser revogada quando existam circunstâncias objetivas que sustentem a decisão (número 8 e 9). Bem como se mostra como possível, de acordo com o grau de risco subsumido, o inverso, e os Estados-membros ampliem

³³⁶ Este diploma será revogado a partir de 3 de junho de 2021, pelo Regulamento (EU) 2018/1672 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro, de 2018, Jornal Oficial L 284, 12.11.2018, relativo ao controlo das somas de dinheiro líquido que entram ou saem da UE (aqui se incluindo valores de moeda, meios de pagamento ao portador, produtos utilizados como reservas de valor de elevada liquidez, cartões pré-pagos), com o fito de complementar o quadro normativo enunciado por esta Diretiva. Passando a existir uma obrigação de declaração do dinheiro líquido igual ou superior a 10.000 euros à autoridade competente do Estado-membro quando saem ou entram na União. No entanto, o diagnóstico efetuado pela Europol – ainda no enquadramento do regulamento de 2005 – é que esse limite ainda é demasiado alto, impossibilitando o seguimento de valores mais reduzidos (Europol, 2017: p. 16), que, naturalmente, são aproveitados pelos agentes criminosos.

³³⁷ A avaliação do risco não pode deixar de ser conciliada com os resultados atingidos pela Comissão quanto a análise desses riscos no mercado da União, devendo existir uma avaliação periódica sobre os riscos de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo (como previsto expressamente no artigo 6.º da Diretiva).

na sua legislação interna o leque das entidades sujeitas às obrigações da Diretiva (artigo 4.º). O sentido da Diretiva é então permitir dentro deste espectro de procedimentos uma adaptabilidade quanto à resposta adotada por cada ordenamento jurídico. O artigo 8.º refere que as entidades adstritas ao processo de avaliação devem fazê-lo de acordo com o nível de risco da clientela, à natureza das operações ou espaço geográfico de onde elas emergem (número 1). Então institui-se como incumbência das entidades vinculadas às disposições do diploma a adoção de procedimentos ou instrumentos de controlo interno, que devem ser proporcionais face à dimensão daquelas organizações e ao grau de risco envolvido (número 3 e 4). Situação em que o topo da organização deve estar envolvido na elaboração e aplicação destas medidas através de uma fiscalização e atualização dos seus pressupostos (número 5 deste artigo).

A partir do artigo 10.º são desenvolvidas as medidas de diligência aprovadas por este diploma comunitário. O *novus* exemplificativo aqui introduzido prende-se com a limitação de 10.000 euros para as operações efetuadas por comerciantes que transacionem bens ou prestem serviços cujo pagamento seja feito em numerário, para o qual devem os Estados prescrever as medidas de vigilância (art. 11.º, alínea c); e aplicação das medidas de diligência a operações efetuadas em moeda eletrónica quando superiores ao montante de 1.000 euros (art. 11.º alínea b, ponto ii)³³⁸. As medidas de diligência quanto à clientela incluem: a identificação do cliente (art. 13.º alínea a); do beneficiário efetivo (alínea b); das finalidades do negócio (alínea c); controlo da operação negocial para determinar a relação do negócio (alínea d). Também projetando a injunção de vinculação das suas entidades à obtenção e conservação desses registos. E mantendo a adaptabilidade face à realidade em concreto, tanto envolvendo medidas simplificadas quanto a negócios com menor risco (art. 15.º a 17.º), ou quando sejam negócios mais arriscados, pelo valor envolvido ou a qualidade dos sujeitos integrados nesses negócios, estão subsumidas à obrigação de adotar medidas de diligência reforçada (art.º 18.º a 24.º). Estas medidas são de aplicação obrigatória, nomeadamente quanto aos casos que existam operações com países fora do espaço comunitário, que sejam identificados pela Comissão Europeia ou pelos Estados-membros, como representando um alto risco de exposição a operações de branqueamento ou financiamento de terrorismo. Em face da natureza das medidas a aplicar, é possível que as entidades obrigadas possam delegar a terceiros a fiscalização

³³⁸ Porém, em circunstâncias de risco comprovadamente baixo, os Estados-Membros estão autorizados a isentar determinadas operações – art. 12.º da Diretiva.

ou cumprimento das obrigações de diligência, sem que sejam isentas das responsabilidades pelos negócios realizados (artigos 25.º a 29.º). Devem ainda estabelecer medidas com a finalidade de obrigar às pessoas coletivas e sociedades (no qual se incluir os fundos fiduciários) à obtenção e conservação de informações sobre os clientes e beneficiários efetivos; das relações de negócio que estabeleçam; criação de canais específicos para permitir que essas possam ser acedidas por parte das autoridades de repressão criminal³³⁹ e às UIF, de acordo com a proteção de dados e da lei em vigor (arts. 30.º e 31.º). Por tudo o que foi mencionado, o tema das pessoas coletivas é relativamente transversal à Diretiva, destacando-se a preocupação com os seus proprietários efetivos, isto é, os que exercem o controlo efetivo daquela organização.

As normas relativas à comunicação de irregularidades relacionadas com possíveis violações dos padrões legais, regulamentários ou de políticas de repressão do branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, podem ser divididas de acordo com o destinatário da informação: a comunicação pode ser efetuada para uma UIF que recebe os dados e procede ao seu cruzamento para análise dessa informação – arts. 32.º e 33.º; ou pode a comunicação ser dirigida a uma autoridade de regulação (como ordens profissionais), nos casos das pessoas singulares ou coletivas que no exercício da sua profissão estão adstritas às medidas deste diploma, que deverá ser constituída de acordo com cada profissão (art. 34.º, número 1). No entanto, respeitando o dever de segredo profissional, quando as informações tenham sido obtidas de um dos seus clientes no decurso da representação em processos judiciais (art. 34.º número 2). Outro aspeto importante é a manutenção pela Diretiva da proibição da revelação da comunicação para as instituições – em cumprimento das diligências específicas – aos clientes “denunciados” (art. 39.º). Igualmente, não podendo os denunciantes serem sujeitos a repercussões disciplinares, civis ou criminais por comunicações quando as tenham realizado de boa-fé (art. 37.º e 38.º). Essas informações devem ser conservadas por um período mínimo de cinco anos (art. 40.º). Com a salvaguarda de proteção dos dados pessoais de acordo com as normativas em vigor nos ordenamentos dos Estados comunitários com a salvaguarda dos direitos fundamentais (art. 41.º). Associado a estes deveres devem ser instituídos

³³⁹ No qual se inclui o acesso por parte das autoridades fiscais, nos termos da Diretiva (UE) 2016/2258 do Conselho, de 6 de dezembro de 2016, que procedeu à alteração da Diretiva 2011/16/UE do Conselho, de 15 de fevereiro de 2011, quanto ao acesso às informações contra o branqueamento de capitais para efeitos fiscais.

mecanismos de formação adequados para os funcionários internos, para que tenham capacidade de identificar ou efetuar uma resposta mais eficaz neste domínio do branqueamento e financiamento do terrorismo (art. 46.º, número 1). Linear a todo o texto da Diretiva é uma promoção da coordenação e cooperação entre as diversas autoridades, nos dois planos: nacional e internacional. Aqui pode referir-se três campos particulares: a articulação cooperativa nacional; a cooperação a nível internacional entre as autoridades europeias de supervisão; e a cooperação entre as diversas UIFs (art. 49.º a 57.º).

O diploma estabelece ainda um conjunto de medidas sancionatórias para o não cumprimento das disposições deste diploma. Mas, em virtude da natureza jurídica das Diretivas, o regime sancionatório não é diretamente imposto, correspondendo a um mandato por parte das entidades europeias que deve ser adotado pelos Estados-membros. Podendo as mesmas ter natureza penal, embora a Diretiva considere como patamar mínimo uma aplicação de sanções com natureza administrativa ou civis (art. 58.º número 2), que deverão estar vinculadas a um princípio da proporcionalidade e ser eficazes e eficientes. Por último, é de referir a manutenção da responsabilidade das pessoas coletivas pela infração às disposições deste diploma, quando as mesmas sejam efetuadas no benefício do ente coletiva, por qualquer pessoa, que atue a título individual ou como membro de um órgão da pessoa coletiva, ocupando um cargo de direção quando possua (art. 60.º número 5): a) “*poder para representar a pessoa coletiva*”; b) “*autoridade para tomar decisões em nome da pessoa coletiva*”; c) “*autoridade para exercer o controlo a nível da pessoa coletiva*”. Estabelecendo como critério de imputação que as entidades coletivas podem ser punidas quando a falta de supervisão ou controlo resulte na violação das normas da Diretiva, permitindo a aplicação das disposições sancionatórias, quando cometida em benefício da pessoa coletiva ou por uma pessoa singular com autoridade (art. 60.º, número 6).

A Diretiva consagra assim um conjunto de obrigações para os Estados-membros sustentados num dever de comunicação quanto a atividades de branqueamento de capitais ou financiamento de terrorismo, remetendo para os Estados-membros a necessidade de criação de uma autoridade competente para estabelecer relações de comunicação eficiente quanto à violação das regras instituídas na Diretiva (art. 61.º). No caso português foi criada a Comissão de Coordenação das Políticas de Prevenção e Combate ao

Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo³⁴⁰, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 88/2015, de 1 de outubro de 2015, publicado no DR, 1ª série, n.º 195, de 06-10-2015, na dependência do ministério das finanças, pretendendo responder às medidas aprovadas nos desígnios do direito comunitário e de outros entidades internacionais como o GAFI.

Em jeito conclusivo, esta Diretiva veio imprimir e reforçar a estratégia político-criminal no enquadramento europeu quanto à prevenção, investigação e repressão do branqueamento de capitais. Estando dominada por uma preocupação clara de vinculação, no menor espaço possível, dos Estados-membros, como é comprovado pela sua rápida entrada em vigor, logo 20 dias após a sua publicação³⁴¹ (art. 68.º) – iniciando a sua vigência a partir do dia 25 de junho de 2015. Devendo a Comissão, de acordo com o artigo 6.º, elaborar uma avaliação dos riscos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo conexas com atividades transfronteiriças que atentem contra o mercado interno, até 26 de junho de 2017³⁴², e depois, de dois em dois anos, ou maior frequência quando se mostre necessário e justificado.

A matéria da Diretiva viu-se ainda complementada por três regulamentos delegados. O primeiro é o Regulamento Delegado 2015/847 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, que estabeleceu as informações sobre o ordenante que devem acompanhar as transferências de fundos para prevenção, detenção e investigação do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, nos casos em que pelo menos um dos serviços de pagamento esteja estabelecido na União (revogando o Regulamento (CE) n.º 1871/2006 do Conselho Europeu, de 18 de dezembro). Adotando um sentido semelhante ao da Diretiva, em que estão previstas: medidas específicas para determinadas entidades; conservação dos registos de acordo com as leis de proteção de dados, e sanções para o incumprimento dessas obrigações. De seguida, procedeu-se a uma análise de risco dos Estados terceiros vulneráveis a práticas de branqueamento através do

³⁴⁰ Quanto à composição desta comissão e as suas atribuições específicas, veja-se para um maior estudo: <https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/legislacoes/253481355_1.doc.pdf>. (Acesso 17/07/2019).

³⁴¹ A sua publicação ocorreu no Diário Oficial no dia 5 de junho de 2015.

³⁴² Veja-se com maior detalhe o relatório da Comissão do Parlamento e do Conselho de 2017 em cumprimento deste artigo: <<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/ce3cb15d-5a5a-11e7-954d-01aa75ed71a1>>. (Acesso 17/07/2019). Com maior abrangência será analisado o relatório mais recente de 2019 no capítulo 4 deste trabalho.

Regulamento Delegado (UE) 2016/1675 da Comissão, de 14 de julho de 2016, fornecendo a identificação desses países com um risco elevado que apresentam deficiências estratégicas quanto às medidas BC/FT. Por último, o Regulamento Delegado (UE) 2018/1108 da Comissão, de 7 de maio de 2018, instituindo normas técnicas de regulamentação especificando os critérios aplicáveis à nomeação de pontos de contacto centrais para os emitentes de moeda eletrónica e os prestadores de serviços de pagamento e normas sobre as respetivas funções.

4.2.10 Diretiva (EU) 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho

Esta quinta Diretiva corresponde a mais uma nova etapa na evolução da legislação comunitária quanto à prevenção da utilização do sistema financeiro para prática de condutas de branqueamento ou de financiamento de terrorismo³⁴³. Inserindo alterações à anterior Diretiva (EU) 2015/849 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, a que se somaram outras alterações à Diretiva 2009/138/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, e 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013.

No seu cerne está instituído o reconhecimento que as medidas desenvolvidas no direito comunitário, embora aproximando em alguns pontos a harmonização interna dos Estados-membros, era ainda insuficiente, pelas diferenças ainda decorrentes ao nível da definição do branqueamento, bem como do seu catálogo de crimes primários³⁴⁴. (Rodrigues, 2019: p. 122)

Em linhas com os anteriores diplomas, verifica-se o alargamento dos mecanismos de prevenção e repressão dos delitos supra referidos, incidindo, especificamente, em campos mais recentes em virtude do desenvolvimento tecnológico, como as moedas virtuais (correspondentes, na sua maioria, às *bitcoins* por serem aquelas que maior acolhimento social tem obtido, embora, naturalmente, não se restrinjam a elas) e as

³⁴³ Publicado no Jornal Oficial n.º L 156, de 19/6/2018. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32018L0843>>. (Acesso 17/07/2019). Ainda não transposta para o direito português. Estabelecendo como prazo para o cumprimento das disposições legislativas, regulamentares e administrativas até à data de 10 de janeiro de 2020.

³⁴⁴ Cfr. a exposição de motivos da proposta da diretiva COM (2016) 826 final, que acabou por resultar na aprovação deste mesmo diploma.

entidades prestadoras desses serviços, as entidades tecnológicas que prestam serviços de carteiras digitais – a limitação da anonimidade acaba por ser, na nossa opinião, o principal destaque na emissão desta instrumento – e de cartões pré-pagos (estabelecendo quanto a estas limitações de valor), e o mercado de arte e antiguidades. Existindo ainda um trabalho para promover a transparência quanto aos beneficiários das pessoas coletivas e os reais beneficiários de uma pessoa coletiva e promoção da cooperação e de troca da informação entre as autoridades de supervisão e o Banco Central Europeu.

Aditando-se ao artigo 3.º da Diretiva anterior os novos pontos 18 e 19. Segundo o novo ponto 18, pode ser definido como uma moeda virtual, *“uma representação digital de valor que não seja emitida ou garantida por um banco central ou uma autoridade pública, que não seja necessariamente ligada a uma moeda legalmente estabelecida e não possua o estatuto jurídico da moeda e de dinheiro, mas que é aceite por pessoas singulares ou coletivas como meio de troca e que possa ser transferida, armazenada e comercializada por via electrónica”*. E como prestador de serviços de custódia de carteiras digitais *“uma entidade que presta serviços de salvaguarda de chaves criptográficas privada em nome dos seus clientes, com vista a deter, armazenar e transferir moedas virtuais”*. Segundo a Diretiva é uma obrigação dos Estados-membros assegurar que as entidades que prestam serviços envolvendo operações de troca de moedas virtuais com moeda com curso legal (*fiat currency*) ou o prestador de serviços de custódia de carteiras, que devem estar licenciadas ou registadas, de acordo com a legislação em vigor. Assim, se estabelecendo um reforço de controlo sobre estas entidades.

Outra das alterações mais efetivas foi o alargamento do conjunto de entidades e profissões vinculadas ao cumprimento das disposições de diligência, estabelecendo-se um conjunto de alterações: no caso da alínea a), admite-se como atividade qualquer pessoa que preste ajuda material, assistência ou consultadoria, de forma direta ou por intermediário de outrem, em matéria fiscal, como parte da sua principal atividade profissional ou comercial; também se altera a alínea d), considerando os agentes imobiliários como destinatários mesmo quando atuem como intermediários na locação dos bens imóveis que envolvam um valor mensal igual ou superior a 10.000 euros. Introduzindo as seguintes novas atividades profissionais (quando comparado com os diplomas anteriores):

g) *“prestadores cuja atividade consista em serviços de câmbio entre moedas virtuais e moedas fiduciárias”*;

h) “prestadores de serviços de custódia de carteiras”;

i) “pessoas que negociem ou ajam como intermediários no comércio de obras de arte, inclusivamente quando exercido por galerias de arte e leiloeiras, se o valor da transação ou de uma série de transações associadas for igual ou superior a 10 000 EUR”;

j) “pessoas que armazenem, negociem ou ajam como intermediários no comércio de obras de arte quando praticado por zonas francas, se o valor da transação ou de uma série de transações associadas for igual ou superior a 10 000 EUR”.

Por conseguinte, estabelece-se uma ampliação do espectro das medidas de diligência versando sobre os clientes, tanto às medidas simplificadas (art. 15.º a 17.º) e reforçadas (arts. 18.º a 24.º-A). Incluindo no segundo caso um aditamento de um novo artigo, o art. 18.º-A, quanto a diligências mais acrescidas em relação a operações que envolvam entidades de países terceiros que apresentem um elevado nível de risco, de acordo com a caracterização efetuada pelo diploma. Também se alargando a matéria referente a pessoas politicamente expostas, devendo a Comissão estabelecer um conjunto de funções que se enquadram neste conceito (art. 20.º-A). Quanto ao conceito de beneficiário efetivo, a sua base de incidência também é ampliada, devendo os Estados-membros incluir como dever das sociedades ou de outras pessoas nacionais as informações sobre os beneficiários efetivos, no qual se passa a incluir a participação no capital, ações ao portador, ou outros meios de controlo (art. 30.º). Incluindo a aplicação do dever de recolha e manutenção da informação relativos a fundos fiduciários e outros tipos de interesses coletivos conexos (como uma estrutura ou função similar) mas sem personalidade jurídica – que deverão ser determinados de acordo com o seu direito interno –, que deverão ser prestados às autoridades competentes (art. 31.º).

Em termos da cooperação e troca de informações a nível nacional e internacional, a Diretiva pretende estabelecer um intercâmbio mais eficaz entre as diversas entidades. Introduzindo um novo aditamento, instituindo deveres de sigilo para os membros, revisores de contas, e peritos mandatados, pertencentes a entidades competentes de supervisão de instituições de crédito ou financeiras. Só podendo tais informações ser utilizadas com a finalidade e exercício de cooperação de acordo com o paradigma defendido pela Diretiva (nos termos das inovações introduzidas pelos art. 57.º-A e B) Por último, com a introdução de um novo parágrafo no artigo 58.º, número 2 passa a ser estatuído que “os Estados-Membros asseguram, além disso, que, se as respetivas autoridades competentes identificarem infrações passíveis de sanções penais, aquelas

informam em tempo útil as autoridades competentes para a aplicação da lei". Instituído-se um sentido de reforço dos poderes das autoridades públicas competentes quanto à investigação e repressão em matéria de branqueamento e financiamento do terrorismo ao nível da deteção e apreensão ou congelamento dos proveitos criminosos.

Esta Diretiva pode ser entendida como o expoente paradigmático mais da evolução produzida no direito comunitário, atualizando e modificando substancialmente o enquadramento firmado em Portugal e na Europa. Ratificando-se um alargamento dos destinatários sujeitos a medidas de *due diligence* e a incidência das mesmas, prevenindo e corrigindo as imperfeições do sistema e de práticas branqueadoras. Este quadro foi completado com dois regulamentos delegados da Comissão Europeia, o regulamento (UE) 2018/1108, de 7 de Maio de 2018, completando a Diretiva com normas técnicas de regulamentação que especificam os critérios aplicáveis ao estabelecimento de pontos de contacto centrais para os emitentes da moeda eletrónica e os prestadores de serviços de pagamento e normas sobre as respetivas funções, e Regulamento (UE) 2018/1467, de 27 de Julho de 2018, aditando um país de risco ao anexo da anterior Diretiva de 2015. O objetivo do órgão comunitário foi assim estabelecer uma frente mais concreta e precisa quanto aos destinatários das medidas de diligência, conformando tal realidade com a evolução social no quadro europeu. Constituindo um pacote legislativo que deveria representar uma base para os próximos anos, estabelecendo-se no artigo 65.º da Diretiva que, até 11 de Janeiro de 2022, e, posteriormente, de três em três anos, a Comissão apresentará ao Parlamento Europeu e ao Conselho um relatório sobre a aplicação da Diretiva, onde estejam identificados e previstos os *“problemas emergentes e novos desenvolvimentos que representem uma ameaça para o sistema financeiro da União”*, e, conseqüentemente, submeter à apreciação *“medidas de seguimento tomadas a nível da União e dos Estados-Membros”* ou agregando as *“ações da Comissão necessárias para verificar se os Estados-Membros tomam medidas conformes com a presente diretiva e para avaliar os problemas emergentes e os novos desenvolvimentos nos Estados-Membros”*. Uma realidade que, porém, levará num curtíssimo espaço temporal a serem promovidas novas medidas pela União...

4.2.11 Diretiva (UE) 2018/1673 do Parlamento Europeu e Conselho

Não inteiramente satisfeitos os órgãos europeus com o nível de tutela conferida pela Diretiva anterior, que note-se ainda não tivera sequer tempo para ser transposta e

efetivada pelos diversos Estados-membros, muito menos para avaliar o resultado das suas medidas – atente-se ao prazo para a transposição até janeiro de 2020, isto partindo do princípio que os Estados-membros cumpram esse prazo –, veio o legislador comunitário promover a instituição de novas medidas com esta Diretiva 2018/1673 do Parlamento Europeu e do Conselho³⁴⁵, relativa ao combate ao branqueamento de capitais com a referência expressa à opção pelo direito penal para uma harmonização supranacional que permita uma maior eficiência e eficácia entre os diversos Estados-membros, nos termos do artigo 83.º, número 1 do TFUE.

Na sua globalidade, o presente diploma apresenta como ponto de partida a necessidade de instituírem um sentido mais concreto da cooperação e harmonização do combate a estas tipologias criminais no campo comunitário, sem esquecer a necessidade de dotar as autoridades de criminais dos Estados-membros de meios adequados para proceder a uma investigação eficiente, procedendo a ligeiras alterações face ao substrato legislativo europeu anterior.

A definição de atividade criminosa não difere muito da seguida na 4ª Diretiva, embora o legislador europeu seja aqui mais abrangente quanto ao critério qualitativo das infrações consideradas como criminosas (embora já anteriormente se pudesse considerar tais infrações, nos casos em que seria possível, como subsumidas no critério quantitativo da moldura penal do crime). Assim, nos termos do artigo 2.º, ponto 1 constitui: “*«Atividade criminosa»: qualquer tipo de envolvimento criminoso na prática de uma infração que, nos termos do direito nacional, seja punível com pena ou medida de segurança privativa de liberdade de duração máxima superior a um ano ou, nos Estados-Membros cuja ordem jurídica preveja um limiar mínimo para as infrações, uma infração punível com pena ou medida de segurança privativa de liberdade de duração mínima superior a seis meses. Em qualquer caso, as infrações que se enquadrem numa das seguintes categorias são consideradas atividade criminosa:*

a) participação num grupo criminoso organizado e em ações ilegítimas para obtenção de fundos, nomeadamente através de chantagem, intimidação ou outros meios (racketeering), incluindo as infrações definidas na Decisão-Quadro 2008/841/JAI;

³⁴⁵ Publicada no JO L 284 de 12.11.2018) Com entrada em vigor em 2 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A32018L1673>>. (Acesso 17/07/2019).

- b) terrorismo, incluindo as infrações definidas na Diretiva (UE) 2017/541 do Parlamento Europeu e do Conselho;*
- c) tráfico de seres humanos e introdução clandestina de migrantes, incluindo as infrações definidas na Diretiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho (10) e na Decisão-Quadro 2002/946/JAI do Conselho;*
- d) exploração sexual, incluindo as infrações definidas na Diretiva 2011/93/UE do Parlamento Europeu e do Conselho;*
- e) tráfico ilícito de droga e de substâncias psicotrópicas, incluindo as infrações definidas na Decisão-Quadro 2004/757/JAI do Conselho;*
- f) tráfico ilícito de armas;*
- g) tráfico ilícito de bens roubados e de outros bens;*
- h) corrupção, incluindo as infrações definidas na Convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da União Europeia (14), e na Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho;*
- i) fraude, incluindo as infrações definidas na Decisão-Quadro 2001/413/JAI do Conselho;*
- j) contrafação de moeda, incluindo as infrações enunciadas na Diretiva 2014/62/UE do Parlamento Europeu e do Conselho;*
- k) contrafação e pirataria de produtos;*
- l) criminalidade ambiental, incluindo as infrações estabelecidas na Diretiva 2008/99/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (18) ou na Diretiva 2009/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho;*
- m) homicídio, ofensas corporais graves;*
- n) rapto, detenção ilegal e tomada de reféns;*
- o) roubo ou furto;*
- p) contrabando;*
- q) crimes fiscais relativos aos impostos diretos e indiretos, tal como estabelecidos no direito nacional;*
- r) extorsão;*
- s) falsificação;*
- t) pirataria;*
- u) abuso de informação privilegiada e manipulação de mercado, incluindo as infrações estabelecidas na Diretiva 2014/57/UE do Parlamento Europeu e do Conselho;*

v) *cibercriminalidade, incluindo as infrações estabelecidas na Diretiva 2013/40/UE do Parlamento Europeu e do Conselho*”.

O legislador comunitário assume aqui uma dupla abrangência: um critério quantitativo, compreendendo crimes considerados como graves face à moldura penal representada pela pena privativa de liberdade que lhe é aplicável; e um critério qualitativo, através do estabelecimento de uma lista de crimes precedentes que em todos os casos deve ser positivada como um crime procedente no direito interno de todos os Estados-membros.

Em relação às infrações de branqueamento de capitais é incumbência dos Estados-membros tipificarem como infrações penais as seguintes condutas:

“a) *Conversão ou transferência de bens, com conhecimento de que esses bens provêm de uma atividade criminosa, com o fim de encobrir ou dissimular a sua origem ilícita ou de auxiliar quaisquer pessoas implicadas nessa atividade a furtarem-se às consequências jurídicas dos atos por elas praticados;*

b) Encobrimento ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, utilização, circulação ou propriedade de determinados bens ou de direitos sobre esses bens, com conhecimento de que tais bens provêm de uma atividade criminosa;

c) Aquisição, detenção ou utilização de bens, com conhecimento, no momento da sua receção, de que provêm de uma atividade criminosa.”

Nota-se aqui uma inversão do caminho seguido anteriormente ao nível europeu quanto às condutas típicas de aquisição, detenção e utilização dos bens, porque embora em momentos anteriores se tivesse entendido que essas modalidades típicas podiam constituir o crime de branqueamento, existia sempre a possibilidade de os Estados-membros afastarem essa modalidade invocando os princípios do seu direito interno (que, diga-se, já vindo da tipologia dos diplomas internacionais das Nações Unidas). No caso do direito português, quanto às duas primeiras alíneas deste número 1 não se vislumbra qualquer problema pois são medidas já estão solidificadas no nosso direito interno. Já quanto às modalidades previstas na alínea c) se preveem convulsões no direito português aquando da transposição desta Diretiva, uma vez que a criminalização do branqueamento no direito português (já) não estabelece a sanção por aquisição, detenção ou utilização dos bens.

O diploma possibilita que os Estados-membros admitam aquelas condutas como puníveis, caso o autor da infração tenha a suspeita ou devesse ter sabido que os bens tinham proveniência de uma infração criminosa (art. 3.º, número 2)³⁴⁶. De igual forma, nos termos do número 3, os Estados-membros devem pugnar por não exigir no seu ordenamento interno uma condenação anterior ou simultânea da infração principal para condenação por branqueamento de capitais (alínea a); bastando a exigência de que os bens sejam precedentes de uma infração criminosa, sem que constitua um requisito imprescindível para condenação e determinação de todos os elementos e circunstâncias envolventes daquela infração precedente, nomeadamente a identidade do autor da infração principal (alínea b); sendo ainda de assinalar a prescrição para os membros comunitários de modificarem a sua legislação para que as infrações do branqueamento sejam puníveis ainda quando tenham lugar no território de outro Estado-membro ou de um país terceiro, quando essas condutas constituíssem infrações principais se praticadas no território nacional (alínea c)³⁴⁷. Para fechar a análise deste artigo, deve-se salientar a exigência expressa para os Estados-membros para incluírem no seu direito interno que as condutas do artigo 3º número 1, alíneas a) e b) devem conter no seu círculo de autores o agente que tenha praticado a atividade criminosa precedente geradora de proveitos. Pode-se referir que a Diretiva toma um sentido explícito sobre a matéria sempre controversa do “autobranqueamento”, incutindo para os membros comunitários uma harmonização das suas legislações sobre esta matéria. Este reconhecimento é subsumido tanto no ponto 11 do preâmbulo, com a consagração no corpo da Diretiva, de que certas condutas de branqueamento de capitais, como as condutas de transferir, converter, encobrir ou dissimular, devem ser puníveis mesmo que tenham sido praticadas pelo autor da atividade principal da qual gerou os bens. É paradigmático que o legislador europeu excluiu de forma expressa (ou, melhor dizendo, não impôs) a possibilidade do autor da infração precedente, que gerou os bens, poder ser punido por branqueamento de capitais nos casos

³⁴⁶ Como se reconhece no ponto 13 do preâmbulo (em linha com os atos europeus precedentes) para ponderação sobre o conhecimento de um determinado sujeito sobre a proveniência do bem de uma infração criminosa devem-se ter em conta as circunstâncias concretas do caso, e admitindo o apuramento da intenção e do conhecimento a partir de circunstâncias objetivas em função do caso.

³⁴⁷ Abrindo a possibilidade, segundo o artigo 3.º, número 4 do diploma, dos Estados-membros irem mais além e só positivar as condutas no seu território nacional que também constituíssem uma infração penal na lei do local onde os factos foram praticados (Estado-membro ou terceiro), a não ser nos casos da criminalidade mais gravosa (previstas nos tipos ilícitos das alíneas a) a e) e h) do artigo 2.º, ponto 1).

em que estejamos na mera posse e utilização dos bens – sentido que anexamos e que será mais desenvolvido na altura da análise do direito português no capítulo 6.4. A Diretiva prevê nos termos do artigo 4.º ainda a punição do auxílio e a cumplicidade, incitamento (comparticipação) e tentativa do branqueamento de capitais das infrações do artigo 3.º números 1 e 5. Vai ainda mais além, ao estabelecer uma harmonização quanto às sanções dirigidas aos sujeitos individuais envolvidos no branqueamento (art. 5.º), detalhando um conjunto de circunstâncias que devem constituir agravantes da prática dos ilícitos do branqueamento previstos no art. 3.º, números 1 e 5, e art. 4.º da Diretiva.

É ainda ressalvada a responsabilidade das pessoas coletivas³⁴⁸ por prática da infração de branqueamento, nos termos do artigo 7º com essa mesma epígrafe:

“1. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para assegurar que as pessoas coletivas possam ser responsabilizadas pelas infrações referidas no artigo 3.º, n.os 1 e 5, e no artigo 4.o, cometidas em seu benefício por qualquer pessoa, agindo quer a título individual quer como membro de um órgão da pessoa coletiva, e nela ocupando um cargo de direção com base num dos seguintes elementos:

- a) Poder para representar a pessoa coletiva;*
- b) Autoridade para tomar decisões em nome da pessoa coletiva; ou*
- c) Autoridade para exercer o controlo a nível da pessoa coletiva.*

2. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para assegurar que as pessoas coletivas possam ser responsabilizadas caso a falta de supervisão ou de controlo por uma pessoa referida no n.o 1 do presente artigo tenha possibilitado a prática de uma das infrações referidas no artigo 3.o, n.os 1 e 5, e no artigo 4.o em benefício dessa pessoa coletiva, por uma pessoa sob a sua autoridade.

3. A responsabilidade das pessoas coletivas por força dos n.os 1 e 2 do presente artigo não exclui a instauração de ação penal contra as pessoas singulares que sejam autoras, instigadoras ou cúmplices de qualquer das infrações referidas no artigo 3.o, n.os 1 e 5, e no artigo 4.o”.

³⁴⁸ Correspondendo uma pessoa coletiva a uma entidade a quem é atribuída personalidade jurídica, excluindo o Estado, as entidades de direito público quando atuam de acordo com as prerrogativas de autoridade pública, como as organizações internacionais de direito público (art. 2.º, número 3 desta lei). O que se encontra em linha com o (atual) direito português (cfr. artigo 11.º do CP).

Devendo as sanções aplicadas ser proporcionais e dissuasoras, onde se instituem multas, coimas e outras sanções entendidas como ajustadas (artigo 8.º). Por último, promove-se um reforço das medidas de agilização entre as autoridades competentes para instituição de medidas de perda de proveitos criminosos (art. 9.º) e de cooperação entre os diversos Estados-membros de acordo com as regras de competência instituídas no artigo 10º da Diretiva.

Em suma, os princípios do enquadramento normativo comunitário contra o branqueamento elevam-se a mais um patamar com o caso particular desta Diretiva agora com medidas enquadráveis no domínio do direito penal. Que ainda se viu completada, com a aprovação do Regulamento (UE) 2018/1672 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro, relativo ao controlo das somas de dinheiro líquido que entram ou saem da União. Não desmerecendo este sentido, não podemos deixar de voltar a assinalar, que as medidas da Diretiva de 2015 ainda não foram devidamente solidificadas no direito interno dos Estados – no caso português só foi parcialmente transposta em 2017 (cfr. com maior pormenor o capítulo 7) –, e, naturalmente, ainda não se conseguiu aferir em toda a sua extensão a eficiência das suas medidas, e já o legislador procedeu à criação de mais duas novas Diretivas que devem ser transpostas até 2020... Quanto a esta última, instituindo já uma revisão até 3 de dezembro de 2023 (portanto, cinco anos após aprovação da Diretiva), devendo a Comissão apresentar ao Parlamento Europeu e ao Conselho um relatório onde deve ser avaliado o valor da Diretiva, decidindo se apresenta uma nova proposta legislativa para alteração deste diploma.

Tal pode ser entendido como um sinal dos “novos tempos” na criação legislativa, que já aludimos num capítulo anterior, em consonância com a sempre presente tentativa de a legislação acompanhar os desenvolvimentos dos procedimentos técnicos do branqueamento. Mas não podemos deixar de referir que a legislação comunitária deverá primeiro ser cristalizada e maturada. As alterações sucessivas, com reflexo no direito interno dos Estados-membros, sem um devido apuramento e avaliação da sua eficácia, mesmo numa temática como esta, pode apenas apresentar (e levar) a resultados simbólicos, com reflexo no desgaste do sistema. É tempo destas oscilações político-criminais serem moderadas, como acertadamente refere Vitalino Canas (e ainda num tempo em que as legislações não detinham esta cadência legislativa) é altura da legislação

do branqueamento de capitais deixar de ser “*uma história de rectificações continuadas*”³⁴⁹. (Canas, 2004: p. 192)

4.3 Declaração dos princípios do Comité de Basileia

Para além do estabelecimento de prerrogativas públicas dirigidas ao afrontamento do branqueamento ao nível internacional pelas Nações Unidas e União Europeia, foram ainda dados passos por parte de certas entidades privadas para promoção de mecanismos preventivos para evitar a sua instrumentalização em práticas de branqueamento de capitais.

Este caminho foi iniciado no ano de 1974, na Suíça, com a reunião do Comité de Basileia de Supervisão Bancária (“*Basel Committee on Banking Supervision*”)³⁵⁰, composto por representantes dos bancos centrais e de autoridades de supervisão do designado “grupo dos dez”³⁵¹. Este Comité, com o objetivo de impulsionar a promoção da supervisão bancária e financeira e cooperação entre as diversas entidades, promulgou um conjunto de documentos técnicos para modificar o elemento de regulação deste campo e manter a estabilidade neste campo.

Alguns anos depois, registou-se precisamente por parte da Associação de Bancos Suíços, em 1977, a Convenção Relativa à Obrigação de Diligência dos Bancos da Associação de Bancos Suíços, instituindo um conjunto de bases regulatórias que devem vincular as entidades financeiras daquele país e cujo incumprimento pode originar a sanção por contraordenação ou outras entendidas como adequadas por parte da própria Associação de Bancos Suíços. Estas medidas apresentam uma natureza ao nível da autorregulamentação interna em campos como a identificação de clientes, operações financeiras e do beneficiário efetivo (individual ou coletivo).

³⁴⁹ Um sentido que vai contra a realidade existente.

³⁵⁰ Esta é uma organização que agrega como membros autoridades de supervisão bancária com o objetivo de estabelecer uma união de esforços para dotar de maior estabilidade o sistema financeiro. De forma mais desenvolvida sobre o Comité de Basileia cfr. <<https://www.bis.org/bcbs/history.htm>>. (Acesso 10/06/2018).

³⁵¹ Este grupo é constituído por Alemanha, Bélgica, Canadá, EUA, França, Holanda, Itália, Japão, Reino Unido, Suécia, ao qual acresceu a Suíça. E aumentou em 2013 com a adição do Luxemburgo e Espanha.

Mas, com maior impacto, temos de destacar a Declaração de Princípios de Prevenção do Uso Criminal do Sistema Bancário para o uso do Branqueamento de Capitais de 12 de dezembro de 1988³⁵², instituída pelos governadores dos bancos centrais do “grupo dos dez”. No seu preâmbulo é reconhecido o objetivo de manutenção da estabilidade do sistema financeiro através de uma prevenção da sua instrumentalização para efeito de branqueamento de capitais, evitando o projetar de determinados riscos para a instituição: desde logo, o abalar da confiança dos clientes na própria instituição financeira (riscos reputacionais), diminuir o seu balanço financeiro (riscos operacionais), ou aumentar a litigância judicial (riscos judiciais). Para evitar esta reconhecida debilidade da instituição, é estabelecido um conjunto de normas para circunscrever as falhas existentes no sistema financeiro, protegendo-se a si próprias das práticas branqueadoras que possam ocorrer no seu interior³⁵³, em diversos campos como: a obrigação de identificação dos clientes de operações financeiras; o cumprimento dos padrões normativos e abstenção de operações entendidas como apresentado um elevado risco de estar envolvidas para práticas de branqueamento; cooperação com as autoridades de investigação criminal; adequação interna para cumprimentos destes princípios e controlo interno das operações. (Basel Committee on Banking Supervision, 2001: p. 4ss) Na sua essência, o diploma deve ser entendido como representando um conjunto de *guidelines* que devem ser seguidas pelas instituições financeiras, mas não contendo natureza coerciva. (Campos, 1990: p. 130) Porém, receberam uma autentificação (e *enforcement*) mais lata pela persuasão exercida pelo Comité e pelo posterior envolvimento das principais instituições financeiras dos países economicamente mais poderosos, o que lhes permitiu aumentar a sua aplicabilidade prática para outras entidades financeiras e patentear um verdadeiro pilar do setor de supervisão bancária. (Godinho, 2001: p. 73)

O destaque dos processos instituídos pelo Comité de Basileia corresponde, assim, grosso modo, a um patamar inicial de princípios autorregulatórios, vinculando as instituições financeiras, para evitar a consumação de práticas branqueadoras no seu interior – encontramos aqui uma dinâmica, criada e desenvolvida, de *compliance*. Posteriormente, esse marco projetou-se como elemento essencial para prevenção e

³⁵² *Prevention Of Criminal Use Of The Banking System For The Purpose Of Money-Laundering*. Ver este diploma em: <<https://www.bis.org/publ/bcbsc137.pdf>>. (Acesso 10-06-2018).

³⁵³ Estas preocupações deste setor são completadas por uma base tripartida: *Core Principles for Effective Banking Supervision* States de 1997; *The prevention of Criminal Use of Banking System for the Purpose of Money-Laundering* de 1998; *Core Principles Methodology* de 1999.

pressão do branqueamento, como é demonstrável pelo seu acolhimento e desenvolvimento em sucessivos diplomas internacionais.

4.4 Grupo da Ação Financeira Internacional (GAFI)

Nesta análise do sentido evolutivo das medidas dirigidas ao branqueamento é de vital importância a criação do Grupo de Ação Financeira Internacional – GAFI/FATF³⁵⁴ (“*Financial Action Task Force on Money Laundering*”). Este organismo internacional foi estabelecido no encontro de Chefes de Estado e de governo do designado Grupo dos Sete países mais industrializados do mundo (o G7), na cimeira de Paris realizada em 16 de julho de 1989³⁵⁵, com o objetivo de estabelecer uma estratégia concertada a nível internacional de promoção de medidas de prevenção e repressão do branqueamento de capitais.

Este organismo veio promover, recomendar, desenvolver e coordenar os procedimentos técnicos, a nível interno e externo, para melhoria da efetividade na investigação e repressão do branqueamento de capitais – ao qual se veio associar o financiamento do terrorismo, armas de destruição massiva e ameaças à integridade do sistema financeiro internacional. É de realçar que no seu ato de criação não era concebido como um organismo para deter um âmbito permanente, mas detinha unicamente o escopo de desenvolvimento do projeto que lhe era subjacente. No entanto, pela importância assumida pelo organismo e a gravidade da matéria inerente ao branqueamento, a sua institucionalização foi-se prolongando no tempo³⁵⁶, abrindo-se a possibilidade da conversão a título permanente (Godinho, 2001: p. 74-75) – que, na nossa opinião, acaba por ser entendida como natural face à importância das tipologias avançadas por esta instituição. O seu modo de atuação é realizado através de um sistema de recomendações

³⁵⁴ Sobre este organismo internacional, com maior detalhe ver as suas finalidades: <<http://www.fatf-gafi.org/>>. (Acesso 17/07/2019) Atualmente é composto por 38 membros (36 jurisdições e 2 organizações regionais), 9 membros associados, e 23 membros observadores. Incluindo no seu seio uma valência multidisciplinar ao nível dos seus participantes, tanto envolvendo juristas, membros de autoridades de supervisão na área financeira ou membros das instâncias de repressão criminal. Portugal é membro deste organismo desde 1990.

³⁵⁵ Na qual participaram os Chefes de Estado dos EUA, Canadá, França, República Federal da Alemanha, Inglaterra, Japão, e a Presidência da Comissão Europeia.

³⁵⁶ O atual mandato tem uma vigência até 2020. Embora se refira a manutenção deste organismo para além dessa vigência.

que se caracterizam por permitir uma flexibilidade e adaptabilidade quanto à sua aplicação nas diversas jurisdições. (Mitsilegas & Vavoula, 2016: p. 264) Um sistema que, embora não adquirindo força executiva – como no caso dos tratados internacionais –, por representar apenas normas de *soft law* por serem emanadas por um organismo não representativo de Estados, acaba por vir a adquirir um amplo acolhimento internacional, com reflexos em vários ordenamentos jurídicos e nas diversas medidas internacionais promovidas³⁵⁷. Isto ocorre por uma conjugação de fatores. Primeiro pela capacidade de influência do organismo pela inclusão dos países economicamente mais desenvolvidos e organizações internacionais relevantes, que são os mais envolvidos no afloramento das medidas do GAFI³⁵⁸. Depois pela própria realidade teórica e prática, por estarem claramente subsumidos interesses convergentes sobre a necessidade de prevenção e repressão do branqueamento no enquadramento do processo de mundialização. (Godinho, 2001: p. 77; Díaz-Maroto Y Villarejo, 2010: p. 259) Por fim, pelo sustentáculo de especialização técnico-científico desenvolvido no seio desta organização, permitindo uma clara adaptação do paradigma normativo à realidade envolvente. O que lhes confere um lastro de maior aplicabilidade e legitimidade (quando comparada, por exemplo, ao Comité de Basileia que é mais restrito por pretender vincular apenas as entidades bancárias), passando os pressupostos do GAFI de forma mediata a deter essa abrangência, através da positivação por parte de determinadas instituições internacionais³⁵⁹, o que

³⁵⁷ Só para citar alguns exemplos, este foi o caso da convergência das recomendações do GAFI na Convenção da Europa de 1990; da Resolução 1617, de 2005, do Conselho de Segurança das Nações Unidas; ou da Resolução 60/288 da Assembleia Geral das Nações Unidas. (Kolarov, 2013: p. 4) Como também das diretivas da UE mais recentes que aludem expressamente à necessidade de convergir a legislação europeia com as recomendações desta instituição internacional (cfr. com maior detalhe o preâmbulo das diretivas de 2015 e 2018). Este reconhecimento sobre a modificação das medidas contra o branqueamento em linha com o pugnado pelo GAFI é abrangente. (Godinho, 2001: p. 78; Mitsilegas & Vavoula, 2016: p. 264; Terra de Oliveira 2016, p. 243; Helgesson & Mörth, 2018: p. 228)

³⁵⁸ Desde logo, basta pensar na sua criação pelo impulso do designado “G7”. Com especial relevo para as esferas de influência proporcionadas pelos EUA e os Estados-membros da EU, pela capacidade de influência e persuasão que estes países aplicam no contexto global para a adoção normativa de medidas preventivas e repressivas do branqueamento. (Nance, 2018b: p. 133)

³⁵⁹ Um exemplo é o caso do Fundo Monetário Internacional, que adotou a Metodologia de Avaliação do Cumprimento das Normas contra a Luta contra o Branqueamento de Capitais e o Financiamento de Terrorismo, no qual esteve presente o contributo do GAFI, o Grupo Egmont, o Banco Mundial e outras instituições internacionais, que acolheram e deram ainda uma maior promoção às medidas deste organismo. Veja-se, para maiores detalhes: Díaz-Maroto Y Villarejo (2010: p. 260-261).

acaba por lhes conferir uma espécie de natureza de *hard law*. Até porque, conforme veremos infra em maior detalhe, este organismo não só pretende constituir um espaço de diálogo e análise técnica das questões relevantes na matéria do branqueamento, mas pretende ainda trilhar os procedimentos que vão ser aplicados, bem como detendo a possibilidade de analisar o nível de comprometimento por parte de cada Estado ou das suas instituições³⁶⁰. As linhas básicas deste modelo de análise partem de dois níveis: um regime de autoavaliação (*annual self-assessment*) que é realizado pelos Estados-membros da organização; e um sistema de avaliações mútuas (*mutual evaluations*) realizado pela própria organização. No final será produzida uma conclusão sobre os resultados alcançados³⁶¹. E, no caso de incumprimento ou cumprimento deficiente, podem os

³⁶⁰ A forma de atuação mais flexível e abrangente do GAFI tem por finalidade uma ótica de um modelo essencialmente experimentalista dirigido para mais efetiva vinculação dos diversos autores na aplicação de medidas ABC. Sumariando Nance quanto aos pontos positivos deste procedimento: a inexistência de sanções económicas, com a opção a seguir a ser pela aplicação de medidas com um potencial impacto menos lesivo; a progressiva e flexível aprendizagem em conjunto, de acordo com os resultados verificados no sistema de avaliações das medidas destinadas a atingir os pontos propostos; uma efetiva persuasão na aplicação das medidas acolhidas por esta entidade, no qual sobressai o sistema das avaliações mútuas focalizado para os vários intervenientes uma procura da alteração legislativa do seu regime normativo; uma abordagem ampla da participação quanto às recomendações emitidas permitindo valorar diferentes pontos de vista dos ordenamentos jurídicos, mas, também, consultando autores privados, dessa forma conferindo uma maior legitimidade ao procedimento de criação normativa. Ao revés de uma aplicação impositiva e coerciva por parte dos Estados economicamente mais desenvolvidos, que não teria tão amplo nível de acolhimento. (Nance, 2018b: p. 135ss) Esta linha característica permite, na nossa opinião, enquadrar uma participação mais inclusiva em linha com a nossa abordagem sobre o caminho idílico para uma resposta competente neste mundo globalizado.

³⁶¹ A última avaliação do caso Português por parte do GAFI foi realizada em 2017. Cfr. FATF (2017), *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures – Portugal, Fourth Round Mutual Evaluation Report*, FATF, Paris, disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/MER-Portugal-2017.pdf>>. (Acesso em 8-07-2018). Quanto às conclusões deste documento – embora considerando que Portugal ainda tem algumas áreas a melhorar, principalmente, no caso do financiamento do terrorismo, levando o país a ficar sujeito a um processo de acompanhamento regular – faz-se no geral um balanço muito positivo considerando que as autoridades criminais tem capacidade necessária para investigar as operações de branqueamento, com acesso às informações e aos relatórios suspeitos, e o regime sancionatório mostra-se apropriado para punir as práticas ilícitas. O nosso país apresentou ainda bons resultados no sistema de apreensão de bens, principalmente pelo regime jurídico do confisco ampliando – previsto na lei n.º 5/2002 –, evitando que o crime compense. Quanto às medidas preventivas adotadas pelas entidades financeiras nacionais as mesmas são satisfatórias,

Estados ser alvo de determinadas sanções: que vão desde a suspensão na jurisdição do GAFI; declaração expressa do organismo alertando sobre a constituição de negócios com aqueles países incumpridores; ou ainda uma sanção mais grave ao colocarem o Estado incumpridor numa lista específica que produz uma inegável pressão para os incumpridores, assinalando para todo o mercado económico a inexistência da execução das linhas orientadoras enunciadas pelo GAFI. Tal realidade pode ter reflexos na produtividade económica dos Estados incumpridores. Sendo de salientar que estes efeitos não se limitam só a jurisdições membros do GAFI³⁶² (Vleek, 2018: p. 255), podendo mesmo países terceiros (ou seja, não membros do organismo) ser alvo de medidas económicas negativas por parte dos membros do Grupo. Por tudo, sendo fortes os fatores que compelem ao cumprimento das suas recomendações (Nance, 2018b: p. 133-134), o que impulsiona que os diversos países se empenhem para o cumprimento das medidas, sob pena de verem partes do seu setor económico atingido, principalmente quando se relacionem com Estados ou empresas internacionais³⁶³.

Ao nível dos instrumentos jurídicos promulgados viram-se elaborados um vasto número de recomendações, relatórios e guias, dirigidos à identificação de áreas de atividade económico-financeira mais suscetíveis de ser instrumentalizadas para práticas

indicando um nível de cumprimento das normas e princípios internacionais na repressão do branqueamento e, em certa medida, do financiamento do terrorismo, havendo um conjunto de trocas de informações apropriadas quanto aos proprietários das pessoas coletivas e fundos estrangeiros, bem como uma cooperação transnacional adequada.

³⁶² O que leva autores a endereçar determinadas críticas sobre a constituição e atuação deste organismo por representar um domínio tecnocrático e não democrático, em face de uma inexistência de transparência e democratização. Neste particular, citando Mitsilegas & Vavoula, "*in this manner, a specific agenda developed by technocrats and with limited scrutiny at global level has been legitimized, via the EU decision-making process, and adopted at the Union level to bind both FATF and non-FATF members*". (2016, p. 267) Não nos parece que esta crítica deva vingar. Estamos perante uma instituição que se insere nos padrões da globalização que referimos na parte I deste trabalho, e onde vigora uma procura ativa para atingir um maior envolvimento de culturas diferenciadas, de forma a atingir um maximizado sentido eficiente e comum para fazer face a esta prática criminosa.

³⁶³ Sobre os efeitos práticos desta pressão acabam por concluir diversos autores que, em termos práticos, os dados empíricos existentes não são congruentes quanto aos efeitos nefastos para as economias associadas à lista negra. (Nance, 2018b: p. 134) Mesmo não se verificando uma correlação direta entre a colocação naquela listagem e os prejuízos daí resultantes, somos da opinião, que a mera colocação resulta no sobreaviso ao próprio Estado e seus congéneres na possibilidade de poder advir tais consequências, podendo, desde logo, as suas relações bilaterais serem afetadas.

de branqueamento e estabelecimento prioritário de instrumentos dirigidos para eliminar aquelas lacunas. O perfil de análise que vamos estabelecer no nosso estudo irá incidir sobre aquelas que adquirem um escopo principal nesta dimensão, que serão as recomendações – apresentando os outros instrumentos um caráter acessório ou complementar destas. Estas iniciaram-se com a primeira publicação em 1990, de um conjunto de quarenta recomendações como princípios básicos para orientar a coordenação internacional contra o branqueamento e que deviam ser aplicadas na legislação interna dos ordenamentos jurídicos – a que Portugal aderiu em 1991 absorvendo tais recomendações. No fundamental, foram no sentido de introduzir reforços nas jurisdições dos Estados quanto à prevenção e repressão do branqueamento através do direito penal, do sistema financeiro e do aumento da cooperação internacional entre os diversos Estados. Este plano de atuação seguiu o panorama vigente nessa altura, partindo de uma conceção de proveitos ilícitos oriundos do tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, iniciando-se o constante processo de revisão e publicação de novas orientações em diversos relatórios. Em 1996 foi introduzida uma emenda para abranger outras formas de criminalidade para além do tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas. No ano de 2001, após os atentados terroristas nos EUA, alargou-se o escopo do GAFI para inclusão da repressão do financiamento do terrorismo, avançando com oito novas recomendações dirigidas para a prevenção do financiamento de terrorismo e que se viram revistas e expandidas em 2003 e depois em 2008 onde se instituiu uma nona recomendação contra o financiamento do terrorismo. O processo da última revisão das recomendações foi instituído em 2012, com o objetivo de adaptar as estratégias de prevenção e repressão do branqueamento às circunstâncias do mundo global, passando a também incluir a necessidade da prevenção da utilização do sistema financeiro para a proliferação das armas de destruição maciça (interligando o conjunto de variáveis associadas a este fenómeno).

Estas recomendações permitiram a construção de uma espécie de “sistema” normativo contra o branqueamento e financiamento do terrorismo. Analisaremos esta problemática a partir da recomendação mais recente de 2012³⁶⁴, por ser aquela que

³⁶⁴ Para maiores desenvolvimentos, veja-se o texto integral disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>>.

(Acesso em 08-07-2019). Com a última revisão a ser de junho de 2019 – mas, naturalmente, sendo sempre uma espécie de *work in progress*.

apresenta uma natureza mais ampla (e recente), procedendo a uma análise dos seus pontos mais relevantes para o nosso trabalho.

Como se afirma na sua 1.^a recomendação, as medidas de prevenção e repressão do branqueamento devem estar conexas com uma abordagem dos fatores de risco (uma abordagem face ao grau de risco associado). Devendo os países ampliar este dever de controlo de risco de branqueamento e financiamento do terrorismo a outros campos e áreas de atividade. Devendo ainda ser designada uma autoridade ou órgão próprio para concentrar as informações recolhidas e avaliar o sentido adequado para proceder a uma sensível diminuição dos riscos. Interligando-se com esta última parte, a segunda recomendação vai no sentido de instituir uma cooperação e colaboração para troca de informações entre instituições reguladoras do sistema financeiro, autoridades públicas de investigação criminal, unidades de inteligência financeira ou outras autoridades competentes.

No campo das condutas típicas do branqueamento, recomenda a criminalização deste ilícito nos termos definidos na Convenção de Viena e de Palermo, entendendo como delito antecedente todo o ilícito grave³⁶⁵, ou o conjunto mais alargado de ilícitos. Por conseguinte, o GAFI optou por descrever os tipos criminosos com o princípio de possibilitar uma maior flexibilidade e moldando a criminalização do branqueamento de acordo com o sentido dos diplomas internacionais. Quanto à quarta recomendação, assinala-se que os países devam adotar medidas semelhantes às estabelecidas nas supra aludidas Convenções, bem como a Convenção para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo³⁶⁶, tanto no âmbito legislativo como no campo da investigação, com vista ao

³⁶⁵ Encontrando como referência no glossário das recomendações do GAFI um conjunto de categorias de infrações consideradas como graves, e que, portanto, devem ser alvo de criminalização como delito precedente: participação num grupo criminoso organizado e em ações lucrativas de intimidação e extorsão; terrorismo e seu financiamento; tráfico de seres humanos e tráfico ilícito de migrantes; exploração sexual, incluindo de crianças; tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas; tráfico de armas; tráfico de bens roubados ou outros bens; corrupção e suborno; fraude; contrafação de moeda e pirataria de produtos; crimes contra o meio ambiente; homicídio e ofensas corporais graves; rapto, roubo e furto; contrabando; crimes fiscais; falsificação; pirataria; e utilização abusiva de informação privilegiada e manipulação do mercado. Estas são entendidas como um conjunto mínimo de procedimentos que devem ser adotados pelos Estados, embora se incentive os ordenamentos jurídicos a tipificar um catálogo mais abrangente.

³⁶⁶ Aprovada pela Resolução da AR n.º 51/2002, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 31/2002. Em vigor relativamente a Portugal em 17/11/2002.

congelamento e apreensão de bens (apresentando um conceito amplo de bens), ou a sua perda, com a reserva de proteção dos direitos de terceiros de boa-fé.

A partir da nona recomendação o diploma prescreve uma conciliação com o segredo bancário, entendendo que este não pode ser invocado para obstaculizar a aplicação das diversas recomendações. Na décima recomendação, institui-se a aplicação de medidas tendentes ao designado “*Customer Due Diligence*”, recomendando a positivação legal de procedimentos de diligência vocacionados para o sistema financeiro, quanto à identificação de clientes, do beneficiário efetivo, os elementos da relação de negócio e acompanhamento das operações negociais atuais e subsequentes, de acordo com o potencial de risco. No caso de não ser possível o cumprimento, deverá abster-se de efetivar aquela operação e reportar as suspeitas sobre aquela operação. Bem como prescrevendo o dever de conservação da documentação relativa às operações durante pelo menos cinco anos (11.^a recomendação). Para as designadas “pessoas politicamente expostas” devem ser aplicadas medidas de diligência específicas, que acrescem às exigidas para um grau de risco normalizado (12.^a recomendação), como para as instituições financeiras que realizam atividades transnacionais bancárias – entendendo-se que estas apresentam um maior risco (13.^a recomendação). Da conjugação das recomendações 14.º, 15.º, e 16.º, verifica-se a instituição das medidas de diligência que devem ser seguidas pelas entidades que prestam operações através de novos mecanismos de transmissão, novamente de acordo com o seu grau de risco, como são o caso dos “*money or value transfer services*” ou os “*wire transfers*”. Podendo as entidades financeiras recorrer a terceiros para cumprimento de determinadas disposições de diligência deste instrumento, embora a responsabilidade última não se transfere das instituições financeiras (17.^a recomendação). Merece particular destaque a décima oitava recomendação para as instituições financeiras de adoção de programas internos contra o branqueamento de capitais e financiamento de terrorismo. Estes procedimentos internos devem ser dirigidos para toda a organização, envolver a troca de informação interna, que deve abranger a organização “mãe” e as sucursais quando existam. Segue-se a 19.º recomendação ao instituir as medidas de diligência reforçadas para operações estabelecidas com sujeitos ou entidades coletivas procedentes de jurisdições que o GAFI identifique como apresentando maiores riscos. Nas recomendações 20.^a e 21.^a, o diploma do GAFI adota-se um conjunto de deveres referentes à comunicação das operações suspeitas às UIF, quando hajam fundadas suspeitas da proveniência desses capitais. Não podendo os funcionários ser sancionados pela prática de reporte conforme o disposto

neste normativo, nem revelar aos visados que procederem a essa comunicação. Nos termos da recomendação 22.^a, são alargadas as medidas das recomendações (10.^a a 12.^a, 15.^a e 17.^a), a instituições não financeiras e profissionais, como casinos, agentes imobiliários, comerciantes de obras preciosas, advogados, notários ou outras profissões jurídicas ou contabilistas, prestadores de serviços a sociedades e a fundos fiduciários, quanto pratiquem determinadas atividades onde está envolvido um grau de risco da prática destes ilícitos. Já, nos termos da recomendação 23.^a, as medidas subsumidas nas recomendações (18.^a a 21.^a), são aplicadas a comerciantes de obras preciosas, advogados, notários ou outras profissões jurídicas ou contabilistas, prestadores de serviços a sociedades e a fundos fiduciários.

Sob este auspício é de destacar a necessidade de transparência quanto às pessoas coletivas e de entidades sem personalidade jurídica para evitar que as mesmas sejam envolvidas para operações de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, através da identificação dos beneficiários efetivos, e permitir que essa informação possa ser acedida pelas autoridades de forma a dar cumprimento às recomendações 10.^a e 22.^a (de acordo com as recomendações 24.^a e 25.^a). Para tal, instituindo medidas de supervisão quanto ao cumprimento destas linhas que devem ser realizadas por um conjunto de autoridades, prevenindo a prática de condutas ilícitas de branqueamento ou financiamento do terrorismo dentro destas entidades (recomendação 26.^a), consagrando os poderes das autoridades de supervisão (recomendação 27.^a), e ampliando-se estas medidas de supervisão também a entidades não financeiras que estão sujeitas a um elevado grau de risco quanto a essa prática ilícita (recomendação 28.^a). Nos termos da recomendação 35.^a, devem os Estados aplicar um regime sancionatório equilibrado e proporcional, que pode conter natureza criminal, civil ou administrativa, que seja aplicável às pessoas singulares ou coletivas (incluindo administradores e diretores) quando não cumpra as recomendações ABC. Por fim, atende-se a uma maior recomendação de determinados princípios da cooperação internacional entre os diversos Estados (recomendação 36.^a a 40.^a).

Em conclusão, as recomendações do GAFI vão no sentido de promulgar um conjunto de medidas preventivas e repressivas mais efetivas. Esta realidade não corresponde a uma postura meramente passiva de cumprimento com o normativo em vigor, mas sim desencadear uma postura ativa, de fomento essencialmente dirigido a atuar sobre este tipo de criminalidade, através do estabelecimento de freios de controlo e medidas KYC, associado a uma abordagem de acordo com o grau de risco verificado e

permitindo um desenho mais flexível e eficiente quanto à graduação das medidas a tomar³⁶⁷. Podendo as medidas deste diploma ser decompostas, em três grandes domínios: a prevenção e criminalização do delito de branqueamento, financiamento do terrorismo e das armas de destruição massiva; perda e confisco de proveitos ilícitos; e cooperação internacional através da investigação e comprometimento mútuo entre os ordenamentos jurídicos. Aqui se desenhando claros procedimentos de *compliance*³⁶⁸ que devem ser adotados pelas entidades coletivas para evitar estar envolvidas nas práticas criminosas.

4.5 Grupo de Instituições Financeiras Wolfsberg

No final da década de 90, após a absorção generalizada do potencial ilícito do branqueamento, as entidades financeiras reconheceram a inexistência de uma aplicação harmonizada dos processos de diligência internos, uma vez que as entidades com sede em jurisdições anglo-saxônicas estavam sujeitas a normativos internos mais desenvolvidos, quando comparados com as suas congêneres continentais – pese embora o início das tentativas do GAFI e dos já citados diplomas internacionais a uniformizar esta matéria. Reconhecendo esta particularidade e a necessidade de estender as normas ABC para um espectro mais alargado de entidades bancárias, ocorreu mais um impulso (agora privado) para atingir uma efetividade mais concreta. Surgiu assim o Grupo Wolfsberg³⁶⁹, como uma associação de treze entidades bancárias privadas de diversos países³⁷⁰, que se reuniram na Suíça, com a finalidade de desenvolver um conjunto de *standards* mínimos (Aiolfi & Bauer, 2012) para a gestão dos riscos que devem ser seguidos pelas principais

³⁶⁷ Uma densificação do potencial de risco que tem vindo a ser otimizado por parte deste organismo para uma alocação de recursos mais eficiente. De forma cirúrgica, veja-se: <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/High%20Level%20Principles%20and%20Procedures.pdf>>. (Acesso em 08/07/2018).

³⁶⁸ Neste sentido, ver: Terra de Oliveira (2016: p. 242-245) e Nance (2018a: p. 120-121).

³⁶⁹ Foi criado em 2000, no Château Wolfberg na Suíça, onde para além dos responsáveis das entidades bancárias, também se encontravam representantes da agência não-governamental anticorrupção Transparência Internacional, com o objetivo de redigir linhas de orientação contra o branqueamento de capitais para serem aplicadas nas próprias entidades bancárias. Cfr. os objetivos programáticos disponíveis em: <<https://www.wolfsberg-principles.com/about/mission>>. (Acesso 08/07/2018).

³⁷⁰ Na sua fundação era composto por onze entidades bancárias. Atualmente, engloba mais duas: Banco Santander, Bank of America, Barclays, Citigroup, Credit Suisse, Deutsche Bank, Goldman Sachs, HSBC, JP Morgan Chase, MUFG Bank, Société Générale, Standard Chartered Bank, UBS.

entidades. Também estes procedimentos tiveram uma gênese histórica alicerçada na orientação de medidas específicas para a repressão das práticas de branqueamento, mas que depois evoluiu, alargando o seu escopo material para englobar crimes como a corrupção ou o financiamento do terrorismo.

Esta linha de orientação, inicialmente publicada em outubro de 2000 – *Wolfsberg AML Principles 2000*³⁷¹ –, estabeleceu a matização de determinados princípios referentes à prevenção de operações de branqueamento nos bancos, que podem ser agrupados nos seguintes pontos: na adoção de políticas KYC, onde se incluem a identificação do beneficiário final da operação financeira e comprovação documental da identidade do cliente, que se aplicam a todas as subsidiárias (ponto 1.2); aplicação de medidas de *due diligence*, com a recomendação de recolha de informação sobre o perfil do cliente e natureza da operação, instituindo diversos mecanismos de controlo interno para conhecer o seu cliente, que devem assentar de acordo com os fatores de risco aplicáveis ao próprio cliente ou às operações e que serve para definir o nível de diligência empregado pelo banco – nos quais se incluem como apresentando elevado risco, entre outros, as pessoas politicamente expostas (ponto 1.3, 2.2 e 2.3). Assim, apresentando conceitos para estabelecer se a operação é suspeita e quando se mostra como necessário efetuar a comunicação às autoridades (ponto 4) e monitorização das operações suspeitas (ponto 5); controlo interno através de um sistema de auditoria que deve ser escalonando em vários níveis de controlo e instituir-se um departamento ABC que deve atuar com independência face à organização, de forma a avaliar a aplicação desses controlos, aqui se destacando a orientação deste grupo pela *compliance* (ponto 7), a necessidade de reportar comportamentos de branqueamento (ponto 8), estabelecimento de um programa de formação específico para os seus empregados para que consigam identificar as operações e clientes suspeitos (ponto 9) e conservação dos registos das transações por um

³⁷¹ Alteradas em 2002 de forma a incluir a coordenação de esforços para repressão do financiamento do terrorismo, após os atentados terroristas de 2001, e, posteriormente, 2012. Em 2006 foi atualizado o conjunto de indicadores de risco acrescidos, de acordo com o tipo e nível da transação, o perfil do cliente, ou a utilização de estruturas coletivas complexas, entre outros. Aqui estabelecendo uma divisão entre serviços de risco, consumidores/clientes de risco, e países de risco. Para maiores desenvolvimentos neste campo veja-se: <https://www.wolfsberg-principles.com/sites/default/files/wb/pdfs/wolfsberg-standards/15.%20Wolfsberg_RBA_Guidance_%282006%29.pdf>. (Acesso 08/07/2018). Sobre a redação mais recente cfr: <<https://www.wolfsberg-principles.com/sites/default/files/wb/pdfs/wolfsberg-standards/10.%20Wolfsberg-Private-Banking-Principles-May-2012.pdf>>. (Acesso 08/07/2018).

mínimo de cinco anos, ou mais, se essa for a prescrição da lei local (ponto 10). Por último, é de relevar o ponto 12, ao prescrever que o banco deverá estabelecer um departamento independente responsável pela prevenção do branqueamento (como é o caso de um departamento de *compliance*).

Depois foram ainda densificadas determinadas propriedades que devem estar subjacentes aos mecanismos internos de *compliance*. A primeira é o envolvimento da estrutura de topo da organização, que poderá ser de forma direta ou através de uma delegação de tarefas a um comité específico de auditoria. As obrigações dos membros do conselho de administração constituem a aprovação das políticas internas de *compliance*, as quais devem estar formalmente matizadas e ser compreendidas por todos os membros da instituição. Em suma, é sua obrigação zelar pela implementação daquelas medidas pelos estratos inferiores, nos quais se inclui a superação dos conflitos internos que possam sobrelevar no interior da instituição, bem como proceder à avaliação da efetividade das medidas em face do risco existente. É então clara a responsabilidade do “*senior management*” para pulsar esta gestão eficiente em todo o domínio interno, de forma a ser transversal a toda a organização, e devidamente seguida pelos membros internos. Nesta linha, podem ser aplicadas medidas específicas para determinados departamentos ou grupo de funcionários, com o respetivo sancionamento em caso de falhas no sistema. Por fim, deve existir a criação de um departamento interno independente, encarregado dos procedimentos de *compliance* – podendo aqui haver recurso ao *outsourcing* para cumprimento de muitas destas funções, mas sempre sujeitas à supervisão daquele responsável hierárquico –, o designado departamento de *compliance*, significando que este departamento deverá coordenar o estabelecimento direto dos procedimentos internos, para tal devendo comungar de conhecimentos técnicos e recursos humanos necessários para atingir aquela eficiência. Nem poderá o diretor deste departamento estar numa posição que o coloque num conflito de interesses entre as suas responsabilidade como membro daquele departamento e as finalidades internas – no caso desse responsável estar integrado no “*senior management*” não deve ter responsabilidade na direção empresarial. O departamento será responsável pelo estabelecimento de linhas de atuação claras a ser seguidas pelos funcionários da empresa, em concordância com os procedimentos e medidas de diligência, que podem estar encadeados em manuais de *compliance*, códigos

internos ou de conduta, e a legislação em vigor³⁷². Em última medida estabelecendo uma monitorização e comunicação dos resultados alcançados. (Basel Committee on Banking Supervision, 2005: p. 7ss)

Assim, convencidos da necessidade da segurança jurídica para os seus clientes e da necessidade de proceder a uma intensificação da harmonização de medidas no seu próprio setor, os principais bancos de forma voluntária instituíram um conjunto de medidas de autorregulação e códigos de boa gestão de forma a prevenir ou minimizar os riscos negativos resultante do incumprimento da legislação. Esta particularidade justificase pelo reconhecimento pelas próprias entidades financeiras de que uma prática ilícita de branqueamento redundaria num dano irreversível na sua reputação com naturais repercussões na sua atividade económica (no mesmo sentido firmado pelo Comité de Basileia). Indo estas medidas resultar num consequente contributo para prevenção das operações de branqueamento, relevando para o nosso trabalho a responsabilidade que o próprio setor económico identifica para as medidas de *compliance* como um instrumento apropriado para obstar a operações de branqueamento.

4.6 Grupo Egmont

O Grupo de Egmont foi criado em 1995 em Bruxelas, com a finalidade de se instituir como uma plataforma de compromisso entre as várias Unidades de Inteligência Financeira para promoção da cooperação e apoio mútuo nos esforços na ação nacional e internacional frente ao branqueamento e financiamento do terrorismo³⁷³. Para tal é

³⁷² Podendo também ocorrer uma diferenciação entre os departamentos legais e de *compliance*. Ao primeiro estando instituídas o estabelecimento de uma linha de atuação conforme a lei, enquanto o departamento de *compliance* pode ter simplesmente por função o estabelecimento de uma conjuntura de cumprimento de políticas e procedimentos de reporte à gestão. (Basel Committee on Banking Supervision, 2005: p. 13-14)

³⁷³ Acessível no site: <<https://egmontgroup.org/en>>. (Acesso a 10-07-2018). O grupo Egmont é composto por 155 Unidades de Inteligência Financeira, representando uma clara dimensão ao nível de cooperação e apoio dos esforços nacionais e internacionais para a repressão do financiamento do terrorismo e na repressão do branqueamento. Este grupo vai assim promover a cooperação e implementação de resoluções e declarações internacionais, através da expansão de troca recíproca de informações, e formação profissional de determinados agentes. A UIF portuguesa passou oficialmente a fazer parte deste grupo em maio de 1998: <<https://egmontgroup.org/en/content/portugal-financial-intelligence-unit-portugal>>. (Acesso a 10-07-2018).

promovido outro impulso quanto às medidas que devem ser adotadas pelos Estados, como por exemplo, a positivação criminal do branqueamento de proveitos oriundos de crimes precedentes graves, a identificação e confisco dos proveitos derivados desses delitos, o aumento dos poderes legais das autoridades de supervisão, a criação por cada jurisdição de uma UIF destinada a avaliar estratégias e métodos para prevenir e reprimir este delito.

Estamos assim perante uma organização que vem estabelecer um contributo decisivo quanto a esta temática de cooperação entre as várias UIFs internacionais, ao nível do sistema de comunicação, assistência técnica e formação profissional de agentes especializados. No global correspondendo a uma defesa do setor económico-financeiro e de maior dotação dos procedimentos de cooperação internacional.

4.7 America Latina – Organização dos Estados Americanos

A América Latina é uma região historicamente fustigada por diversas organizações criminosas centradas na produção de estupefacientes (v.g. casos da Colômbia e México) que dominam os cursos de produção ilícitos da droga na dimensão global. Tal realidade teve o efeito de levar ao forte empenho para conseguir um afrontamento efetivo face a essa criminalidade, e, para o que aqui nos interessa, a imperatividade de obstar a manutenção e aproveitamento dos resultados criminosos. Embora seja de referir uma diferenciação desta zona geográfica quando comparada com a União Europeia, pela ausência de um direito supranacional estruturado que permitisse estabelecer um certo sentido de vinculação concertada dos Estados contra estas práticas criminosas. O que naturalmente tem o seu reflexo nas soluções legais. Neste cenário, apenas se pode referenciar a criação da Organização dos Estados Americanos (OEA), a 30 de abril de 1948, através da conferência internacional de Bogotá, com ratificação por parte dos 35 países das Américas da Carta da Organização dos Estados Americanos, que entrou em vigor em 1951.

Em 1986 ocorreu no Brasil uma conferência sobre o tráfico de estupefacientes onde se recomendou à Assembleia Geral desta Organização a criação de uma Comissão Interamericana para o Controlo do Abuso de Drogas (CICAD), para fomentar a repressão do tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas existente neste espaço geográfico, através da inclusão e coordenação de estratégias regionais vinculadas ao fortalecimento das medidas antidrogas, aumentar a prevenção e reduzindo a capacidade de produção desses bens e aplicando medidas legislativas eficazes e esbater os proveitos

lucrativos obtidos. Posteriormente³⁷⁴, com a “Declaração da Caracas” de 1990, criou-se uma Comissão composta por juristas para assegurar uma harmonização mais efetiva da legislação dos diversos estados americanos para conseguir uma maior eficiência no afrontamento do tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas.

Aproximado ao nível temporal, verificou-se o estabelecimento da Declaração Ixtapo no México em 1990, onde se reafirmou os efeitos nefastos sociais do tráfico de estupefacientes e dos proveitos dele consequente, assinalando-se o desequilíbrio entre as diversas entidades governativas e no campo socioeconómico. Como tal, desenvolveu-se um sistema contra o narcotráfico e branqueamento de capitais sustentado num conjunto de medidas centradas no esforço da repressão daquela criminalidade (referindo expressamente a necessidade da sua criminalização). Podendo mesmo se considerar este diploma como precursor dos tipos penais de branqueamento nas legislações da América Latina. Para além de se recomendar a aplicação de medidas regulamentárias quanto aos bancos e outras instituições financeiras, tanto na vertente preventiva, como em relação à cooperação com as autoridades no tráfico ilícito de drogas. Por último, deve-se referir a recomendação à Assembleia Geral da OEA do estabelecimento de um regulamento modelo que se institui como transversal aos diversos membros, destinado a reprimir os referidos fenómenos criminosos.

Mais relevante nesta matéria acabou por ser o *Regulamento Modelo da Comissão InterAmericana sobre o Branqueamento de Capitais conetado com o Tráfico Ilícito ou outras ameaças graves*³⁷⁵, aprovado pela Assembleia Geral da OEA em 1992, e baseado na prescrição de procedimentos específicos para a repressão do tráfico de drogas, bem como os delitos conexos, com particular destaque para o branqueamento de capitais dos proveitos obtidas pela prática da criminalidade precedente³⁷⁶. Este diploma visou estabelecer os tipos penais básicos para repressão do branqueamento, de vantagens

³⁷⁴ Existem ainda outras iniciativas adotadas no seio da América Latina para enfrentar o branqueamento de capitais, no entanto, acabam por conter uma natureza mais localizada, e, portanto, não serão alvo de análise neste estudo.

³⁷⁵ Para maiores desenvolvimentos sobre este regulamento específico, veja-se: <http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/eng/Model_regula_eng12_02/REGLAMENTO%20LAVADO%20-%20ENG.pdf>. (Acesso em 31-07-2018).

³⁷⁶ O documento passou por revisões e modificações sucessivas, para atingir uma dotação mais atual e eficaz, sendo a primeira realizada numa reunião do grupo de especialistas no Chile em 1997, e em último na Argentina em 2011.

oriundas de ameaças graves: do tráfico ilícito; os ilícitos ligados ao terrorismo; tráfico de armas ou de substâncias químicas; de seres humanos; pornografia; rapto; extorsão; corrupção; e fraude (art. 1.º). Pretende-se englobar um catálogo mínimo de delitos graves do qual seja natural provir os valores ilícitos, embora se preveja a possibilidade de os Estados poderem alargar este conjunto no seu direito interno. De igual modo, é de referir que este diploma adota um conceito amplo de pessoa, tanto admitindo pessoas singulares e coletivas, de bens e de proveitos decorrentes da prática delituosa.

O branqueamento é especificamente abordado no artigo 2.º, em termos semelhantes ao já adotado pela Convenção de Viena das Nações Unidas. A diferença fundamental é alargar o leque de crimes precedentes, deixando então de estar restringidos aos delitos de tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, mas passando a envolver os crimes graves supra enunciados. Nos termos do número 1, as modalidades típicas são converter, transferir ou transportar bens de que se sabe, ou que deveria saber ou, pelo menos, se ignora intencionalmente, que são o produto ou instrumento das atividades criminosas graves. Prevendo o diploma que o dever saber deve ser interpretado como negligência do agente (mas deixando margem aos próprios Estados para admitir tal situação no seu direito interno), com a ignorância intencional a ser considerada como dolo eventual. No número 2.º temos ainda outras modalidades de branqueamento no caso de um agente adquirir, possuir, utilizar ou administrar bens, sabendo, devendo ter sabido ou intencionalmente ignorando, que os mesmos eram produtos ou instrumentos de atividades deletivas graves³⁷⁷, e estabelecendo no número 3, como condutas criminosas, os comportamentos que ocultem, dissimulem ou impeçam a real natureza, origem, ligação, destino, movimentação e propriedade de bens ou de direitos relativos a tais bens, nos casos quem sabia, devia ter sabido ou intencionalmente

³⁷⁷ Refere Terra de Oliveira que a introdução da punição quando o agente deveria saber que as vantagens tinham proveniência ilícita aponta para um raciocínio que terá de ser feito pelo julgador. Nesse sentido, é função do julgador recorrer à figura do “homem médio”, colocando-se nas circunstâncias de tempo e lugar, e apurar se o agente no tempo da prática do ato devia ter conhecimento dessa proveniência ilegal. Aqui recorrendo ao pensamento de Langon de que a introdução desta figura é decorrente da necessidade de conseguir um consenso jurídico com os direitos de matriz anglo-saxónica. Esta ampliação resulta de vital importância no caso das entidades bancárias e outras empresas financeiras, que devido à natureza da sua atividade comercial e de cumprimento zeloso estaria perante um sentido em que devia saber essa origem. Como tal, quando se refere que se deve conhecer é pela existência de um elemento concreto que a adstrita a conhecer – um dever objetivo de cuidado –, seja decorrente de imperativo legal, da sua profissão ou atividade praticada. (Terra de Oliveira, 2016: p. 187-188)

ignorava, que tais produtos eram oriundos de atividades deletivas graves. Por conseguinte, mantendo nestes dois últimos números a responsabilização do agente por dolo direito, indireto ou dolo eventual. O último tipo penal contempla-se no número 4, na criminalização da conduta de um agente que participe em associação para cometer os crimes de branqueamento, tentar cometer, assistir, incitando publicamente ou de forma privada, ou que ajude qualquer pessoa que participe na comissão ilícita a eludir consequências jurídicas do mesmo. É de ressaltar que o delito de branqueamento é considerado como autónomo de outros crimes, não sendo necessário estabelecer a conexão específica com o delito antecedente (número 6). E permitindo expressamente a punição do “autobranqueamento” no direito interno dos ordenamentos jurídicos (número 7).

De acordo com o Regulamento Modelo são estabelecidas ainda um conjunto de medidas preventivas: quanto ao congelamento e apreensão dos bens derivados da prática de delitos previstos no diploma para posterior confisco (artigo 6.º); o estabelecimento de uma UIF que deverá constituir uma central de recebimento e análise de informação oriundas das entidades financeiras sobre operações sujeitas ao dever de reporte, que, posteriormente, quando sejam consubstanciadas, devem ser transmitidas quando constituam operações suspeitas às autoridades respectivas (art. 13.º), desde que verificadas de acordo com determinados requisitos (art. 14.º); prescrevendo nos diversos números do artigo 16.º, as medidas de diligência que devem ser seguidas no tráfego económico, como os deveres de identificação de clientes, cruzamento de informação para apurar o beneficiário efetivo, manutenção de registos dos clientes ou das transações durante um período mínimo de cinco anos; registo e identificação de operações financeiras suspeitas, superiores a um determinado valor, ou que se estructurem de forma complexa, levando a um indício de suspeita, que é aplicável mesmo no caso das transações mais diminutas, mas que, no total, contabilizem um valor superior a esse montante específico (arts. 18.º e 19.º). Ao nível sancionatório consagra a responsabilidade das entidades financeiras, quer a prática seja do sujeito coletivo, ou dos seus colaboradores, diretores, proprietários ou outros representantes autorizados, atuando nessa função e em benefício do ente coletivo, quando pratiquem atos de branqueamento ou financiamento do terrorismo (art. 20.º, números 1 e 2). Podendo as sanções incluir, entre outras medidas: o pagamento de uma multa; suspensão ou exclusão de certas atividades comerciais; ou revogação da sua licença, de forma temporária ou permanente. De igual forma, podendo ser responsabilizada a instituição financeira, ou os seus

colaboradores, diretores, proprietários ou outros representantes autorizados, em representação desta, quando, deliberadamente, não sigam os seus deveres de cumprimento previstos deste diploma, ou quando o façam falsamente (números 3 e 4). O artigo 21.º prossegue pela implementação de um conjunto de medidas, agora essencialmente vocacionadas para o âmbito interno, para detetar atividades de branqueamento ou financiamento de terrorismo: formas de atuação internas conformes à legalidade ou os padrões éticos por parte dos seus colaboradores e estabelecer uma avaliação do seu historial; proceder à formação do seus empregados para estabelecimento de uma efetiva aplicação de medidas “*know your customer*” e cumprimento das medidas previstas nos diversos artigos deste diploma; aplicação de mecanismos de auditoria para analisar o grau de cumprimento interno destas medidas. Para tal, o auditor deve ser independente, de forma a conseguir realizar uma avaliação eficiente sem restrições (número 2). Aqui é de ressaltar a previsão do número 3, ao estabelecer para as entidades financeiras a exigibilidade de instituição na pessoa jurídica dos *compliance officers* adstritos à aplicação das medidas e procedimentos internos, no qual se inclui os fatores de reporte das transações suspeitas. Depois, o modelo permite o estender dos deveres previstos para as instituições financeiras a outras profissões que atuem em segmentos de risco de instrumentalização das práticas deletivas do branqueamento (art. 22.º). Também aplicando uma dinâmica de reporte para estas atividades que possibilitem movimentações transnacionais de capitais ou outros instrumentos negociáveis (art. 23.º). Podendo ser alvo de sanções civis, administrativas ou criminais, o agente que não notifique ou que proceda a uma notificação falsa às autoridades (número 3). Finalizando o regulamento modelo com as especificidades para as autoridades competentes (art. 24.º), a cooperação judicial (art. 25.º e 26.º), e o segredo bancário, com este último a poder ser levantado quando for requerido por uma entidade judicial, não se mostrando como impeditivo da aplicação dos deveres previstos neste diploma (art. 27.º).

4.8 Estratégia integrada de combate ao branqueamento de capitais no campo internacional

Após este interregno para análise da excursa evolução jurídica internacional reconhece-se a imperatividade nos diversos diplomas internacionais de atuar assertivamente sobre matérias como o tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, o crime organizado, crime económico-financeiro e terrorismo, e ao

elemento interligado a todas estas realidades criminosas, que é claramente o branqueamento (de capitais).

Dentro deste sentido atribui-se um importante papel político-criminal ao princípio norte-americano “*follow the money*”, dirigindo-se o foco político-criminal para uma motivação criminosa de ganhos lucrativos. Esperando-se através da deteção dos beneficiários do lucro ilícito se conseguir chegar também às práticas criminosas que ocorreram *ex ante* e aos sujeitos envolvidos nas mesmas³⁷⁸, mas, não menosprezando o inquirir da reutilização posterior daqueles proveitos através da sua apreensão e confisco, projetando para a sociedade (uma lógica de “prevenção geral”) e, particularmente, para os agentes criminosos (atuais ou futuros) que as práticas criminosas não compensam e evitando que os bens ou capitais com origem ilícita no mercado legal³⁷⁹.

Este aspeto está subjacente na estratégia seguida nas diversas normas internacionais, que assentam um duplo eixo: preventivo e substantivo. Num claro esforço normativo de procura pelas mais efetivas lei “antibranqueamento” (ABC/AML), a que se vieram associar as medidas contra o financiamento do terrorismo (FT) pelas consequências dos atentados terroristas a partir do 11 de Setembro de 2001³⁸⁰.

A solução encontrada parte muito de uma internacionalização do sentido adotado pela legislação norte-americana de estabelecimento de um sistema de prevenção e *due diligence* quanto a possíveis operações de branqueamento, para se conseguir a reconstrução do *paper trail*³⁸¹. Um sistema associado a uma ideia assente na moral

³⁷⁸ Salientando este sentido: Terra de Oliveira (2016: p. 21) e Nance (2018a: p. 110)

³⁷⁹ Sobre este ponto: Blanco Cordero, 2009: p. 118; Porto, 2011: p. 306-307; Terra de Oliveira, 2016: p. 36; Firmo, 2017: p. 198.

³⁸⁰ Associação replicada primariamente na *USA Patriot Act*. Embora, como é reiterado por diversos autores, o branqueamento e financiamento do terrorismo são duas realidades díspares. Enquanto o primeiro pressupõe a prática de um crime antecedente que onde surgem proveitos criminosos que serão alvo de operações de dissimulação e ocultação, o financiamento do terrorismo pressupõe a angariação de fundos necessários para a prática de factos criminosos no futuro, podendo os mesmos provir ou não, de práticas delituosas antecedentes. (Schott, 2013: p. 2; Souto, 2017: p. 33-34; Mitsilegas & Vavoula, 2016: p. 267, nota 28) Assim, constituem conceitos diferenciados, embora possam ocorrer situações concretas em que se interagem numa dinâmica criminosa. (Terra de Oliveira, 2016: p. 128)

³⁸¹ Em traços gerais a legislação norte-americana evoluiu sustentada em determinados momentos históricos. Com o *Bank Secrecy Act* (BSA) em 1970 (que entrou em vigor em 1971), foi iniciada esta evolução legislativa, prevendo-se o estabelecimento de mecanismos obrigatórios de registo e reporte de determinadas operações e titularidade de contas pelas entidades bancárias e outras instituições financeiras

para evitar a evasão fiscal. As medidas deste diploma ainda não incidiam sobre o branqueamento propriamente dito (até porque, na altura, nem tinha sido positivado), mas de forma medida o controle proporcionado pela aplicação destas medidas foi utilizado para estabelecer uma maior fiscalização sobre várias operações, permitindo identificar a fonte e as características de tal transação. A conexão direta com o branqueamento verificou-se com o *Money Laundering Control Act* de 1986, que veio criminalizar esta conduta como ilícito federal, abrangendo as modalidades de ocultação e dissimulação através da adição no *title 18*, capítulo 95 (*racketeering*), da secção 1956 (*laundering of monetary instruments*) e secção 1957 (*engaging in monetary transactions in property derived from specified unlawful activity*) do USC (*United States Code*). Este diploma veio ainda estabelecer um enquadramento e concretização através de uma emenda expansiva quanto às medidas de diligência, pelo reconhecimento que as anteriores medidas do BSA não eram suficientes para individualizar e detetar os proveitos criminosos. Como tal, para desincentivar as atividades criminosas, estabeleceu-se um maior *enforcement* com natureza civil e criminal quanto às violações do disposto no BSA, como seja a imposição às entidades bancárias da incorporação de procedimentos internos de controlo e monitorização das obrigações de reporte e de manutenção de registos daquele diploma supra referido – existindo aqui um recorte de medidas que abre o escopo à autoregulação. Subsequentemente, em 1988 com o *Anti-Drug Abuse Act* foram estabelecidas ligeiras alterações ao diploma anterior em campos como a expansão do conceito de instituição financeira a outras entidades profissionais para efeito do cumprimento das obrigações e estabelecendo um liminar quantitativo legal mais restrito para as operações a reportar. Com o *Annunzio-Wylie Anti-Money Laundering Act* de 1992, manteve-se a linha de fortalecimento do incumprimento das disposições do BSA, também se passando a englobar todos os negócios que efetuassem por qualquer meio as transferências de fundos, incluindo transferências nacionais e internacionais. Com a aceleração da emissão dos *currency transaction reports* (CTR) por exigência regulamentar, passou a ser patente a incapacidade das entidades receptoras fazerem uma análise criteriosa sobre a realidade concreta da operação reportada, o que levou à necessidade de modificar o padrão de comunicação para uma primazia quanto aos *suspicious activity reports* (SAR), que serão dirigidos para avaliação mais pormenorizada para o FinCEN (*Financial Crimes Enforcement Network*), partindo de uma distinção quanto ao risco concretamente envolvido, dessa forma permitindo uma melhor mobilização e otimização quanto à análise concreta mesmo com a intensificação dos critérios de comunicação em conformidade com a legislação. Em 1994, a *Money Laundering Suppression Act* prescreveu a revisão e melhoramento das atividades de formação dentro das entidades empresariais e otimização dos procedimentos de diligência, exigindo que qualquer entidade enquadrável como um *Money Service Business* (MSB) fosse registada pelo proprietário ou pela pessoa que a controla, prescrevendo a necessidade de alcançar uma uniformização entre os diversos Estados, e sancionando as transações como entidades não registadas como um crime federal. A estratégia foi ainda melhorada com a *Money Laundering and Financial Crimes Strategy Act* em 1998, mantendo uma regulação mais otimizada por parte das entidades bancárias para formação dos seus profissionais, e através da instituição de uma estratégia nacional integrada, com a finalidade de identificar áreas onde esteja subjacente um alto risco da prática do crime de branqueamento de capitais. Por último, é de destacar a *USA Patriot Act* (“*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*”), aprovada pelo Congresso dos EUA

judaico-cristã de que os proveitos maculados, por o serem, não podem ser tocados e movimentados – aludindo à ideia do fruto proibido que constitui o pecado original. (Souto, 2013: p. 110) Em que a mácula no sistema terá de ser afastada com a aplicação

em 26 de Outubro de 2001, como uma lei de emergência dirigida para uma missão mais efetiva de afrontamento dos crimes de terrorismo (como uma resposta direta aos atentados terroristas do 11 de Setembro desse ano), e, de forma reflexa, o branqueamento de capitais – acolhendo esta matéria no título III Secção 301 a 377 – de forma a eliminar a fonte de financiamento. Este diploma veio proceder a alterações à BSA e ao *The Money Laundering Control Act*, conseguindo em termos normativos uma extensa profundidade para a prevenção, deteção e prossecução das práticas de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, especialmente quanto a fundos oriundos da dimensão internacional ou quando haja envolvimento de sujeitos internacionais. É construído um regime AML mais eficiente em matérias como a *due diligence*: como os deveres de identificação ou manutenção de registos; tornando mais prático o cumprimento e expansão das obrigações de reporte; restringindo ou proibindo determinados tipos de negócios, especialmente quando estejam envolvidas entidades estrangeiras ou quando as operações provenham ou sejam dirigidas para o estrangeiro; aumento da definição dos designados *Money Services Businesses* (MSB) para englobar novas formas informais de transferência de fundos, conseguindo um alargamento das entidades sujeitas ao conjunto normativo para este tipo de transações, com a cominação de penalização para estes tipos de serviços que não estejam devidamente licenciados; alargamento da cooperação internacional na investigação do branqueamento, crimes financeiros, e organizações terroristas; aumento das sanções civis e criminais para esses crimes; criação de listas de determinadas jurisdições ou de sujeitos envolvidos em práticas terroristas cujo potencial de risco é superior; maior acesso e cruzamento de dados e registos; troca de informações entre diversas entidades nacionais e internacionais; estabelecimento de uma segurança mais restrita; instituição para os quadros superiores das empresas financeiras de práticas internas de análise de risco evidenciado pelos negócios ou operações a realizar; ou poderes acrescidos para os órgãos encarregados da *intelligence* e para entidades regulatórias como o FinCEN. Isto só para citar os pontos mais relevantes para permitir um acesso mais facilitado às informações sobre as operações recolhidas pelo cumprimento destes requisitos legais. Para um sentido mais desenvolvido sobre diversos pontos quanto à evolução da legislação antibranqueamento nos EUA, cfr. (Godinho, 2001: p. 62ss; White, 2010: p. 2ss; Portela, 2010: p. 260ss) Com particular ressonância no nosso trabalho, mostra-se a secção 352 que veio estabelecer que as entidades financeiras devem desenvolver políticas e procedimentos de controlo interno, com a finalidade de se protegerem contra práticas branqueadoras. Como requisitos mínimos para a aplicação daquele programa, são enumerados: o desenvolvimento de procedimentos internos e controlos internos; a indicação de um “*compliance officer*”; processos de formação dirigidos para os funcionários da empresa; e uma entidade independente para avaliar aquele programa (modificação ao BSA produzida em 2004). Estamos perante um patamar mínimo de procedimentos de *compliance* para estabelecimento de uma mais ampla autorregulamentação no setor financeiro. Este pode ser designado como o *core* da estratégia ABC/FT a ser adotada em termos internos, passando a exercer uma forte influência quanto ao estabelecimento de princípios de *compliance* e regulamentos internos.

de medidas de confisco (Blanco Cordero, 2009: p. 119), deixando de existir aquela mácula no mercado³⁸².

Está subjacente o objetivo de impedir os efeitos negativos do branqueamento ou, pelo menos, minimizar os seus efeitos através do estabelecimento das medidas de diligência, tendo por base um sistema de identificação e controlo das transações para reconhecer os comportamentos criminosos integrado numa dimensão de uma abordagem no risco (*risk-based approach*)³⁸³. Inicialmente desenvolvida ao nível das instituições financeiras – partindo-se da ideia que as operações de branqueamento de capitais passam pela utilização de instituições financeiras para práticas de transferência de dividendos ou operações de conversão, no espaço nacional ou internacional –, mas que passou a ser alargada para outras entidades, porque a realidade prática veio desmentir aquele pressuposto limitativo, abrindo-se os procedimentos de diligência para outras entidades privadas não financeiras e mesmo para certos profissionais a título individual (numa dimensão microprudencial) – embora, neste caso, em face das diferenças existentes, os deveres não sejam tão intensos como para os profissionais das instituições financeiras. Isto, pois, reconhece-se a realidade criminológica do “*ballon effect*”, entendido como uma analogia, ao representar que o exercício de uma determinada pressão sobre um determinado ponto do balão levará a uma deslocação do ar para outro ponto. No caso específico do branqueamento, significa que a pressão exercida sobre um setor que passou a ser sujeito a um maior grau de controlo originou a deslocação das práticas dos agentes criminosos para outros circuitos (antigos ou recentes) para que possam continuar a sua atividade de legitimação de proventos criminosos de forma mais segura evitando a sua deteção. Consequentemente, o efeito preventivo vai também no sentido de ser mais aglutinador projetando-se os procedimentos para esses novos circuitos³⁸⁴. (Vleek, 2018:

³⁸² Embora esta opção não seja isenta de críticas por recair sobre os sujeitos privados a comprovação do grau de suspeita sobre determinadas vantagens. (Bottke, 1998: p. 6-7)

³⁸³ Em que estão englobados os designados procedimentos dos 3Ks – “*know your customer, know your transaction, know your process.*” Cfr. Rodrigues (2019: p. 128).

³⁸⁴ De forma anacrónica, uma certa parte do setor da doutrina é crítica quanto à efetividade do sistema BC/FT quando confrontado com a evolução tecnológica. Autores como White referem que este tipo de legislação não tem produzido resultados palpáveis quanto à redução da atividade criminosa – como é o seu objetivo –, só conseguindo atingir resultados residuais, mas o que tem ocorrido é existir uma deslocação dos sistemas financeiros internacionais – verificando-se uma maior regulação e restrição para o tipo de transações – para fora do domínio da economia legítima para evadir aqueles controlos. (White, 2010: p. 29, 55)

p. 252) Temos aqui uma espécie de um “jogo”, em que o legislador procura impor uma certa espécie de política de “terra queimada” sobre determinadas atividades económicas, e, de outro lado, temos os agentes branqueadores que pretendem evadir aqueles condicionalismos para desenvolver a sua atividade criminosa em toda a sua plenitude procurando setores não controlados. Esta projeção representa a obrigatoriedade para os profissionais ao cumprimento de determinadas normas, sustentando o seu entendimento como “*gatekeepers*” (“*guardiões dos portões*”) do sistema, recaindo sobre eles o controlo de determinados tipos de operações para evitar a contaminação do mercado económico-financeiro e a consumação de crimes. Para estes profissionais, que podem constituir agentes bancários, financeiros, comerciais, advogados ou outros profissionais liberais, passa a ser-lhes dirigido um conjunto de deveres de colaboração e de informação, em que o legislador entende deverem compulsoriamente ser consideradas como colaboradores com a administração da justiça na perspetiva preventiva deste sistema.

Em geral, é deste desenho que tem partido as obrigações internacionais que Portugal se vem vinculando. Apresentando uma projeção do exterior para o interior, e detendo uma variabilidade quanto à intensidade das medidas que deverá ser sustentadas no grau de risco em concreto. Existindo este ponto de conexão de prevenção entre as autoridades (reguladoras ou criminais) e os sujeitos privados. Porém, isto acaba por patentear um ónus sobre os entes privados porque acabam por ter de os cumprir em face de um dever de exame, que devem analisar e gerir os casos onde o risco é superior, muitas vezes quando na prática o conhecimento necessário para aferir o nível de risco pode não ser completo. Fazendo um breve enquadramento sumário dos procedimentos que têm sido aplicados ao nível internacional, temos a:

1. Identificação de clientes e instituição de deveres de vigilância. Com particular agravamento dos elementos requeridos para operações que apresentem um nível de complexidade acrescido ou inexistente um racionalismo económico de um “homem médio” (um racionalismo “normal”) para realização daquela operação. Para cumprimento desse dever, têm sido desenvolvidos vários exemplos-padrão referentes a fatores específicos que apresentam um maior grau de risco (segundo o estado da arte e realidade prática), em virtude de não se mostrar como fácil densificar no que consiste uma operação suspeita (para orientar a aplicação destas medidas no caso concreto).

2. Manutenção de registos documentais referentes à clientela e os elementos da operação, em suporte físico ou digital, para poderem posteriormente ser acedidas pelas autoridades supervisoras ou de investigação. Constituindo esta reunificação das

informações dos dados envolvidos nas operações um procedimento essencial ao nível da reconstrução de toda a operação para atingir o “seguimento do dinheiro” – o *paper trail*.

3. Instituição de deveres de comunicação atentos determinados pressupostos, tanto operações entendidas como suspeitas (aquelas que se desviam da racionalidade económica normal), bem como operações realizadas a partir de um determinado montante monetário – *quantum* que vem sendo progressivamente limitado para evitar condutas de estratificação. Aqui estando patente a ideia de uma reciprocidade mais agilizada de informações a ser realizada entre os setores públicos e privados.

4. A sujeição de atividades reguladas a um maior controlo regulatório por parte dos supervisores. Mais coincidentes em entidades financeiras ou outras da mesma natureza.

5. Estabelecimento de normas de condutas e procedimentos internos, que devem ser adequados ao nível dos recursos humanos, técnicos e tecnológicos, para estabelecer um eficiente procedimento interno sustentado numa análise de risco e cumprimento dos deveres de prevenção do branqueamento e financiamento do terrorismo. É então estabelecida uma linha de defesa endógena através de um delinear de diversos níveis para identificar falhas nos atos de gestão da empresa – isto é, o funcionamento dos seus órgãos internos – e com capacidade de executar reportes internos para apuramento de comportamentos no seio da instituição ou reportes externos para autoridades de supervisão e autoridades europeias. Esta é concebida através de um triunvirato. Primeiro pela instituição de mecanismos formais de controlo interno, com a necessária independência, para supervisionar e coordenar a missão de cumprimento das medidas ABC/AML. Segue-se a necessidade de formação contínua aos profissionais das instituições obrigadas, para que estes contenham o necessário *know-how* e recursos necessários para o cumprimento dos deveres previstos na legislação. Ferramentas que devem ser permanentemente atualizadas para mitigar as vulnerabilidades detetadas. Por último, temos a avaliação do cumprimento dos procedimentos internos, apurando se o modelo concretamente aplicado se encontra em conformidade com as exigências legais e da prevenção dos riscos. A solução é o recurso a uma auditoria interna para avaliar se os *standards* se encontram a ser seguidos dentro da empresa, considerando-se como a melhor fórmula à avaliação por uma entidade competente externa.

A inserção destes três vetores corresponde a uma preocupação comum quanto à instituição dos mecanismos de exigência e transparência no cerne das instituições coletivas, enquadrados em procedimentos de autorregulação que podem ser aplicadas de

acordo com a estrutura da pessoa coletiva (e, em alguns casos, para sujeitos obrigados a título individual). Acabam por ser as próprias instituições internacionais que dão um contributo para criar condições e valorizam a disponibilidade de medidas de *compliance* como um fator indissociável para o afrontamento eficiente do branqueamento. Em jeito conclusivo, pode-se afirmar que *compliance* é impulsionada da lógica externa para a legislação interna, com o intuito de proteger-se contra o branqueamento de capitais.

Como destinatário das diversas informações prestadas pelo vaso comunicativo criado por esta legislação, prescreve-se a necessidade de estabelecimento de uma Unidade de Inteligência Financeira (UIF)³⁸⁵. Pode-se dizer que toda a estrutura do sistema

³⁸⁵ Em sentido mais desenvolvido sobre este tipo de entidade e os beneficiários das funções específicas que se subjazem, veja-se Schott (2013: p. 115ss). Existe uma especialização destas entidades para um acompanhamento mais notório destas práticas. Segundo a Europol (2017: p. 28) estas entidades podem ser englobadas em quatro tipos de acordo com a sua natureza:

a) modelo administrativo – estas entidades fazem parte da estrutura administrativa do Estado, podendo estar na dependência de uma autoridade de regulação ou supervisão. O seu modo de atuação é o correspondente a uma entidade recetora das comunicações suspeitas, podendo, nos casos em que assim justifique, remeter tais dados para os órgãos de investigação criminal. Aqui se incluindo as entidades dos seguintes países: Bélgica, Bulgária, República Checa, Espanha, França, Itália, Letónia, Malta, Polónia, Roménia, Croácia, Eslovénia;

b) modelo *law enforcement* – são dirigidas as comunicações para uma autoridade policial ou de um órgão de segurança, o que em termos práticos permite uma agilização quanto à resposta aos efeitos comunicados. São o caso da Áustria, Alemanha, Estónia, Irlanda, Lituânia, Suécia, Eslováquia, Reino Unido e, no nosso caso, Portugal;

c) modelo judicial – em termos organizacionais encontram-se na dependência do sistema jurídico, o que apresenta como uma vantagem quanto os processos de apreensão e confisco – é caso específico o Luxemburgo;

d) modelos independentes – pretendem representar uma conjugação híbrida entre os elementos dos três modelos anteriores – adotada em Chipre, Dinamarca, Grécia, Hungria e Holanda. (Europol, 2017: p. 28)

A elevada diversidade quanto aos modelos da UIF é decorrência da inexistência de uma linha orientadora europeia, em virtude da legislação comunitária apenas se ter preocupado com a obrigatoriedade de estabelecimento deste órgão e as competências mínimas que os Estados-membros lhes devem dirigir. Embora à primeira vista tal diferença possa ser entendida como desvantajosa por causar dificuldades quanto às finalidades perseguidas na legislação, não nos parece que seja o caso, visto que as competências exigidas (e que devem ser consolidadas) pela lei são (ou devem ser) transversais aos diversos ordenamentos jurídicos e a única diferença acaba por ser nos seus procedimentos (organizacionais) internos, o que, na verdade, não

preventivo gira para uma reorganização à volta desta entidade, que deverá ter capacidade técnica para uma orientação dos procedimentos e acompanhamento *ex post* a seguir, principalmente no caso de recurso ao direito penal substantivo e processual. Acresce ainda a sua sustentação como um sistema de referências, tanto para análise sobre novos métodos que podem ser empregados para as práticas de branqueamento, como da avaliação dos resultados alcançados e elaboração de dados estatísticos, e para consagração de procedimentos para alcançar resultados no domínio da cooperação e coordenação de esforços a nível das instituições internas e internacionais.

Por tudo o que foi mencionado, as obrigações instituídas no domínio da prevenção e repressão do branqueamento apresentam como realidade uma mobilização entre autoridades públicas e privadas. Nomeadamente, sendo dirigidas para o setor privado vários procedimentos (cada vez mais amplos) de prevenção e deteção de operações suspeitas, enquanto para o setor público é dirigida a obrigação de criar condições para

representa um obstáculo à cooperação internacional. Num certo sentido esta realidade até se pode salutar por permitir aos Estados, de acordo com os princípios do seu direito interno, assegurar uma maior efetividade diminuindo resistências quanto a possíveis conflitos entre o direito interno e comunitário. Mas desta análise, verifica-se que a maioria dos Estados opta pela colocação das UIF fora da dimensão penal, o que é demonstrativo, pelo menos numa primeira linha, da desconsideração das comunicações como matéria do procedimento criminal. (Mitsilegas & Vavoula, 2016: p. 283) No caso específico da lei portuguesa, a função da UIF é desempenhada pela Polícia Judiciária, nos termos da Lei n.º 37/2008, de 6 de agosto, que procedeu à aprovação da nova orgânica deste órgão policial, como um serviço da Direção Nacional. As competências desta entidade estão descritas no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 42/2009, de 12 de fevereiro (como a redação dada pelo DL n.º 81/2016, de 28 de novembro), e no artigo 82.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto. Nos termos dispostos do artigo 1.º, alínea jj), da lei n.º 83/2017, de 23 de Agosto, compete a esta unidade central: “*i) Receber, analisar e difundir a informação resultante de comunicações de operações suspeitas nos termos da presente lei e de outras fontes quando relativas a atividades criminosas de que provenham fundos ou outros bens; e ii) Cooperar com as congéneres internacionais e as demais entidades competentes para a prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo.*” A competência central destas entidades assenta num conjunto de pilares: a recolha, centralização e análise de informações, quer recolhidas através da lei n.º 83/2017, de 18 de Agosto (artigos 43.º, 45.º, 104.º, 146.º, número 1, alínea g), ou de outros diplomas com dimensão de prevenção ou investigação de atividades criminosas relacionadas com o branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo; a difusão da informação relevante para a prevenção e combate do branqueamento e financiamento do terrorismo; a cooperação nacional com as autoridades competentes; a cooperação internacional entre as unidades financeiras de outros Estados de acordo com o disposto na presente lei, e nos instrumentos de cooperação internacional adotados no plano europeu; por fim deverá a UIF efetivar e manter atualizados dados estatísticos em relação à matéria preventiva destes ilícitos.

receber tais comunicações e a natural repressão das práticas branqueadoras. (Blanco Cordero, 2009: p. 118, 126) É pela conjugação do dualismo entre público e privado que se entende chegar a um resultado final de eficiência e efetividade contra o branqueamento.

Contudo, a aposta neste sistema característico de *due diligence* não deixa de originar determinadas questões. Para além do natural incremento dos custos financeiros que aumentam em linha com o disparar das obrigações legais³⁸⁶, também devemos assinalar que a sua aplicação pode originar um claro conflito de interesses para as autoridades privadas, entre o cumprimento daquelas obrigações e as finalidades comerciais de procura lucrativa que constitui o desiderato da sua atividade económica. Tal é mais demonstrativo no caso dos deveres de comunicação, em que uma intensiva política de reporte (seguida por uma determinada entidade) pode redundar numa quebra de confiança em relação àqueles clientes que pretendem manter as operações como sigilosas (Blanco Cordero, 2009: p. 120-121), resultando numa perda de clientes e consequentemente do volume de negócios – o que atinge o *core* económico das entidades jurídicas obrigadas. Tal pode resultar numa falta de “entusiasmo” dessas entidades obrigadas para cumprir tais orientações³⁸⁷. Contudo, neste fino equilíbrio da balança, é certo que no “reverso da medalha”, as aplicações eficazes e eficientes dos procedimentos, pode contribuir para passar uma imagem positiva ao evitar um envolvimento de tais entidades em negócios criminosos – evitando potenciais danos reputacionais e mesmo jurídicos. Dito por outras palavras, tal permite apresentar um modelo de integridade da organização para o domínio público, o que pode compensar os custos acrescidos para o alcançar. (Blanco Cordero, 2009: p. 121) Deverá é ser encontrado um ponto ótimo de equilíbrio, entre as medidas projetadas para as entidades obrigadas, e aquelas, que não se confundindo com as funções impostas às primeiras, deverão ser mantidos para as autoridades de investigação criminal³⁸⁸.

³⁸⁶ O que cria alguma resistência por parte dos agentes empresariais face aos custos envolvidos (Santana Vega, 2015: p. 4-5), que não são de somenos, porque tais custos acabarão por ser repercutidos no consumidor, cfr. entre outros, Godinho (2001: p. 24) e Canas (2004: p. 12).

³⁸⁷ Podendo ainda levar a uma aplicação seletiva pelas entidades bancárias abrindo caminho a uma “espécie” de concorrência entre aquelas instituições que aplicam um controlo regulatório e de comunicação mais apertados e aquelas que não o fazem. (Godinho, 2001: p. 82, nota 176)

³⁸⁸ Não desconsiderando a existência de organismos de capacitação técnica para cumprimento destes pressupostos fora da estrutura coletiva, decorrente da existência de entidades empresariais que prestam serviços especializados para cumprimento destes deveres em áreas como a formação profissional,

Este fino filigrana político-criminal coloca em questão se este sistema é viável e eficaz para atingir resultados dissuasórios palpáveis³⁸⁹. Especialmente reconhecendo que este esforço é conseguido através de uma restrição de alguns direitos constitucionalmente protegidos, de forma direta ou reflexa, através de medidas excepcionais em casos como a quebra do sigilo profissional ou o dever de lealdade, a limitação da intimidade da vida privada, o sigilo bancário, a inadmissibilidade de acessos a determinados atos, ou deveres contratuais (Canas, 2004: p. 12ss, 2008: p. 814), só para citar alguns casos mais ilustrativos. E no qual o incumprimento origina o sancionamento ao nível contraordenacional como o nosso (ou mesmo responsabilidade criminal nos ordenamentos jurídicos que a admitem). (Terra de Oliveira, 2016: p. 79, 113, 131) Esta disputa tem levado certos autores a questionarem se esta mobilização não constituirá uma expansão desmedida nesta lógica mais ampla de evitar as práticas criminosas³⁹⁰. Havendo a interrogação se o legislador nesta matéria não estará neste passo a dar uma “fuga para a

a aplicação de procedimentos informáticos, ou a criação de procedimentos de controlo interno – o que no jingo comercial é designado como a *compliance industry*. (Blanco Cordero, 2009: p. 121)

³⁸⁹ Como reconhece Blanco Cordero, tal pressuporia uma análise mais detalhada envolvendo um diverso conjunto de vetores que são difíceis de apurar em toda a sua extensão, como seja: o número de condenações; as comunicações realizadas; ou as quantias globais apreendidas e confiscadas. (Blanco Cordero, 2009: p. 126ss) De acordo com o que nos foi possível apurar, segundo o Relatório da Europol de 2017, o número de reportes apresentados sobre transações financeiras na Europa consideradas como suspeitas é anualmente na ordem dos milhões (sendo que a maioria é originária de dois países: Reino Unido e Holanda). Embora os dados empíricos da organização apontem que só cerca de 10% dos reportes tem um acompanhamento consequente pelas autoridades competentes, e só 1% dos processos criminais acaba por resultar num confisco de proveitos criminosos. Em Portugal no período entre 2006-2014 foi realizado um total de 23.371 reportes suspeitos à FIU – em 2006 foram efetuados 584 reportes, e em 2014 foram efetuados 9.107 – nota-se um progressivo aumento do número de reportes em consonância com o quadro geral da UE (Europol, 2017: p. 4ss), embora com uma grande distância face a muitas das suas conjêneres europeias. Em linha com estes dados, segundo o relatório de Segurança Interna de 2018, instauraram-se 5.711 processos; 250 procedimentos urgentes; e 143 suspensões de operações bancárias.

Em sentido crítico, determinados autores, consideram que o sistema de comunicação origina um elevado número de dados que devem ser averiguados, dessa forma deslocando um conjunto de recursos para esse sentido, invés de serem canalizados para as atividades verdadeiramente suspeitas. (Duarte, 2004: p. 134-135; Terra de Oliveira, 2016: p. 112). No entanto, mesmos quanto os autores mais críticos, acabam por concluir, um sentido que entendemos acertado, que esta se mostra como a alternativa possível face ao tipo de criminalidade aqui envolvida. (Terra de Oliveira, 2016: p. 112) Necessário é que se consiga atingir um *cluster* entre as diversas medidas preventivas e repressivas para uma optimização de todo o sistema.

³⁹⁰ Cfr. Brandão (2002: p. 73ss).

frente”? Em virtude de o Estado se encontrar a transferir para os sujeitos privados princípios de justiça criminal que lhe são próprios, e, em caso de incumprimento, sancionando as falhas detetadas. Sustentando a sua intervenção pelos efeitos nocivos inerentes ao branqueamento, mas adota para si uma posição conformista e acomodada, numa tarefa de detenção e perseguição dos ilícitos criminais que verdadeiramente é sua e não das entidades privadas. (Terra de Oliveira, 2016: p. 92-93) Havendo a questão se por detrás desta “capa” da prevenção do branqueamento e financiamento do terrorismo o legislador não se encontra a instrumentalizar esta realidade, atuando sobre esta “capa” para atingir outro tipo de finalidades. E o que está em causa é, na verdade, estabelecer um controlo regulatório económico e social – mas que, no final de contas, poderá atingir os mais desprotegidos (Oliveira Ascensão, 1999: p. 343; Souto, 2013: p. 112, 140) – que os Estados vem impulsionando para fiscalizar as trocas comerciais para evitar que alguém se furte ao pagamento de impostos (Godinho, 2001: p. 52), mas só reflexamente evitando as fraudes e os crimes económicos. (Jiménez, 2017: p. 69) Segundo esta visão, a verdadeira finalidade da legislação corresponderia ao controlo sobre os fluxos monetários no mercado para aplicação tributária. No fim resultando que as entidades privadas acabam por ter sobre a sua cabeça uma “espada de Damôcles”, que ao mínimo incumprimento a espada cai sobre a sua cabeça, sendo-lhe atribuída uma sanção. O que para além de poder representar uma solução ineficaz porque os instrumentos jurídicos não se mostrariam como próprios para dar resolução aos problemas, no final redundaria no descrédito do sistema e particularmente do direito penal, podendo mesmo ser entendida e criticada como desleal.

Na nossa opinião não pode ser este o caso. As medidas legislativas devem estar conformadas com o respeito pelos princípios constitucionais – com especial relevância para a proporcionalidade e proibição do excesso –, não podendo ser instrumentalizado um regime jurídico com medidas específicas dirigidas à prevenção e repressão de fenómenos ilícitos graves como BC/FT para atingir outros interesses. Sob pena de estarmos perante uma inconstitucionalidade material por violação da lei fundamental.

Entretanto, podemos dizer que os mecanismos preventivos e repressivos dirigidos ao branqueamento têm-se mostrado como uma forma eficaz de atingir aquela criminalidade grave e os próprios fenómenos criminosos (com maior ou menor grau de efetividade), em virtude da criminalidade económico-financeira apresentar uma ligação mais vincada com o domínio do pensamento da *rational choice theory* da criminologia, pela existência de um binómio entre os riscos e os resultados que se pretendem alcançar

com aquela atividade criminosa. Dito de uma forma mais simples, como em todas as ações criminosas (mas com maior relevância neste tipo de criminalidade), o agente criminoso parte de uma opção racional (um juízo de prognose) em que pesa, por um lado, os benefícios que perspectiva obter, e, por outro, os riscos a que estará sujeito – uma clara associação também conexcionada com os pressupostos da sociedade de risco. No caso de optar pela prática do delito tal significará que no seu raciocínio a balança pendeu para os benefícios que perspectivava recolher. Ora, ao serem estabelecidas estas medidas preventivas e de confisco dirigidas a obstar (ou pelo menos limitar ao máximo) a possibilidade de branqueamento está o legislador a ditar um aumento dos riscos que terá reflexo no cálculo do criminoso. (Blanco Cordero, 2009: p. 119) Por conseguinte, entendemos a legitimidade dos procedimentos de natureza essencialmente preventiva para evitar as práticas ilícitas do branqueamento, constituindo uma finalidade legítima do sistema desde que conformes à prerrogativa da proporcionalidade por poderem ser restringidos direitos fundamentais³⁹¹. Aliás, o próprio direito penal assenta numa lógica preventiva clara, logo neste ponto específico temos uma atitude congruente do sentido normativo que deve ser preservada. Assim, ao se pretender aplicar um conjunto de medidas preventivas congruentes numa estratégia de natureza essencialmente administrativa para evitar essas práticas, o legislador está ainda a cumprir o mandato do direito penal clássico de aplicação subsidiária do ramo punitivo apenas quando outro sistema punitivo menos lesivo para os direitos fundamentais não consiga atingir aquele resultado.

Em conclusão, a linha preventiva instituída na dimensão internacional é obstar que determinadas entidades ou profissionais sejam instrumentalizados ou cúmplices dos agentes criminosos para práticas de atividades de branqueamento, ou quando tenha sido efetuada a operação, que o *paper trail* da operação seja facilmente acessível para que as autoridades de investigação criminal possam desencadear o respetivo processo penal – identificando os agentes envolvidos e a operação executada. O que permite afirmar que a dimensão preventiva assume clara primazia, mas não esgota todo este sistema estratégico. Ainda se indexando uma vertente substantiva passando pela necessidade de harmonização no direito interno, com uma aproximação entre os tipos objetivos e subjetivo do crime de

³⁹¹ Sentido igualmente assumido por Brandão (2002: p. 31-33), embora as premissas do qual o autor retira a sua conclusão correspondiam a um conjunto de deveres mais limitados – que, entretanto, a evolução legislativa veio desmentir.

branqueamento e das respetivas sanções no domínio internacional³⁹². Os esforços empreendidos não podem prescindir do fomento da cooperação internacional, sendo amplamente reconhecido que não existirá sucesso quando não se atinja uma certa harmonização nos diversos ordenamentos jurídicos que permita a aplicação conjuntural de medidas na legislação interna que alarguem e aumentem a eficácia. O que é atingido pela coordenação e aprofundamento entre os diferentes pontos cardeais abalados pelo branqueamento. E, dessa forma, evitando os vazios legais que poderiam potenciar o aproveitamento de brechas por parte dos agentes branqueadores para realizar tais operações. Podendo assim se referir que o aviso de Paz Ferreira sobre a necessidade da cooperação internacional acompanhar a construção da união económica (Ferreira, 1999: p. 309-310) parece estar a ser claramente seguido, embora não se possa dizer que já se atingiu o momento idealizado (e necessário). Obviamente, que não se fica por aqui, sendo ainda prescrita uma maior dotação de medidas processuais em matérias, como o regime de perda e confisco dos proveitos criminosos com a finalidade de dirigir uma ameaça (i)mediata sobre a finalidade última de reaproveitamento das vantagens criminosas. Tal como a inferência do conhecimento a partir da prova indireta para demonstrar a prática do ilícito de branqueamento, onde devem ser apreciados múltiplos indícios sobre o caso concreto que permitam sustentar a convicção judicial.

³⁹² Que ainda não está concluído. Mesmo no caso específico europeu – onde existe uma maior integração em virtude dos atos normativos da União – não está totalmente estabelecida uma linha congruente quanto à repressão do branqueamento, muito por conta do inegável sentido expansionista dos ilícitos primários geradores de vantagens. O que existe é o estabelecimento de medidas mínimas que devem ser adotadas, passando pela tipificação do branqueamento pelos Estados europeus, mas sem um verdadeiro sentido aglutinador, pois verificam-se algumas divergências entre diversos pontos do ilícito, pelo que cada ordenamento jurídico adotou soluções diferenciadas, em casos como o catálogo dos ilícitos antecedentes, a estrutura típica (Rodrigues, 2015: p. 234-235), o bem jurídico tutelado pela incriminação, ou a existência de um elemento subjetivo específico. (Porto, 2011: p. 315) Ao nível da UE é necessário conseguir-se atingir uma proteção mais eficaz, e tal só será conseguido pela afirmação de um sentido mais restrito no estabelecimento do direito europeu, seguida da transposição universal das diretivas por parte dos Estados-membros e sua aplicação.

5. Fases do branqueamento

O branqueamento é assim um processo com uma operacionalidade dinâmica, com a sua essência a representar uma finalidade última de dissimular ou ocultar as características ou proveniência de vantagens ilícitas, atribuindo-lhes uma aparência de legitimidade através da sua inserção no circuito lícito.

Face à necessidade desta nova aparência como representando um certo “escudo” protetor sobre o conhecimento da proveniência dos bens para evitar a sua deteção e apreensão, o seu *modus faciendi* é estruturado, geralmente, de forma a envolver métodos complexos e sofisticados (Canas, 2004: p. 23), não se esgotando numa mera operação para afastar essa proveniência ilícita. Frequentemente, o seu *iter* envolve vários momentos para tornar a sua identificação mais dificultada, sendo comumente referir um conjunto de diversas etapas/fases que, quanto mais complexas, mais contribui para a frustração das autoridades públicas em individualizar os seus autores e os proveitos criminosos. Tem sido entendimento maioritário, influenciado pelo sentido perfilhado pelo GAFI desde as suas primeiras recomendações de 1990, a decomposição deste procedimento ilícito por três fases essenciais: colocação, dissimulação e integração³⁹³.

³⁹³ Na sua redação original, “*placement, layering e integration*”. Godinho refere a existência de uma posição em que as três etapas são designadas como “*wash, spin and dry*”, remetendo para a ideia de um procedimento de lavagem. (2001: p. 39, nota 69) Até o final dos anos oitenta reinava uma esquematização do processo do branqueamento em duas fases: o *money laundering* e o *recycling*. Posição que era defendida entre nós por Rodrigo Santiago, e ainda é seguida por Hugo Luz dos Santos (2015: p. 337). De acordo com esta posição, a primeira fase (entendida como a principal dentro do processo de branqueamento) correspondente à adoção de um conjunto de operações tendo em vista libertar de um determinado bem/vantagem os vestígios da sua origem ilícita (ou seja, libertar a sua mácula criminosa); e uma segunda fase de reciclagem onde os bens já depurados dessa mácula são colocados em circulação no mercado económico através de várias operações de modo a dar-lhes uma proveniência lícita. (Santiago, 1999: p. 366-377; Santos, 2015: p. 337) Já a posição maioritária tripartida acrescenta uma fase primária à posição bipartidária, entre outros, seguindo esta distinção: Paúl, 1993: p. 48, 1999: p. 324; Faria Costa, 1999: p. 310; Lourenço Martins, 1999: p. 454-455; Godinho, 2001: p. 39; Brandão, 2002: p. 15; Almeida, 2004: p. 40-41; Canas, 2004: p. 21; Stratenwerth, 2005: p. 89; Filipkowski, 2008: p. 19-20; Braguês, 2009: p. 9ss; Schneider, 2010: p. 8ss; Díaz-Maroto Y Villarejo, 2010: p. 255; Bravo, 2010: p. 356; Bandeira, 2010: p. 574ss; Schott, 2013: 7; Bryans, 2014: p. 442; Miguez Garcia & Castela Rio, 2014: p. 1218-1219; Carvalho, 2015: p. 7; Silva, 2015: p. 81, nota 323; Terra de Oliveira, 2016: p. 148-149, 210; Fernández Bermejo, 2016: p. 245; Europol, 2017: p. 9; Cabral, 2017: p. 145; Reis, 2017: p. 157; Firmo, 2017: p. 177; Lascurain, 2017: p. 3ss; Machado, 2018: p. 84; Leite, 2018: p. 67; Rodrigues, 2019: p. 110. E com reflexos

Esta é igualmente a nossa opinião. Em face da visualização total do tradicional processo de branqueamento, este pode ser habitualmente estruturado naqueles três estádios qualitativos. Um primeiro momento centrado no objetivo de afastar os proveitos ilícitos da sua origem, impossibilitando que se consiga estabelecer uma correlação entre o produto criminoso e essa prática; um agir subsequente destinado a uma movimentação rápida e intrínseca desses proveitos para quebrar o nexos causal entre a origem e os proveitos; e um momento final de emprego ou utilização dos bens já devidamente “lavados” no circuito económico-financeiro (dado os agentes criminosos uso aos “lucros” ilícitos que obtiveram). É certo que esta conceção tripartida não pode ser entendida como uma esquematização em sentido rígido, ou seja como sempre verificável nos processos concretos de branqueamento, podendo, de acordo com a intencionalidade pretendida pelo agente branqueador, não estar verificada a ocorrência de todas aquelas fases. Como tal, os métodos usados não podem ser restringidos a um *numerus clausus*, por ser impossível descrever com total rigor os vários métodos adotados para branqueamento dos proveitos ilícitos, pela dinâmica quase infinita das operações realizadas em linha com o prospeito e adaptabilidade dos agentes branqueadores ao sempre contínuo desenvolvimento tecnológico e económico. No entanto, embora a distinção das fases do branqueamento tenha relevo classificatório, principalmente em matérias criminológicas, não são alvo de uma maior atenção normativa por não conduzirem a um diferente tratamento jurídico do caso em apreço. Simplesmente, as etapas associadas com uma maior ou menor aproximação mostram-se como um ponto de partida da esquematização do procedimento criminoso. Importando agora analisar as suas fases clássicas e seus pressupostos principais.

5.1 Colocação (*placement*)

Na essência desta primeira fase pretende-se introduzir proveitos ou bens com origem criminosa na atividade económica legal através de uma dissolução ou conversão das vantagens, servindo-se para este desiderato de determinadas instituições, como sejam: instituições financeiras (nacionais ou internacionais); casinos ou entidades com atividade do jogo legal; setor imobiliário ou entidades gestoras de bens com natureza mobiliária e

na jurisprudência, veja-se por exemplo: o Acórdão do TRP de 7 de Fevereiro de 2007, proc. 0616509; e Acórdão do TRL de 29 de Março de 2011, proc. n.º 40/09.4PEAGH.L1-5.

imobiliária; empresas dedicadas à atividade de planeamento fiscal ou jurídico; sociedades empresariais numa situação de fragilidade financeira ou que comercializem bens com elevado valor comercial; ou associações sem fins lucrativos; só para citar os mais relevantes. Também se deve assinalar a existência de um conjunto de profissionais específicos que permitem concretizar operações de conversão de bens dando a possibilidade ao branqueador de se desfazer de forma mais acessível daquela ligação à sua origem. Por exemplo, A é traficante de estupefacientes (artigo 21.º, número 1 do DL n.º 15/93, de 22 de janeiro), e, decorrente da prática dessas atividades criminosas recolhe diversos proveitos criminosos. Em decorrência desta realidade coloca tais proveitos para uma instituição financeira (daí o sentido de colocação subjacente a esta prática ilícita).

É de referir que a fase da colocação só existe quando haja a necessidade de introduzir as vantagens no circuito económico ou financeiro. No caso em que tais proveitos já tenham estado inseridos naquele domínio e se proceda a procedimentos de branqueamento já não estaremos perante um caso de colocação mas sim de outra fase subsequente³⁹⁴. É de ressaltar que por estarmos perante uma fase inicial do desígnio criminoso onde o nível de complexidade e obscuridade ainda não se encontra em pantanais elevados, bem por o agente branqueador estar muito dependente da intervenção e auxílio de terceiros, mostra-se mais acessível para as autoridades de repressão criminal conseguirem a deteção destas operações³⁹⁵.

5.2 Dissimulação (*layering*) ou circulação³⁹⁶

Nesta segunda fase³⁹⁷, existe uma movimentação ou deslocação dos bens de forma a distanciá-los materialmente o máximo possível da sua verdadeira proveniência (ilícita).

³⁹⁴ Avança Godinho um exemplo de “(...) *um funcionário de um banco, iludindo todos os controlos internos, consegue desviar fundos do banco, transmitindo-os por via eletrónica para outro país, não caberá falar em placement, dados que os fundos já se encontram no sistema financeiro*”. (2001: p. 40)

³⁹⁵ Salientando o ponto particular desta fase: Paúl, 1993: p. 49; Godinho, 2001: p. 40; Pinheiro, 2002: p. 608; Braguês, 2009: p. 11; Schneider, 2010: p. 9.

³⁹⁶ Este segundo termo é utilizado por diversos autores, veja-se: Duarte (2002: p. 35-37) e Braguês (2009: p. 9). Outros autores referem esta fase como “*despistagem*” ou “*nova configuração*”. (Bandeira, 2010: p. 575) Enquanto no Acórdão do TRL, proc. n.º 40/09.4PEAGH.L1-5, é empregado o termo “*empilage*”.

³⁹⁷ Entendido como central para diversos autores no processo de branqueamento de capitais, como é o caso de Godinho (2001, p. 43) e Canas (2004: p. 23).

Tradicionalmente é conseguida pela criação de múltiplas transações (financeiras) com a finalidade de constituírem uma espécie de “camadas” (“*layers*” na expressão inglesa) para criarem no “papel” uma estrutura de encobrimento ou camuflagem. É, assim, efetuada uma certa operação de cosmética financeira, com o projeto final a consistir numa criação de uma falsa ideia de legalidade. (Bandeira, 2010: p. 575)

Continuando o exemplo que vimos a apresentar, após transferir os produtos criminosos para a entidade financeira, o referido agente criminoso A realiza um conjunto de operações, de preferência com uma maior complexidade, criando uma justificação (“legítima”) para a realização dessas operações.

Uma realização positiva (na ótica criminosa) desta demanda permite disfarçar e evitar os movimentos para a obtenção dos recursos criminosos, furtando ou dificultando uma potencial investigação das autoridades de repressão criminal pelo afastamento entre a sua origem e da forma como determinadas vantagens foram obtidas. (Godinho, 2001: p. 41; Braguês, 2009: p. 12) Porque no espectro visível à luz da sociedade os produtos são entendidos como não contendo qualquer tipo de mácula, num momento posterior possibilitando que as mesmas sejam livremente manejadas sem despertar a atenção das autoridades de supervisão ou de investigação criminal. A reconstituição dos procedimentos operacionais (o “*paper trail*”) é assim dificultada através das sucessivas transações, existindo na realidade prática (quanto mais complexas forem as operações) uma probabilidade bastante ténue quanto à possível deteção da interligação entre todas as transações que fizeram parte deste procedimento de branqueamento no âmbito de uma investigação criminal.

5.3 Integração (*Integration*)³⁹⁸

Após o desenvolvimento das fases antecedentes, estabelecendo um conjunto de vetores que se interligam para o objetivo final de afastar a real procedência dos produtos, ocorre esta última fase, que constitui a integração dos proveitos já branqueados no circuito económico-financeiro com uma “construída” aparência de total legitimidade. Conseguem-se assim a legitimação dos ativos, que a partir de então serão “considerados legais”, rentabilizando as vantagens ilícitas através da sua inserção no mercado económico através

³⁹⁸ Também designado por reaplicação (Bandeira, 2010: p. 576) ou nos termos anglo-saxónicos “*recycling*”. (Santiago, 1999: p. 1999: p. 367; Santos, 2015: p. 337)

de um conjunto de diversos empreendimentos. Até porque, após todas estas manobras, é extremamente complicado (ou, dependendo da perícia do branqueador, mesmo quase impossível) a identificação e individualização por parte das autoridades de repressão criminal daquela mácula no sistema económico-financeiro. Podendo o agente branqueador utilizar os produtos do crime conforme o pretendido, tanto os podendo empregar para sustentar atividades lícitas³⁹⁹, ou para continuar a desenvolver a suas práticas ilícitas. (Godinho, 2001: p. 41, 46)

Tal será o caso do agente criminoso que, após ter realizado as práticas anteriores, pode agora utilizar com maior “liberdade” tais proveitos, porque detém a possibilidade de justificar tais ganhos, sem declarar a sua origem criminosa.

5.4 Um novo quadro de práticas branqueadoras?

A diversidade das técnicas utilizadas tem originado que alguns autores defendam a necessidade de uma nova configuração contemporânea das categorias envolvidas no branqueamento. Enquadrando-se nesta linha de pensamento, Luís Goes Pinheiro considera que o processo de branqueamento não pode ser decomposto pela subsunção de todas estas fases tradicionais (v.g. o autor refere um caso que o agente insere as vantagens numa entidade financeira na qual tenha confiança, bastando-se com os juros proporcionados para financiar a continuação das suas atividades criminosas, não necessitando de passar para fases ulteriores), alude aqui à tese de Jean de Maillard para estabelecer um procedimento operacional de branqueamento, sustentado numa qualificação tendo em conta o próprio perfil do agente branqueador. Uma primeira característica atendente às necessidades de liquidez do agente branqueador, que podem ser classificadas: como de consumo imediato; envolvendo uma necessidade de investimento, ou uma carência de capitalização. E outro eixo que se articula segundo aquela lógica e que se intersecciona com a primeira: referente aos contragimentos emergentes da prática branqueadora, que devem ser enquadrados de acordo com o volume das vantagens que se pretendem branquear; o regime jurídico do local onde se pretende branquear; e o nível de credibilização que se pretende dotar às vantagens. Partindo da associação entre estes dois vetores, Maillard categoriza os processos de branqueamento

³⁹⁹ Como, por exemplo, em investimentos financeiros ou aquisição de empresas. (Schneider, 2010: p. 11)

como branqueamento “*elementar, elaborado e sofisticado*”. O primeiro está associado a operações no qual estão envolvidos montantes de reduzida monta, como despesas de consumo corrente ou práticas de investimento com valores reduzidos⁴⁰⁰. O branqueamento “*elaborado*” pressupõe uma prática mais reiterada e sucessiva, envolvendo montantes superiores ao primeiro critério⁴⁰¹. O último, praticado de forma sistemática, apresenta uma ligação mais conexa com elevadas somas de capitais, e envolve a execução de atividades inteiramente ligadas ao desiderato do mercado económico transnacional onde se mostra como possível conseguir justificar aqueles proveitos⁴⁰². (Pinheiro, 2002: p. 616-618)

Outro setor doutrinal, partindo também esta visão centrada no comportamento do agente branqueador, pretende partir da conexão entre os elementos materiais envolvidos ou do lugar geográfico onde os mesmos decorrem. (Prieto del Pino, García Magna, & Martín Pardo, 2010, p. 5ss)

Outras tentativas têm sido ensaiadas em acervos jurisprudenciais, o Tribunal Supremo Espanhol na sua decisão STS 858/2013, de 19 de *Noviembre*, partindo agora de uma análise centrada no comportamento do agente branqueador na sua plenitude, individualiza o procedimento em quatro fases: “*ideación, ejecución, consumación, agotamiento*”. Uma vez que entende que o processo de branqueamento é representado por todos estes momentos, o douto tribunal sustenta que qualquer uma destas fases não justifica um sancionamento independente do branqueamento, devendo sim haver uma articulação entre todos estes momentos.

Todo este esforço desenvolvido para constituir uma abordagem mais atualista face aos propósitos dos agentes branqueadores é de louvar. Mas, evidentemente, numa análise mais detalhada, também, no seu cerne, se podem identificar aqui os procedimentos da categorização “clássica” atrás aludida. Neste sentido, deve-se entender estas

⁴⁰⁰ Avançado como exemplo: a compra de um bilhete premiado de lotaria para justificar falsos ganhos ao jogo; a mistura entre proveitos lícitos e ilícitos através de um negócio legítimo; ou a troca de capitais numa casa de câmbio. (Pinheiro, 2002: p. 617)

⁴⁰¹ Destacando como exemplo: os negócios imobiliários simulados; ou a especulação em bens com valor elevado, como o caso das obras de arte, que são de seguidas adquiridas por um cúmplice, que a montante recebe um determinado valor para comprar esse bem e a jusante receberá uma comissão. (Pinheiro, 2002: p. 617)

⁴⁰² Um exemplo são o uso de sociedades financeiras como “testas de ferro” para justificar aqueles valores. (Pinheiro, 2002: p. 618)

categorizações como um mero ponto de partida para a análise dos procedimentos que o branqueamento pode assumir, até porque se se seguisse uma distinção a substituir o entendimento clássico suprarreferido, iria enformar do mesmo problema crítico de que são dirigidas ao pensamento clássico, ou seja de ser rapidamente ultrapassado pela realidade prevalecente. O que se impõe ressaltar é que este procedimento pode ser modificado conforme as finalidades pretendidas a atingir pelo agente branqueador – de acordo com o que se necessita de branquear, o local onde se pretende branquear, quem o pretende branquear, e quais os seus recursos envolvidos para branquear. E no caso de o branqueamento ser efetivado no seio de uma pessoa coletiva ou organização criminosa, dever-se-á ter ainda em conta a estruturação e o nível técnico dos membros internos da mesma, bem como em termos geográficos, seja por uma deslocação para ordenamentos jurídicos internacionais mais premiáveis aos procedimentos branqueadores que vão ser empregados, que tanto podem constituir ordenamentos jurídicos *offshore* que apresentam uma menor capacidade de controlo dos fluxos monetários, ou até zonas francas que apresentam características de opacidade que permitem a deslocação de bens e capitais.

5.5 Metodologias do branqueamento

Com a apresentação destas fases pretendeu-se elaborar um enquadramento geral dos processos do branqueamento, permitindo agora passar para uma análise das metodologias mais usualmente envolvidas nos procedimentos branqueadores, de modo a conferir no nosso estudo um cunho mais prático aquela enunciação teórica. Mas antes devemos deixar patente dois pontos prévios. Primeiro neste trabalho optamos por não individualizar as modalidades empregadas de acordo com as fases do branqueamento em virtude de termos o entendimento que as modalidades não podem ser subsumidas apenas numa fase estanque – como veremos mais detalhadamente infra –, pois determinadas metodologias podem ser empregues em várias fases de acordo com o critério e finalidade pretendidos pelo agente criminosos. No caso particular de entidades coletivas, pode-se referir o exemplo das entidades empresariais que podem ser usadas na primeira fase do branqueamento, através da colocação das vantagens no sistema económico-financeiro conseguida através da injeção dos fundos criminosos nas empresas; na segunda fase, podemos referir a sua intervenção através de várias operações para movimentar e dissimular os capitais; e, a última, quanto à reintegração do capital na economia lícita através da mistura dos fundos com os resultados legais das entidades empresariais. Assim,

não incorremos no erro de afirmar que as modalidades do branqueamento se situam numa patamar ligeiramente superior ao das próprias fases. O segundo ponto a ter em conta é a impossibilidade de abranger todos os *modus operandi* das práticas branqueadoras, desde logo, por isso ser simplesmente impossível pela própria natureza associada a estes procedimentos. Como refere de forma lapidar Paúl, “(...) *as modalidades que podem ser utilizadas para efetuar operações de branqueamento têm apenas por limite o engenho e a imaginação de quem procura ocultar a natureza ilegal do dinheiro*”. (1993: p. 49) Pela sua associação a diversas metodologias e tipologias que variam conforme os conhecimentos técnicos e imaginação dos agentes branqueadores, em que estes pugnam pela utilização do meio mais conveniente, acessível, e seguro de acordo com os conhecimentos necessários, localização e características próprias da jurisdição em que atuem. Aliás, quanto mais procedimentos sejam adotados (e especialmente mais complexos), menor ligação existe com a sua real procedência e, subsequentemente, mais acrescido se torna a anonimidade e opacidade sobre aqueles valores.

A nossa opção foi apresentar os casos mais comuns e aqueles que tenham uma conexão mais profunda com o envolvimento de pessoas coletivas e entidades equiparadas. Isto porque os agentes branqueadores não abandonam completamente as modalidades tradicionais, vão é combinar as mesmas com novos procedimentos complexos para conseguir atingir aquela finalidade última de apagar o rasto sobre a origem ou titularidade dos proveitos criminosos. Para esta análise, seguimos aqui a enumeração conferida pelo “*Report From The Commission To The European Parliament And The Council*”⁴⁰³, de 24 de Julho de 2019, por ser o documento mais recente e atualizado sobre esta matéria. Note-se, ainda estamos perante setores de risco dirigidos ao mercado único europeu identificados pela Comissão, que podem ser reconhecidos como os principais métodos de branqueamento, aqui se englobando os mais recentes métodos tecnológicos em desenvolvimento acelerado, e que portanto será o documento mais completo de acordo com o estado mais recente da arte.

⁴⁰³ Relatório elaborado no cumprimento do artigo 6.º da diretiva (EU) 2015/849 quanto à atualização dos riscos do branqueamento de capitais e financiamento de terrorismo que atingem o mercado interno e atividades que ultrapassam as fronteiras de um Estado-membro que deve ser realizado no prazo temporal de dois em dois anos. Obtido em: <<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1dc2ce17-ae44-11e9-9d01-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-search>>. (Acesso 18/08/2019). Neste foi identificado pela Comissão um conjunto de quarenta e sete serviços e atividades nos quais foram detetadas determinadas vulnerabilidades face a este tipo de criminalidade.

5.5.1 Fundos em numerário e bens com valor elevado

Refere a Comissão que embora o uso de valores em capitais tenha vindo a perder alavancagem nas práticas dos consumidores europeus, ainda constitui o principal instrumento envolvido para práticas branqueadoras⁴⁰⁴, pela possibilidade de manuseamento e deslocação geográfica desses fundos e pela maior opacidade quanto à sua titularidade ou proveniência. O que constitui uma característica vincadamente apreciada pelos agentes branqueadores, em virtude da pretensão do agente branqueador de eludir qualquer suspeita ou possibilidade de deteção daqueles elementos pelas autoridades de investigação criminal.

Em consequência, sendo comum o emprego dos designados “correios de dinheiro”⁴⁰⁵, que correspondem a sujeitos que procedem a uma deslocação geográfica – interna ou externa – dos proventos (de origem criminosa) através de vários processos de transporte⁴⁰⁶, estabelecendo um verdadeiro contrabando físico de valores⁴⁰⁷, para

⁴⁰⁴ Como é reconhecido pela Europol. (2015: p. 7, 2017: p. 21) Refere esta entidade que os valores em numerário acabam por estar envolvidos (de forma direta ou indireta) nas operações de branqueamento. (2015: p. 7) Basta pensar nos tipos de ilícitos mais usualmente associados às necessidades de branqueamento, como por exemplo o tráfico das várias espécies, a corrupção, ou lenocínio, para verificar ser patente que a esmagadora maioria dos produtos ilícitos recebidos e que precisam de ser branqueados é em numerário. (Reis, 2017: p. 168) Para além da “vantagem” de não deixar “rasto” em documentos ou informações na contabilidade das entidades bancárias. (Schneider, 2010: p. 5)

⁴⁰⁵ Os designados “cash carriers”, ou também referidos como “homens de palha” (“schtroumpfs”) (Paúl, 1993: p. 61; Miguez Garcia & Castela Rio, 2014: p. 1218)

⁴⁰⁶ No qual se destaca o “cash smuggling” que corresponde à transferência física de determinados bens (principalmente, valores em numerário) – um método usual ao empreendido no tráfico de estupefacientes para sua deslocação de estupefacientes – onde se inclui o “body packing”, correspondendo a uma ocultação dos valores (geralmente em notas de elevado valor) em peças de roupa; ou no interior de veículos automóveis que são modificados para o efeito. Face à própria simplicidade deste método é de elevada dificuldade para as instâncias de investigação criminal conseguir detetar tais produtos. (Europol, 2015: p. 19)

⁴⁰⁷ Esta realidade já foi assinalada pelas autoridades europeias. O que teve o natural efeito reflexo de atuação jurídica, pelo (ainda em vigor) Regulamento (CE) 1889/2005, que veio estabelecer o dever de declaração da movimentação de capitais com valor superior a 10.000 euros (ou valor inferior no caso de elevadas suspeitas de corresponderem a uma atividade criminosa), para dentro ou fora das fronteiras da UE. No entanto, considerando que a proteção não está completa, o mesmo será substituído através do Regulamento (UE) 2018/1672 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro, que pretende constituir um maior reforço do controlo das somas em dinheiro líquido que entram ou saem da União,

aproveitar determinadas vulnerabilidades e evitar os controlos específicos do sistema financeiro. Tais vulnerabilidades podem consistir no controlo menos intenso sobre o próprio sistema financeiro do país de destino, ou porque lhes é mais benéfica a deslocação para outra jurisdição onde detem (ou podem deter) uma maior influência sobre o sistema político e económico. O que entronca nas já referidas necessidades de estabelecimento de harmonização legislativa internacional.

Uma vez que um grande volume de numerário representa uma elevada dificuldade de deslocação física e pode despertar a atenção das instâncias de repressão criminal, acaba por ser frequente a conversão daqueles valores em bens com ou artigos de luxo, transformando-os para uma forma que se mostra como mais acessível de manusear e mais difícil de distinguir a sua origem. Permitindo manter uma linha de opacidade, mas beneficiando de uma movimentação mais acessível pelos controlos não serem tão apertados (ao contrário dos valores em numerário, muito embora, conforme já vimos, as diversas tentativas de alargamento do substrato vinculado a estas medidas). Após essas conversões, geralmente, os bens podem ser revendidos ou deslocados para países estrangeiros para serem vendidos e transformarem-se em capital com proveniência “lícita”. (Santiago, 1999: p. 367; Miguez Garcia & Castela Rio, 2014: p. 1218) Acaba por ser uma forma de deslocação física dos valores mas agora movimentando bens com valor económico acrescido.

5.5.2 Sector Financeiro

Como fomos pontualmente afirmando no estudo de medidas preventivas, o sector financeiro é, pela sua natureza e atividade, o primariamente atingido pelas práticas branqueadoras.

Os agentes branqueadores recorrem aqui a uma introdução dos proveitos criminosos no sistema económico-financeiro, através de depósitos e movimentação entre diversas contas bancárias. Podendo tais valores ser transformados noutros instrumentos ou meios de pagamento, tais como cheques bancários, ordens de pagamento, letras, livranças, entre outros, de acordo com as necessidades dos branqueadores. (Godinho, 2001: p. 43) Para atingir este finalismo de inserção de proveitos oriundos de atividades

alargando os instrumentos que precisam de ser declarados (que será aplicável a partir de 3 de junho de 2021).

criminosas sem levantar suspeitas nos mecanismos tradicionais de prevenção e reporte mostra-se como recorrente o recurso a dois métodos. Um primeiro⁴⁰⁸, é no recurso a operações de depósitos bancários para elaborar um fracionamento dos valores ilícitos a serem inseridos no sistema económico-financeiro – em entidades bancárias, agências de seguros ou de câmbio, ou seja, entidades que lidem todos os dias com elevados valores monetários – de forma a evitar ultrapassar os ulteriores limites referidos (ver capítulos 4 quanto às medidas desenvolvidas no seio internacional e 7 quanto às medidas seguidas no nosso ordenamento jurídico). Estas práticas são designadas por um método de “*structuring/smurfing*”⁴⁰⁹. (Schneider, 2010: p. 9) Um método específico é o designado “*cuckoo smurfing*”, correspondendo a um procedimento de execução de operações de pagamento internacional – à primeira vista lícitas – oriundas de contas bancárias de sujeitos sem conhecimento da situação – não sabendo estar a colaborar numa operação criminosa mais ampla –, que apenas recebeu uma notificação eletrónica para executar determinadas operações com a sua conta financeira, beneficiando de uma contraprestação desse valor a que acresce uma generosa comissão pela execução do serviço. O destinatário final daquela operação acaba por ser o agente branqueador que recebe determinados valores de um terceiro sobre o qual não detém qualquer relação, e, naturalmente, não existe quaisquer suspeitas ou grau de risco (pois são quase sempre pessoas sem mácula na sociedade). Os agentes branqueadores conseguem assim operar no sistema financeiro de forma a conseguirem transferir elevados valores entre diversas contas, mesmo sem passar por contas bancárias no seu nome ou elementos associados. (Europol, 2015: p. 35) Ao nível mais específico das pessoas jurídicas é de realçar como outro método recorrente a utilização do *private banking* (serviços específicos para clientes determinados, como, por exemplo, pessoas politicamente expostas) ou *corporate banking* – serviços financeiros para clientes corporativos – tanto possibilitando operações em numerário ou com recurso a diversas transferências. Nestes é usual um envolvimento de intermediários

⁴⁰⁸ Identificado como “*primary deposit*”. (Schneider, 2010: p. 9)

⁴⁰⁹ Segundo Godinho, esta designações referem-se a um fracionamento dos valores em operações financeiras “(...) *por structuring (a designação usada por lei) ou smurfing (gíria inspirada nas personagens de banda desenhada com o mesmo nome, referida ao «exercício» de indivíduos) – numerosos, hiperactivos, que pareciam estar em todo o lado – que se apresentavam aos balcões de instituições financeiras para fazer múltiplas transacções de valor inferior a dez mil dólares*”. (Godinho, 2001: p. 65)

financeiros (os “*front men*”)⁴¹⁰, que não levantam suspeitas à luz das experiências do cidadão comum, e que conseguem aplicar as ferramentas tradicionais do mercado financeiro para inserir e branquear tais vantagens. O envolvimento de intermediários financeiros pode ser realizado por pessoa jurídicas como “*front companies*” ou “*shell companies*”. Assim, existe um envolvimento de entidades coletivas para ocultar a identidade dos proprietários e assistir à realização destas práticas criminosas, envolvendo um conjunto de técnicas sofisticadas por determinados intermediários (como contabilistas ou consultores financeiros) para realização de transações em instituições financeiras. (Schott, 2013: p. 2) Com efeito, os proveitos criminosos que *de jure* se encontram na tutela da propriedade de um terceiro (atuando como um fiel depositário) podem ser facilmente dissimulados no sistema económico-financeiro sem levantar suspeitas, mesmo que *de facto* sejam propriedade de um agente criminoso.

Mas as práticas sobre o sistema financeiro não se restringem à mera colocação dos proveitos no próprio sistema. A Comissão Europeia destaca outros casos da realização de determinados tipos de operações financeiras como apresentando um elevado nível de risco. Como é o caso do *crowdfunding* em que a angariação pública de fundos para um projeto específico é realizada através de plataformas digitais que permitem a conexão imediata entre os financiadores e os sujeitos que procuram aquele financiamento, muitas vezes sem ser acompanhada da tradicional capacidade de controlo⁴¹¹. A estas metodologias devem ainda se associar determinados mecanismos de transferência, como os “*money value transfer*” (MVTs) que permitem uma transferência de fundos numa interligação entre várias jurisdições. Ou os “*trade base money laundering*” (TBML) que constituem esquemas financeiros para proceder a operações de legitimação de proveitos criminosos, podendo corresponder à movimentação de fluxos, falsificação de documentos, ou dissimulação de operações financeiras.

Para além destes processos de circuito de vantagens criminosas, os agentes branqueadores também envolvem métodos tradicionais de serviços financeiros, como é o recurso de empréstimos bancários para financiar operações com recurso ao crédito. Um

⁴¹⁰ Que se diferenciam do anterior caso do “*cuckoo smurfing*”, porque neste primeiro caso os intermediários financeiros têm conhecimento de que estão envolvidos numa prática criminosa (no caso do “*cuckoo smurfing*” tal não acontece).

⁴¹¹ Embora a própria Comissão reconheça a inexistência de evidências de branqueamento através deste método. Somos do entendimento – até pela conexão evidenciada por outras entidades – que tal constatação parte da mera capacidade de controlo sobre estas transações.

exemplo é o caso de o agente branqueador adquirir por si um imóvel recorrendo a um empréstimo bancário (para justificar a proveniência dos bens, mas que na realidade não necessita, pois possui liquidez suficiente) e que depois pagará de forma parcelada em numerário com os fundos ilícitos. (Europol, 2015: p. 37) Criando a “ilusão” do bem imóvel ter sido adquirido através de uma operação legítima “inatacável”, mas que por detrás deste “malabarismo” financeiro estão valores máculados, pois se o agente adquire o imóvel com os proveitos oriundos do empréstimo bancário, já o pagamento é realizado por vantagens ilícitas. Temos um ganho patrimonial conseguido de forma ilegítima⁴¹², como tal, os contratos de mútuo apresentam assim uma particular ressonância nas operações de branqueamento, podendo ainda ser referidos outros comportamentos dentro desta realidade: como simular negócios envolvendo sujeitos individuais ou coletivos. Operações que não possuem qualquer racionalidade económica inerente às condições financeiras associadas ao agente, mas cujo único objetivo é iludir qualquer suspeita por parte das instâncias de repressão criminal sobre os encargos naturais para a sua subsistência (dando uma aparência legítima às suas despesas). Associada à prestação de serviços por parte de entidades financeiras, deve ainda ser referido o exemplo do aluguer de cofres físicos. Os agentes criminosos procuram estes serviços para armazenar grandes quantidades de capitais ou outros bens com valor elevado. Neste caso existe uma mera ocultação dos proveitos do crime, de forma a limitar o risco de os proveitos serem confiscados, mas sem que exista a tradicional conversão. Ou ainda a própria subscrição de seguros, em que o tomador dos seguros aplica os fundos ilícitos para a sua subscrição, que depois receberá de volta a um valor inferior quando acionar o seguro, mas agora tem justificação para aqueles valores, ou seja pode apresentar uma clara proveniência “legítima” aquando da verificação da cláusula seguradora. Outro novo foco de aproveitamento é a aquisição de ATM privados por parte de determinadas organizações que manipulam aquele serviço para legitimar os valores inseridos na própria máquina – embora, neste caso, tal envolve uma clara complexidade que apenas é acessível para as organizações criminosas mais sofisticadas.

Um cenário que não se esgota no sistema bancário, mas que também é extensível à aquisição de outras aplicações financeiras, como casas de câmbio que permitem a execução de operações de conversão de fundos, ou o mercado bolsista através da

⁴¹² De preferência por prazos reduzidos porque os agentes branqueadores possuem liquidez suficiente para os reembolsar rapidamente com os valores ilícitos.

aquisição de títulos de participação mobiliária. (Schneider, 2010: p. 9-10) Neste segundo caso, podendo estar envolvidos “testas de ferro” ou representantes servindo como intermediários para comprar as suas ações, mas investindo o próprio dinheiro com origem ilegal do vendedor. Nesse sentido, o preço das ações, através de operações de *pump and dump*, sobe permitindo um maior volume do capital branqueado e uma fácil justificação para os valores provenientes dessa venda. Posteriormente, o próprio intermediário venderá as ações realizando um lucro que, no final, será remetido para o agente criminoso. Destacando a Comissão outros casos de crimes económicos que lhe estão associados, como o abuso de mercado, fraude, ou o *inside trading*, que pode ser conseguida através de operações de *swap* ou por aquisição de *bonds* para uma venda posterior.

Outro âmbito a destacar são os “*money services business*”, operações executadas por entidades não bancárias, mas que prestam serviços financeiros no espaço digital, nomeadamente, movimentações e transferências de montantes em diversos serviços, e em domínios internacionais (podemos citar como um exemplo destas entidades a *Western Union* ou o *Moneygram*). São assim um sistema de pagamento que permite transações (principalmente no espaço digital) de valores em moedas com curso monetário. Mas, em face de não serem uma entidade financeira *stricto sensu*, acabam por não estarem sujeitos a um nível tão elevado de implementação de medidas preventivas como as de branqueamento, mesmo prestando serviços convergentes, aproveitando os agentes criminoso vulnerabilidades no sistema para utilizar estes procedimentos para efetuar múltiplas transações e diluir a proveniência criminosa. (Europol, 2015: p. 30-31)

Quando pretendam iludir totalmente o sistema económico-financeiro tradicional, os agentes branqueadores servem-se dos designados sistemas informais de transferências de fundos⁴¹³ (“*informal value transfer service*”), que se traduzem em sistemas de transferências financeiras paralelas fora do sistema legalmente regulado. Ou seja, correspondem a sistemas clandestinos, que no caso específico da UE são considerados pagamentos não regulados segundo a lei europeia. Representando um género de “subsistema” dentro do tecido económico, baseado na confiança, opacidade e secretismo, que teve a sua origem convencional na dificuldade que muitos cidadãos de vários ordenamentos jurídicos sentiram ao nível de conversões cambiais ou em movimentação

⁴¹³ Como mero exemplo destes sistemas pode-se referir os casos mais comuns dos “*hawalas*” no médio oriente, ou no caso chinês o “*fei-ch´ein*” (Europol, 2017: p. 32).

dos valores para o estrangeiro⁴¹⁴. Logo, não podemos desvalorizar que também são usados para actividades lícitas. Numa linha exemplificativa, podemos referir que este processo é tradicionalmente efetivado através de uma série de movimentações entre diversos corretores integrados neste sistema, em que um corretor (α) acorda a realização de uma transferência para determinado sujeito (β) que se encontra noutra território (outro país). Vai então estabelecer contacto com o corretor situado nesse país (Ω) onde se encontra o sujeito (β), para que o corretor (Ω) disponibilize para a posse do sujeito (β) o determinado valor. Recebendo o corretor (Ω) uma compensação financeira por ter proporcionando o negócio. (Davin, 2007: p. 47) Este sistema permite a deslocação dos valores sem que os mesmos sejam física ou até eletronicamente movimentados, sendo meramente mantido entre os diversos corretores um registo das transações, e, quando se mostre como necessário, efetua-se um posterior acerto entre esse corretores, bastando o simples contacto entre as partes para realização desta “transação”. (Braguês, 2009: p. 55) Por estas características intrínsecas, é de extrema dificuldade conseguir detar tais proveitos, quer por não ser necessário uma tradicional movimentação física dos capitais, quer pela incapacidade das autoridades de repressão criminal se inserirem no seio destas organizações pela estrutura de lealdade que vigora entre todos os seus membros, ou por serem um sistema informal que não é regulado nem adstrito à legislação antibranqueamento já analisada. (Europol, 2015: p. 34)

Com os novos mecanismos tecnológicos e digitais, beneficiando de um maior nível de anonimidade, permitindo através de um *smartphone* ou computador, através de um *software* específico ou disponibilizado por determinadas entidades, um processamento de operações a uma velocidade alucinante com o resultado a ser a movimentação de elevados volumes de capitais para qualquer zona do mundo pela inexistência de limitações espaciais, verifica-se ainda um novo espaço para o branqueamento. Assistimos ao surgimento de um conjunto de utensílios tecnológicos como o dinheiro eletrónico ou a economia virtual, mas que no domínio desta criminalidade dão azo ao designado “*ciberbranqueamento*” – práticas de branqueamento realizadas por meios informáticos, uma especialidade conducente de dados informáticos. Os criminosos usam os meios digitais para conseguirem os seus intentos criminosos,

⁴¹⁴ Estes sistemas são bastante antigos. (Davin, 2007: p. 46) Sempre com a finalidade de evitar que determinados valores entrassem nos sistemas formais. Realidade aqui muito aproveitada pelos agentes criminosos.

conseguindo evadir as barreiras geográficas, dificultam a legislação, deteção do agente criminoso e recolha provatória.

Dentro deste espectro, podemos iniciar esta análise pelo dinheiro eletrónico (*e-money*). Este é definido no artigo 2.º da Diretiva 2009/110/CE, de 16 de setembro de 2009, relativa ao acesso à atividade das instituições de moeda eletrónica, ao seu exercício e à sua supervisão prudencial, como uma forma de substituição dos valores físicos. Para sua utilização é necessário carregar determinados fundos com curso legal, que podem ser armazenados em cartões⁴¹⁵ (nos quais se inclui os pré-pagos⁴¹⁶), o “*e-gold*”, dispositivos móveis, ou contas online⁴¹⁷, e, pela creditação de uma determinada entidade, podem ser resgatados a todo o momento do valor armazenado. Ou seja, este método (naturalmente bastante apreciado pelos agentes branqueadores porque lhes) permite proceder a operações instantâneas, transnacionais e envolvendo operações com um anonimato considerável. (Filipkowski, 2008: p. 20; Schneider, 2010: p. 11)

Num espectro mais recente da evolução tecnológica são ainda de destacar as designadas moedas virtuais (“*virtual currency*”), entendidas, hoje, como um modo de pagamento cada vez mais natural da sociedade global. Já tivemos oportunidade de enunciar a definição de moedas virtuais da Diretiva 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho (ver ponto 4.2.10), que se encontra em consonância com a orientação da *European Banking Authority* no seu relatório de 2014 (2014: p. 11). O Banco Central

⁴¹⁵ Os *store value cards*. Embora sejam adstritos limites quanto aos valores que podem ser introduzidos e armazenados nos ditos cartões, nada obsta que os agentes branqueadores possam deter vários cartões e assim exponenciar os valores que pode branquear. (Filipkowski, 2008: p. 18)

⁴¹⁶ Estes casos específicos de fundos carregados em cartão são, de acordo com os relatórios do GAFI, o método mais usual envolvido nos “ciberbranqueamento”. Podendo corresponder a dois tipos: o primeiro tipo corresponde a um sistema aberto em que os valores disponíveis no cartão podem ser dirigidos para o pagamento de bens, serviços ou serem levantados num ATM; enquanto nos segundos, estamos perante um sistema fechado, como é o caso de cartões pré-pagos de telemóveis que podem ser adquiridos e depois vendidos, mas limitando a possibilidade de alocação desses recursos. Com a ressalva deste método ser empregue para todas as três fases tradicionais do branqueamento, principalmente pela facilidade de deslocação dos fundos (depositado nas contas representadas por aqueles cartões) entre diversas fronteiras. (Filipkowski, 2008: p. 18)

⁴¹⁷ Por exemplo o *online banking* ou o *paypal*. O segundo constitui um serviço de intermediação de transferências financeiras baseado na internet. Em que os valores são previamente transferidos numa conta em nome do usuário (“*pre-paid account*”), para depois permitir aquisição de bens/serviços ou transferência de fundos para outras contas. (Filipkowski, 2008, p. 18, 21)

Europeu define moeda virtual como “(...) *a type of unregulated, digital money, which is issued and usually controlled by its developers, and used and accepted among the members of a specific virtual community*”. (European Central Bank, 2012: p. 14) O GAFI apresenta uma definição mais ampla da moeda virtual, entendendo-a como “(...) *digital representation of value that can be digitally traded and functions as (1) a medium of exchange; and/or (2) a unit of account; and/or (3) a store of value, but does not have legal tender status (i.e., when tendered to a creditor, is a valid and legal offer of payment) in any jurisdiction*”. (FAFT, 2014: p. 3)

As moedas virtuais representam assim uma forma descentralizada da emissão monetária, por não serem instituídas por uma entidade central titulada por um Estado, podendo assim representar muitas das asserções entendidas como vantagens por parte de Hayek na sua obra económica clássica⁴¹⁸. Estamos perante um sistema de pagamento que tem de ser reconhecido como consequência da globalização, permitindo uma movimentação ágil e à escala planetária, gerada automaticamente através de uma rede computacional, com a particularidade de ter uma valência e aplicabilidade internacionalmente reconhecida – quase podendo ser entendida como a “moeda global” digital. Estes meios de pagamento são assim procurados por quem pretenda criar um ecossistema de transações baseadas simplesmente no espaço digital para proceder a aquisições ou pagamentos⁴¹⁹. Podendo resultar numa fonte de rendimento para aqueles que estejam na disposição de reconhecer estes valores como uma forma efetiva de pagamento, aceitando processuar os seus negócios através deste meio de pagamento

⁴¹⁸ Vide a obra de referência deste autor, disponível em: <<https://iea.org.uk/wp-content/uploads/2016/07/Denationalisation%20of%20Money.pdf>>. (Acesso em 04/01/2019).

⁴¹⁹ Atualmente, já existem países a associarem o valor da sua moeda à de um tipo específico de criptomoedas consequente de dificuldades económicas em obter financiamento internacional, e assim conseguindo ultrapassar algumas daquelas restrições. Tal é o caso Venezuela que em 18 de agosto de 2018, com a finalidade de diminuir a dependência internacional do país e para fazer face a uma taxa de inflação das mais altas registadas na história, associou a sua moeda – “bolívar” – a um tipo de criptomoeda criada para o efeito – o “petro” – que se encontra por sua vez associada ao valor internacional do petróleo. Como afirma o periódico Jornal de Negócios, na sua notícia de 20 de agosto de 2018, acessível em: <https://www.jornaldenegocios.pt/economia/mundo//detalhe/venezuela-desvaloriza-bolivar-em-96-e-introduz-uma-nova-moeda-ligada-a-criptomoeda-petro?ref=HP_cruzados_blocohorizontal_record_pb>. (Acesso em 20/08/2018).

informal. (Jiménez, 2017: p. 67) Ao contrário dos valores electrónicos⁴²⁰, com os quais não devem ser confundidos, as moedas virtuais não possuem uma associação direta com uma *fiat currency* (um valor com curso legal), o que constitui a característica paradigmática deste tipo de pagamento alternativo aos sistemas de pagamento tradicionais, que não é de somenos numa análise do branqueamento de capitais⁴²¹.

Em bom rigor, o procedimento quanto à forma da utilização das moedas virtuais não se compagina numa simples formatação, podendo estabelecer-se uma divisão partindo de uma vertente de análise quanto à interação com o sistema tradicional. Neste particular, o Banco Central Europeu refere uma diferenciação tripartida: i) um sistema fechado – um espaço digital restrito –, em que as moedas virtuais apenas são destinadas para o pagamento online, neste caso o usuário inicia a sua conta através de depósito virtual adquirido através de dinheiro real (*fiat currency*) ou valor equivalente à moeda virtual⁴²²;

⁴²⁰ Os meios de pagamento eletrónico detêm curso legal pela sua conversão de valores com curso legal (euro), dessa forma permitindo a sua representação como meio de pagamento.

⁴²¹ Reconhecendo este potencial de ameaça. (FAFT, 2014: p. 3)

⁴²² O paradigma avançado por diversos autores é o caso dos jogos online que proporcionam e necessitam desse tipo de serviços (European Central Bank, 2012: p. 14; Marian, 2013: p. 38), permitindo aos seus utilizadores adquirirem determinados serviços no jogo através da aquisição de moedas virtuais específicas desenvolvidas pela empresa proprietária daquele serviço. Este é um processo em notável expansão pela quantidade de jogos que permitem aceder a mecanismos do género e pelo crescente número de jogadores. O exemplo mais recente é o caso do popular jogo de vídeo do “*Fortnite*”, jogo *free-to-play* (ou seja, gratuito para iniciar o jogo), que conta com mais de 200 milhões de jogadores globalmente e que durante o ano de 2018 gerou receitas na ordem dos 3 biliões de dólares. Estamos perante um jogo que permite a compra de determinados produtos e itens virtuais (v.g. armas, fatos/*skins* ou outros acessórios, apenas existentes em ambiente digital) através de uma moeda virtual específica (designada como “*V-bucks*”), adquirida na loja oficial através de uma contraprestação efetuada na moeda real em circulação (que admite a troca por várias moedas fiduciárias, como dólares, euros, libras), que, no final, são estes rendimentos que permitem sustentar a continuação (económica) do próprio jogo. Conforme a investigação realizada pelas autoridades de investigação criminal, os agentes branqueadores aproveitando as fragilidades intrínsecas do sistema – que, diga-se, é vocacionada para proporcionar o sistema efetivo de jogo e não para controlar a entrada ou saída dos valores, muito menos para constituir um sistema de controlo – encontram-se a utilizar cartões de créditos roubados que usam para adquirir tal moeda virtual, para, posteriormente, vender a conta virtual com tais valores e acessórios que, entretanto adquiridos, a um preço, regra geral, mais reduzido aos jogadores, em espaços digitais como a designada *dark web* (onde a anonimidade impera) ou publicitando e promovendo esses negócios em redes sociais. Dessa forma conseguindo dissimular e branquear as vantagens criminosas num método aparentemente normal. Como é referido por um analista, é necessário a adoção de medidas específicas para estabelecer um controlo mais efetivo sobre esse tipo de

ii) um procedimento através de um influxo unidirecional da moeda virtual, em que os valores virtuais são adquiridos através de uma moeda real com uma taxa de transação específica, podendo ser então utilizadas para o pagamento de bens e serviços, tanto reais ou virtuais, mas, no geral, não é permitida a posterior conversão para moeda fiduciária; iii) um fluxo bidirecional em que as moedas virtuais são adquiridas através de um mercado cambial próprio, que permite a sua compra e venda de acordo com as regras do mercado, podendo ser destinada tanto ao pagamento virtual como para a aquisição de bens e valores do sistema convencional, podendo mesmo as moedas virtuais serem convertidas para os valores em circulação⁴²³. (European Central Bank, 2012: p. 14)

movimentações, como o supervisionamento das maiores transferências envolvendo os valores virtuais do jogo, a identificação das contas com valores elevados, e a possibilidade de transmissão da informação com as instâncias de investigação criminal. Em relação a todos estes pontos, cfr. a notícia do periódico *Independent*, acessível em: <<https://www.independent.co.uk/news/fortnite-v-bucks-discount-price-money-dark-web-money-laundering-crime-a8717941.html>>. (Acesso a 15/01/2019). Avançamos com este exemplo, tanto pelo elevado número de jogadores na escala planetária (os clientes do devido jogo), bem como pela facilidade de realização deste processo, mas esta acaba por ser uma linha transversal neste tipo de atividades. Em face dos pontos elencados, os agentes criminosos inserem os seus proveitos ilícitos no sistema legítimo através de uma conversão para a moeda virtual do jogo, a partir desse momento conseguindo criar um conjunto de barreiras às investigações das autoridades de investigação criminal. Num momento ulterior, realizando a venda da conta do jogo a terceiros e conseguindo assim a legitimação dos proveitos que voltam para o seu primitivo proprietário (que até podem ser aumentados porque aquele investimento inicial permitirá jogar melhor dentro daquele espaço virtual). Com o crescimento da popularidade dos jogos online, muitos com o seu próprio pagamento específico, multiplicam-se as oportunidades para branquear os proveitos ilícitos. A troca dos valores reais pelos virtuais permite um intercâmbio estruturado e instantâneo para o uso no espaço digital do jogo, por este ser um desenvolvimento tecnológico recente que ainda não se encontra devidamente regulado, realizado sem necessidade de identificação do cliente, nem registos que o vinculem de forma direta, e que pode ser realizado através de diversas contas virtuais num desiderato global. Estamos perante um processo rápido, flexível, anónimo e global – características tão apreciadas pelos agentes branqueadores. E, por muito que as produtoras destes jogos pretendam proibir transações com as contas fora do mundo virtual, num mercado paralelo como destaca o FAFT (2014: p. 5), tal não se mostra como possível. Em bom rigor, é estabelecido nesta forma de pagamento um contacto com a oferta tradicional da moeda, porque o agente procede à troca inserindo as vantagens com moeda real (“*fiat currency*”), estabelecendo uma correspondência que disponibiliza um restrito rasto para uma posterior investigação criminal, embora também aqui se possa evadir tal investigação, especialmente se a introdução dos proveitos reais for efetuada através de cartões pré-pagos já por si anónimos.

⁴²³ Como paradigma refere o Banco Central Europeu o exemplo de uma comunidade virtual como o “*Second Life*”, em que os valores reais são inseridos através da aquisição da moeda virtual (para compra

Por seu turno, o GAFI reconhece uma divisão bipartida de acordo com a possibilidade de tais valores virtuais poderem ser convertidos para moedas com curso legal. Assim, temos o sistema fechado em que os valores virtuais só podem ser utilizados para aquele campo específico (emergindo, naturalmente, os jogos online); e o sistema que permite o câmbio para moedas com curso legal (onde se inserem a *bitcoin*, o sistema *e-gold*, ou o sistema de pagamento do “*Second Life*”). (FAFT, 2014: p. 4)

A atenção dos agentes branqueadores tem vindo a ser particularmente dirigida para as moedas virtuais pela garantia de uma maior anonimidade. Atendendo à forma de emissão das moedas virtuais, pode ser estabelecida uma dupla divisão. As primeiras serão as moedas virtuais centralizadas, emitidas por uma certa entidade que tem poder de estabelecer a própria forma de funcionamento deste tipo de pagamento. Uma vez que tem poder de emitir as moedas virtuais, tem, à contrário, o poder de retirar tais valores do espaço público, estando aqui envolvidos os casos dos sistemas fechados e de fluxo unidimensional. Em relação ao seu meio de troca esta é determinada segundo os cânones da entidade emissora, podendo estabelecer um valor fixo (é o caso mais comum dos jogos online), ou um valor variável segundo o estabelecido pelas próprias regras da entidade emissora. E as moedas virtuais descentralizadas, que são distribuídas através de um método *peer-to-peer* (P2P), em consequência inexistindo uma autoridade central emissora (um Estado ou mesmo uma empresa), onde sobressaí as criptomoedas (*bitcoin*, *litecoin*, etc...). (FAFT, 2014: p. 5) Como é natural, a maior projeção dos agentes branqueadores acaba por se dirigir para as moedas virtuais descentralizadas. Estas são criadas através do meio digital, através de um algoritmo específico (“*digitally encrypted sequences of numbers*”), prescindindo de uma entidade central como emissora – a emissão e validação é realizada pelos seus criadores/utilizadores –, ou como necessária na realização das operações de transferência. Tais características conferem uma maior confidencialidade e opacidade quanto ao seu possuidor, e as partes envolvidas num determinado negócio, abrindo o espectro da sua aplicabilidade em práticas criminosas como o branqueamento⁴²⁴, mas também releva em termos fiscais (principalmente ao nível

de diversos itens digitais), mas que possibilitam mesmo a realização de lucros *ingame* (dentro do jogo) que depois podem ser convertidos para o “mundo real” – fora do mundo digital. (European Central Bank, 2012: p. 14ss; Filipkowski, 2008: p. 23-24)

⁴²⁴ O envolvimento das moedas virtuais para práticas de branqueamento foi demonstrado no caso “*Liberty Reserve*” em que existia um mecanismo de câmbio entre dólares americanos e moedas virtuais, com a possibilidade de posterior conversão e inserção no mercado tradicional, o que permitiu a realização

da evasão fiscal), até pelas mesmas não conterem existência física. (Marian, 2013: p. 39ss) A que acresce a clara velocidade acrescida ao nível da movimentação global nos circuitos digitais (Pinheiro, 2002: p. 663; Campbell-Verduyn, 2018: p. 284), e a facilidade de realização daquelas operações em qualquer local do mundo com o simples acesso à internet. Todo conjugado, representando uma clara dificuldade para as autoridades públicas para conseguir rastrear estes fundos em circulação no mercado dominante.

Dentro deste novo mercado de propriedade conferido pelas criptodivisas, a nossa análise irá incidir sobre aquela que tem acolhido maior relevância internacional, tanto ao nível de usuários, quer aos montantes em circulação, como publicamente reconhecido pela Comissão⁴²⁵, correspondente à *bitcoin*⁴²⁶. Ao nível da jurisprudência europeia, o

de operações de branqueamento de capitais no valor total de 6 biliões de dólares. Cfr. a notícia acessível em: <<https://www.wired.com/2013/05/liberty-reserve-indicted/>>. (Acesso 03/07/2019).

⁴²⁵ É de referir que existem um conjunto diversificado de criptodivisas alternativas por clara influência da emergência e acolhimento da *bitcoin*. Regra geral apresentando os mesmos procedimentos práticos, assim os apontamentos que deixaremos neste campo também lhes são extensíveis em grande medida.

⁴²⁶ Em 2008 foi publicado o protocolo “*Bitcoin – a peer to peer electronic cash system*”, com a autoridade de Satoshi Nakamoto, entendido como um pseudónimo pois não se conseguiu chegar à sua real identidade. Que se encontra disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>. (Acesso 15/01/2019). Para uma evolução histórica deste meio de pagamento, veja-se: Bryans (2014: p. 444). Não se pretendendo fazer uma análise exaustiva dos procedimentos técnicos empreendidos nas operações com *bitcoins*, deve-se referir a forma de aquisição deste tipo de moedas virtuais e os procedimentos seguidos para a realização das operações. Quanto ao primeiro ponto, esta pode ser adquirida através de um conjunto de transações. Desde logo, através de formas de pagamento de algumas trocas de bens e serviços, por parte de entidades que adiram a este tipo de pagamento. Outro procedimento específico deste tipo de criptodivisa, corresponde ao processo informático complexo da “mineração”, constituindo um código criptográfico de registo contabilístico do histórico de todas as transações através de um meio computacional, que ao ser realizado originará uma recompensa para o usuário em *bitcoins* – daí a ideia de “minerar” para obter aqueles recursos – com a finalidade de manutenção da base de dados a funcionar (embora este método de obtenção seja limitado quanto às recompensas, pela limitação dos valores em circulação no circuito fechado, e o seu procedimento seja lento) (Marian, 2013: p. 41; Bryans, 2014: p. 445-446; FAFT, 2014: p. 7; Europol, 2015: p. 42); e, por último, tem sido proporcionado, nos tempos mais recentes, a aquisição do valor nominal da moeda através dos designados *exchangers* no espaço digital, que realizou este câmbio de acordo com as regras convencionais da oferta/procura. Podendo, quanto a este último caso, ser estabelecida uma distinção entre os “*centralised bitcoin trading sites*”, plataformas de câmbio *online* que prestam um serviço assente no princípio da oferta/procura que vende as *bitcoins* a um determinado valor (com curso legal); e os sistemas descentralizados, que são simplesmente baseados no sistema P2P, apenas constituindo uma plataforma que

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 22 de outubro de 2015, Skatteverket/Hedqvist, processo n.º C-264/14, versando sobre a questão prejudicial principal da incidência fiscal sobre as *bitcoins*, reconheceu que aqueles valores em termos qualitativos não se diferenciam de um meio de pagamento tradicional, do qual, naturalmente, emergem obrigações fiscais de pagamento. Dessa forma, equiparando uma operação em *bitcoins*, mesmo quando não efetuada através de uma instituição financeira, a um serviço equivalente às operações tradicionais dos sistemas financeiros, desde que convencionado o acordo entre as partes para efetuar os negócios nesses termos – porque não podemos deixar de ressaltar que a utilização de criptomoedas é legal.

permita estabelecer uma interligação entre compradores e vendedores, através de uma troca direta através de moeda com curso legal. (Europol, 2015: p. 42) Acaba por ser neste ponto particular, pela conversão da criptomoeda para moeda com curso legal, que as práticas branqueadoras começam a incidir, aproveitando esta ferramenta digital para os seus intentos, por exemplo, podendo injetar os proventos criminosos através da aquisição de uma moeda virtual no domínio comunicacional, movimentá-la livremente através de transações complexas nas diversas latitudes do globo, e depois voltando a converter esses valores no espaço geográfico pretendido. O que tem vindo a ser promovido pela instituição das máquinas ATM que permitem esta transação automática de moedas fiduciárias para criptomoedas (e vice-versa), faltando a qualquer consumidor a possibilidade de realizar o câmbio. Em relação às transações, pode-se referir, que estão estabelecidas num sistema *peer-to-peer* (P2P), em que é necessário um *software* específico (mas facilmente acessível na internet) correspondente a uma carteira virtual que incorpora uma “*public-key cryptography*” (Bryans, 2014: p. 443; Campbell-Verduyn, 2018: p. 284) composta por duas chaves: i) uma “*public key*” (onde está incluído o endereço da *bitcoin*) que representa um mecanismo de identificação e permite atuar como conta para receber *bitcoins*; ii) e uma “*private key*” constituindo um código criptográfico que funciona como uma palavra-chave para validação da transação da moeda virtual. É a associação entre “*private key*” e “*public key*” que permite representar a propriedade de determinado tipo de moeda e proporcionar segurança à transação porque só com a combinação das duas chaves pode a transação ser decifrada. A bilateralidade entre dois (ou mais) usuários é assim conseguida através da confirmação da operação pelas assinaturas digitais processando uma movimentação automática entre carteiras virtuais. Após este procedimento a transação é, desde logo, enviada para uma base de dados pública, global e anónima quanto aos seus intervenientes, interligada por um conjunto de computadores na “*cloud*”, a que é associada a um conjunto de “*blocks*” composto pelas várias transações registadas por ordem cronológica através de um processo de mineração em que as transações são analisadas e validadas aos registos da mais abrangente “*blockchain*”. (European Central Bank, 2012: p. 23-24) A mineração é assim uma operação de validação das transações de outras pessoas e depois adicioná-las à *blockchain* (beneficiando os “mineiros” da já referida “recompensa”).

Este meio de pagamento veio romper com o sistema financeiro tradicional⁴²⁷, considerando-se como “pseudoanónimas”⁴²⁸, o que lhe confere uma natureza mais complexa e opaca, obscurecendo (ou mesmo eliminado) o *paper trail*. Isto é possibilitando pelo protocolo da *blockchain*⁴²⁹, criando um novo paradigma na forma como as transações financeiras são realizadas e possibilitando que duas ou mais partes possam concretizar transações sem o envolvimento dos tradicionais intermediários como as entidades bancárias ou o envolvimento de uma operação com moeda com curso legal.

Assim, este mecanismo desenhado para ser acessível às partes, tendo como consequência natural o efeito de representar mais um paradigma económico do processo globalizador, permitindo um benefício social em termos da estruturação e um meio de pagamento internacional sem ser necessário o câmbio para outras moedas com curso legal, nem sequer o envolvimento do sistema financeiro tradicional, acaba por ter, como

⁴²⁷ Sobre os efeitos detalhados que as moedas virtuais produzem no tecido económico (tanto vantagens como riscos), veja-se os relatórios: EBA (2014; p. 15ss) e FAFT (2014: p. 6-7).

⁴²⁸ Uma vez que não se pode afirmar que esta circulação de valores permita uma total anonimidade. Como tal, vários autores empreguem esta expressão de “*pseudo-anonymous*”. (FAFT, 2014: p. 6) ou “*quasi-anonymous*” noutra designação. (Campbell-Verduyn, 2018: p. 287). Isto porque, embora o acesso à informação seja extremamente condicionado, pelo menos em termos teóricos, está aberta a possibilidade de identificação do usuário envolvido naquelas transações pelo seu IP (*Internet Protocol*) que o vinculará a um determinado *address*, o que pode permitir associar determinados tipos de transações a um indivíduo pelo histórico das transações registadas e validadas na “*blockchain*” ou das *wallets* que podem revelar mais informações sobre o usuário (Schneider, 2010: p. 12; Campbell-Verduyn, 2018: p. 284) – embora não podemos deixar de ressaltar que tal é de extrema dificuldade, mesmo quando as entidades policiais tenham os recursos adequados. Ou no caso em que sejam efetuadas operações de *exchange* para a *fiat currency*. (Schneider, 2010: p. 12; Marian, 2013: p. 46; Bryans, 2014: p. 417-472) que criam mais um paradigma de informação. Porém, temos diversas dúvidas no plano prático quanto à efetividade e eficiência de uma investigação sobre o branqueamento de capitais através destes mecanismos. Em particular pela inexistência de uma autoridade central ou até uma entidade empresariais que possa rastrear a natureza criptográfica envolvida em todo o processo, e a intangibilidade dos próprios valores (especialmente se se manterem como ativos digitais). Até porque existem outros mecanismos para diminuir esse “risco” de identificação, como uma VPN. Mesmo a possibilidade de seguir o rasto das criptomoedas através do encadeamento de registo de todas as transações no “*blockchain*” acaba por ser limitado, quando só mostra dois pontos de conexão para a transação, não existindo necessidade de identificação dos usuários e o próprio *software* usado para realizar a operação é *opensource*.

⁴²⁹ Tem por função compilar um conjunto de dados digitais numa base de dados descentralizada, armazenando as informações sobre as operações que tenham sido realizadas. (Barreiros, 2018: p. 150-151) Para maiores desenvolvimentos, vide: <<https://www.blockchain.com/pt/>>. (Acesso 03/07/2019).

sua face negra, características que são muito atrativas para os criminosos, pois lhes permite contornar muitas das medidas de controlo e constitui uma realidade recente e legal. Um exemplo de um procedimento de branqueamento de capitais conseguido através da *bitcoin* podem ser efetuado através de quatro passos: i) o agente pretende movimentar a *bitcoin* através do espaço digital adquirida através de dinheiro ilícito; ii) o receptor da *bitcoin* aceita tal “pagamento”, conseguindo-se uma dissimulação dos fundos com proveniência ilícita; iii) posteriormente, tal transferência é validada na rede online através de usuários nos termos do processo de mineração a partir do qual estas transações são verificadas e adicionadas ao protocolo do “*blockchain*”; iv) no final deste processo, estão situados os *exchangers* que possibilitam a conversão destas moedas virtuais para moedas em circulação. Como conclui o Bryans de forma lapidar, “(...) *bitcoin and analogous virtual currencies could enable money launderers to move illicit funds faster, cheaper, and more discretely than ever before*”. (2014: p. 447) E esta tríade representa uma dinâmica que não é desvalorizada pelos agentes criminosos. Atingindo uma dimensão de opacidade quanto aos elementos envolvidos na transação – no nosso entendimento, muito superior aos outros procedimentos adotados para o branqueamento –, quer pela inexistência de qualquer meio de identificação, quer pela inexistência de “cães de guarda” que seriam representados por uma entidade central com poderes para rastrear tais movimentos. Até porque, o seu nível de nebulosidade só é verdadeiramente limitado quando existe um ponto de conexão com uma entidade que preste serviços de *exchange* com o *fiat money*⁴³⁰, que possa ser considerada como um “ponto de conexão” a que possam ser dirigidos procedimentos preventivos do branqueamento – o que, diga-se, em certo sentido será uma exigência da quase totalidade de casos do branqueamento. Mas como White (2016: p. 48-49) chama à atenção, a evolução tecnológica e o grau de anonimidade das transações apresenta a tendência de aumento ao nível do *cash in/out*, existindo agora possibilidades de conversão automática através de ATM especializados.

É certo que o pagamento em moedas virtuais ainda não atingiu um reconhecimento amplo no sistema comercial, recebendo ainda uma fraca aceitação fora de determinados círculos sociais e comunidades, para além de ainda deter uma certa carga

⁴³⁰ No entanto, nada impede que com a evolução tecnológica possa ser possível limitar o grau de anonimidade das transações, ao permitir que os agentes branqueadores tenham obrigatoriamente de recorrer a entidades que façam. (White, 2016: p. 48-49) Porém, como é natural, não se pode esperar por essa evolução para atingir as operações criminosas.

“burocrática” ao nível tecnológico que limita a sua rapidez (isto quando comparada com outros procedimentos computacionais). O que leva a Comissão, em linha com outras entidades⁴³¹, ainda a evidenciar as poucas evidências da utilização das moedas virtuais em operações de branqueamento. Deve ser afirmado que esta é uma realidade em constante mutação, podendo, em face de uma maior aceitabilidade por parte dos agentes económicos, aumentar o número de transações com a consequente característica de permitir uma diluição mais eficaz. (Jiménez, 2017: p. 70ss) É de referir que os potenciais branqueadores não se importam totalmente com o acolhimento deste como meio de pagamento tradicional, aliás, são esses mesmos mecanismos de movimentação, sem um enfoque regulador, que estes agentes procuram. E, em bom rigor, a especial vulnerabilidade da moeda virtual – como salientada por diversos economistas – é irrelevante desde que os agentes branqueadores consigam levar a cabo, pelo menos em certa parte, os seus intentos.

Daí que não seja de surpreender as medidas que começaram a delineadas no seio da legislação europeia quanto às moedas virtuais na Diretiva (UE) 2018/843 (cfr. com maior detalhe as medidas já anteriormente referido nos pontos 4.2.10), e no caso específico do regulamento delegado (UE) 2018/1108 da Comissão, de 7 de maio, para estender as medidas preventivas do branqueamento a esta nova temática⁴³². Com

⁴³¹ Cfr, entre outros: ECB, 2012: p. 47; Bryans, 2014: p. 452; White, 2016: p. 49; Jiménez, 2017: p. 81ss; Campbell-Verduyn, 2018: p. 285, 300-301.

⁴³² No mesmo sentido vão as *guidelines* da *European Banking Authority* para aplicação das medidas mais efetivas. (Relatório da European Banking Authority, 2014: p. 39-40) Em que se recomendava às jurisdições considerar os *exchangers* da moeda virtual como entidades obrigadas nos termos da legislação preventiva e repressiva do branqueamento e financiamento do terrorismo. (2014: p. 43) Fazendo um breve périplo pelo direito comparado, nota-se a recente preocupação em diversos ordenamentos jurídicos com a regulação deste tipo de transações, embora, novamente, sem (ainda) a necessária convergência harmonizadora entre as soluções adotadas. Em França as entidades que procedam à intermediação de aquisição ou venda de moedas virtuais através de um câmbio de moedas em circulação devem ser classificados de acordo com a lei francesa como um intermediário financeiro que recebe fundos em nome de uma terceira parte, estando sujeitas a uma autorização administrativa e obrigatoriamente às medidas contra o branqueamento e financiamento do terrorismo. (FAFT, 2015: p. 16) De acordo com a legislação alemã, no caso de envolvimento de *exchangers* atuando como plataformas em rede para oferecer serviços de câmbio de moedas virtuais para valores em circulação, como estamos perante uma troca com natureza comercial, já se mostra como necessária à autorização (variável de acordo com a natureza do tipo de serviço prestado). O próprio caso da aquisição das *bitcoins* através de um meio de ATM, como constitui uma atividade que pode ser qualificada como equivalente a um serviço bancário ou financeiro, também se

particular destaque para a necessidade dos Estados-membros vincularem as entidades que atuam como ponto de contacto central para os emitentes de moeda eletrónica e os prestadores de serviços de pagamento deste tipo, para estabelecimento concreto daquelas medidas. A própria Comissão recomendou no seu Relatório a adoção de medidas dirigidas a sujeitos individuais e coletivos cuja atividade de negócio seja decorrente tanto de: operações próprias ou em benefícios de terceiros que cambiem ativos virtuais e *fiat money*; como operações que envolvam outras formas de negócios virtuais, como sejam a salvaguarda e depósitos de valores virtuais; ou participação em serviços de emissão destes valores.

5.5.3 Setor não financeiro

Fora do setor financeiro, um dos campos mais atingido acaba por ser aqueles domínios cuja atividade exercida esteja relacionada com a transação de bens de valor elevado, permitindo aos agentes branqueadores transformar as vantagens de proveniência ilícita num produto do qual não surgem suspeitas. Tal é o caso de veículos de luxo, metais e pedras preciosas, antiguidades e artefactos com valor económico relevante, e, com

encontra sujeita à autorização. Pelo contrário, nos casos em que a utilização da *bitcoin* é para pagamentos não se encontra sujeito à autorização do sistema regulatório bancário. O mesmo juízo se aplicando às criptomoedas que tenham sido obtidas através do processo de mineração. Por nestes casos inexistir uma autoridade central emissora. (FAFT, 2015: p. 17-18) No caso dos EUA, o FinCEN já se pronunciou sobre a necessidade de aplicação de medidas efetivas quanto às moedas virtuais, embora não optando por qualitativamente enquadrar as moedas virtuais como equivalentes às moedas em circulação tradicionais. (Bryans, 2014: p. 456-458) Em que os entes singulares ou coletivos envolvidos na transmissão e conversão de moedas virtuais para valores com curso corrente são entendidos como “*money transmitters*”, e assim estão sujeitos à legislação contra o branqueamento e financiamento do terrorismo. A legislação federal foi assim alterada para acomodar as novas alterações no qual se incluem as moedas virtuais, passando esses tipos de pagamentos a estarem adstritos as regras do BSA. Esta alteração permitiu acrescentar a expressão “*other value that substitutes for currency*” à definição dos “*money transmission services*” (MSB) alargando dessa forma o seu âmbito de aplicação. (FATF, 2015: p. 22) Já tendo existindo algumas condenações neste domínio nos EUA por incumprimento do BSA e do *Money Laundering Control Act*. (Campbell-Verduyn, 2018: p. 292) A contrário, quando atue sobre as moedas virtuais apenas como um mero usuário, ou seja para adquirir bens ou serviços reais ou virtuais não estão adstritos a essa regulamentação. Como salienta Bryans, podem ocorrer situações em que não caíndo sobre a supervisão da legislação dos “*money transmission services*”, o tipo de negociação envolvido deveria proporcionar a aplicação de tal intuito. Referindo a necessidade de clarificação destes casos pela FinCEN. (Bryans, 2014: p. 459)

particular destaque, o mercado de compra e venda de imóveis. Este último por possibilitar o investimento de valores elevados, mas também não se podem desvalorizar os efeitos lesivos para a própria comunidade pela importância que o direito à habitação representa para a coesão social. Como casos mais recorrentes, deve-se salientar a realização das mais-valias imobiliárias, em que usualmente o branqueador arranja um intermediário financeiro para, facultando-lhe os seus fundos ilegais, comprar imóveis que sejam propriedade do branqueador, de maneira a permitir que o vendedor possua uma sustentação legítima da origem daqueles rendimentos. Geralmente, ocorrendo uma subvalorização ou sobrevalorização da base declarada para tributação dos valores no mercado imobiliário. Por exemplo, nos primeiros casos, adquirindo um bem imóvel a um preço inferior ao do mercado, possibilitando, posteriormente, uma venda justificativa para a proveniência dos bens criminosos. Igualmente, nos segundos casos encontrando uma justificação para o valor que receba pela venda, embora o agente criminoso vá perder uma parte do valor inicialmente investido. Ou também sendo de referir a possibilidade de simulação total ou parcial de determinados negócios como compra e venda, heranças, doação, legados, entre outros.

Deste espectro, pode ser referidas práticas e operações como o carrossel de IVA, ou o procedimento designado “*commingling*”, operação que pressupõe uma mistura entre fundos de proveniência lícita e ilícita, dificultando uma subsequente identificação por parte das instâncias de repressão criminal. Como exemplo, pode ser destacada a utilização de um estabelecimento comercial que movimentem determinados valores em numerário – são preferidas aquelas atividades que, na sua prática comercial, movimentam um maior número de valores, como por exemplo, restaurantes, lavandarias, empresas de lavagens de carros, entre outras – que se instituem numa cobertura ideal para sustentar uma proveniência lícita de valores que detém, na verdade, origem criminosa. Para tal, os agentes criminosos podem manipular o volume de receitas da empresa para acomodar os proveitos ilícitos, através do emprego de uma multiplicidade de sujeitos – reais e fictícios⁴³³ –, “formatando” uma aparência legítima para os valores avultados ilícitos através da possibilidade de justificar a sua proveniência pelo *cash flow* das receitas da empresa mesmo sem existir *traditio* dos bens ou sequer um verdadeiro negócio jurídico. Frequentemente, existindo uma cumplicidade de determinados profissionais como contabilistas, assessores fiscais, profissionais jurídicos, entre outros, pelo acesso que estes

⁴³³ Cfr. Duarte (2002: p. 36).

detêm aos elementos do negócio e a possibilidade de criar variantes para aquelas operações criminosas. (Europol, 2015: p. 28-29)

Como refere a Europol no seu relatório, a alternativa mais sustentável para estas práticas acaba por ser a aquisição de negócios lícitos já comercialmente sustentados (com uma atividade comercial com respaldo histórico), em que os diversos anos de atividade comercial projetam um histórico (exterior) consequente de várias movimentações em monetário pelo jugo comercial, detendo uma clientela já definida e apresentando um nível de tributário e de receitas constante – sendo assim uma realidade insuspeita para as autoridades públicas. Todo este enquadramento, torna acessível a entrada e saída de valores com base na prestação de serviços, o profundamento de uma falsa faturação através de pagamentos fictícios ou inflacionamento de negócios reais (v.g. o já atrás remetido exemplo das lavandarias para englobar os “ganhos extras”), bem como podem ser realizadas vendas com possibilidade de recompra através da aposição de uma cláusula para tal intento. Para além desta atuação mais vocacionada para uma ótica das receitas, podem ser destacadas outros procedimentos, como por exemplo a fraude na liquidação da pessoa coletiva, pela possibilidade de controlo destes agentes dos balanços das empresas que são proprietários, conseguindo, quando tal lhes for conveniente, influenciar saldos positivos para evitar a dissolução e manter a continuação da sua atividade criminosa, ou, inversamente, quando não lhes interessar a manutenção da atividade económica, realizar o pedido de insolvência da organização coletiva, recolhendo os bens e valores através de uma outra estrutura empresarial que detém. Possibilitando que os agentes criminosos consigam liquidar a primeira entidade coletiva antes das suas atividades ilícitas serem detetadas, e, conseguindo através da suprarreferida operação, manter ainda na sua esfera os bens criminosos.

Mas também podem optar por criarem *ex novo* entidades coletivas destinadas para ocultar e dissimular o real proprietário ou estabelecer uma estrutura complexa para encobrir atividades criminosas realizadas no seu anterior – como seja o caso de constituição de entidades empresariais para fazer “circular valores monetários”. De forma usual, envolvendo um circuito de valores entre sujeitos (em que pelo menos uma parte) é sediada num paraíso fiscal – fomentando a sua opacidade – podendo os valores circularem de diversas formas, desde a tradicional transferência (total ou parcial) para ordenamentos jurídicos *offshores* ou na aquisição de bens e serviços. Neste sentido se destacando os casos como a criação de entidades coletivas como Sociedades Gestoras de Participação

Sociais (SGPS), *holdings* financeiras, ou mesmo organizações sem fins lucrativos⁴³⁴, pelas características de muitas destas organizações permitirem ocultar o real proprietário/beneficiário, e constituírem um “veículo” ou destinatário para transferência de fundos entre empresas. Outro procedimento comum é a aquisição de produtos financeiros onde o agente branqueador controlando *de jure* uma empresa *offshore* e outra entidade coletiva *de facto*, procede a um contrato de opção de produtos financeiros entre ambas as entidades empresariais para que possa adotar a posição de “*short*” e “*long*” nessa relação. Quanto às perdas assumidas por uma das entidades, estas podem ser compensadas pelos ganhos da outra, sempre com esta dinâmica de o agente criminoso conseguir branquear determinados ganhos. (Schneider, 2010: p. 10)

Adotando a subdivisão afirmada por Luís Goes Pinheiro, podemos estabelecer uma diferenciação entre entidades coletivas mais usuais em práticas branqueadoras. As primeiras são as “*shell companies*” – adotando aqui o termo clássico anglo-saxónico⁴³⁵ – e que correspondem a entidades que após a sua criação jurídica mantém um largo período de inatividade negocial ou comercial. A sua constituição é realizada através de um intermediário (que visa assegurar os pagamentos inerentes para a manutenção da atividade⁴³⁶), que a passa a deter no seu “catálogo”, mantendo-se (o ente coletivo) de forma inerte até ao momento que os agentes criminosos entendam necessitar daquela para ser destinatária de fundos, ou seja para colocar os valores a circular e entrarem no circuito legal. (Pinheiro, 2002: p. 619) As sociedades de fachada diferenciam-se das anteriores porque estas, ao contrário das primeiras, exercem atividades lícitas (Souto, 2013: p. 135), mas podem ser usadas com a finalidade de ocultar os proveitos obtidos de práticas ilícitas pela capacidade de constituírem um “bimbo” sobre o real proprietário (e as operações realizadas). Já as sociedades “fantasma” apresentam simplesmente uma sustentação nominal, então inertes, não detendo assim uma atuação prática no mercado. As vantagens são assim remetidas para entidades que não desenvolvem uma atividade comercial na jurisdição em que estão domiciliadas, estando previstas “(...) *nos documentos de expedição e nas ordens de transferência de fundos e servem para ocultar o beneficiário*

⁴³⁴ A estas organizações ainda acresce a possibilidade de serem usadas para a angariação de fundos. Estabelecendo os agentes branqueadores as operações de branqueamento através de uma forma de donativo para a organização sem fins lucrativos que controlam.

⁴³⁵ Também designadas sociedades “*en rayon*” (Pinheiro, 2002: p. 619) ou empresas fictícias. (Souto, 2013: p. 135)

⁴³⁶ Frequentemente um profissional liberal.

final dos fundos de origem criminal.” (Pinheiro, 2002: p. 619) E, por último, temos de destacar as sociedades *offshores*⁴³⁷. Nestas, as suas despesas de criação e manutenção da sociedade tem por base um valor regular, independentemente dos seus resultados económico-financeiros. (Torrão, 2016b: p. 159) São utilizadas com o objetivo de “camuflar” a proveniência ilícita dos bens transferidos, aproveitando que os procedimentos contra o branqueamento apresentam um menor grau de implementação. Tudo isto, com o fito último de obstar a uma subsequente investigação judicial que corresponderia a um complexo paradigma de investigação: por ter de investigar fundos adstritos a um país terceiro; dificuldade em obter o levantamento do sigilo bancário; o reduzido lapso temporal para a investigação e poucos recursos. Pode mesmo se afirmar que o recurso a estes espaços se mostra como central para o processo de branqueamento de capitais. Como tal, vários autores sustentam que sem uma efetiva política criminal dirigida a atuar sobre estes espaços, as medidas de repressão do branqueamento apresentam um menor nível de eficácia⁴³⁸.

⁴³⁷ A terminologia *offshore* significam literalmente uma localização para além da costa. As áreas geográficas *offshore* constituem determinadas jurisdições que apresentam uma oferta de isenção de tributação dos devidos impostos ou tributam a taxas de valor muito reduzido as atividades económicas – daí que sejam muitas vezes associados a paraísos fiscais –, com o objetivo de atrair investimento estrangeiro, porque, na sua maioria, se tratam de países com dificuldade em estabelecer outros meios de desenvolvimento económico. Para além desse sistema tributário específico, estas entidades ainda facilitam o registo de empresas e de contas bancárias, oferecendo um alto nível de sigilo bancário e profissional, que condiciona a prestação de informações a autoridades estrangeiras num âmbito de um processo criminal. Reconhecendo esta particularidade das sociedades *offshore*, entre outros: Santiago, 1999: p. 368-369; Godinho, 2001: p. 41; Duarte, 2002: p. 37; Braguês, 2009: p. 13; Schneider, 2010: p. 10; Bandeira, 2016: p. 33. Em alguns casos sendo mesmo possível abrir contas em nomes de terceiros para manter um segredo quase que absoluto sobre o verdadeiro titular e a origem do dinheiro. Assim, estamos perante jurisdições com características apreciadas pelos agentes branqueadores, mas tal não significa que as mesmas só sejam deslocadas para práticas ilícitas de lavagem de valores criminosos ou evasão fiscal, podendo os paraísos fiscais e as entidades *offshores* serem destinadas para finalidades legais. E esta interconexão acaba por dificultar a própria investigação criminal.

⁴³⁸ Daí que não seja de estranhar que no seio doutrinário se debata a necessidade de alargar a dinâmica da repressão ao branqueamento também à eliminação dos paraísos fiscais e *offshores*. (Pinheiro, 2002: p. 619) Bandeira coloca a necessidade de instituição de medidas legislativas tendentes a reduzir ou mitigar os paraísos fiscais e as *offshores*, tão apreciadas pelos agentes branqueadores, interrogando mesmo se “*será que o sistema económico privado (e/ou estatal) capitalista não é, ele mesmo, incompatível com o chamado “combate ao terrorismo” e/ou ao financiamento de esse próprio terrorismo? Será que o sistema económico privado (e/ou estatal) capitalista – global, hegemónico e de um só “McSentido” – consegue*

De uma forma geral, o que temos de retirar desta realidade será com o envolvimento das entidades coletivas que se mostrará o mais radiante potencial lesivo para o sistema económico-financeiro nas suas diversas dimensões: micro ou macro. Que criam uma especial dificuldade numa perspetiva de investigação e repressão criminal, ao nível da descoberta da real proveniência dos bens ou o seguimento do *paper trail*⁴³⁹.

5.5.4 Setor do jogo

Também existem métodos que não pressupõem uma ligação direta com o sistema financeiro como é o caso particular do setor dos jogos de fortuna e azar. A Comissão identifica determinados tipos de jogos mais susceptíveis a operações de branqueamento: como os casinos; mercado de apostas; lotarias; máquinas de jogo; ou o jogo online. Quanto a exemplos destas práticas, pode-se citar o caso do agente que pretende branquear os proveitos em numerário e que se dirige a um casino adquirindo (através de valores com origem ilícita, ou pelo menos envolvendo uma grande parte desses valores) determinadas fichas de jogo para poder participar nos vários serviços oferecidos para aquela entidade. Após entrar em alguns jogos em que emprega apenas uma parte das fichas de jogo (o que é ainda um comportamento tido como “normal”), troca as restantes ainda na sua posse, recendo os valores em numerário e assim reclamando tais valores como ganhos de forma lícita no jogo, no final de contas, branqueando os proveitos ilícitos – que passam a ser “originários” de uma atividade lícita. Igualmente, pode ser referido o caso em que todos os jogadores que se encontram presentes numa determinada mesa de jogo são membros de uma determinada organização criminosa, ora, independentemente de quem seja o vencedor, os capitais financeiros serão sempre recolhidos pela entidade criminosa mas agora com a “chancela” do casino que lhe garante uma proveniência de origem lícita. Ou, até no caso, como é da praxe referir, de aquisição de um bilhete de lotaria contemplado

sobreviver sem os (determinados) factos e/ou capitais e/ou vantagens com proveniência ilícita?” (Bandeira, 2010: p. 578) Naturalmente, não iremos tão longe como nesta última crítica. Embora não desvaloremos a necessidade de atuar sobre as características conferidas por estes ordenamentos jurídicos.

⁴³⁹ Geralmente, impondo sobre os investigadores a necessidade de realizar uma análise comparativa com outras empresas no mesmo setor comercial e com dimensão semelhante, para averiguar se existe uma significativa diferença entre os valores recebidos. (Reis, 2017: p. 170) O que no plano prático se mostra com elevada dificuldade (pois como determinar a média do setor comercial? Para aquela dimensão?).

com um prémio de valor monetário a um determinado sujeito, naturalmente, por um valor superior ao prémio a receber (porque senão o vendedor não teria interesse naquele negócio). (Europol, 2015: p. 39) Para o agente branqueador é irrelevante a perda de uma percentagem da diferença do que pretende branquear, porque a finalidade essencial foi conseguida, que é dar a aparência lícita ao bem. Ora, estes casos permitem facilmente aos branqueadores justificarem os proveitos obtidos como legais – daí ser um método empregado essencialmente por organizações criminosas que pretendem branquear os seus proveitos ilícitos. (Godinho, 2001: p. 45)

Este conjunto de práticas são impulsionadas pela criação específica do jogo online, aqui combinando os serviços proporcionados por estas entidades e a facilidade de movimentação de instrumentos de pagamento associada à internet que resulta numa menor capacidade de identificação dos sujeitos e proveitos envolvidos. (Braguês, 2009: p. 44)

5.5.5 Desporto profissional

Um dos novos sectores analisados pela Comissão quanto ao nível de risco de serem envolvidos no branqueamento (de capitais) acaba por ser o do desporto profissional. Aproveitando a crescente popularidade do desporto, a sua expressão para a indústria global, e o crescente maior investimento num mercado ainda representado por uma falta de transparência, os agentes branqueadores começam a olhar de forma atenta para este sector.

A atividade mais relevante acaba por ser o investimento no futebol profissional, por ser aquele onde se verificam mais avultadas transações – fruto da venda de passes de jogadores, custos de intermediação ou de direitos desportivos e imagem – frequentemente, desprendidas de um racional económico futuro. Por consistir numa atividade recente, ainda estamos perante a existência de poucos dados, embora a Comissão refira um caso específico de branqueamento que até aconteceu no nosso próprio país, através da “Operação Matrioskas”⁴⁴⁰, onde em maio de 2016, a Polícia Judiciária, com a colaboração da Europol, desmantelou uma organização de crime organizado com origem na Rússia que através do setor do futebol realizou diversas operações

⁴⁴⁰ Veja-se a notícia da RTP, acessível em: <https://www.rtp.pt/noticias/pais/operacao-matrioskas-culmina-com-detencoes-na-sad-da-uniao-de-leiria_n916046>. (Acesso 30/08/2019).

branqueadoras. O *modus operandi* do grupo – que pode ser extrapolado para outros casos – consistia na aquisição de um clube de futebol para servir como entidade a ser instrumentalizada para mascarar os reais proprietários, passando o grupo a deter uma entidade que funcionava como destinatário último de transações internacionais, com passagem intermédia por um país do Báltico, para serem legitimadas através da sobrevalorização ou subvalorização do passe de jogadores no mercado internacional, obtenção de comissões sobre os negócios, apostas desportivas ou direitos televisivos.

5.5.6 Vistos de cidadania ou de residência (“golden passports/visa”)

A possibilidade dos próprios Estados criarem, de forma direta, determinados pressupostos que podem ser aproveitadas pelos branqueadores não se restringe só ao caso dos paraísos fiscais, também se deve destacar o caso dos vistos de cidadania ou residência. Estes são criados como incentivo à captação de investimento externo ao garantir aos investidores a cidadania ou possibilidade de residência dentro daquele jurisdição em que pretendem investir.

No caso específico do nosso país, foram criados os chamados “vistos gold”, em que a troca de um investimento qualificado de uma elevada quantia equivalente a 500 mil euros, era permitida a concessão de uma autorização de residência ao beneficiário, levando a que esses cidadãos estrangeiros pudessem circular, livremente, dentro do nosso país e do espaço Schengen. Porém, este processo não tem o correspondente nível de escrutínio necessário, pois não se realiza uma profunda averiguação da proveniência e legitimidade dos fundos, o que abre a possibilidade de serem atraídos tanto os “bons” como os “maus” capitais. Reconhecendo esta realidade, os órgãos europeus através da 5.^a Diretiva contra o branqueamento estabeleceram a necessidade de expansão das regras de *due diligence* a sujeitos que se pretendam candidatar a tais vistos pela troca de capital, investimento em propriedades, empresas, ou títulos públicos.

Aqui podemos acrescentar ainda os regimes especiais de amnistia fiscal ou repatriação de ativos – no caso português o Regime Especial de Regularização Tributária (RERT) – onde com a ideia de se obterem receitas fiscais através da possibilidade de repatriação dos fundos situados no estrangeiro para os países de origem dos mesmos e dos proprietários, mas, igualmente, sem aqui se realizar um controlo efetivo sobre a sua proveniência e permitindo mesmo, em determinados ordenamentos jurídicos, uma amnistia de possíveis crimes. Ora, de acordo com esta linha, podem tais procedimentos

ser tingidos por proveitos criminosos. Como refere Miguel Souto, uma conceção como esta não pode ser admissível num ordenamento jurídico que se pretende democrático, sob pena de subverter todo o regime de prevenção e repressão do branqueamento⁴⁴¹. Neste caso, seria o próprio Estado, por um lado, a promover procedimentos ilegítimos, e, por outro, a obstar à punição da criminalidade. Tal redundaria numa conduta repreensível – e, diga-se materialmente inconstitucional por desproteger os bens jurídicos fundamentais –, por permitir uma porta aberta para os criminosos que pretendem “lavar” os seus proveitos (Souto, 2013: p. 124), isto, naturalmente, desde que paguem os seus impostos...

5.6 O critério do bem jurídico tutelado: perspetivas principais

Após a análise desenvolvida nos capítulos anteriores sobre a função primordial do direito penal de tutela subsidiária de proteção dos bens jurídicos, e pelas conclusões traçadas, acaba por resultar como imprescindível que se desenvolva o início do estudo do branqueamento no direito positivo português enunciando qual o interesse fundamental que se visa proteger com a sua criminalização. Pois a identificação do conteúdo material a proteger institui-se como uma etapa obrigatória, não só da sua legitimidade de tutela penal, mas também na posterior interpretação do que constitui este tipo ilícito.

Acerca do bem jurídico tutelado pelo crime de branqueamento, existem inúmeros interesses que estabelecem pontos de contacto com o branqueamento, o que sustenta a apresentação de diferentes correntes doutrinárias dirigidas a enunciar o bem protegido por aquela incriminação. No entanto, esta realidade não nos pode levar a decair para uma postura de quase desistência quando confrontados com a necessidade de trilhar o seu desvalor ético-social por incapacidade de convergir quanto às posições avançadas, por força destas conceções antagónicas existentes no direito comparado, que não permitem afirmar um sentido cristalino⁴⁴². Alguns autores vão até mais longe ao referir que o

⁴⁴¹ “Pues lo que es ilícito desde un punto de vista penal y administrativo, tras la aprobación de normativas sobre la prevención y represión del blanqueo de dinero, no puede ser lícito desde una perspectiva tributaria”. (Souto, 2013: p. 124) O mero interesse em obter proveitos tributários não pode levar o legislador a “legitimar” condutas que atentam contra bens jurídicos fundamentais da comunidade. Não pode o legislador querer punir com uma mão, mas legitimar com outra.

⁴⁴² Um mero exemplo desta ambivalência, se atendemos ao direito comparado e ao sistemático, vemos que no ordenamento jurídico espanhol o branqueamento encontra-se inserido no capítulo dos crimes contra o património e ordem socioeconómica, diversamente em Itália encontra-se inserido no capítulo dos

branqueamento não pretende tutelar um interesse material relevante, representando meramente uma estratégia político criminal contra o crime organizado centrada na apreensão e confisco dos proveitos ilícitos⁴⁴³. Uma dificuldade muito decorrente da inexistência de uma linha concretizadora em termos comunitários, que pode ser entendida como representando “(...) a dilação do tipo, que, por sua vez, torna cada vez mais difícil a diluciação daquela questão”. (Caeiro, 2003: p. 1081) A que se associa o alcance amplo e dispar das opções legislativas quanto à enumeração das infrações precedentes eleitas como integrantes do catálogo. Não sendo assim de estranhar que seja referido o bem jurídico do branqueamento como “*complexo*”. (Bandeira & Fachin, 2015: p. 543) Porém, esta realidade não constitui um obstáculo inultrapassável, impondo-se sim a necessidade de estabelecimento do recorte jurídico-constitucional deste interesse, afastando outros valores que não integrem o seu âmbito de proteção.

No nosso entender, a criminalização do branqueamento, quer velada em termos internacionais, quer a positivação portuguesa, está claramente associada à ideia de impossibilitar aos agentes criminosos o aproveitamento dos resultados de uma prática criminosa prévia. Em certo sentido, constituindo uma finalidade preventiva de futuras práticas criminosas, apresentando um grau superior que o diferencia quanto às outras incriminações, pela conexão material com os delitos prévios graves. Porém, tal não deve ser confundido com o bem jurídico tutelado pela incriminação.

Devemos deixar apontado que a tutela jurídico-constitucional conferida ao branqueamento não contende com a violação de interesses de natureza individual, mas sim interesses supraindividuais fundamentais da sociedade – tutela legítima na nossa opinião desde que em conformidade com os princípios constitucionais. Importa agora fazer uma sinopse sobre as principais posições que vão sendo destacadas como o substrato ético a proteger, e avançar com o “consenso” jurídico-científico quanto à perspectiva consagrada no direito positivo português.

Pode-se dividir as visões doutrinárias em dois sentidos amplos dissonantes: entre os autores que identificam a tutela perfilhada pela criminalização do branqueamento como precedente de um só bem jurídico; enquanto outros entendem que essa

crimes contra o património, enquanto na Suíça está inserido no capítulo dos crimes contra a administração da justiça. (Godinho, 2001: p. 124)

⁴⁴³ Salientando esta posição assumida por alguns autores no direito germânico. (Porto, 2011: p. 317)

criminalização visa tutelar vários bens jurídicos. Como refere Vitalino Canas, “há concepções monistas e concepções plurais”⁴⁴⁴. (Canas, 2004: p. 17-18) O que é correspondente à complexidade inerente ao crime de branqueamento como realidade compósita e complexa. Podemos dar a conhecer que são fundamentalmente seis as correntes quanto ao bem jurídico tutelado pelo branqueamento: saúde pública; a proteção do património; a segurança interna e paz pública; a ordem socioeconómica, evitando que os circuitos económicos sejam “tingidos” pela mácula dos proveitos criminosos; a administração da justiça; e um interesse pluriofensivo amplo que envolva todos estes interesses fundamentais.

5.6.1 Bem jurídico saúde pública

Atendendo à evolução histórica, o branqueamento surgiu inicialmente associado às atividades decorrentes do tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, o que o associa à tutela da saúde pública. Embora com dúvidas, era esta a posição de Rodrigo Santiago atendendo à interligação íntima entre o tráfico de estupefacientes e o branqueamento, como demonstrado no primeiro diploma a criminalizar o branqueamento no direito português⁴⁴⁵. Partindo da perigosidade inerente ao tráfico de drogas na comunidade e na ligação que existe entre esse tipo de atividade criminosa (altamente rentável) e a necessidade de dissimular e ocultar esses rendimentos, identifica a tutela de branqueamento como a pretensão de prevenir e dissuadir, quer o tráfico de drogas, quer o seu próprio consumo. Estando aqui representada aquela máxima de que o crime não deve compensar, alinhavando a punição através dessa dupla vertente. (Santiago, 1999: p. 387-388)

Embora esta tivesse sido uma posição inicial com alguns defensores, a evolução legislativa que veio a alargar o catálogo de crimes graves para além do tráfico de estupefacientes, incluindo matérias ilícitas bastantes díspares no seu catálogo – e, como o próprio Rodrigo Santiago denotava –, desmentiu a relevância desta posição. Em bom

⁴⁴⁴ Dito por outras palavras, estamos perante a opção doutrinária entre a tutela de um interesse unitário ou a proteção de um delito pluriofensivo. (Leite, 2018: p. 68-69)

⁴⁴⁵ Como o próprio autor expressamente admite no caso de existir um catálogo mais amplo dos crimes precedentes – como o que acontecia na Alemanha, e acontece agora em Portugal –, originaria outro tipo de interpretação. (Santiago, 1999: p. 388, nota 77) É bom ressaltar que o autor escreve quando ainda estava em vigor apenas o DL n.º 15/93, e a própria legislação europeia ainda se mostrava bastante restrita.

rigor já não se mostra como possível enunciar uma conexão assim tão comum entre estas duas realidades, para além da imensa natureza lucrativa subjacente à necessidade da sua incriminação e a posterior necessidade de usar esses mesmos proveitos ilícitos. Por outro lado, examinando a própria natureza dos métodos empregados para o branqueamento, em que muitas vezes estamos perante técnicas específicas e com um alto nível de complexidade, nomeadamente a estruturação de transações, ou a constituição de entidades coletivas como “*shell companies*” ou “*trusts*”, permite afirmar que estejamos perante uma realidade que se encontra materialmente nos antípodas do valor saúde pública.

5.6.2 Bem jurídico proteção do património

Outra posição é defendida pelos autores que pretendem identificar o bem jurídico tutelado como correspondendo à proteção do património. Esta posição parte da proximidade material entre o branqueamento e o crime de recetação, por ambos consistirem em pós-delitos inerentes ao aproveitamento das vantagens do crime, daí que existia quem pretendia considerar o branqueamento como uma modalidade afim da recetação. No entanto, esta tese também é dogmaticamente insustentável. Desde logo, porque o branqueamento está fora do círculo interpretativo atribuído à recetação, afastando-se claramente desta por não poder ser sempre (abstratamente) entendido como correspondendo ao prolongamento de uma consumação material de um ato ilícito prévio, ao contrário do crime de recetação. Mas, como é mais fácil descrever, o bem jurídico protegido no branqueamento não se identifica unicamente com a proteção do património – como é o caso do delito de recetação. (Godinho, 2001: p. 124; Caeiro, 2003: p. 1083) Mesmo autores como Faria Costa, que reconhecem a conexão material semelhante entre os dois delitos, olhando mais atentamente para os desvalores da ação e resultado, acabam por assumir, que se trata de duas esferas jurídicas que não devem ser confundidas. (Faria Costa, 1999: p. 310) Nas palavras de Godinho, “*não é o branqueamento de capitais que torna lucrativo o crime precedente, sendo indevida a assimulação à recetação do ponto de vista criminológico*”. (Godinho, 2001: p. 129) Por outro lado, é também de ressaltar que o próprio legislador português afastou do sentido do ilícito do branqueamento (na sua tipificação no CP) a mera deteção das vantagens do crime, o que serve de outro argumento para sustentar a diferenciação com a ofensa do crime de recetação (cfr. o disposto no art. 231.º do CP) (Paiva, 2014: p. 106) – embora se existisse a punição por mera detenção das

vantagens do crime tal não significaria que se estaria perante uma conexão material com o delito da recetação. No mesmo sentido, Terra de Oliveira considera que o tipo ilícito de branqueamento – aludindo ao código espanhol, mas entendemos como igualmente aplicável ao direito português – possui um espectro de tutela material mais amplo pelo conjunto de interesses que pode afrontar, nomeadamente, quanto aos efeitos nocivos que produz na ordem socioeconómica. Não se podendo equiparar um delito essencialmente violador do património – o seu bem jurídico tutelado é o patrimonial⁴⁴⁶ – com um ilícito mais abrangente nas realidades que pretende proteger – o branqueamento –, bem como devem ser tidas em conta as diferenciadas razões político-criminais que subjazem à sua incriminação de ambos. (Terra de Oliveira, 2016: p. 356) Assim, os tipos legais de branqueamento e a recetação apresentam alguns pontos materiais em que se tocam, como seja o caso da existência de uma infração prévia (um facto ilícito típico antecedente), mas afasta-se em outros pontos, como seja a maior amplitude do catálogo dos ilícitos precedentes do branqueamento (na recetação as vantagens patrimoniais alheias); como pela delimitação do círculo de agentes (porque na recetação é claro que o agente criminoso não pode ser o mesmo do facto ilícito típico primário); quer pelo *animus* lucrativo subjacente ao delito de recetação, mas não sendo obrigatório no branqueamento.

Por todos estes pontos, esta corrente deve ser afastada porque pretende secundarizar o tipo ilícito de branqueamento ao delito da recetação. Ora o branqueamento apresenta *per se* uma singularidade material que lhe confere um específico desvalor ético-social⁴⁴⁷ – tanto pelo injusto jurídico que lhe é inerente, pelas realidades que pretende proteger e a, frequentemente, maior ilicitude associada⁴⁴⁸ –, que não se coaduna, quer com a *ratio legis*, quer com o bem jurídico tutelado pela recetação. Basta, desde logo, comparar a evolução da tipificação do branqueamento em termos de direito comparado, e reconhecer-se-á a singularidade que este tipo ilícito obteve nos diversos ordenamentos jurídicos, mesmo naqueles que já admitiam o tipo da recetação – um delito mais “clássico”. O branqueamento corresponde assim a uma ampliação do sentido de punibilidade quando comparada com o delito de recetação (e, diga-se o mesmo perante outros pós-delitos, como o favorecimento), constituindo um *plus* relativamente aquele.

⁴⁴⁶ Embora o autor também refira existir associado interesses de tutela da administração da justiça.

⁴⁴⁷ Por todos, vide Conceição (2017: p. 35).

⁴⁴⁸ Basta atender à comparação da moldura penal abstrata do crime de recetação e do crime de branqueamento, para verificar o grau mais elevado da ilicitude do último.

De igual modo, por maioria de razão, é necessário atender à moldura abstrata de ambos os crimes, e constatar que o legislador português ao tipificar uma moldura penal abstrata mais gravosa para o branqueamento do que para o crime de recetação, está a reconhecer uma clara quebra entre ambos os delitos.

5.6.3 Bem jurídico segurança interna e paz pública

A associação entre o branqueamento e o crime organizado, analisada em devido tempo, sustenta uma corrente doutrinária que identifica o bem jurídico como a segurança interna do Estado. Estamos perante uma linha jurídica de confrontação da criminalidade organizada atendendo às suas particularidades específicas ao poder atingir as estruturas e bases do Estado social e Democrático de Direito. Nesta linha de pensamento encontramos Stratenwerth que entende a punição por este delito típico não tem em vista tutelar um bem jurídico em concreto, mas sim uma ideia de afrontamento contra a criminalidade mais gravosa – o que constitui a sua *ratio legis* –, na medida de atingir os bens criminosos providentes da prática ilícita de uma organização criminosa. Assim, o branqueador seria aquele que auxilia a organização criminosa na dissimulação desses proveitos criminosos, mas também envolve a realização inusitada por um agente singular. (Stratenwerth, 2005: p. 90)

Não desvalorizamos a relação entre o branqueamento e determinadas práticas criminosas englobadas no conceito criminológico do crime organizado, mas isto não significa que se tenha de entender esse como o bem fundamental violado. Como refere Terra de Oliveira, seria muito difícil de aceitar esta conceção jurídica em termos técnicos e dogmáticos (2016, p. 392). Sob pena de esvaziar totalmente o critério do bem jurídico como delimitador da intervenção do legislador – enquadrado nos termos que o fizemos na Parte I –, pois bastaria invocar a ideia de segurança do Estado para entender a intervenção penal como legítima⁴⁴⁹. Depois, e não menos importante, deve-se ter em conta que o branqueamento nem sempre está relacionado criminologicamente com um domínio da atividade de membros das organizações criminosas, nem os próprios valores que se pretendem branquear atentam em todas as circunstâncias contra os elementos que incidam de forma estrita sobre a segurança interna do Estado – pense-se, por exemplo,

⁴⁴⁹ Não que se desvalorize que a segurança do Estado é um interesse relevante que está subjacente ao sentido preventivo do direito penal.

numa prática branqueadora de um valor de 2.000€, não vemos como se coloque a segurança interna do Estado com atos de “legitimação” deste valor inusitado!

Numa posição aproximada, outros autores identificam o bem jurídico como a paz pública. Esta posição parte de uma visão sustentada no sentido seguido pelo legislador alemão quanto ao branqueamento⁴⁵⁰, com claras manifestações ao nível doutrinário e jurisprudencial. Mas também se deve reconhecer que na própria Alemanha este entendimento acaba por não ser unânime⁴⁵¹. Os autores que subscrevem este posicionamento da perturbação da paz pública, defendem a necessidade de atuar face às ameaças dirigidas à sociedade através da negação às organizações criminosas dos recursos materiais que possam ser destinados a continuar e desenvolver essa estrutura criminosa, e defendendo o mercado económico-financeiro através da prevenção de casos de distorção económica e proteção da licitude dos bens na economia. Um interesse essencial num Estado de Direito Democrático pela carga axiológica que lhe está inerente. Esta narrativa é defendida entre nós por Bandeira (2010: p. 569-570, 2016: p. 26; Bandeira & Fachin, 2015: p. 543) e Silva (2015: p. 29).

Embora reconhecendo a pertinência deste entendimento, nomeadamente por iluminar a maioria dos pressupostos essenciais que devem caracterizar a tutela do branqueamento, e pela carga axiológica que sobre ele impende, não podemos defender esta posição pelos fundamentos anteriormente expostos, que por uma questão de “economia processual” escusamos de repetir em toda a sua extensão. Quanto à crítica por ter um sentido demasiado amplo parece não poder ser devidamente dirigida a esta posição, mas as duas outras críticas podem ainda ser perfeitamente destinadas. Até porque o potencial danoso destes casos ilícitos é evidente, mas podem haver práticas branqueadoras singulares e distantes desta categoria criminosa e que não apresentam capacidade de abalar a paz pública – pelo menos, no sentido que entendemos deve ser conferido ao valor fundamental da paz pública, sob pena de “resvalar”, aí sim para o

⁴⁵⁰ Aludindo a este sentido: Santiago, 1999: p. 389, nota 79; Bandeira, 2010: p. 569-570; Leite, 2018: p. 69.

⁴⁵¹ Salientando esta divisória no ordenamento jurídico alemão, ver: Bandeira & Fachin, 2015: p. 543; Martínez, 2017: p. 152; Leite, 2018: p. 69, nota 4. Com outras posições relevantes a irem desde a consideração da administração da justiça – entendendo o tipo ilícito com a finalidade de sancionar condutas que obstam ou dificultam o acesso ao conhecimento da prática de atividades criminosas –, enquanto outra posição doutrinária mais limitada pretende recorrer à visão de Stratenwerth ou à proteção do setor económico. (Martínez, 2017: p. 152)

conceito demasiado amplo que comungue das críticas de esvaziamento do conceito do bem jurídico.

5.6.4 Bem jurídico ordem socioeconómica

Percorrendo outro trilha, alguns autores defendem uma corrente doutrinal que relaciona o bem jurídico tutelado pela incriminação do branqueamento com a proteção da ordem socioeconómica, assim reconduzindo esta problemática ao domínio mais amplo do direito penal económico.

O sistema económico-financeiro apresenta uma função essencial quanto ao desenvolvimento comunitário num Estado social como o nosso, devendo os meios financeiros serem colocados ao serviço do desenvolvimento da comunidade. A própria CRP apresenta determinadas opções económicas, estabelecendo um tipo formal ideal de atividade económica, em campos como ao nível dos princípios que devem reger a atividade económica, ou o regime financeiro e fiscal. Esta linha acaba por implicar que a proteção do sistema económico-financeiro representa um valor fundamental, que institui para o legislador ordinário um dever de intervenção na proteção das condutas lesivas desses interesses, nomeadamente de nível penal. Assim, encontra-se consagrado no artigo 81.º, alínea f) da CRP, que *“incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social (...) assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”*. Também quanto ao âmbito da política de teor comercial consigna-se no artigo 99.º, alíneas a) e c) da CRP, que *“são objetivos da política comercial: a) A concorrência salutar dos agentes mercantis; (...) c) O combate às actividades especulativas e às práticas comerciais restritivas”*. Para além desta consagração do direito português temos ainda de salientar a legislação europeia que visa instituir um mercado comum, com uma forte tutela comunitária – tanto no TUE como no TFUE –, com a relevância de um primado de direito europeu.

O crime de branqueamento afetaria assim um patamar fundamental correspondente a um interesse público de um Estado democrático, cuja proteção seria imprescindível para todos os sujeitos. Partindo deste reconhecimento jurídico-científico e confrontando-o com os efeitos nocivos das práticas do branqueamento para o sistema económico-financeiro, que já afloramos em devido local, o que fica é um conjunto de

vertentes de ofensividade à ordem socioeconómica, apresentando como reflexo a exigibilidade de proteção desses interesses económicos e financeiros⁴⁵². Ora, é neste

⁴⁵² Ainda fazendo parte desta corrente autores que desconsideram a existência de um verdadeiro desvalor ético-social que permita justificar a tutela do direito penal através de uma criminalização. Existindo mesmo quem remeta para uma ideia de neutralidade das condutas idóneas a praticar atos de branqueamento, ou até da sua desnecessidade em função da importância que o capital tem no desenvolvimento económico de uma determinada sociedade. Referindo que mesmo no caso de proveitos com origem ilícita, estes, uma vez introduzidos no circuito comercial, trariam benefícios ao desenvolvimento económico, passando a constituir um substrato nominal da economia e sujeitos à lei económica da oferta/procura e investimento/lucro. A que acrescem os efeitos tributários para o orçamento de Estado ao nível do aumento das receitas fiscais. Trata-se de uma ideia que, reconhecendo a dificuldade do ente estatal em conseguir pela sua veste coerciva atingir todos os proveitos ilícitos gerados, considera que a mesma deve ser abandonada ou mesmo convertida. Passando o Estado a “desistir” de fazer essa perseguição, e passando a manter uma posição passiva a obter os “benefícios” fiscais da sua introdução no mercado (i)lícito (v.g. quando um conhecido traficante de estupefacientes comprar um conjunto de imóveis com dinheiro gerado pela prática daquelas atividades ilícitas, as autoridades de investigação criminal deixariam de perseguir aqueles proventos, não os apreendendo, confiscando ou punindo o agente criminoso. Neste caso, o ente estatal adotaria uma posição passiva simplesmente à espera da alteração da titularidade do proprietário das habitações, para ter matéria coletável para cobrar os impostos sobre o referido património). E que seria mais apetecível nos Estados mais frágeis economicamente e necessitando de um investimento financeiro. (Lascuraín, 2017: p. 4-5) Ora, conforme o exemplo obtuso aqui apresentado, mas que poderia consubstanciar uma realidade prática se fosse seguida esta orientação, não é admissível numa democracia que o Estado se furte às perseguições de comportamentos criminosos, e que, de certa forma, tente “beneficiar” com elas. Pois ao admitir-se uma posição como esta, por maioria de razão, também se teria de admitir que a prática de outros ilícitos de que resultem vantagens económicas, como no caso da recetação, também não deviam ser penalmente perseguidos pelo *ius puniendi*. Nem sequer colhe o argumento que ao introduzir, pelo circuito das fases do branqueamento, as vantagens no circuito económico passavam as mesmas a ser sujeitas a um controlo mais apertado, por estarem adstritas a circuitos legais onde se instituem procedimentos de controlo, sempre com o fito último de diminuir a economia paralela. Como refere Terra de Oliveira, aludindo às posições doutrinárias neste sentido, este é um entendimento claramente minoritário, quer porque o sentido do branqueamento colide contra a ordem socioeconómica com efeitos nocivos sobre a mesma, quer por ir claramente contra o elemento histórico projetado com a evolução legislativa e de política-criminal que vem sendo assumida em termos internacionais e, subsequentemente, nos vários ordenamentos jurídicos. (Terra de Oliveira, 2016: p. 352) E pode-se mesmo acrescentar que num ordenamento jurídico em que as vantagens ilícitas pudessem ser livremente introduzidas no circuito económico legal, mais cedo ou mais tarde, acabaria por redundar num “paraíso criminal”. Se nos for permitido fazer uma analogia, numa figura aproximada a certas ilhas das Caraíbas na altura dos corsários no séc. XVII e XVIII. Já para não falar dos efeitos disruptivos sobre a credibilidade de uma determinada instituição se fosse do domínio público a colaboração, direta ou indireta, com os agentes

ambiente que diversos autores sustentam a sua posição quanto ao bem jurídico no campo do sistema económico, redefinindo o seu enquadramento em linha com o apontamento positivo de algumas jurisdições, como a brasileira e espanhola⁴⁵³. E tudo isto com manifesto acolhimento doutrinal estrangeiro, mas também com ligeiro acolhimento nacional⁴⁵⁴.

Pode-se ir mais além, e dentro deste espectro mais amplo da proteção da ordem socioeconómica – que detém numa dimensão aglutinadora – identificar um conjunto tripartido de posições numa dimensão atomista, com um conjunto tripartido constituído pela concorrência, proteção de confiança das instituições financeiras, e licitude dos bens. E que importa agora analisar.

a) Tutela da livre concorrência

De acordo com os supramencionados efeitos do branqueamento sobre o setor económico, um dos seus efeitos principais incide sobre a criação de uma distorção na concorrência, porque os agentes branqueadores afastam-se dos critérios de racionalidade económica que orientam os agentes económicos “normais” – muito assente no duplo binómio oferta/procura e investimento/lucro – de procura de rentabilidade do seu investimento. Nesta linha, é entendida a introdução dos capitais “ilícitos” como atingindo esta importante função económica representada pela livre concorrência que constitui um eixo fundamental para o desenvolvimento económico e social de uma determinada comunidade. Em face desta realidade, implica para o Estado a exigência de uma intervenção específica para garantir a sua promoção e eliminar obstáculos à mesma, através de uma prevenção sobre o desequilíbrio do mercado interno e salvaguardar a concorrência leal e saudável através da igualdade entre os diversos agentes económicos (pessoas singulares e coletivas). De acordo com esta orientação, o efeito lesivo não estaria na conduta do branqueamento em termos estritos, mas sim perante a introdução dos

criminosos, ou até mesmo por parte dos Estados que podia ser alvo de condicionalismo e sanções económicas pelos seus semelhantes.

⁴⁵³ Estes ordenamentos jurídicos referem expressamente a conexão com a ordem económica e financeira. Veja-se a exposição de motivos da lei brasileira que refere expressamente que o bem jurídico é a “*proteção do sistema económico-financeiro*” e que contém a finalidade de estabilidade normalizada do mercado.

⁴⁵⁴ Entre outros, veja-se: Díaz-Maroto Y Villarejo, 2010: p. 270; Veloso da Silva, 2010: p. 126ss; Fonseca, 2010: p. 285, 291-292; Souto, 2013 p. 110; Terra de Oliveira, 2016: p. 208.

capitais ilícitos no mercado económico (Godinho, 2001: p. 132), porque só nesse momento estaria verificada a lesão do bem jurídico.

Porém, este entendimento é alvo de diversas críticas – que podem ser projetadas para as outras posições que pretendem aludir a um interesse relacionado com a economia. Primeiro, porque o sentido afirmado por esta posição permite referir que qualquer vantagem proveniente da prática dos factos ilícitos precedentes seria apta a atingir a livre concorrência. Acontece que a livre concorrência é atingida a um nível mais elevado quando é alcançada uma posição de domínio no mercado económico, que o agente branqueador verdadeiramente não tem como finalidade atingir. A verificar-se esse domínio tal é decorrente de uma consequência accidental e não particularmente procurada, até porque, na verdade, estes agentes até a pretendem evitar, sob pena de chamarem à atenção das autoridades de investigação criminal. Mas, igualmente, não se pode partir do entendimento que a totalidade das vantagens sejam obrigatoriamente inseridas no mercado legal. (Terra de Oliveira, 2016: p. 405-406) Como refere Pedro Caeiro, a opção pela concorrência como o bem jurídico tutelado não se mostra como a mais acertada, referindo que não se pode adotar uma conceção partindo do sentido que qualquer conduta de branqueamento afronta o mercado económico na sua vertente de uma saudável concorrência, pois, para tal entendimento, seria necessário que o legislador no tipo do branqueamento prescrevesse um determinado limite mínimo quanto aos montantes a branquear, ou, pelo menos, que restringisse o catálogo ao conjunto de crimes precedentes que geravam proveitos criminosos mais volumosos. (2003: p. 1084-1085) Ora, para além de não o ter feito, ainda alargou no tipo objetivo as vantagens criminosas procedentes de crimes entendidos como graves. (Rodrigues, 2019: p. 120) A não ser que se entenda que as vantagens de pequena monta possuem capacidade para conseguir desvirtuar a concorrência do mercado de um Estado⁴⁵⁵, ou, indo mais longe, permitir dominar um determinado setor do mercado – assim, violando a concorrência. Ora, tendo em conta os volumes envolvidos num sistema económico como o nosso, esses valores seriam quase como uma “gota num oceano” que não teriam capacidade de atentar de forma clara, nem sequer sistémica. Só quando se esteja confrontado com elevados valores envolvidos, como determinados factos típicos precedentes quando praticados de forma sistemática são capazes de gerar, é que poderia justificar tal afirmação e, em consequência, atentar contra tal valor. Contudo, a opção legislativa da descrição do tipo deixa manifesto que

⁴⁵⁵ Vide, sobre este ponto, entre outros, Pedro Caeiro (2003: p. 1084).

não se reduz só a montantes de elevado montante. Os próprios processos de branqueamento também não necessitam obrigatoriamente de ser canalizados por pessoas jurídicas onde os efeitos negativos sobre o sector económico são mais evidenciados, podendo ser adstritos para pequenos negócios ou atos singulares. Outro argumento é avançado por Godinho, considerando que ao admitir esta posição estar-se-ia a reconhecer que qualquer ilícito com capacidade de originar determinados proveitos (que o autor dá como exemplo os crimes de burla ou o furto), igualmente, lesaria a livre concorrência. Acrescentando que a introdução de proveitos com origem ilícita no mercado legal não pressupõe que os mesmos tenham sido *ex ante* branqueados, a sua natureza como valor económico é igual quer tenha sido afastada a mácula ou não. Além disso, na linha anteriormente seguida, a introdução de determinados bens no circuito económico não origina uma ligação direta com a desvirtuação da concorrência. Exemplificando com um investimento na inauguração de uma fábrica por um agente criminoso traficante de estupefacientes para branquear os seus proveitos. Neste caso, reconhece que a entidade fabril não devia ter sido aberta porque os valores criminosos deviam ter sido confiscados, não obstante, a mera existência da empresa não constitui uma lesão danosa para o mercado nem qualquer prejuízo para o consumidor. (Godinho, 2001: p. 132, nota 294) Podemos ter efeitos nocivos subsequentes, mas não no momento da criação da entidade fabril.

Ainda poderia ser invocado para defender esta posição doutrinária as opções tomadas ao nível comunitário em que se invocou a proteção dos interesses financeiros da União por diversos instrumentos comunitários, o que poderia sustentar esta corrente de constituir esse o interesse tutelado de acordo com o elemento hermenêutico. Porém, como já vimos anteriormente, essa realidade não constitui um sentido material, mas sim partiu da falta de competência legislativa da União no domínio penal. Como tal, não é possível interpretar a existência de qualquer opção teleológica que permita afirmar uma conexão material entre o branqueamento e esses interesses económicos (crítica extensível às outras posições).

b) Proteção da credibilidade e confiança nas instituições financeiras

Neste panorama pretende-se aludir à proteção da credibilidade e confiança das instituições financeiras, considerando que a tutela do branqueamento pretende proteger a reputação deste sector específico para evitar a contaminação do mesmo por parte de fundos ilícitos. Tem-se em conta os riscos para as instituições financeiras quando

envolvidas em operações de branqueamento, para atingir a sua reputação e quebrando a confiança dos clientes, podendo mesmo colocar em causa a sua sustentabilidade a longo prazo. Como vimos, não é por acaso que as próprias instituições financeiras se agruparam em organizações como o Comité de Basileia e Grupo Wolfsberg para promover um sistema preventivo e regulatório para evitar cair nessas práticas criminosas.

Segundo esta vertente, as preocupações vão no sentido da proteção do tecido económico e das entidades financeiras pela necessidade de conservar a confiança dos cidadãos na aptidão e reputação das atividades dessas instituições, defendida entre nós por autores como Lourenço Martins⁴⁵⁶ (1994: p. 137, 1999: p. 453-454) e Oliveira Ascensão (1999: p. 337ss). Outros colocam o assento tónico apenas na proteção do sistema financeiro, “(...) *nas perspetivas do rigor, da limpidez, da saúde, e da credibilidade do mesmo. Tutelam-se, ademais, a fides e a clareza das operações atinentes, procurando-se garantir a eficácia dos controlos de fiscalização estabelecidos por se reportarem condutas de manipulação, artificiosas ou fraudulentas, por via das quais se procura realizar lavagem de dinheiro sujo e/ou conseguir outras vantagens similares ou análogas, fazendo-se passar gato por lebre.*” (Pereira & Lafayette, 2014: p. 976)

Não duvidamos da importância das instituições financeiras num Estado de Direito, bem como a necessidade de ser assegurada a sua estabilidade – tal como a possibilidade das práticas branqueadoras abalarem esta estabilidade –, mas não nos parece ser possível afirmar ser esse o bem jurídico. Primeiro porque imputar ao branqueamento de capitais a lesão do sistema financeiro, pela mera natureza associada a essa dinâmica empresarial, resultaria num sentido reducionista da própria lógica empresarial. Depois levanta a questão, em termos de dados quantitativos, do volume de clientes que as instituições financeiras perdem por estar conotadas com a prática de branqueamento de capitais. Como afirma Levi, “*how many people actually withdraw their accounts from, or do not trade with, bankers who receive negative publicity? Morality apart, unless the action for laundering were very severe (or the capital base of the bank were particularly vulnerable).*” (Levi, como citado em Godinho, 2001: p. 135) Nem se pode afirmar que a particular suscetibilidade inerente a estas instituições financeiras, permite a justificação automatizada da criminalização do branqueamento como proteção da sua credibilidade,

⁴⁵⁶ Embora o autor na obra mais recente reconheça o surgimento na dimensão mediata da administração da justiça. (Lourenço Martins, 1999: p. 453-454)

porque pela sua natureza económica já estão adstritos um elo de exigibilidade de verosimilhança, estabilidade e equilíbrio inerente. (Godinho, 2001: p. 135) Também aqui se deve ressaltar, que os fundos criminosos não tem obrigatoriamente de passar pelo sistema financeiro (embora, ao nível estatístico, este seja o caso mais comum). Como destaca aquele autor, os proveitos com origem ilícita possuem *per si* um potencial lesivo, porque o seu valor aquisitivo é o mesmo para a ordem económica, quer esses proveitos tenham sido branqueados ou não. (Godinho, 2001: p. 135-136) Tentar justificar esta posição atendendo à referência ao estabelecimento em diversos diplomas das medidas de diligência contra o branqueamento não colhe, porque os meios de controlo e diligência acabaram por ser dirigidos para diversas entidades, tanto financeiras, como não financeiras (em constante expansão). Tal só verdadeiramente permitiria entender o mercado económico como um todo a ser protegido, através um “escudo” protetor e manutenção de registos sobre as operações, mas não a tutela particular do setor financeiro.

Conclui Godinho, que a valoração ético-social poderá justificar essas normas com a finalidade de proteção do sistema bancário, mas não do próprio branqueamento. Como bem sintetiza, *“se os capitais, após o branqueamento, não forem investidos em actividades licitas, mas reinvestidos na mesma actividade ilícita, não há qualquer afectação do mercado, embora tenha havido branqueamento de capitais.”* Considerando que a assunção desta posição resultaria numa perda de coerência do sentido concretizador de que constitui o bem jurídico. (Godinho, 2001: p. 137-138) E, como tal, esta realidade não permite atender a este como bem jurídico fundamental.

c) Proteção do tráfico “lícito” de bens na economia

Segundo esta posição, a intervenção do direito penal é dirigida à proteção da comunidade através da salvaguarda da proveniência lícita do conjunto de bens e capitais que circulam no mercado, obstando que os proveitos criminosos entrem dentro desse fluxo mercantil. Ideia tão cara no processo de globalização, tanto na dimensão nacional como transnacional, ditando a instabilidade do setor económico pela circulação dos bens ser variável no espaço geográfico e assim atingindo diversos pontos do globo.

Esta corrente é defendida por João Davin, para quem o bem jurídico tutelado pelo branqueamento *“(…) não é a concorrência ou a credibilidade e confiança nas instituições financeiras, mas a proteção da transparência e a integridade do sistema económico/financeiro numa dupla vertente, nacional e internacional”*. (Davin, 2002: p. 110) Existe aqui uma significativa invocação que se apresenta mais ampla face à tese

anterior, realçando o entrelaçar entre uma série de atividades económicas favorecendo a mobilização dos recursos para oportunidades de branqueamento. Na jurisprudência, o Acórdão do TRP de 21 de Março de 2013, processo n.º 127/06.5IDBRG.P1, seguiu este critério, reconhecendo que a criminalização do branqueamento no direito português pretende proteger o circuito financeiro, económico e jurídico, e entendendo bastar a simples colocação dos valores no mercado económico-financeiro para existir a consumação do tipo legal de branqueamento.

Porém, esta corrente também não escapa das críticas anteriormente referidas. A que podem acrescer outras, como seria a tutela ser limitada aos produtos derivados dos designados crimes graves, e não a todos os crimes que seria o sentido seguido no caso de se admitir esta vertente de proteção do mercado⁴⁵⁷. (Rodrigues, 2015: p. 232) Em sentido similar, Pedro Caeiro afasta como interesse tutelado a “*pureza da circulação de bens*”, por o branqueamento estar situado num sentido criminal diverso às razões de natureza criminal apontadas para os crimes que violem esses interesses, que se situam num plano de dignidade mais reduzido. (Caeiro, 2003: p. 1084-1086) O autor vai ainda mais longe e considera que este sentido corresponde a um interesse que deve ser protegido pelo Estado, mas através de um ramo do direito menos restrito dos direitos, liberdades e garantias (por exemplo, através do direito administrativo sancionatório), não através da intervenção penal, em virtude daquele não conter dignidade suficiente para sustentar aquela criminalização. (Caeiro, 2018: p. 299) Como destaca Godinho, esta posição só apresenta relevância para o caso da legitimação do confisco, para evitar a circulação dos bens com proveniência ilícita no mercado, porém não para sustentar o critério material do bem jurídico a ser tutelado por este tipo legal de crime. (2001: p. 139)

A que se pode acrescentar – e que é válido para todas as posições sobre esta tese –, que, no caso de se seguir esta posição, o elemento literal devia prescrever a necessidade de haver um específico branqueamento dos fundos através da sua integração no sector económico-financeiro. Ou seja, o tipo legal devia prever a necessária integração da vantagem no sistema económico. Ora, não foi esta a opção do legislador, podendo haver a consumação do branqueamento mesmo sem acontecer aquela inserção no mercado. Não

⁴⁵⁷ No entanto, a autora faz a ressalva que os movimentos de ampliação do catálogo parecem ir no sentido daqueles que pretendem remeter para um certo sentido da tutela da licitude dos bens na economia. (Rodrigues, 2015: p. 232) Não nos parece que assim seja. Esta realidade é consequência da própria evolução dos procedimentos desenvolvidos pelos agentes branqueadores, domínio que a legislação pretende abordar.

desvalorizamos os efeitos que o branqueamento pode deter no setor económico-financeiro, no entanto, não podemos confundir esta realidade com o interesse fundamental a tutelar do critério material do bem jurídico. E, como iremos ver em momento posterior, de forma mediata o tipo legal português irá tutelar este setor, mas esse não corresponde ao valor fundamental a proteger.

5.6.5 Bem jurídico pluriofensivo

Em face das características compósitas do branqueamento, em virtude da exigível existência de um ilícito típico antecedente, na doutrina existe quem venha afastar a posição monista e defenda que a criminalização do bem jurídico visa proteger uma pluralidade de interesses como demonstrada pelo enquadramento do seu catálogo de factos típicos ilícitos precedentes. Dito por outras palavras, a própria literatura, em virtude daquela conexão, considera que o branqueamento acaba por representar uma proteção mais efetiva e completa face aos interesses violados pela prática do tipo antecedente. Como tal, as ações criminosas representariam um afrontamento não só de um bem jurídico, mas sim de uma multiplicidade de bens jurídicos, de forma simultânea afetando um conjunto de valores axiológicos, podendo-se conceber um conjunto de variantes possíveis, nos quais valorizam como mais citados o desvalor ético-social conferido pela administração da justiça e a ordem socioeconómica.

Esta posição doutrinária pluriofensiva encontra alguma base de sustentação pelo caminho de expansão do catálogo dos factos ilícitos precedentes que foi estabelecido pelo legislador penal ao longo dos últimos anos. Com notórias manifestações na doutrina portuguesa, pois, muitos autores pugnam por um conjunto de interesses ofendidos por parte das operações de branqueamento, embora diferindo das combinações imediata e medida apresentadas. Assim, existe quem defenda que a criminalização do branqueamento no direito português pretende tutelar quer a ordem económica e social, quer a proteção de instituições do Estado⁴⁵⁸. Outros que, para além dos interesses sobre o sistema económico, ainda acrescentam a administração da justiça⁴⁵⁹. Uma outra posição

⁴⁵⁸ Como defendido por Duarte (2002: p. 96-97), referindo ainda de forma mediata a administração da justiça e na sua globalidade a sociedade: Martins (2010: p. 157) e Bravo (2010: p. 370).

⁴⁵⁹ Veja-se: Pinheiro (2002: p. 606-607, 642), Canas (2004: p. 19, 146), Reale Júnior (2010: p. 566-567) e Silva (2017: p. 206). A posição de Vitalino Canas é paradigmática defendendo que as condutas do número 2 do artigo 368.º-A ao exigir um elemento subjetivo específico permite afirmar como valor a

que acrescenta os interesses individuais que se veriam afetados pela conduta do sujeito ativo⁴⁶⁰. Por fim, existe quem admita uma pluriofensividade mais lata quanto ao bem jurídico protegido⁴⁶¹.

Segundo esta posição doutrinária, verifica-se um movimento de absorção pelo crime de branqueamento do desvalor antijurídico do ilícito antecedente, o que o levaria a aproximar de outros pós-delitos tradicionais como a recetação. Como sustenta Godinho, um tal entendimento resultaria na punição de um comportamento ilícito à *posteriori* da lesão do bem jurídico, que, no limite, pode nem sequer ser praticado pelo agente do crime primário. (2001: p. 128) Também André Lamas Leite destaca que a alteração legislativa perpetuada pela lei n.º 83/2017, de 18 de Agosto (44.ª alteração ao CP), alterando a redação do número 5 do artigo 368.º-A (cfr. 6.2.6) veio introduzir (ou melhor dizendo, acentuar) uma “quebra” a nível dogmático entre o branqueamento e os factos ilícitos precedentes. Com o próprio tipo objetivo a admitir a punição por branqueamento mesmo no caso de não se poder perseguir criminalmente os factos ilícitos típicos precedentes. Estamos perante uma vertente da autonomia do branqueamento face ao ilícito típico antecedente expressa no tipo legal de crime. Que, mesmo em momento anterior a esta alteração legislativa, já era (ou devia ser) assim interpretada face ao tipo objetivo. (Leite, 2018: p. 73)

Como se compreende esta posição pluriofensiva não pode vingar, porque, numa mera observação na óptica do critério do bem jurídico, as modalidades típicas de ocultar e dissimular os proveitos seriam entendidas como quase irrelevantes, porque a consumação da ilicitude inerente ao delito antecedente já se teria verificado *ex ante* (ou seja, a lesão do bem jurídico). Na nossa opinião, tal significaria retirar o sustentáculo axiológico-material representado pelo critério do bem jurídico, conseguindo um

administração da justiça. Porém, as condutas do número 3 do mesmo artigo, permite aludir a outros interesses, o que abre o espectro a sua pluriofensividade. (Canas, 2004: p. 20)

⁴⁶⁰ Cfr. Bottke (1998: p. 13).

⁴⁶¹ Neste sentido, vide Brandão (2002: p. 71) e Conceição (2017: p. 34). Segundo bem interpretamos, é também esta a posição defendida por Mendes, Reis, & Miranda (2008: p. 799-800), quando os autores referem que a tutela do branqueamento apresenta um ânimo axiológico consequente da violação pelos ilícitos típicos antecedentes, mas que ainda acrescem outros interesses como o mercado financeiro ou as próprias instituições tradicionais do Estado, que se projeta como um efeito secundário, que aliás pode nem sequer estar verificado em todos os casos da punição deste ilícito. (2008: p. 799-800) Com argumentos sustentados na criminalização espanhola, mas com similitudes para o direito português, ver: Lascaraín (2017, p. 5) e Martínez (2017, p. 182).

esvaziamento do conteúdo axiológico inerente ao tipo legal de crime do branqueamento. O que traria consequências em termos de reconhecimento da legitimidade da punição do branqueamento como um ilícito típico penal autónomo, porque se estaria a expandir o enquadramento de proteção do sistema jurídico-constitucional de forma a enquadrar este entendimento⁴⁶², ou até podendo mesmo abrir o “flanco” aos autores que defendem a inexigibilidade da punição do branqueamento porque se os interesses atingidos fossem violados pelo dos crime precedentes, somos do entendimento que ao nível político-criminal seria suficiente aumentar os mecanismos de perda e confisco dos proveitos criminosos. Tal resultaria que a punição criminal autónoma seria neste ponto inconstitucional por violação do princípio da subsidiariedade e *ultima ratio* da intervenção punitiva.

É ainda necessário reforçar três indicadores legislativos que, na nossa opinião, levam a uma argumentação de rejeição expressa desta posição. Desde logo, a própria opção do legislador português no artigo 368.º-A, número 4 do CP, parece-nos impossibilitar um entendimento neste sentido, ao ter considerado que se possa punir o branqueamento mesmo quando se ignore o lugar da prática do facto ou dos seus autores. Ou seja, introduzindo aqui uma clara quebra face ao ilícito típico a montante, ignorando o *locus delicti* e quais foram os seus autores, o que constitui mais um argumento para a própria autonomia do branqueamento. (Leite, 2018: p. 74) Num outro sentido, e, para acrescentar à defesa desta própria autonomia, pode ser afirmado que o próprio legislador não exige como condição objetiva da punibilidade do branqueamento um crime em sentido técnico, bastando-se com um “facto ilícito típico”. Por último, um entendimento segundo esta posição, excluiria do círculo de autores do branqueamento os próprios autores do facto ilícito típico antecedente, porque as práticas do segundo seriam em todos os casos uma (“simples”) extensão das condutas ilícitas do primeiro, situação que o legislador português não excluiu na descrição típica⁴⁶³.

Em jeito conclusivo, parece-nos que esta posição parte de uma confusão entre a *ratio legis* e o bem jurídico axiologicamente relevante que é protegido pela incriminação daqueles comportamentos. Estes dois critérios, embora andem frequentemente associados, por vezes não são totalmente coincidentes. Entendemos ser este o caso, em

⁴⁶² Com manifestas repercussões sobre os princípios do direito penal, um dos quais, assinala Terra de Oliveira, seria uma possível violação do princípio da pessoalidade da pena. (2016: p. 368-369)

⁴⁶³ Cfr. com maior detalhe o ponto 6.4

que a finalidade cuja lei se propõe atingir é privar os agentes criminosos dos proveitos/resultados dos factos ilícitos típicos do catálogo, enquanto a legitimidade de proteção penal tem de ser encontrada noutra parâmetro jurídico-axiológico. Mas, ao falarmos de um bem jurídico pluriofensivo, devemos reconhecer que esta posição peca por confundir a natureza supraindividual do bem jurídico com o seu substrato ético-social. Somos da opinião que a criminalização do branqueamento permite estabelecer uma tutela mediata sobre diversos interesses, mas tal não origina que se rejeite a tutela exclusiva de um determinado bem jurídico.

5.6.6 Bem jurídico administração da justiça

Ultrapassada a sinopse sobre as diversas correntes defendidas por certas posturas doutrinárias, estamos perante o momento de apresentar a nossa posição sobre esta matéria. As visões aqui apontadas permite-nos chegar à conclusão que a punição tem em vista evitar que os agentes criminosos se consigam furtar às consequências dos seus atos ilícitos precedentes (um ponto de conexão com a pluriofensividade do catálogo, mas não reduzido a esta vertente), bem como evitando o aproveitamento dos proventos consequentes (conexão com o ponto material do sistema económico e paz pública).

Estamos perante uma capacidade funcional projetada numa dimensão supraindividual para a sociedade que se prende com a administração da justiça. Esta corrente, que é maioritária⁴⁶⁴, no entanto, apresenta-se em termos doutrinários em termos diferenciados.

De acordo com Jorge Godinho, o bem jurídico tutelado deve ser entendido como correspondendo a uma vertente de confisco dos proventos oriundos de um crime precedente do catálogo. O autor atribui assim relevância a uma atuação sobre o resultado (ilícito) daquelas práticas. (Godinho, 2001: p. 146, 382)

⁴⁶⁴ Em sentido concordante vai um amplo sector doutrinário, embora alguns autores diferindo em alguns elementos, ver entre outros: Godinho, 2001: p. 140ss; Caeiro, 2003: p. 1086-1087, 2010: p. 189, 2018: p. 287; Silva, 2010: p. 239ss; Svenson, 2010: p. 83; Miguez Garcia & Castela Rio, 2014: p. 1214; Albuquerque, 2015: p. 1147, 1152; Santos, 2015: p. 340; Rodrigues, 2015: p. 232; Torrão, 2016a: p. 549; Firmo, 2017: p. 183; Leite, 2018: p. 70ss. E, maioritariamente na jurisprudência, *vide* Acórdão do TRL de 22 de Outubro de 2002, proc. 0055995; Acórdão do TRP de 7 de Fevereiro de 2007, proc. 0616509; Acórdão do TRL de 29 de Março de 2011, proc. n.º 40/09.4PEAGH.L1-5; Acórdão do STJ de 11 de Junho de 2014, proc. n.º 14/07.OTRLSB.S1.

Para Pedro Caeiro a proteção da administração da justiça através da criminalização do branqueamento tem por objetivo dois momentos: um primeiro para evitar a dissimulação ou ocultação da origem da vantagem, evitando um atentado contra a soberania judicial; e, num segundo momento, salvaguardando a possibilidade de confiscar ou apreender esses proveitos criminosos. O autor parte da danosidade inerente ao branqueamento, indo o Estado através do seu *ius puniendi* identificar e apreender as vantagens com proveniência criminosa, constituindo estas uma motivação primária. Devendo as condutas de branqueamento resultar numa insuportável finalidade da administração da justiça na sua vertente de identificação e confisco daqueles proventos, nos termos que constituam uma dimensão “(...) intolerável de insatisfação comunitária”. (Caeiro, 2003: p. 1086-1087) Também Paulo Pinto de Albuquerque assinala que o bem jurídico tutelado é a administração da justiça, na dimensão específica da individualização e apreensão das vantagens de proveniência ilícita. (Albuquerque, 2015: p. 1147, 1152)

Um segundo grupo de autores parece-nos apresentar uma posição mais equilibrada. O interesse axiológico fundamental corresponde a impedir a construção de um conjunto de barreiras destinadas a obstruir a atuação da justiça (a administração da justiça) ao impedir que as autoridades públicas consigam punir os agentes criminosos e identificar os seus proveitos⁴⁶⁵. Estando aqui subjacente a célebre ideia político-criminal que o “crime não deve compensar”. (Leite, 2018: p. 69) Nesse sentido, o branqueamento deve ser remetido para o enquadramento do direito penal clássico, e não no domínio específico do direito penal económico – por ser desnecessária a inserção das vantagens no mercado económico e financeiro –, o que legitimava a sua inserção sistemática no âmbito dos crimes contra a administração da justiça, como, efetivamente, veio a acontecer em 2004 no CP português.

Assim, atendendo ao nível da hermenêutica jurídica, os elementos sistemático e histórico vêm confirmar esta posição. A sua inserção no artigo 368.º-A⁴⁶⁶, na Parte Especial do CP no Capítulo III – “*Dos crimes contra a realização da justiça*” –, do Título V – “*Dos crimes contra o Estado*” –, constitui um forte indício que estamos perante um crime de realização da justiça. O que é reforçado na Exposição de Motivos da Proposta

⁴⁶⁵ É este sentido defendido, entre outros, por: Leite, 2013: p. 475; Albuquerque, 2015: p. 1147, 1152; Rodrigues, 2015: p. 232, 2019: 119-120; Firmo, 2017: p. 183.

⁴⁶⁶ Realizada através de lei n.º 11/2004, de 27 de março, 17.ª reforma ao CP, que aditou no seu artigo 53.º, o artigo 368.º-A ao CP

da Lei 73/IX, publicada no Diário da república, II-A, de 5 de junho de 2003, que esteve na base da lei n.º 11/2004, de 27 de março, quando se afirma que “*a inserção sistemática acolhida fica a dever-se ao facto do branqueamento ser, em primeira linha, um crime contra a administração da justiça, na medida em que a atividade do branqueador dificulta a atuação da investigação criminal relativamente ao facto ilícito subjacente*”. Mas, recorrendo ao próprio elemento literal e atendendo à estruturação singular do tipo objetivo, é possível ainda reforçar mais esta perspetiva. Ao nível das condutas típicas do número 2 do artigo 368.º-A, é expressamente exigido que o agente criminoso tenha atuado “*(...) 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 (...)*”. No nosso entendimento, este elemento subjetivo específico representa a congruência material com a administração da justiça, dando relevância ao nível da definição do âmbito da obstrução da justiça, quanto à identificação do agente do facto típico precedente ou das vantagens dele resultantes. Diga-se que, a falta da consagração deste elemento subjetivo específico para as condutas do número 3, não significa que estamos perante outros interesses fundamentais – como defende Vitalino Canas –, porque também o sentido teleológico das condutas de ocultação e dissimulação é claramente dirigido ao óbice para a administração da justiça.

Também devemos refletir sobre o atual número 4 deste artigo 368.º-A. Na anterior redação deste artigo conferida pela lei n.º 11/2004, de 27 de março – e não modificada com a lei n.º 59/2007, de 4 setembro – não existia a salvaguarda de inexistência de punição quando os factos praticados fora do território nacional fossem considerados como lícitos perante a *lex loci delicti* – do facto ilícito subjacente (alteração legal que veio a ser introduzida pela lei n.º 83/2017, de 18 de agosto). Esta alteração veio reforçar esta posição, porque só quando a conduta constitua um facto típico ilícito de acordo com a *lex loci delicti* – ou seja, que o agente tenha atuado fora da conformidade normativa, praticando um comportamento ilícito –, tendo resultado vantagens com proveniência criminosa é que está subjacente o interesse relevante em obstaculizar a administração da justiça através de procedimentos de ocultação ou dissimulação. (Leite, 2018: p. 77) Só se pode “branquear” algo que se encontra “obscurecido” – ou, dito de outra forma, só se pode legitimar a proveniência de algo que, na sua origem, é ilícito...

Por último, da análise do elemento objetivo, devemos ainda referir o disposto no número 9 do mesmo artigo, referindo a possibilidade de o agente branqueador ver a sua pena especialmente atenuada quando auxilie a investigação criminal através de provas

decisivas para a identificação ou detenção do agente responsável pela prática dos factos ilícitos típicos do catálogo de onde sejam provenientes as vantagens. O próprio legislador dá aqui outro impulso claro à posição da administração da justiça ao expressamente remeter para provas dirigidas para auxiliar a punição do agente criminoso do facto típico precedente. Estamos perante uma finalidade de evitar a opacidade criada sobre quem é o agente criminoso de forma a atingir-se a administração da justiça, e, para conseguir um auxílio nesta cruzada, “beneficiando” ao nível jurídico o colaborador.

Mas, também podemos ver o elo da realização da justiça, emitido na lei n.º 83/2017 de 18 de Agosto (cfr. de forma mais desenvolvida o capítulo 7) que desenvolve medidas de diligência específicas para determinadas entidades obrigadas que se encontram sujeitas a limitações nos seus interesses, como sejam o segredo bancário ou direito à privacidade, em razão do interesse estatal em identificar e manter a conservação de dados quanto a proventos criminosos, resultantes de ilícitos típicos primários, para depois punir os seus titulares e aplicar medidas de perda e confisco das vantagens ilícitas. Tendo o legislador estabelecido uma prevalência desse interesse no claro confronto de direitos.

Ora, a devida administração de justiça deve ser assegurada e valorizada como correspondendo a um interesse público primário para uma função jurisdicional efetiva. Dentro deste prisma, vem André Lamas Leite reforçar esta perspetiva, defendendo que os procedimentos complexos dos agentes criminosos de ocultação e dissimulação pode resultar num óbice para as autoridades públicas para conseguir discernir sobre a verdadeira proveniência de determinados bens – especialmente quando aqueles já foram alvo de diversas operações complexas. O autor recorre aos princípios constitucionais do Estado de Direito democrático (artigos 1.º e 2.º da CRP), bem como das garantias de acesso ao Direito e a efetivação de uma tutela jurisdicional efetiva (artigo 20.º da lei fundamental), como interesses fundamentais atingidos pelas condutas típicas. É assim nesta vertente de encobrimento através de procedimentos complexos com a finalidade de afastar a real proveniência dos proveitos de um crime, muitas vezes através de uma movimentação por jurisdições com maior sigilo, com uma sucessiva movimentação entre diversas contas, negócios simulados ou através de instrumentos financeiros, que o autor se encontra. (Leite, 2018: p. 70-72) Daqui se pode inferir que a administração da justiça só pode ser materialmente atingida através de procedimentos de branqueamento elaborados e complexos, que consigam obstruir efetivamente a administração da justiça. O que permite excluir face ao bem jurídico tutelado as práticas entendidas como um

simples prolongamento do facto típico precedente (Rodrigues, 2019: p. 120) – com claras manifestações em sede de concurso de crimes.

Assim, no nosso entendimento, ao criminalizar o branqueamento na parte geral do CP, o legislador atuou frente a condutas de camuflagem e artificialidade sobre determinados proveitos de origem criminosa, visando proteger os interesses da realização da justiça na sua vertente de prevenir um bloqueio/obstáculo para a máquina repressiva estatal e a correspondente deteção e punição dos agentes criminosos e dos seus lucros com proveniência do catálogo de crimes.

A administração da justiça constitui um interesse concreto entendido jurídico-constitucionalmente como extremamente valioso⁴⁶⁷, com respaldo na lei fundamental nos artigos 1.º, 2.º e 20.º, citados por André Lamas Leite, mas também podem ser referidos os artigos 29.º, 32.º e 205.º, dessa mesma lei. Esta preocupação constitucional de perseguição da justiça, por parte do Estado, é materialmente justificada porque o crime de branqueamento atinge interesses fundamentais particulares afetos ao desenvolvimento da vida em comunidade, restabelecendo-se a vigência do mecanismo da justiça penal através da sanção dos crimes cometidos. Sob pena de levar a uma “destruição”, não só do sistema económico e financeiro, mas também dos próprios pilares do Estado de Direito Democrático, uma vez que não é possível suportar por um largo período de tempo uma comunidade envolta e envolvida num “mundo de crime”. A máquina repressiva estatal constitui assim um interesse específico que deverá ser salvaguardado. E onde o próprio entendimento do bem jurídico da administração da justiça como protegido pela incriminação do branqueamento, na nossa opinião, consegue ainda abranger, em certo sentido, as realidades das teses anteriores (isto naturalmente numa interpretação ampla): primeiro, quanto aos bens jurídicos protegidos pelos crimes precedentes, porque com a criminalização do branqueamento faz-se os agentes criminosos perder o seu incentivo lucrativo; tal reflexamente terá projeção na proteção da segurança interna e da paz pública pela limitação das práticas criminosas; mas, também, tendo manifestas projeções na ordem sócioeconómica, evitando que os agentes criminosos dos factos precedentes lucrativos tenham a possibilidade de perturbar o normal funcionamento dos mercados económico-financeiros através da introdução de vantagens ilícitas ou perturbando o funcionamento do mercado (no caso de deterem um forte poder). Deste modo, consideramos que o bem jurídico tutelado pelo crime de branqueamento é a administração

⁴⁶⁷ Assim reconhecido já desde os tempos de Rudolphi. (Costa Andrade, 1998: p. 395)

da justiça, embora, pelas razões sobrerreferidas, de forma meramente reflexa, se acabe por tutelar outros valores fundamentais que também são colocados em causa.

6. Enquadramento do Crime de Branqueamento

6.1 Breve análise da evolução legislativa do crime de branqueamento no ordenamento jurídico português

O acolhimento típico do branqueamento⁴⁶⁸ no nosso direito positivo, comungando naturalmente da evolução verificada na legislação internacional, foi realizado por diversas etapas – na nossa opinião pelo menos cinco etapas⁴⁶⁹ – que convém analisar para uma melhor compreensão do fenómeno⁴⁷⁰.

A primeira etapa surgiu no início dos anos noventa no contexto da atuação contra o tráfico de estupefacientes, onde, pela primeira vez, se criminalizou o branqueamento através do DL n.º 15/93, de 22 de janeiro⁴⁷¹, que veio rever a legislação de combate à droga. Através daquele diploma foi efetuada a transposição para a legislação interna das obrigações da Convenção de Viena, mas, de acordo com a janela temporal que se abriu, teve-se ainda em conta a Convenção de Estrasburgo de 1990 e a Diretiva 91/308/CEE (a qual veio parcialmente transpor). Tendo em consideração o artigo 23.º do então

⁴⁶⁸ O despertar para a importância do desvalor social inerente às condutas de branqueamento, correspondente a uma evolução a nível de pensamento doutrinal e jurisprudencial, veio afastar a antiga ideia vertida no Código Penal de 1886 de que as subsequentes práticas de encobrimento podiam ainda ser enquadradas no *iter criminis* do crime. O legislador passou assim a individualizar as condutas correspondentes aos factos posteriores, deslocando-as para a parte especial do Código, através da tipificação da recetação, do auxílio material ao criminoso, ou do favorecimento (Godinho, 2010: p. 389), no qual posteriormente se veio a associar o branqueamento.

⁴⁶⁹ Sobre esta evolução jurídica do crime de branqueamento, embora estabelecendo um conjunto de etapas analisando face à realidade do desenvolvimento de instrumentos normativos internacionais, cfr. Machado (2018: p. 85, 103ss). O autor fala mesmo da existência de quatro gerações: a primeira estabelecendo um regime da luta contra o tráfico de estupefacientes; uma segunda versando contra o terrorismo; uma terceira evolução quanto à criminalidade internacional, e, por último, a quarta evolução a alargar o branqueamento quanto aos casos de corrupção e fraude fiscal.

⁴⁷⁰ Seguindo o quadro internacional trilhado, o sistema financeiro já tinha reconhecido a magnitude dos efeitos nocivos do branqueamento de capitais através da iniciativa empreendida pela Associação Portuguesa de Bancos, em 8 de fevereiro de 1991, através um “*Protocolo de Acordo versando sobre as regras de prevenção quanto ao sistema financeiro nos casos de práticas branqueadoras*”. Um documento claramente influenciado pela corrente internacional sobre esta matéria, especialmente de forma mais direta pelo Comité de Basileia e pelo GAFI.

⁴⁷¹ Com a versão mais recente a ser dada pela sua 24ª versão, alterada pela lei n.º 7/2017, de 2 de março.

suprarreferido Decreto-Lei⁴⁷², podemos concluir que a punição do branqueamento estava limitada aos bens e produtos decorrentes do tráfico de estupefacientes. Este era também um crime doloso, não seguindo o legislador português a possibilidade conferida nos diplomas internacionais de responsabilização criminal do branqueamento por negligência – uma opção legislativa que foi sempre mantida com a evolução normativa subsequente. Mas que, em sede de direito comparado, não apresenta um tratamento uniforme⁴⁷³, muitas vezes ancorado (nos ordenamentos jurídicos que admitem a punição por negligência) no reconhecimento da dificuldade ou, melhor dito, na incapacidade para apurar e provar o elemento subjetivo do tipo de dolo, dessa forma possibilitando uma punição subjetivamente mais acessível ao admitir a possibilidade de punição por negligência.

Para complementar o sistema de prevenção e repressão frente ao branqueamento, foi aprovado o Decreto-Lei n.º 313/93, de 15 de Setembro (também revogado pela Lei n.º 11/2004, de 27 de Março, nos termos do seu artigo 55.º, número 1, alínea b), que estabeleceu pela primeira vez no nosso ordenamento jurídico um regime de prevenção do

⁴⁷² Artigo revogado pela Lei n.º 11/2004, de 27 de março, nos termos do seu artigo 55º, número 1, alínea a). Mencionava na epígrafe “*conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos*”, as modalidades de branqueamento, preceituando:

“1 - Quem, sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática, sob qualquer forma de participação, de infracção prevista nos artigos 21.º, 22.º, 24.º e 25.º:

a) Converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência desses bens ou produtos, no todo ou em parte, directa ou indirectamente, com o fim de ocultar ou dissimular a sua origem ilícita ou de auxiliar uma pessoa implicada na prática de qualquer dessas infracções a eximir-se às consequências jurídicas dos seus actos é punido com pena de prisão de 4 a 12 anos;

b) Ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação, propriedade desses bens ou produtos ou de direitos a eles relativos é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos;

c) Os adquirir ou receber a qualquer título, utilizar, deter ou conservar é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

2 - A punição pelos crimes previstos no número anterior não excederá a aplicável às correspondentes infracções dos artigos 21.º, 22.º, 24.º e 25.º

3 - A punição pelos crimes previstos no n.º 1 tem lugar ainda que os factos referidos nos artigos 21.º, 22.º, 24.º e 25.º hajam sido praticados fora do território nacional.”

⁴⁷³ Mas é alvo de diversas críticas doutrinárias e jurisprudenciais em vários ordenamentos jurídicos que admitem tal punição por negligência, por este ser um crime como uma estrutura eminentemente dolosa. Tal são os casos dos ordenamentos jurídicos espanhol (art. 301.º, número 3 do CP espanhol) e alemão que admite a negligência grosseira (art. 261.º (5) StGB).

branqueamento, “construído” tendo por base as práticas de tráfico de estupefacientes através do sistema financeiro, transpondo para a legislação interna a Diretiva 91/308/CEE do Conselho, de 10 de Junho de 1991. Passando a lei portuguesa a estabelecer um conjunto de deveres para as entidades financeiras, tais como: medidas de diligência quanto a determinados tipos de clientes; abstenção de realização de operações financeiras quando haja suspeitas de constituírem infrações nos termos do então DL n.º 15/93; obrigação da conservação de determinados documentos; cumprimento do dever de formação dos funcionários; colaboração com as autoridades; e casos de isenção do cumprimento do dever de sigilo profissional. As faltas de cumprimento dessas medidas, apresentava como consequência sancionatória a aplicação de uma contraordenação, entendendo o legislador que a mera instituição de coimas era suficiente para obrigar estas entidades financeiras a cumprir com o conjunto normativo. Foi aqui iniciado um longo caminho legal que veio, posteriormente, a ser alargado através de uma evolução contínua.

De seguida, numa segunda etapa, foi consagrado o DL n.º 325/95, de 2 de Dezembro (progressivamente alterado pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro; Lei n.º 104/2001, de 25 de Agosto; Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro; Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro; e Lei n.º 10/2002, de 11 de Fevereiro; e acabou revogado pela Lei n.º 11/2004, de 27 de Março – artigo 55.º, n.º 1, alínea c), que veio estabelecer uma reforma com natureza aglutinadora de um conjunto de ilícitos antecedentes (em linha com o firmado nos textos internacionais), aqui admitindo outras formas de crimes particularmente graves: o 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; infrações económico-financeiras cometidas de forma organizada, com recurso à tecnologia informática; infrações económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional (art. 1.º, número 1 da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro). A que de seguida se vieram juntar os crimes de lenocínio e tráfico de menores; e o tráfico de pessoas (de acordo com a alteração proporcionada pela Lei n.º 65/98, de 2 de setembro). Para além deste alargamento dos crimes do catálogo, a descrição típica do crime de branqueamento do DL n.º 15/93 foi mantida com ligeiras alterações pontuais⁴⁷⁴. Também se alargando o

⁴⁷⁴ Segundo o artigo 2.º deste diploma, sob a epígrafe “*Conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos*”:

conjunto de instituições que passam a estar sobre a alçada das medidas preventivas, incluindo as entidades não financeiras que pelas práticas comerciais desenvolvidas estão sujeitas a um maior risco de ser instrumentalizadas para práticas branqueadoras⁴⁷⁵.

As alterações perpetuadas pela Lei n.º 10/2002, de 12 de Fevereiro, dirigidas ao aperfeiçoamento das disposições vocacionadas para a prevenção e repressão do branqueamento de capitais (constituindo a quinta alteração ao DL n.º 325/95, de 2 de Dezembro⁴⁷⁶), acabam por ser as mais significativas ao DL supra mencionado. Foi mantida a configuração típica das três modalidades de branqueamento, mas alterando-se a sua tipificação legal quanto ao catálogo de crimes precedentes, através do alargamento do catálogo qualitativo, e a aposição de uma cláusula geral quantitativa dos ilícitos

“1 – Quem, sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática, sob qualquer forma de participação, de crimes de terrorismo, tráfico de armas, extorsão de fundos, rapto, lenocínio, corrupção e das demais infracções previstas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro:

a) Converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência desses bens ou produtos, no todo ou em parte, directa ou indirectamente, com o fim de ocultar ou dissimular a sua origem ilícita ou de ajudar uma pessoa implicada na prática de qualquer dessas infracções a eximir-se às consequências jurídicas dos seus actos, é punido com pena de prisão de 4 a 12 anos;

b) Ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação, propriedade desses bens ou produtos ou de direitos a eles relativos, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos;

c) Adquirir ou receber tais bens ou produtos a qualquer título, os utilizar, detiver ou conservar, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

2 – A punição pelos crimes mencionados no número anterior não deve exceder os limites mínimo e máximo previstos para as correspondentes infracções principais.

3 – A punição pelos crimes previstos no n.º 1 tem lugar ainda que os factos que integram a infracção principal tenham sido praticados fora do território nacional.”

⁴⁷⁵ Neste sentido, aqui se englobando como entidades não financeiras (Capítulo III): empresas concessionárias de exploração de jogo, como os casinos (artigo 4.º); pessoas singulares ou coletivas que exerçam atividades de mediação imobiliária (artigo 5.º); entidades que exerçam a atividade de compra de imóveis para revenda (artigo 6.º); entidades que procedam a pagamentos a vencedores de prémios de apostas ou lotarias, de montante igual ou superior a 1.000,000\$ (artigo 7.º); entidades que comercializem pedras e metais preciosos, antiguidades, obras de arte, aeronaves, barcos ou automóveis (artigo 8.º). E sendo mantido o regime sancionador contraordenacional, estando previstas sanções para as primeiras entidades financeiras (no artigo 11.º) e não financeiras (no artigo 12.º).

⁴⁷⁶ Que, entretanto, havia sido alterado pela Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 275-A/2000, de 9 de novembro, pela Lei n.º 104/2001, de 25 de agosto, e pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de dezembro.

entendidos como graves, passando a corresponder àqueles punidos por uma moldura penal abstrata superior a cinco anos – que já se mostrava em consonância com as arestas principais da Decisão-Quadro de 2001. Foi ainda continuada a ampliação do número de entidades adstritas às obrigações contidas no diploma preventivo para o combate ao branqueamento⁴⁷⁷.

De seguida, foi inaugurada uma nova etapa com lei n.º 11/2004, de 27 de março, que veio transpor a Diretiva n.º 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de dezembro de 2001, estabelecendo o regime de prevenção e repressão do branqueamento das vantagens com origem ilícita, e procedendo à 17.ª revisão ao CP, passando o crime de branqueamento a constar e a edificar-se na parte especial do Código Penal. Após ter iniciado a sua vigência em diploma extravagante, no domínio do direito penal secundário – mantido durante o lapso de tempo entre 1993 e 2004 –, veio o legislador introduzir o tipo incriminador do branqueamento no CP, inserindo-o no cerne do direito penal clássico através do aditamento do artigo 368.º-A ao Código Penal. Em termos sistemáticos foi introduzido no capítulo III (crimes contra a realização da justiça), do título V, da parte especial. Tal não deve ser entendido por uma decisão inócua, mas sim como uma afirmação assertiva por parte da política criminal e da dogmática ao relevar que as condutas de branqueamento confrontam com valores ético-sociais reconhecidos como essenciais para a convivência comunitária. Mas ainda deve ser convocado o argumento formal da segurança jurídica, pela maior amplitude conferida ao catálogo dos crimes, permitindo uma unificação própria e evitando a anterior dispersão por vários diplomas. Ao nível preventivo veio unificar o regime do branqueamento através da revogação do enquadramento dado ao ilícito de branqueamento no artigo 23.º do DL n.º 15/93 e revogando os DL n.º 313/93 e DL n.º 325/95. Aqui instituindo ainda os deveres

⁴⁷⁷ Em relação às medidas de prevenção, estabeleceu-se um alargamento do conjunto de entidades não financeiras abrangidas pelos procedimentos do diploma: técnicos de contas, auditores externos e transportadores de fundos (artigo 8.º-A); notários, conservadores de registos, ou outras entidades que intervenham na compra e venda de imóveis ou de entidades comerciais, operações relativas a fundos, valores mobiliários ou outros ativos pertencentes a clientes, abertura ou gestão de contas bancárias de poupança ou de valores mobiliários, de criação, exploração ou gestão de empresas, fundos fiduciários ou estruturas análogas e de execução de quaisquer operações financeiras (artigo 8.º-B); transações à distância (artigo 8.º-C); e obrigação especial de identificação (artigo 8.º-D). Estabelecendo como autoridades fiscalizadoras a Inspeção-Geral dos Jogos para as obrigações previstos nos artigos 4.º a 7.º, e a Inspeção-Geral das Atividades Económicas para as obrigações previstas nos artigos 5.º, 6.º, 8.º, 8.º-A e 8.º-B.

gerais que devem ser cumpridos (artigos 2.º a 12.º), e os deveres específicos para as entidades financeiras (artigos 13.º a 19.º) e das entidades não financeiras (artigo 20.º), mantendo ainda a vertente de alargamento dos destinatários dessas obrigações, no qual se incluem os advogados e solicitadores. Ao nível da descrição típica, do catálogo deixaram de constar alguns tipos ilícitos, como os crimes de terrorismo, de tráfico de produtos nucleares, rapto, tráfico de pessoas e de pornografia envolvendo menores, podendo, no entanto, ser considerados como ilícitos precedentes se se enquadrassem no critério quantitativo de crimes graves – factos ilícitos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a 6 meses ou de duração máxima superior a cinco anos. E introduzindo novos ilícitos como o abuso sexual de crianças ou de menores dependentes e o crime de tráfico de influência.

Quanto às modalidades típicas de branqueamento foram mantidas a criminalização das condutas de converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação, ocultar ou dissimular a sua natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade de vantagens adquiridas pelas práticas das infrações subjacentes previstas no respetivo catálogo. Sendo de reconhecer um afastamento da lei face à Diretiva, pois esta última previa a possibilidade de punição por branqueamento pela “*aquisição, detenção ou utilização dos bens*” – tal como os diplomas anteriores, artigo 23.º, número 1, alínea c), do DL n.º 15/93 e artigo 2.º número 1, alínea c), do DL n.º 325/95, no ordenamento jurídico nacional –, condutas que o legislador veio expressamente rejeitar, e que eram alvo de várias análises críticas por parte de diversos setores doutrinários⁴⁷⁸.

Este entendimento legislativo parece-nos ser decorrente da consideração do crime de branqueamento como uma tutela da administração da justiça, nomeadamente na sua vertente de evitar a instituição de barreiras e obstáculos complexos na deteção e individualização dos agentes criminosos e das vantagens com proveniência criminosa (mais um argumento a ser acrescentado à nossa posição). Uma vez que, regra geral, as condutas de mera aquisição, deteção ou utilização dos bens, não constituem materialmente *per si* uma complexidade na criação de barreiras com capacidade de afetar

⁴⁷⁸ Numa linha contrária a outros ordenamentos jurídico europeus, casos do alemão (cfr. ponto 2 da secção 261.º do StGB, promulgado a 13 de novembro de 1998, com a última atualização a 10 de outubro de 2013) ou espanhol (cfr. número 1 do artigo 301.º do Código Penal Espanhol, de acordo com a última atualização de 23/06/2010).

o interesse geral da administração da justiça – embora podendo ter materialmente esse desiderato dentro de determinados condicionalismos. O facto de alguém receber ou utilizar, através de um único comportamento ou conduta, um determinado bem que sabe ter origem criminosa pode não ter quaisquer reflexos ao nível da paralisação da tutela jurisdicional efetiva. Os bens continuam a manter a sua natureza ilícita e as autoridades públicas detém (todas) as capacidades para os detetar. Regra geral, não existe nessas condutas qualquer desvalor ético-social no sentido de uma obstrução da justiça que permita legitimar a punição por estarmos perante uma alusão negativa para o bem jurídico protegido. Por outras palavras, deve ser apreciado o sentido teleológico e funcional quanto à valoração dos interesses decompostos no bem jurídico, e, como refere Pedro Caeiro, estas condutas quando não envolvam uma alteração no sentido de constituir aquele óbice para a administração da justiça, consequente de uma complexidade própria de uma conversão, ocultação ou dissimulação daqueles proveitos para lhes dar aquela aparência legítima, não contém o necessário desvalor antijurídico que lhe permita imputar o resultado ofensivo do branqueamento. (Caeiro, 2018: p. 289) Pode-se dizer que tais condutas se encontram distanciadas no tempo e espaço com a materialidade jurídica do branqueamento. Só adquirem “realce” jurídico-penal para efeitos do branqueamento, quando integradas com uma operacionalidade de práticas de conversão, transferência, ocultação ou dissimulação, que, na verdade, constituem a execução da barreira para a administração da justiça que sustenta materialmente o valor fundamental a tutelar através da incriminação. Todavia, discordamos de alguns autores⁴⁷⁹ que pretendem remeter estas

⁴⁷⁹ Como era o caso de Rodrigo Santiago, entendendo que a alínea c) pretendia atingir as práticas branqueadoras realizadas por certos profissionais. O que o levava a considerar este disposto como afastado de uma verdadeira conduta branqueadora, correspondendo sim a um comportamento associado ao tipo de recetação. O autor justificava a sua posição pelo artigo 28.º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, instituir um tipo ilícito de associação criminosa, onde no seu número 4 se prescreve a punição de um grupo, organização ou associação cuja finalidade seja dirigida à prática de uma atividade de conversão, dissimulação ou recetação dos proveitos previstos nos artigos 21.º e 22.º. Ora, entende o sentido do art. 23.º que a conversão corresponde à alínea a) deste artigo; a dissimulação na alínea b); e remete então a recetação para a alínea c). (Santiago, 1999: p. 396-397) Em sentido similar, se bem interpretamos, vai Canas (2004: p. 161) e Albuquerque (2015: p. 1155). Com este último autor a referir que o legislador pretendeu remeter este tipo de condutas para o crime de recetação. Mas acaba por concluir esse regime é insuficiente para tutelar eficazmente essas condutas. Primeiro por ter finalidade de dissimulação de bens obtidos por um terceiro, protegendo o património, ao contrário do branqueamento que pode ser efetuado pelo próprio agente e não possui natureza patrimonial; mas também porque, citando Jorge Duarte, o crime de recetação tem a intenção

condutas para o tipo da receptação⁴⁸⁰, pois, neste caso estamos perante um auxílio que contém um sentido particular que não se coadugna de forma intrínseca com o branqueamento (Caeiro, 2018: p. 292), mas que não é diretamente remetido para outros pós-delitos. Assinalando o elemento histórico, de acordo com a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 73/IX, que foi publicada no Diário da Assembleia da República, II Série - A, de 5 de Junho de 2003, “*a supressão foi apresentada como inovação no sentido de aperfeiçoamento do tipo objectivo de ilícito, procurando-se apurar o recorte fáctico das modalidades da conduta, por forma a que, por um lado, aquelas reproduzam de modo mais consentâneo com a realidade aquilo que se pretende incriminar e, por outro, se evite a indesejável sobreposição de âmbitos de aplicação, que se observava na lei anterior, quer entre os diversos tipos de branqueamento de capitais, quer relativamente a outros tipos, como os de receptação, auxílio material ou favorecimento pessoal.*” Como se comprova, o objetivo do legislador foi precisar de um modo concreto as condutas da idoneidade do tipo penal à proteção do bem jurídico (a administração da justiça), delimitando conceptualmente as condutas reunidas nos tipos penais das diferentes estruturas dos pós-delitos, e enunciando a área de aplicação legítima do tipo legal de crime. No entanto, não se pode interpretar automaticamente que as condutas que não possam ser remetidas para o espectro jurídico do branqueamento decaem diretamente para a recetação. Estas podem simplesmente ser entendidas como insignificantes do ponto de vista jurídico-penal, como seja o mero aproveitamento dos produtos do crime. Diga-se de passagem, que este não é um problema já ultrapassado no direito português, porque, como já vimos, a última Diretiva (UE) 2018/1673 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2018, prescreve no seu artigo 3.º, número 1, alínea c), uma injunção obrigatória de criminalização para os Estados-membros destas condutas. Ora, o legislador português não pode desvalorizar as raízes do problema suprarreferido da materialização do bem jurídico.

de obter, para si ou para outra pessoa, uma vantagem patrimonial, algo que novamente não é intrínseco ao branqueamento. O autor concluir assim pela violação desta lei das disposições da Convenção de Viena, Estrasburgo e de Varsóvia. (Albuquerque, 2015: p. 1155) Em bom rigor, os instrumentos internacionais não colocam ao Estado uma obrigação de criminalizar estas condutas, mas sim admitindo tal possibilidade de acordo com as características específicas dos ordenamentos jurídicos.

⁴⁸⁰ Em linha com o nosso entendimento, Bandeira & Fachin (2015: p. 548), e, em certa medida, os apontamentos que fizemos na nota de rodapé anterior.

Pela evolução legislativa devemos ressaltar a alteração perpetuada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, que procedeu à 22.ª revisão ao Código Penal, alterando a descrição típica do artigo, com particular ressonância no número 5.º, mas com maior relevância instituindo nos termos do artigo 11.º a responsabilidade das pessoas coletivas e entidades equiparadas, com excepção do Estado e de outras pessoas coletivas públicas e de organizações internacionais de direito público, quanto ao crime de branqueamento.

Outra etapa seguida foi com a lei n.º 25/2008, de 5 de Junho⁴⁸¹, que procedeu à transposição para o direito interno das Diretiva 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro, e Diretiva 2006/70/CE, da Comissão, de 1 de agosto, alterando ligeiramente o artigo 368º-A, e as medidas de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo. E que se pode afirmar como estabilizadora da evolução legislativa no direito português, pois, subsequentemente, apenas se verificaram algumas alterações pontuais.

Por último, é de destacar as últimas alterações produzidas pela Lei n.º 83/2017, de 18 de Agosto, que transpõe parcialmente as Diretivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016, relativa ao acesso às informações contra o branqueamento de capitais por parte das autoridades fiscais, alterando o Código Penal com ligeiras modificações no artigo do branqueamento, acrescentando no catálogo dos factos típicos ilícitos precedentes, o crime de venda, circulação ou ocultação de produtos ou artigos, previsto no Código da Propriedade Industrial, bem como alterando a competência no espaço quanto à punição dos crimes precedentes e de branqueamento no caso de serem praticados fora do território português, e passando a admitir a punibilidade por branqueamento de vantagens procedentes de factos ilícitos típicos com natureza semipública ou particular, mesmo nos casos em que a queixa não tenha sido apresentada de forma atempada. Este diploma esteve integrado numa estratégia preventiva do branqueamento mais ampla, no qual estão incluídas a Lei n.º 89/2017, de 21 de Agosto⁴⁸², que aprovou o regime jurídico

⁴⁸¹ Tendo sido alvo de várias alterações, que podemos destacar com os mais relevantes: o DL n.º 317/2009, com mudanças relativas às instituições de pagamento; o DL n.º 242/2012, relativas às instituições de moeda eletrónica; o DL n.º 18/2013, quanto à colaboração com as autoridades europeias; o DL n.º 157/2014, que veio reforçar as sanções pela violação dos deveres de prevenção e prever uma nova sanção acessória; DL n.º 62/2015, quanto ao jogo *online*; e, por último, a Lei n.º 118/2015, aprofundando a definição do beneficiário último das transações.

⁴⁸² Completa pela Portaria n.º 233/2018, de 21 de agosto.

do registo central do beneficiário final; a Lei n.º 92/2017, de 22 de Agosto, que obriga à utilização de meio de pagamento específico em transações que envolvam montantes iguais ou superiores a três mil euros; a Lei n.º 97/2017, de 23 de Agosto, que regula a aplicação e a execução de medidas restritivas aprovadas pela Organização das Nações Unidas ou pela União Europeia e estabelece o regime sancionatório aplicável à violação destas medidas; a Lei n.º 15/2017, de 3 de Maio, que proíbe a emissão de valores mobiliários ao portador; o DL n.º 123/2017, de 25 de Setembro, que estabelece o regime da conversão dos valores mobiliários normativos, em execução da Lei n.º 15/2017, de 3 de Maio; e a Resolução do Conselho de Ministros n.º 88/2015, de 1 de Outubro, que criou a Comissão de Coordenação de Políticas de Prevenção e Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo.

Assim, a Lei n.º 83/2017, de 18 de Agosto – em virtude de ter estabelecido a revogação da Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, e do Decreto-Lei n.º 125/2008, de 21 de julho – passa a assumir-se como o diploma central do enquadramento normativo da prevenção do branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo⁴⁸³.

6.2 Tipo legal de crime do branqueamento no Código Penal

6.2.1 Intróito

Como temos vindo a referir ao longo deste trabalho, muitas das características da sociedade contemporânea – nomeadamente do sistema económico-financeiro – acabaram por contribuir, de forma indireta, para promover e impulsionar o branqueamento. Isto porque estamos perante um crime aliciativo para o homem médio do ponto de vista lucrativo, que se pode manifestar num elevado ímpeto para prática daquele esquema de branqueamento, principalmente no caso específico das dificuldades financeiras que assolam o nosso país. São então de assinalar como bastantes significativas as exigências de prevenção geral (positiva e negativa), porquanto a prática deste ilícito é bastante usual, sendo altíssimos os índices de encobrimento de proveitos ilícitos registados no mercado económico-financeiro. Facto que não é de somenos importância na sua projeção

⁴⁸³ Em face da sua particular relevância será alvo de uma análise mais detalhada no capítulo 7 do nosso trabalho.

comunitária por causar relevante inquietude social e reclamando por parte da comunidade, no que ao mesmo se refere, uma atuação repressiva firme⁴⁸⁴.

Em face do objetivo assinalado na presente investigação vamos agora incidir sobre a análise dos elementos do tipo do crime de branqueamento. Este crime está p.p. no artigo 368.º-A do CP, inserido no Título VI dos crimes contra o Estado, no Capítulo III dos crimes contra a realização da justiça. De acordo com o já suprarreferido, o que se visa proteger é a administração da justiça pela particularidade de as condutas típicas introduzirem barreiras dificilmente transponíveis para a investigação criminal de forma a evitar a deteção e individualização dos agentes envolvidos nos ilícitos primários, bem como permitindo o aproveitamento dos proveitos dele decorrentes, impossibilitando que a máquina repressiva estatal consiga apreender e confiscar essas vantagens com proveniência ilícita⁴⁸⁵.

6.2.2 Número 1.º

“Para efeitos do disposto nos números seguintes, consideram-se vantagens os bens provenientes da prática, sob qualquer forma de participação, dos factos ilícitos típicos de lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, tráfico de armas, tráfico de órgãos

⁴⁸⁴ Resultando para o tribunal a necessidade de enunciar o ponto mínimo do qual qualquer pena não satisfaria as exigências de proteção do bem jurídico violado, interpretadas tais exigências através da necessidade de restabelecer a confiança comunitária na validade e vigência da norma infringida.

⁴⁸⁵ Em termos processuais, como o branqueamento constitui um processo em que o agente criminoso irá atuar sobre as vantagens para lhes dar uma aparência legítima, tal apresenta manifestações na recolha provatória, em virtude da obtenção de provas materiais ser de extrema dificuldade – ou mesmo impossível, aproximando-se da “prova diabólica” –, originando que a prova sobre a proveniência das vantagens é frequentemente realizada de prova indireta. Como refere Euclides Dâmaso Simões, refletindo no caso particular do branqueamento, devem ser produzidas alterações no espectro decisório quanto à apreciação da prova. Entendendo que a figura da prova indireta na apreciação do julgador de um determinado caso concreto deve ser entendida com possibilidade de contribuir para a condenação do arguido (ou seja, de poder afastar o princípio *in dubio pro reo*), dessa forma atingindo-se a necessária concretização da justiça. (Simões, 2007: p. 204ss) Como refere em síntese Cabral, “*neste tipo de criminalidade em que não existem provas directas, os indícios apresentam uma importância fulcral, exigindo uma maior elaboração no acto decisório, através de um esforço lógico-jurídico, intelectualmente necessário, retirando dos factos conhecidos as ilações que se ofereçam como evidentes ou como razoáveis, firmando-as como factos provados.*” (2017: p. 150)

ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal, tráfico de influência, corrupção e demais infrações referidas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, e no artigo 324.º 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.”

O tipo de branqueamento tem como pressuposto de forma esquematizada: a) a prática de um facto ilícito típico primário, que corresponde a uma “*predicated offence*”, ou também designado crime precedente; b) e, que dessa prática, resultem vantagens com origem criminosa, direta ou indireta, que, segundo a letra da lei, podem ser obtidas “*por si ou por terceiro*”⁴⁸⁶, e que vão ser legitimadas através de um processo sucedâneo, que constitui o branqueamento. O legislador não exige que as vantagens provenham de um crime em sentido técnico (uma conduta típica, ilícita, culposa e punível), bastando apenas que seja uma conduta típica e ilícita da qual derivem vantagens com proveniência criminosa⁴⁸⁷.

Esta exigência constitui assim uma condição do tipo objetivo do branqueamento⁴⁸⁸. Uma realidade que tem conduzido ao seu entendimento doutrinário, com variabilidade terminológica, como uma infração criminal *subsidiária*, de *conexão*, *compósita*, *derivada*, *acessória*, *secundária* ou de *2º grau*⁴⁸⁹.

Por outro lado, esta relação *sui generis* de correlação com o facto ilícito típico antecedente origina que determinados autores questionem a própria autonomia do branqueamento. (Mendes, Reis, & Miranda, 2008: p. 800-801) Não entendemos que assim seja. É certo que o branqueamento tem esta intrínseca ligação com o facto ilícito típico precedente de onde derivam as vantagens criminosas que se pretende branquear,

⁴⁸⁶ Esta questão será alvo de uma extensa análise no ponto 6.4.

⁴⁸⁷ Assim, não é punível o branqueamento das vantagens resultantes de uma ação típica, mas justificada (v.g. por direito de necessidade – artigo 34.º do CP). Uma vez que falta o elemento da infração penal da ilicitude.

⁴⁸⁸ Entre todos: Faria Costa, 1999: p. 315; Godinho, 2001: p. 165; Reale Júnior, 2010: p. 559ss; Albuquerque, 2015: p. 1154.

⁴⁸⁹ Optando por estas várias terminologias no seio doutrinário, entre outros: Lourenço Martins, 1994: p. 138; Faria Costa, 1999: p. 315; Godinho, 2001: p. 15, 2010: p. 382; Canas, 2004: p. 37; Mendes, Reis, & Miranda, 2008: p. 800-801; Terra de Oliveira, 2016: p. 353; Cabral, 2017: p. 139; Silva, 2017: p. 208; Leite, 2018: p. 68.

como demonstram os seus elementos hermenêuticos literal e histórico, e que lhe é inerente por constituir (materialmente) um pós-delito. No entanto, não entendemos que essa ligação obriga a uma limitação da sua autonomia⁴⁹⁰. Desde logo, não é insensível a singularidade e indivisibilidade material inerente ao branqueamento, representada por um quadro diverso em relação aos bens jurídicos protegidos entre os factos ilícitos típicos precedentes e o branqueamento. Mas também acrescem outros argumentos que reforçam esta autonomia. Primeiro, pode-se referir as diferenças entre as molduras penais abstratas aplicáveis em ambos os casos. Ou seja, o próprio legislador estabeleceu um enquadramento específico da moldura penal abstrata do branqueamento que a diferencia com os factos típicos antecedentes. É certo que acaba por reconhecer que esta não poderá ser superior ao limite máximo da pena mais elevada de entre as previstas para os factos ilícitos típicos de onde derivam as vantagens – cfr. artigo 368.º-A, número 10 do CP –, mas tal não deve ser entendido como uma perda de autonomia, mas sim como uma característica fundamental do branqueamento pela sua natureza como crime composto. Até porque na determinação da moldura concreta da pena, o próprio tribunal deverá aplicar uma pena autónoma para o branqueamento, e só no caso de esta ser superior ao limite máximo da pena previsto para a “*predicated offence*”, deverá ser reduzida àquele limite máximo. Também o disposto no número 4 do artigo 368.º-A, permite afirmar a autonomia do branqueamento, incluindo um sentido de singularidade ao prescindir da necessidade de demonstrar o lugar da prática do facto e de quem foi o agente do ilícito típico antecedente⁴⁹¹. Como é admitido expressamente na lei, a punição “(…) *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 (...)*”. Como a letra da lei demonstra, existe uma clara independência do branqueamento, em que mesmo desconhecendo a identidade dos autores da infração subjacente, ou mesmo quando os factos primários (ilícitos e típicos) tenham sido praticados fora da aplicação do princípio da territorialidade da lei penal portuguesa, é inquestionável a competência do tribunal português para punir as condutas do

⁴⁹⁰ Estruturação autónoma do branqueamento reconhecida pela maioria da doutrina, entre outros: Duarte, 2002: p. 106, 2010: p. 336; Canas, 2004: p. 150-151; Silva, 2010: p. 248-250; Bandeira & Fachin, 2015: p. 544-545; Reis, 2017: p. 164; Silva, 2017: p. 211-214; Leite, 2018: p. 76. E também com acolhimento na jurisprudência, cfr. acórdão do TRL de 29 de Março de 2011, proc. n.º 40/09.4PEAGH.L1-5; Acórdão do TRP de 21 de Março de 2013, processo n.º 127/06.SIDBRG.P1.

⁴⁹¹ Salientando este ponto, veja-se: Conceição (2017: p. 84-85).

branqueamento. Aliás, um sentido claramente presente na evolução da legislação internacional, tanto no âmbito das Diretivas, das Convenções das Nações Unidas, ou da própria Convenção do Conselho da Europa de 2005. E, por fim, pode-se ainda argumentar ser possível haver uma punição por branqueamento mesmo nos casos em que isso já não se mostra como possível no caso do agente do delito antecedente, pela exigência legal corresponder a um facto típico ilícito⁴⁹², não havendo a exigência legal de constituir um crime em sentido técnico, que seja devidamente punido nos termos da infração criminal⁴⁹³. Ora, se fosse entendimento do legislador não atribuir autonomia ao tipo penal, deveria ter optado por uma proteção mais “restrita”, considerando que só nos casos da existência de um crime em sentido técnico (típico, ilícito, culposo e punível) poderiam emergir vantagens puníveis. Como expressamente reconhece o Acórdão do STJ de 11 de junho de 2014, proc. 14/07.0TRLSB.S1, “*desde que se tenha verificado a prática do crime-base e sejam praticados factos subsumíveis ao crime de branqueamento, este ganha autonomia, no sentido de que o respectivo agente será penalmente perseguido, mesmo nos casos em que o autor do crime-base seja penalmente inimputável, morra, ou o procedimento criminal se encontre prescrito.*” Por todo o referido, o facto ilícito típico antecedente constitui um elemento constitutivo do crime de branqueamento, porque não existindo crime precedente também não poderá haver um crime de branqueamento, mas esta dependência material não revoga a autonomia deste último enquanto tipo legal singular. Como refere Paulo Pinto de Albuquerque, temos duas dimensões diferenciadas:

⁴⁹² Neste sentido, veja-se: Duarte, 2002: p. 106; Bandeira & Fachin, 2015: p. 544-545.

⁴⁹³ Em consonância com os diplomas internacionais que prescrevem a obrigação para os Estados de garantirem a condenação por branqueamento mesmo que inexista condenação pelo facto típico ilícito antecedente. As vantagens devem ser assim resultantes de um facto ilícito e típico, não podendo nos termos legais existir branqueamento quanto procedente das práticas de atos que sejam típicos mas que não se mostrem como ilícitos. (Godinho, 2001: p. 168; Reale Júnior, 2010: p. 563; Miguez Garcia & Castela Rio, 2014: p. 1217; Albuquerque, 2015: p. 1153) Segundo Mendes, Reis, & Miranda, tal ocorre pela estratégia de política criminal ser alicerçada com o objetivo do seguimento do rasto dos capitais. Sujeitando essa estratégia a uma crítica, considerando que pela decorrência dos crimes precedentes ficarem frequentemente sem punição, o sistema penal tende a desmerecer a investigação dos fenómenos precedentes face ao ilícito do branqueamento, perdendo, através da deslocação de um ilícito para outro, a *ratio legis* da criminalização do branqueamento. Daí que considerem que o investimento da política criminal deverá ser direcionado para os atos de onde derivam os proveitos subjacentes, até porque os métodos aplicados pelos branqueadores são, em termos práticos, entendidos como infinitos o que se torna de difícil aplicabilidade realizar uma repressão eficiente por parte do sistema penal. (Mendes, Reis, & Miranda, 2008: p. 801-802)

a prática do facto típico ilícito antecedente; e, por outro lado, a prática do tipo legal de branqueamento. (2015, p. 1147)

A técnica de construção legislativa do catálogo passou por uma geometria centrada nos crimes graves geradores de mais proveitos criminosos, progressivamente alargado com a contínua evolução legislativa. Este assenta num critério misto: contendo um critério sustentado num catálogo qualitativo de crimes (entendidos como graves), onde consta o lenocínio, o abuso sexual de crianças ou menores dependentes, extorsão, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, tráfico de armas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal⁴⁹⁴, tráfico de influência, corrupção e infrações de acordo com uma remissão efetuada para o número 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro⁴⁹⁵ e para o Código da Propriedade Industrial; e uma cláusula geral, onde está prevista um elemento quantitativo quanto à moldura dos factos ilícitos típicos, aqui se abrangendo as vantagens quando provenientes de factos ilícitos típicos com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou

⁴⁹⁴ A alusão à fraude fiscal deve ser entendida como englobado o crime de fraude fiscal simples (p.p. no art. 103.º RGIT), e de fraude fiscal qualificada (p.p. no art. 104.º RGIT), mas também a maioria dos crimes tributários comuns, aduaneiros, ou contra a segurança social, como denota Germano Marques da Silva que, socorrendo-se do elemento histórico, defende que a introdução dos delitos fiscais deve ser conexcionada com o cumprimento da Diretiva 2001/97/CE, que já em si admitia um catálogo amplo. (Silva, 2010: p. 242ss)

⁴⁹⁵ “*Lei relativa a medidas de combate à corrupção e à criminalidade económica e financeira*”. E que se inclui no seu 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) infrações económico-financeiras cometidas de forma organizada, com recurso à tecnologia informática; e) infrações económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional. No caso da remissão prevista pelo catálogo legal para os crimes previstos no art. 1.º, alíneas d) e e) da lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, a referência às “*infrações económico-financeiras cometidas de forma organizada, com recurso à tecnologia informática*” e “*infrações económicas financeiras de dimensão internacional ou transnacional*”, são as mesma criticadas por diversos autores pela sua inconsistência, considerando, entre outros, Godinho (1999: p. 179) e Bandeira & Fachin (2015: p. 546), que a lei é inconstitucional por violação do princípio da legalidade. Para Paulo Pinto de Albuquerque (2015: p. 1154) e Miguez Garcia & Castela Rio (2014: p. 1217), esta remissão deve ser interpretada restritivamente, só sendo admitidos os crimes precedentes previstos no DL n.º 28/94 quanto às infrações contra e economia desde que sejam praticadas através de meio informático com um elemento transnacional ou no seio de uma organização criminosa.

de duração máxima superior a cinco anos, em que o legislador entendeu que tais factos são suscetíveis de ser considerados como criminalidade grave⁴⁹⁶.

Quanto aos proveitos criminosos são englobados todos aqueles que sejam decorrentes da prática sob qualquer molde de participação do facto típico subjacente (número 1 do art. 368.º-A). Tendo em consideração os artigos 26.º e artigo 27.º do código penal português, é abrangida a autoria material e moral (instigação e autoria mediata), coautoria e cumplicidade⁴⁹⁷. Não se mostrando como necessário que o facto ilícito típico primário tenha atingido o caso de consumação, sendo suficiente para efeitos de branqueamento que só exista uma tentativa⁴⁹⁸, desde que da mesma tenham resultado vantagens que serão alvo de operações típicas de branqueamento.

O objeto da ação são assim as vantagens obtidas pela prática do crime precedente⁴⁹⁹, onde estão incluídos todos os proveitos resultantes daquela prática, e também os bens que sejam adquiridos diretamente por essas vantagens (os bens subrogados no lugar daqueles), isto é, os seus sucedâneos, mesmo os bens que foram

⁴⁹⁶ Como refere Jorge Dias Duarte, o catálogo envolve, quer ilícitos com elevada vertente lucrativa, quer ilícitos onde essa ligação não se mostra tão pronunciada, destacando como meros exemplos o caso dos crimes de fraude fiscal, a corrupção ou o tráfico de influência, e principalmente o abuso sexual de crianças ou menores dependentes, em que se pode argumentar que essa vertente lucrativa se encontra num plano muito afastado da intenção criminosa (ao contrário da anterior previsão legal que só referia o crime de pornografia envolvendo menores, em que essa ligação era facilmente identificável). (Duarte, 2004: p. 131) Em sentido contrário pronuncia-se Caeiro (2003: p. 1125), quanto ao abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, incluindo aqui o comércio de registos pornográficos que tem subentendida a vertente lucrativa. Parece-nos que este sentido de opção por uma conexão com as práticas lucrativas foi secundarizado (mas não esbatido) face à já referida vertente de gravidade dos crimes, como comprova o catálogo mais amplo dos crimes e a inserção da cláusula quantitativa dos crimes. É dentro deste enquadramento criminológico da gravidade que Pedro Caeiro remete a qualificação dos ilícitos do catálogo, embora reconheça que com o alargamento do catálogo já se afastou daquele cerne criminológico. (Caeiro, 2003: p. 1088, nota 68) Também Brandão (2002: p. 108-109) refere em sentido crítico este afastamento. Ao catálogo são ainda instituídas críticas por incluir a punição por branqueamento de vantagens como as consequentes da corrupção. (Mendes, Reis, & Miranda, 2008: p. 801ss) A opção do legislador português foi num sentido contrário aos dos congéneres espanhol e italiano que optaram pela criminalização do branqueamento admitindo que qualquer facto típico e ilícito podia ser qualificado como crime primário e punido os proveitos daí emergentes. (Godinho, 2001: p. 164)

⁴⁹⁷ No mesmo sentido, Canas (2004: p. 150-151).

⁴⁹⁸ A tentativa é punível nos termos gerais do artigo 23.º, número 1 do CP.

⁴⁹⁹ Neste sentido, Bandeira & Fachin (2015: p. 546) e Albuquerque (2015: p. 1152).

parcialmente adquiridos com fundos lícitos e ilícitos, pois a mácula também incide sobre aqueles. (Miguez Garcia & Castela Rio, 2014: p. 1216; Albuquerque, 2015: p. 1152-1153) É assim introduzindo um sentido amplo no nosso direito positivo, em conformidade com os conceitos jurídico-penais de instrumentos e produtos do crime (cfr. artigo 109.º do CP), e da legislação internacional.

6.2.3 Número 2.º

“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.”

De acordo com este número, constituem modalidades de conduta típica: i) conversão de vantagens; ii) transferência de vantagens; iii) auxílio de alguma operação de conversão de vantagens; iv) auxílio de alguma operação de conversão de vantagens; v) facilitação de alguma operação de transferência de vantagens; vi) facilitação de alguma operação de transferência de vantagens.

Com a modalidade de conduta de conversão o agente branqueador tem por finalidade uma alteração ou transformação da qualidade jurídica e características das vantagens⁵⁰⁰ oriundas da prática do facto ilícito subjacente ou que sejam adquiridas em resultado da prática das mesmas. Este ato possibilita a alteração das características das vantagens de forma a estabelecer aquela “quebra” de ligação sobre a (real) origem, isto

⁵⁰⁰ Constitui uma operação de conversão a aquisição de um determinado bem com vantagens com proveniência ilícita. Por exemplo, a aquisição de uma determinada propriedade com vantagens ilícitas. (Albuquerque, 2015: p. 1154) Concordamos com o exemplo avançado por Jorge Godinho de que a mera colocação de fundos ilícitos numa conta bancária pode não constituir uma operação de conversão/dissimulação (Godinho, 2001: p. 195), suficiente para desencadear o “arsenal punitivo”. Mas a posterior transferência desses fundos para uma conta em paraísos fiscais, *offshores* ou para países estrangeiros, já se mostra como apta a atingir o bem jurídico protegido pela incriminação (Albuquerque, 2015: p. 1156; Bandeira & Fachin, 2015: p. 551; Bandeira, 2016 p. 26), quando se tenha a finalidade de criar aquele obstáculo para a administração da justiça.

porque a vantagem já não está convertida na sua formulação originária, mas sim alterada, o que dificulta ou impede uma (possível) posterior sanção criminal ao agente.

Quanto ao ato de transferência este consiste na deslocação física das vantagens no espaço geográfico⁵⁰¹, ou da titularidade jurídica das vantagens para outrem⁵⁰². Sendo de referir que o conceito jurídico-penal da transmissão não se reduz, neste domínio, à definição adotado no direito civil (Godinho, 2001: p. 188), podendo mesmo constituir uma mera *traditio* (Duarte, 2002: p. 130-131), ou até não se produzindo essa transmissão da coisa em sentido próprio. (Martínez, 2017: p. 190) E, mesmo assim, estando-se perante uma operação de transferência de vantagens relevando para efeitos jurídico-penais nos termos deste artigo.

Os atos de auxiliar e facilitar são mais facilmente enquadráveis em termos dogmáticos, constituindo atos de cumplicidade nas operações de branqueamento. (Santiago, 1999: p. 392; Miguez Garcia & Castela Rio, 2014: p. 1217; Albuquerque, 2015: p. 1154) Esta qualificação está muito dirigida aos casos de envolvimento de funcionários de determinadas entidades (principalmente instituições de crédito/financeiras) ou profissionais liberais (Godinho, 2001: p. 191), como por exemplo, pode ser referido o auxílio ou a facilitação de operações de branqueamento prestado por advogados, funcionários do setor bancário ou consultores. (Albuquerque, 2015: p. 1154; Firmo, 2017: p. 186) Podendo mesmo constituir atuações realizadas de forma subtil (Bandeira & Fachin, 2015: p. 547) e indiretas, mas sempre dirigidas para uma intencionalidade de converter e transferir os proventos para criar um obstáculo para a perseguição criminal.

Ainda devemos assinalar que as práticas de auxílio ou facilitação podem conter ainda os procedimentos de aquisição, detenção ou utilização dessas vantagens⁵⁰³, quando

⁵⁰¹ Constituinto processos de transferência a deslocação de valores ilícitos para *offshores*, paraísos fiscais e bancos estrangeiros. (Miguez Garcia & Castela Rio, 2014: p. 1218) Ou a deslocação de valores monetários entre diversas contas bancárias (Albuquerque, 2015: p. 1154), com a intenção de prejudicar a máquina repressiva estatal.

⁵⁰² Cfr. Acórdão do TRL de 29 de março de 2011, proc. n.º 40/09.4PEAGH.L1-5. Entre outros, veja-se: Godinho, 2001: p. 187ss; Duarte, 2002: p. 130-131; Canas, 2004: p. 159; Paiva, 2014: p. 108; Reis, 2017: p. 164; Firmo, 2017: p. 185.

⁵⁰³ Embora não englobando os casos de quem seja o autor do facto típico antecedente, sob pena de violação do princípio da dupla incriminação. (Caeiro, 2018: p. 292) Com maiores desenvolvimentos sobre esta matéria, veja-se o ponto 6.4.

estas condutas sejam dirigidas às práticas de conversão ou transferência (punidas pelo número 2) ou as práticas de ocultar e dissimular (do número 3)⁵⁰⁴. De acordo com o anteriormente afirmado, é necessário interpretar se a aquisição, detenção ou utilização dessas vantagens constituem uma contribuição para o auxílio ou facilitação dirigida a “branquear” a sua real proveniência, uma abrangência que deve ser concretizada no tipo objetivo e verificar-se uma ofensividade ao próprio bem jurídico administração da justiça. O autor refere como exemplo de escola, pressupondo o conhecimento da origem ilícita das vantagens em momento anterior ou consequente do seu recebimento⁵⁰⁵, o caso de um traficante de estupefacientes que deposita os valores arrecadados numa conta bancária de um “testa-de-ferro”, ou que oferece à sua namorada um relógio adquirido com aqueles valores ilícitos, considerando que nestes casos estes indivíduos ao receberem estas vantagens estão a auxiliar uma transferência ou a ocultar a sua origem ou titularidade. Estando assim englobados no tipo objetivo do branqueamento dos números 1 e 2 do artigo 368.º-A do CP. Existindo uma formulação de perigo para o bem jurídico administração da justiça por corresponder a uma prática de ocultação ou modificação das características das vantagens. (Caeiro, 2018: p. 292ss) Embora, concordemos com o primeiro exemplo avançado pelo autor, quando o mesmo tenha por objetivo criar a obscuridade sobre as vantagens e o obstáculo para a administração da justiça, que, por exemplo, pode acontecer nos casos em que a conta bancária é titulada por um cidadão respeitável para evitar os “alarmes” preventivos ou criando um conjunto de transferências complexas para ocultar o real beneficiário, quanto ao segundo caso, somos da opinião que não estamos perante uma conduta que, pelos menos *ab initio*, consiga ofender a administração da justiça. Aquela conduta individualmente considerada não é suficiente para desencadear a intervenção punitiva. Só o poderia ser quando exista efetivamente o conhecimento de que o relógio foi adquirido com valores ilícitos e exista uma pretensão de criar uma “imagem social” diferenciada sobre aquela proveniência. Consideramos, salvo melhor opinião, ser esta a interpretação a ser dada ao artigo do branqueamento no nosso CP, sob pena de confrontar os princípios constitucionais da proporcionalidade e da tutela subsidiária de bens jurídicos fundamentais. Podem até não consistir em operações muito sofisticadas

⁵⁰⁴ Voltando-se a referir o pensamento de Paulo Pinto de Albuquerque, considerando este autor ser intenção do legislador que estas condutas sejam punidas pelo tipo de recetação, embora conclua pela insuficiência desta tutela (2015: p. 1155).

⁵⁰⁵ Sob pena de aquele estar em erro sobre um dos elementos do tipo (a proveniência de um ilícito típico antecedente) que exclui o dolo segundo o artigo 16.º, número 1 do CP.

(embora frequentemente o sejam), nem sendo necessário que ocorra o branquear da totalidade das vantagens, o que é imprescindível é a subsunção finalística da conduta do branqueamento através de comportamentos de dissimulação e ocultação quanto às vantagens originárias do facto ilícito típico que atinjam a administração da justiça na sua dimensão de constituírem uma dificuldade de apuramento da sua verdadeira proveniência. O autor acaba por não se aportar muito da nossa posição, quando entende ser outro o entendimento no caso dos meros detentores de boa-fé, porque nestes casos não estamos perante uma colocação em perigo do bem jurídico em virtude de o detentor não ter a intenção de auxiliar ou facilitar a conversão ou ocultação da verdadeira proveniência. Inexistindo assim qualquer potencial de ofensividade para o bem jurídico na sua vertente de obstar à deteção e confisco dos proveitos ilícitos. (Caeiro, 2018: p. 292ss)

Quanto ao grau de colocação em causa do bem jurídico protegido pela incriminação, da leitura do preceito legal pode-se concluir que o legislador entendeu antecipar a tutela do bem jurídico através de um crime de perigo. De acordo com esta qualificação, a ação típica é preenchida com a simples perigosidade geral da atuação do agente face ao bem jurídico. Cabe aqui distinguir entre crimes de perigo concreto e abstrato⁵⁰⁶. Nos crimes de perigo concreto a formação e ocorrência do perigo é uma parte indispensável para o preenchimento do tipo. Enquanto nos crimes de perigo abstrato, a formação e ocorrência do perigo não é parte integrante do elemento do tipo, considerando a lei que a conduta típica do agente apresenta já um tal nível de perigosidade típica para o bem jurídico que é suficiente para legitimar a intervenção punitiva, nestes casos pode-se referir que o perigo é motivo da incriminação. A atuação do agente é entendida pelo legislador como tipicamente apta a produzir o perigo para o bem jurídico, não sendo necessária a comprovação da efetiva lesão do bem jurídico, constituindo o perigo meramente a motivação do legislador.

O crime de branqueamento está construído como um crime de perigo abstrato, como é entendimento cristalino na maioria da nossa doutrina⁵⁰⁷, em decorrência de não

⁵⁰⁶ Para uma abordagem sintética da distinção entre crimes de danos e perigo, ver, entre outros: Roxin (1997: p. 60), Figueiredo Dias (2011: p. 308-309) e Taipa de Carvalho (2016: p. 305-306).

⁵⁰⁷ Assim, por exemplo, entre outros: Lourenço Martins, 1999: p. 452; Canas, 2004: p. 20; Miguez Garcia & Castela Rio, 2014: p. 1215; Albuquerque, 2015: p. 1152; Conceição, 2017: p. 31; Cabral, 2017: p. 140; Firmo, 2017: p. 183. Já Jorge Godinho levanta certas interrogações, embora ainda fora do âmbito da tipificação no CP. Facto assente é que não estamos perante um crime de dano, porque a realização ilícita do tipo não resulta numa efetiva lesão do bem jurídico, porque essa seria uma verificação impossível,

ser necessário demonstrar a concreta perigosidade para a lesão do bem jurídico. Estamos assim perante uma tutela antecipada, bastando-se o legislador só com a inerente perigosidade dos comportamentos típicos para a administração da justiça, através da criação de barreiras à investigação e deteção da proveniência das vantagens.

Por sua vez, de acordo com a estrutura típica e dos seus efeitos sobre o objeto da ação, em relação ao crime de branqueamento não deixamos de estar perante o que, em termos gerais, se refere como um crime de resultado⁵⁰⁸. Este é um crime de resultado na medida em que é preciso a verificação de um determinado evento sobre as vantagens – a sua conversão, transferência, ocultação ou dissimulação –, para que exista a consumação do tipo objetivo de branqueamento. Assim, com a realização da conduta branqueadora já se mostra como subscrita uma produção de um resultado. Como nos refere Figueiredo Dias (2011: p. 306), é necessária uma “*alteração externa espaço-temporalmente distinta da conduta*” quanto ao objeto da ação. Ou, no ensinamento de Claus Roxin, a ocorrência

porque se entenderia que só nos casos em que a administração pública fosse irremediavelmente comprometida se poderia punir alguém. O que em sentido mais obtuso só originaria a punição do branqueamento como tentativa. É de reconhecer que estamos perante um crime de perigo, bastando a mera colocação em perigo desse interesse relevante. A questão mais conflituosa prende-se se estamos perante um crime de perigo concreto ou abstrato. Jorge Godinho considera que as condutas de branqueamento de conversão e transferência (ainda do anterior normativo) constituíam um crime de perigo abstrato, referenciando estas condutas um mero motivo da proibição, porque não se exige um perigo concreto para o bem jurídico para desencadear a intervenção punitiva, bastava um mero colocar em perigo (abstrato) para esse bem jurídico, através da constituição de barreiras para dificultar a identificação da real natureza das vantagens. Porém, segundo o autor, no caso das práticas de ocultação e dissimulação, estas por colocarem de forma concreta o bem jurídico em perigo constituem um crime de perigo concreto. (Godinho, 2001: p. 194-195, nota 445) Não concordamos com tal entendimento. Parece-nos que o autor confunde aqui duas questões diferenciadas, uma é a forma lesiva com que o bem jurídico é colocado em causa, que neste caso particular é através de um perigo abstrato, outro caso díspar é a forma com que se verifica o ataque ao objeto da ação, conceitos que o autor parece não distinguir.

⁵⁰⁸ Aos crimes de resultado são contrapostos os crimes de mera atividade. Nos primeiros o resultado é necessário para a consumação do crime, podendo referir-se que o resultado constitui um elemento do tipo. É assim necessária a imputação do resultado à ação criminosa para existir o preenchimento do tipo objetivo. Para tal havendo o recurso à teoria da causalidade adequada (defendida por Taipa de Carvalho) ou a teoria da conexão com o risco (defendida por Figueiredo Dias e Claus Roxin). Enquanto nos crimes de mera atividade a consumação do crime apenas necessita da mera execução de um comportamento humano, não se colocando o problema da imputação objetiva do resultado à ação. Sobre a questão de forma mais desenvolvida, cfr. Figueiredo Dias (2011: p. 306) e Taipa de Carvalho (2016: p. 303).

de um resultado autónomo da ação típica (1997: p. 304), que, nestas condutas, será a alteração material sobre a qualidade das vantagens. Como tal, o resultado decorrente da atividade do agente pressupõe aquela modificação sobre as vantagens criminosas, porque só quando existe essa transformação e dissimulação das vantagens é que se pode afirmar que existiu um processo de branqueamento dos proveitos criminosos⁵⁰⁹. Devemos ter em conta que o branqueamento não significa um mero disfrute e aproveitamento das vantagens criminosas previamente recolhidas, mas representa mais do que isso, representa um *plus* qualitativo inerente às práticas concretas de conversão ou dissimulação daqueles proveitos ilícitos, para evitar que os agentes sejam sujeitos a uma reação criminal.

Este sentido é compartilhado por um determinado campo doutrinário, onde se inserem Miguez Garcia & Castela Rio (2014: p. 1216), Albuquerque (2015: p. 1146, 1152), André Lamas Leite (2018: p. 72, nota 10) e Costa (2018: p. 310). Com a ressalva a ter de ser feita, subscrevendo as considerações da maioria destes autores, quanto às condutas de “auxiliar” ou “facilitar” (também do número 2 do art. 368.º-A), neste caso já correspondendo a um crime de mera atividade, em consequência, da descrição do tipo legal constituir simplesmente a realização de um determinado comportamento de cumplicidade com o agente que é consumida através da própria ação (havendo assim o preenchimento do tipo), resultando numa afetação da projeção axiológica do bem jurídico.

Também no domínio jurisprudencial se reconheceu em dois arestos que o crime de branqueamento constitui um crime de resultado. O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21 de Junho de 2017, processo n.º 131/12.4TELSB-D.P1, entendeu que as condutas típicas de “converter” e “transferir” (do número 2) e as de “ocultar” ou “dissimular” (número 3) envolvem uma alteração material sobre as vantagens criminosas (objeto da ação), isto é uma modificação exterior produzida através do comportamento do agente criminoso, a que corresponde o suprarreferido afastamento da real proveniência e (possível) subtração à justiça criminal. De forma diferenciada, mas conclusão similar, no Acórdão do Tribunal de Relação do Porto, de 7 de Fevereiro de 2007, processo n.º 0616509, foi entendido que o simples depósito numa conta bancária de proveitos

⁵⁰⁹ Embora os crimes de resultado sejam, em geral, reconduzíveis como crimes de dano, pela conexão do resultado para uma efetiva lesão do bem jurídico (como exemplo mais paradigmático é o crime de homicídio p.p. no artigo 131.º do CP), não se restringem só a estes casos.

criminosos oriundos do tráfico de droga não é suficiente para sustentar uma imputação objetiva por branqueamento, nos termos do número 3 do artigo 368.º-A do CP. Concluindo o arresto pela necessidade de individualizar uma autonomia própria ao branqueamento face ao ilícito típico precedente – no caso o tráfico de estupefacientes – para estar verificado o tipo objetivo de branqueamento. Daqui se pode entender que não basta a mera ação para o preenchimento do tipo objetivo – que se traduziria num crime de mera atividade –, mas sim uma alternidade externa própria do branqueamento que o diferencie face ao ilícito antecedente – no qual o critério material do bem jurídico constitui um parâmetro orientador.

Não obstante, não nos causa repulsa científico-jurídica, atender à posição daqueles que pretendem ser mais precisos quanto aos crimes de resultado, e entender as condutas de converter, transferir, ocultar ou dissimular, como o doutrinariamente designado crime de resultado cortado⁵¹⁰, na linha de alguma doutrina espanhola⁵¹¹. Isto porque – como veremos detalhadamente infra no ponto 6.3 – no âmbito das condutas do número 2 do artigo 368.º-A, o legislador estabeleceu uma construção do tipo de ilícito com uma determinada intensão específica consubstanciada ao “(...) *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 (...)*”, que não faz parte do elemento do tipo objetivo (quebrando assim a correspondência entre o tipo objetivo e subjetivo), mas que deve estar verificado para que o elemento da tipicidade esteja preenchido. Em consequência, as condutas do número 2 têm prescrita uma intenção subjetiva típica, o que permite considerar que o branqueamento é um delito com uma intenção específica com manifestações ao nível da atitude interna do agente, e dirigidos ao bem jurídico e objeto da ação protegida pelo tipo, e que acaba por ir além do tipo objetivo. Significando um fator disruptivo que importa reter, principalmente quando comparado com a corrente doutrinária defendendo o tipo legal de branqueamento como um crime de mera atividade.

⁵¹⁰ Cfr. Figueiredo Dias quanto às características inerentes a este crime (2011: p. 379-381).

⁵¹¹ Neste particular cumpre assinalar Muñoz Cuesta, citado por Fernández Bermejo, e que refere que “*en el autor pretende conseguir un resultado que afecta el agotamiento y no la consumación del mismo, que tendrá lugar cuando se consiga la finalidad de enmascaramiento de los bienes o se ayude a eludir las consecuencias legales de los actos realizados.*” (Fernández Bermejo, 2016: p. 257)

Este nosso posicionamento⁵¹², de enquadrar tais condutas ilícitas como crime de resultado, não é entendido como comumente aceite em termos amplos do campo doutrinário, existindo autores que apresentam como contraponto que o tipo legal de branqueamento constitui um crime de mera atividade⁵¹³. Parece-nos que estes autores confundem o nível da distinção entre o nível de ofensividade ao bem jurídico (em que temos um crime de perigo abstrato) e a forma de intervenção sobre o objeto da ação (em que face às operações de conversão, transferência, ocultação e dissimulação estamos perante um crime de resultado).

Esta distinção deterá manifestações ao nível das modalidades de ação quanto à comissão de um crime de branqueamento por omissão. De acordo com o disposto no número 1 do artigo 10.º, a comissão de um crime de branqueamento por omissão (impura) apenas se pode dar quanto o tipo compreenda um determinado resultado que legitima a responsabilização criminal. Ou seja, quando o tipo ilícito compreender um determinado resultado o facto abrange não só a ação, mas também a omissão adequada a evitar a sua

⁵¹² Ainda podemos destacar o pensamento de Rodrigo Santiago, que, na nossa opinião, também entende o branqueamento como crime de resultado, embora de forma indireta, ao admitir a comissão do crime de branqueamento por omissão impura. Destaca o autor, ainda na pendência da tipificação do branqueamento no âmbito da lei de combate à droga, a indicação de dois exemplos de crimes de omissão impura: quando um inspetor da polícia judiciária, por consequência da sua atividade profissional, tem conhecimento que um traficante de droga vai proceder ao branqueamento das vantagens de um crime e nada faz; ou quando um detetive privado também no cumprimento da sua atividade profissional, passa a deter o conhecimento que um criminoso está prestes a branquear os produtos de um roubo mas nada faz. Ora, tendo por fonte do dever de garante a lei e por contrato, respetivamente, recai sobre aqueles sujeitos um dever jurídico de impedir a verificação do resultado desse crime, onde em caso de incumprimento o agente vai responder por um crime de omissão impura. (Santiago, 1999: p. 401-402)

⁵¹³ A título de exemplo, com a moderna tipificação do CP (Canas, 2004: p. 20, 148; Paiva, 2014: p. 107), bem como ainda na vigência do anterior regime do branqueamento, Godinho (2001: p. 195). É entendimento deste último autor, partindo da natureza das práticas branqueadoras e a finalidade de afastamento da “mácula” ilegal, que não se consegue afirmar o momento em que se verifica o evento da atividade do agente ao ocultar e dissimular esses proveitos. Nas palavras do autor, “*poder-se-á apenas afirmar que, na medida em que se tenha de facto dificultado a prova da origem ilícita, ter-se-á com isto posto em perigo a pretensão estadual do confisco dos bens de origem ilícita*”. (Godinho, 2001: p. 195) Também Ana Raquel Conceição entende que estamos perante um crime de mera atividade, afastando a comissão por omissão impura. (2017: p. 32, 52) No entanto, a autora admite a omissão pura no caso das condutas do número 3 para algumas entidades que não cumpram com os procedimentos previstos na lei e quando tenham dolo sobre a proveniência das vantagens. (2017: p. 55)

produção. Defendendo a legislação portuguesa para além da comissão por ação também a comissão por omissão como forma de realização típica⁵¹⁴, através da equiparação da omissão à ação. Dentro dos crimes comissivos por omissão pode-se distinguir entre a modalidade de omissão pura (ou própria) e de omissão impura (ou imprópria). Na primeira situação, só nos casos em que o tipo penal preveja o dever de atuação num determinado sentido é que se pode falar um crime omissivo puro, aqui se tratando de crimes de mera atividade por ser desnecessário que o resultado se produza para estar preenchido o tipo ilícito⁵¹⁵. Com efeito, o tipo objetivo vai-se esgotar na não realização de uma determinada ação. Inversamente, na omissão impura o agente assume uma posição que o obrigue a evitar um resultado, estamos perante os deveres de garante da não produção de um resultado típico⁵¹⁶. (Figueiredo Dias, 2011: p. 916-917) Como se compreende a posição de garante representa um elemento fundamental dos crimes de omissão impura, devendo-se verificar no caso concreto se a violação do próprio dever de garante se materializa numa comissão de um crime por omissão, em que a omissão é idónea para a produção do resultado típico. Tem-se, portanto, de apurar qual a modalidade de branqueamento por omissão que pode ser comissionada⁵¹⁷. O que ficou dito

⁵¹⁴ No sentido mais desenvolvido sobre a qualificação das modalidades de ação, *vide* Figueiredo Dias (2011: p. 905ss) e Taipa de Carvalho (2016: p. 550ss).

⁵¹⁵ Embora a verificação do resultado possa revelar para efeitos da determinação da medida concreta da pena aplicável, ou para poder afastar a tipicidade e ilicitude da omissão quando exista a demonstração no caso *sub judice* que o cumprimento da ação do agente não tinha a possibilidade de evitar a lesão do bem jurídico, ou seja que mesmo sem a omissão ocorreria sempre a lesão do bem jurídico. (Taipa de Carvalho, 2016: p. 555)

⁵¹⁶ Nos crimes de omissão impura, a etimologia legal afasta a possibilidade de omissão nos crimes de mera atividade, em virtude do próprio preenchimento do tipo se concretizar por mera execução de um comportamento humano. Ou seja, a omissão consiste num não fazer algo concreto a que esteja obrigado. Assim, a omissão pressupõe a inexistência desse mesmo comportamento e que possibilitou a ocorrência do resultado.

⁵¹⁷ Não se podendo entender a linha de pensamento seguida por Ana Raquel Conceição de que a lei de combate ao branqueamento de capitais e de financiamento de terrorismo permite justificar o afastamento da prática do branqueamento de capitais por omissão. (Conceição, 2017: p. 53-54) Estamos perante duas realidades materiais distintas, embora se conexionando em certos pontos. Uma é o estabelecimento de um conjunto de deveres de colaboração e auxílio a vincular diversas entidades para prevenção e cooperação na investigação daqueles tipos de ilícitos, em que o incumprimento origina a responsabilidade contraordenacional; outra realidade diferenciada, tanto ao nível de medidas quer do seu âmbito de aplicabilidade, é a tipificação penal – cujos fundamentos já aludimos na Parte I.

anteriormente permite afastar a existência de uma omissão pura⁵¹⁸ pelo branqueamento constituir um crime de resultado – colocando assim a questão da imputação objetiva do resultado à ação –, a sua admissibilidade será sempre ao nível da omissão impura.

Assim, em jeito conclusivo sobre este ponto, o branqueamento tanto pode ser praticado por ação, como também por omissão, por consistir num crime de resultado, consubstanciada na circunstância de não desencadear ou interromper um processo causal através da adoção de um comportamento positivo (um *facere*) para evitar a comissão do resultado que se seja imposta perante um dever de garante. Dito de outro modo, quando sobre o agente recaia um dever de garante de evitar as práticas branqueadoras e detendo condições para o fazer não tenha adotado as providências necessárias para o (tentar) evitar, poderá ser punido pela comissão por omissão do crime de branqueamento (artigo 368º-A, conjugado com o disposto no artigo 10º, números 1 e 2, ambos do CP).

Quanto à classificação do crime tendo em conta o critério do seu autor, o emprego literal da expressão “*quem*”, permite sustentar que as condutas típicas podem ser realizadas por qualquer pessoa, não estando subjacente uma particular dimensão qualitativa sobre o agente. O branqueamento constitui assim um crime comum. Também, como já vimos, o entendimento das condutas de branqueamento de forma direta ou indireta abrange todas as concretas formas de autoria⁵¹⁹. Portanto, podem ser cometidas

⁵¹⁸ Defendendo a omissão pura do crime de branqueamento, ainda que em sede do auxílio e a facilitação da comissão do facto por terceiros, encontramos Costa (2018: p. 310-311). Considera o autor que a melhor interpretação a ser realizada a estas modalidades de branqueamento permite entender uma conduta de ação ou omissão. Em que a omissão corresponde a um auxílio ou facilitação realizado por nada ter realizado para evitar uma determinada conclusão. O autor parte do regime de prevenção do branqueamento e financiamento de terrorismo – previsto na lei n.º 83/2017, de 18 de agosto – para considerar, por exemplo, que uma instituição de crédito quando omita (*non facere*) as injunções preventivas que lhe são dirigidas poderá ser punida por uma omissão pura pelo auxílio ou facilitação da conduta branqueadora, por esta corresponder a uma conduta de cumplicidade. (Costa, 2018: p. 310-311) Não seguimos esta posição. Desde logo, pelas consideradas já efetuadas. Mas ainda se pode acrescentar as próprias considerações expressas pelo autor quanto à unidade do sistema jurídico, pois, embora o regime preventivo vise regular um cumprimento de vários agentes económicos a sua violação constitui (apenas) responsabilidade contraordenacional. Todavia, no caso da responsabilidade penal do crime de branqueamento estamos perante um campo material que se diferencia do anterior. Porque o âmbito de proteção da norma penal é mais restrito do que o regime preventivo (para mais desenvolvimentos cf. capítulo 7), não podendo sem mais se estabelecer uma relação direta. Em suma, no nosso entendimento, o âmbito da proteção da norma incriminatória não abrange a omissão pura.

⁵¹⁹ Neste sentido, Albuquerque (2015: p. 1154).

a título de autoria imediata/material (v.g. sendo o próprio a realizar as operações de conversão ou dissimulação); por autoria mediata/moral por intermédio de outrem (v.g. obrigando um terceiro, por coação ou criando um erro e aproveitando esse desconhecimento, para executar tais operações); por coautoria, tomando parte direta na execução do crime em conjunto com outros (v.g. acordar com outro sujeito e realizar condutas de branqueamento de forma conjunta); por instigação quando induz outrem a praticar o crime (v.g. no caso de pagar uma quantia pecuniária para que um membro de uma organização financeira realize tais operações de branqueamento); ou cumplicidade material ou moral (v.g. encorajando um indivíduo, que já se encontrava decidido a cometer o crime, para o executar). Com efeito, podendo o agente do crime ser qualquer pessoa (singular ou coletiva, de acordo com o disposto nos números 2 e 3 do artigo 11.º do CP, conjugado com este artigo do branqueamento). Com a ressalva quanto a estas segundas entidades, de as mesmas poderem ser criadas especificamente para estas operações de legitimação.

Nos termos do artigo 23.º do CP, é punível a tentativa da prática das condutas aqui previstas (mas, com igual raciocínio, para o subseqüente art. 368.º-A número 3)⁵²⁰. Aplicando-se o disposto geral no artigo 22.º do CP quanto ao conceito jurídico-penal de atos de execução e da tentativa, bem como o regime da desistência (artigo 24.º e 25.º do CP). Mas não existe a possibilidade de punição dos atos preparatórios de acordo com o artigo 21.º do supra referido diploma.

6.2.4 Número 3.º

“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.”

⁵²⁰ Entendimento seguido por Vitalino Canas (2004, p. 20) e Rodrigo Santiago ainda na lei anterior. (1999, p. 407) Em sentido contrário, a admitir a tentativa punível só para as modalidades típicas de conversão, transferência, ocultação ou dissimulação, enquanto a tentativa de auxílio ou facilitação das operações de conversão ou transferência, não será punível pelo princípio da não punição da tentativa fracassada de participação. (Albuquerque, 2015: p. 1155-1156) Nos termos do número 3, do artigo 23.º do CP, é de referir que a tentativa não é punível quando seja manifesta a inidoneidade do meio empregue para as práticas branqueadoras ou por haver privação do objeto necessário para a consumação. Assim, só nesses casos a tentativa não será punível.

As modalidades de conduta típica são: i) a ocultação ou dissimulação da sua verdadeira natureza; ii) a ocultação ou dissimulação da sua verdadeira origem; iii) a ocultação ou dissimulação da sua verdadeira localização; iv) a ocultação ou dissimulação da sua verdadeira disposição; v) a ocultação ou dissimulação da sua verdadeira motivação; vi) a ocultação ou dissimulação da sua verdadeira titularidade.

Face ao sentido legal adotado, surge uma questão quanto ao que consistem as expressões “ocultar” e “dissimular” utilizadas pela lei? São expressões que podem ter um significado polissêmico, e que importa precisar juridicamente para compreender o alcance da punição. Ao nível terminológico, a ocultação e dissimulação significa encobrir, disfarçar ou esconder determinado bem. Ou seja, encobrir/esconder/disfarçar da visão das autoridades de investigação criminal, dessa forma lesando a administração da justiça. Como tal, estas modalidades típicas poderão compreender os comportamentos dirigidos a “(...) tornar menos ou de todo não perceptível, visível ou apreensível um conjunto de atributos (referidos pela lei) dos bens.” (Godinho, 2001: p. 193-194) São assim condutas típicas com a finalidade de quebrar o vínculo com a origem ilícita das vantagens.

Conforme refere Albuquerque, os conceitos materiais das ações de ocultação ou dissimulação são bastante amplos, neles se incluindo todos os comportamentos que reduzam a possibilidade de identificação da (real) natureza das vantagens por parte das autoridades de investigação criminal. (Albuquerque, 2015: p. 1155) A referência à “*propriedade e outros direitos*” pretende englobar a possibilidade de punição dos verdadeiros titulares dos direitos de propriedade ou de outra titularidade sobre aqueles bens, aqui também se abrangendo os negócios simulados (Godinho, 2001: p. 198), e a diferenciação entre a titularidade *de jure/de facto* de um determinado bem. Sempre com a ressalva, que os comportamentos de branqueamento deve consustanciar a introdução de barreiras tendentes a evitar a origem ilícita das vantagens, atingindo assim o bem jurídico tutelado. (Bandeira & Fachin, 2015: p. 551) Refere Godinho que se mostra necessário fazer uma interpretação teleológica da norma para excluir da violação dos valores axiológicos tutelados pelo bem jurídico aquelas condutas que não lesionem esses interesses. (Godinho, 2001: p. 198-199) Entendimento que secundamos para a atual redação do tipo legal de branqueamento e que será alvo de particular detalhe mais à frente neste trabalho (cfr. ponto 6.4).

O legislador institui assim uma cláusula geral ampla, de modo que qualquer conduta de ocultação ou dissimulação das vantagens criminosas pode preencher o tipo

legal de crime, dessa forma evitando lacunas de punibilidade. Porém, esta cláusula ampla deverá ser “temperada” de acordo com o bem jurídico tutelado da administração da justiça, significando que apenas serão típicas as condutas de ocultação e dissimulação que contendam com a administração da justiça. Dado que estamos perante um crime de resultado, o que de acordo com a teoria de conexão com o risco – seguida por Figueiredo Dias e Claus Roxin –, o comportamento do agente deverá criar um risco proibido para que exista a imputação do resultado àquela ação/omissão.

6.2.5 Número 4.º

“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”

Nos termos deste número, a punição por branqueamento é possível mesmo quando o facto ilícito típico primário não tenha sido praticado no território português, ou que não se conheça o próprio local daquela prática (o *locus delicti*) ou a identidade dos seus autores. Estamos perante um sentido claramente marcado pelo reconhecimento do branqueamento como apresentando (podendo apresentar) uma dimensão transnacional, firmado sobre o seu potencial de risco global, com capacidade de criar problemas ao nível da aplicação da lei penal do espaço. Por conseguinte, a influência do direito internacional e comunitário⁵²¹ é notória, como demonstram os seus efeitos ao nível da teleologia do número 4 em relação ao critério da aplicação da lei no espaço do crime de branqueamento.

⁵²¹ Esta linha evolutiva, desde logo verificável no artigo 1.º da diretiva 91/308/CEE, pretendeu instituir a punição por branqueamento mesmo quando as atividades que estão na origem das vantagens tenham sido efetuadas no território de um Estado-membro ou de um país terceiro. Uma disposição que foi mantida no artigo 1.º da Diretiva 2001/97/CE. Noutra latitude, na Convenção de Palermo foi mantida a configuração da punição por branqueamento mesmo nos casos da prática de uma infração primária ter sido cometida tanto dentro como fora da jurisdição do Estado Parte – segundo o disposto no artigo 6.º, número 2, alínea c) –, mas indo mais além na descrição, considerando que as infrações que sejam praticadas fora da jurisdição de um Estado parte só devem ser considerados como uma infração principal quando a mesma constitua um tipo ilícito nos termos do direito interno do Estado-Parte que esteja a aplicar o presente artigo – ou seja, que constitua um ato ilícito e dele derivem essas vantagens. A Convenção das Nações Unidas

É de destacar a alteração conferida pela lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, que veio a instituir uma exceção quando os factos a montante não sejam ilícitos face a lei do local onde tenham sido praticados (a *lex loci delicti*) e quando a lei portuguesa não seja aplicável⁵²². A punição do branqueamento terá então de ser conjugado com as regras gerais da aplicação da lei penal no espaço, estando de acordo com as regras de aplicação espacial da lei penal portuguesa para factos praticados fora do território nacional – princípio da aplicação extraterritorial da lei penal portuguesa. Com a anotação que os factos que sejam lícitos de acordo com a *lex loci delicti* não poderão gerar vantagens a ser branqueadas nos termos do tipo legal de branqueamento quando inexista a possibilidade de aplicação dos princípios complementares da aplicabilidade no espaço da lei penal portuguesa por crimes cometidos no estrangeiro nos termos do número 5 do CP.

Para concluir esta matéria, é o foro português competente quando as condutas de branqueamento de proveitos oriundos de factos ilícitos antecedentes cometidos em territórios internacionais tenham sido praticados, pela forma de autoria ou cumplicidade, pelo menos parcialmente, em território nacional, de acordo com a conjugação dos artigos 4.º, alínea a) – princípio da territorialidade –, e artigo 7.º - princípio da ubiquidade – ambos do CP⁵²³. Para haver uma intervenção dos tribunais portugueses basta assim que alguma das suas fases (ou algum ponto do *iter criminis*) tenha ocorrido no território nacional ou alguma das operações de branqueamento tenha sido efetuada numa

contra a Corrupção veio pugnar pela introdução do critério da dupla incriminação. Já a Convenção do Conselho da Europa relativa ao branqueamento, deteção, apreensão e perda de produtos do crime e ao financiamento do terrorismo, assinada em Varsóvia em 2005, que amplia no seu artigo 9.º, número 2, alínea a), até demasiado, a possibilidade de aplicação de normas nacionais mesmo quanto a factos lícitos antecedentes nos termos da *lex loci delicti*. (Leite, 2018: p. 79)

⁵²² Alinhando a nossa legislação com outras, como seja o exemplo da legislação alemã no qual o § 261, número 8, do CP alemão exige que os factos precedentes sejam ilícitos na dimensão da *lex loci delicti*.

⁵²³ Pedro Caeiro entende – ainda nos termos dos diplomas anteriores – que a Convenção de Estrasburgo prescreve uma injunção de alargamento do objeto de tutela do crime de branqueamento, punindo criminalmente não só as suas próprias finalidades de justiça, mas também as prestações similares dos outros Estados, em virtude da singularidade da administração da justiça com uma marca internacional. (Caeiro, 2003: p. 1097) Devemos ainda assinalar, no caso específico de estar envolvido uma pessoa jurídica, nos termos do artigo 5.º, número 1, alínea g), a competência da lei portuguesa ser ainda aplicável a factos cometidos fora do território nacional por pessoas coletivas portuguesas ou contra pessoa coletiva que tenha sede em território português.

instituição coletiva portuguesa (Albuquerque, 2015: p. 1154), pois só nesse momento está verificada a alternância sobre a aparência das vantagens que atentam contra a realização da justiça.

6.2.6 Número 5.º

“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.”

Com a alteração introduzida pela lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, passou a estabelecer-se que o branqueamento pode ser punido mesmo no caso de o procedimento criminal relativo aos factos ilícitos a montante depender de queixa e a mesma não tiver sido apresentada. Para além de constituir mais um argumento a favor da autonomia do branqueamento, o legislador assume expressamente a legitimidade do aparelho repressivo estatal para perseguir e punir criminalmente os autores do branqueamento mesmo com inexistência da vontade do ofendido de apresentar queixa – e em sentido contrário ao anteriormente tipificado⁵²⁴. Esta alteração vai assim no sentido de afirmação de um cada vez mais pronunciado afastamento do carácter acessório da punição do branqueamento, emergindo a pretensão estatal da administração da justiça como um eixo fundamental a salvaguardar, legitimando a aplicação de uma sanção aos atos de branqueamento executados sobre as vantagens de um crime de catálogo⁵²⁵. Ou seja, existindo uma prática de um facto ilícito típico precedente e, posteriormente, atos legitimadores típicos do branqueamento, este último passa a assumir autonomia. O legislador expressamente afasta do domínio hermenêutico da interpretação deste tipo legal de crime, quem pretendia remeter para uma proteção dos interesses violados pelos ilícitos antecedentes, porque então como se poderia justificar que o legislador considere como dispensável a apresentação de queixa quanto ao facto típico antecedente⁵²⁶? O melhor entendimento a

⁵²⁴ Na anterior redação dada pela lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, era estabelecido a não punibilidade do facto *“quando o procedimento criminal relativo aos factos ilícitos típicos de onde advêm as vantagens depender da queixa e a queixa não tenha sido tempestivamente apresentada”*.

⁵²⁵ Salientando de forma crítica este ponto, Leite (2018: p. 80ss). Concluindo o autor sempre pela necessidade de afirmação de operações de branqueamento de vantagens com procedência de um facto ilícito antecedente. Pois, não se pode legitimar proveitos que não detenham aquela mácula de ilicitude.

⁵²⁶ Neste sentido, Leite (2018: p. 73).

dar, será que este abandono por parte do legislador das condições de procedibilidade em relação ao crime precedente é significado da autonomia material – sem qualquer entrave – do tipo legal de branqueamento. Apenas sendo suficiente que estejamos perante um facto típico ilícito do respetivo catálogo (a título qualitativo ou quantitativo) de que resultem vantagens sobre as quais o agente branqueador irá atuar.

6.2.7 Número 6.º

“A pena prevista nos n.os 2 e 3 é agravada de um terço se o agente praticar as condutas de forma habitual.”

O legislador prescreve uma disposição especial contendo uma circunstância modificativa agravante consistente na prática habitual das condutas de branqueamento. Neste enquadramento, considera-se que a prática de uma série de condutas ilícitas constitui um maior nível de responsabilidade, aqui se integrando os casos em que as práticas branqueadoras sejam integradas num esquema sistemático e complexo, como no caso de ser realizadas em entidades com perfil empresarial ou com um forte vínculo associativo (organizações de crime organizado). Tal será o caso de uma pessoa jurídica instrumentalizada para servir de “fachada” para operações desta envergadura, em que os atos de branqueamento são realizados através de uma execução habitual. Somos do entendimento que esta norma tem clara justificação pela associação do branqueamento ao caso da criminalidade organizada ou dos indivíduos que façam desta execução criminosa o seu modo de vida – um “crime habitual”. Assumindo-se que esses agentes criminosos possuem uma maior responsabilidade, na medida em que, pelo menos ao nível teórico, são estes que envolvem a ocultação e dissimulação de um número valorativo crescente de proveitos criminosos, e, por consequência, será nesta dimensão que é atingindo mais gravemente o bem jurídico protegido pela incriminação. Especialmente, se realizarmos um juízo comparativo com as práticas de branqueamento realizadas de forma inusitada, que não atentam da mesma forma contra a realização da justiça. Igualmente, no caso mais específico do crime organizado, entendemos existir uma posição do legislador a reconhecer a maior dificuldade e complexidade na perseguição punitiva (novamente aqui “irradiando” as finalidades de administração da justiça), com reflexos ao nível da ilicitude intrínseca ao ato, e exigindo a que este pugne por uma mais acrescida punição – no caso, o agravamento em um terço da moldura penal abstrata.

6.2.8 Números 7.º, 8.º e 9.º

“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.”

Inversamente, este conjunto de disposições pretende remeter para a temática de atenuação especial da pena e, face à sua natureza, entendemos fazer uma análise integrada sobre estes cenários tripartidos.

Esta dimensão está associada a um movimento da política criminal que chamou a atenção para a necessidade de encarar e ressaltar (na medida concreta da pena) os comportamentos do agente posteriores ao cometimento dos factos ilícitos que vão no sentido de um aproximar ao comportamento de normalidade social (uma aproximação de uma conduta conforme ao Direito). Tal é uma consequência da opção clara do CP português pelas finalidades preventivas do direito penal, principalmente das funções de prevenção especial de ressocialização que orientam as finalidades da punição.

Nos termos do número 7, temos um caso de atenuação obrigatória da pena⁵²⁷ quando o agente do crime proceda a uma reparação integral do dano ao ofendido do facto típico ilícito precedente⁵²⁸ e sem que exista dano ilegítimo de terceiro até o início do julgamento em primeira instância, devendo tal atenuação ser efetuada segundo as regras do artigo 72.º, número 1 e 2, alínea c), e artigo 73.º, ambos do CP. Estamos perante um objetivo de evitar a manutenção de danos pela prática dos crimes precedentes, com efeitos ao nível da pena concretamente aplicável. Em que a lei exige um arrependimento ativo do agente, subsumido em comportamentos exteriores para corrigir e reparar efeitos

⁵²⁷ Cfr. Albuquerque (2015: p. 1157).

⁵²⁸ Como refere Germano Marques da Silva, pode ocorrer uma atenuação especial da pena mesmo no caso da fraude fiscal. Quando os valores em falta e os encargos subsequentes forem satisfeitos, a pena será diminuída. (Silva, 2010: p. 241)

negativos a terceiros atingidos pela prática ofensiva de factos ilícitos antecedentes, e com efeitos ao nível da reação jurídica pela atenuação da pena.

Quando essa reparação for parcial pode existir uma atenuação facultativa da pena segundo o número 8⁵²⁹, que deverá ser articulada com o regime geral da determinação da medida concreta da pena do artigo 71.º CP. Conforme é referido no Acórdão do STJ de 11/06/2014, processo n.º 14/07.0TRLSB.S1, a apreciação da aplicação destas medidas deve ser entendida através de “(...) *uma visão integral do facto praticado, devendo o mesmo ser analisado nas suas variadas componentes/vertentes e nas diferentes ligações/conexões, havendo que atender-se ao pleno das circunstâncias que enformaram o facto em apreciação, no seu específico contexto vivencial/histórico*”. Não estando verificados os requisitos para que o agente criminoso possa beneficiar da atenuação especial da pena, dever-se-á olhar para o critério geral da determinação da medida das penas e ressaltar no caso concreto todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo do crime, deponham a favor ou contra do agente (cfr. o disposto no artigo 71.º do CP).

É bom referir que face ao catálogo de ilícitos precedentes, não é comum a existência de uma vítima individual que tenha sofrido um dano quantificável – uma vez que a maioria do catálogo está adstrito à violação de interesses supraindividuais, como o tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas ou o crime organizado – que possa ser objeto de reparação. Como refere Jorge Dias Duarte, a finalidade do legislador é estabelecer um certo equilíbrio em termos de dogmática criminal. (Duarte, 2004: p. 143)

Segundo o número 9, consagra-se um efeito de “direito premial”⁵³⁰, aqui correspondendo a uma atenuação especial da pena para o caso de o agente criminoso prestar um contributo decisivo na recolha da prova ou identificação/captura dos responsáveis pelos factos ilícitos precedentes⁵³¹. Existe aqui uma espécie de figura do

⁵²⁹ Veja-se Albuquerque (2015: p. 1157).

⁵³⁰ Esta é uma figura que surgiu no seio dos ordenamentos jurídicos de matriz anglo-saxónica, pelo seu sistema ser temperado pelo princípio da oportunidade, mas que vem recebendo um progressivo acolhimento em ordenamentos jurídicos da nossa matriz romano-germânica, orientados pelo princípio da legalidade e oficialidade, como são o caso de Espanha, Itália e Brasil. Em sentido mais amplo, sobre a questão do direito premial, que aqui não será analisado em toda a sua extensão, entre outros, veja-se: Leite, 2010: p. 381ss; Torrão, 2016b: p. 164ss; Conceição, 2017: p. 288ss.

⁵³¹ Cfr. Albuquerque (2015: p. 1157).

“arguido-colaborador”⁵³², justificada por estarmos perante um crime especialmente grave em que surge uma vertente de dificuldade quanto à obtenção de provas dos participantes ou agentes do crime precedente neste tipo de criminalidade⁵³³, o legislador pretende considerar essas circunstâncias como atenuantes desde que o agente do crime demonstre ter um arrependimento notório e que intervenha na descoberta de outros agentes criminosos através da apresentação de elementos provatórios para beneficiar da atenuação especial, de acordo com o disposto no artigo 73.º do CP.

A confirmação da atribuição do “prémio”, isto é, em termos da ciência jurídica-penal, a avaliação da relevância das provas para o processo (um contributo decisivo nas palavras da lei), será efetuada na fase de julgamento, porque só o tribunal tem poderes, de acordo com os princípios processuais da investigação e verdade material e do disposto, nos termos do artigo 32.º, número 4 da CRP, para o estabelecimento da pena concreta. (Torrão, 2016b: p. 166)

Se estivermos perante um co-arguido (no caso de um agente branqueador em comparticipação), que tem em vista a obtenção de um “prémio”, pode-se colocar a questão do diminuto valor probatório das suas declarações. Porém, somos da opinião que, neste caso, tal interrogação não se coloca em virtude de estamos perante fases do processo penal díspares, em que o juízo de avaliação por parte do julgador se mostra mais acessível do que noutros casos de “direito premial”, bastando ao tribunal fazer um juízo de prognóse póstuma e analisar a relevância daquelas provas decisivas no processo, de acordo com um raciocínio lógico e respetivo enquadramento naquele determinado tempo e lugar, decidindo se atribui uma pena especialmente atenuada ao arguido (ou não). Será, portanto, uma avaliação que temporalmente será efetuada *ex post*, em que o julgador terá

⁵³² Sobre esta conceptualização, 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, 2010: p. 385) Outro entendimento tem Ana Raquel Conceição, considerando ambos como arrependidos, mas que só no primeiro caso poderá existir uma colaboração com a investigação criminal. (Conceição, 2017: p. 288) No caso do número 9, do artigo 368.º- A estamos perante um arguido que vai colaborar na investigação criminal dos factos ilícitos precedentes através da prestação de informações destinadas à recolha da prova, e, portanto, segundo a posição de Inês Ferreira Leite, constituindo claramente a primeira figura nesta distinção.

⁵³³ Já assim, Duarte (2004: p. 143).

de avaliar se as provas foram relevantes no momento da investigação para o apuramento da identidade ou captura dos agentes dos factos ilícitos antecedentes, mas remetendo este juízo para uma fase anterior à sede de julgamento.

Embora este não seja um tópico a tratar de forma desenvolvida neste trabalho, a questão que se coloca é no que deve constituir a referência literal a “provas decisivas” para benefício da pena especialmente atenuada? Ou seja, que material provatório deve ser apresentado pelo agente para beneficiar da aplicação deste regime? Ana Raquel Conceição refere que basta ser uma colaboração perentória e determinante na investigação⁵³⁴. (Conceição, 2017: p. 295) Porém, uma simples resposta como esta não deixa de ser ampla e vaga. Torna-se necessário irmos um pouco mais além nesta concretização. Estas provas deverão constituir determinados pressupostos: prova indiciária para sustentar uma aplicação contra um (ou mais) responsável (responsáveis) pela prática de um facto ilícito típico antecedente; permitir às instâncias de repressão criminal conseguir recolher provas que convirjam num “pacote probatório” com capacidade para fundamentar uma acusação contra um (ou mais) responsáveis pela prática de um facto ilícito típico antecedente; ou permitam às instâncias de repressão criminal chegar à detenção dos responsáveis e subsequente interrupção da atividade criminosa. Devendo a colaboração proporcionada pelo agente criminoso ser corroborada com outras provas que permitam sustentar o seu valor no processo. (Leite, 2010: p. 399-400) Para além disso, devemos atender à *ratio legis* e ao bem jurídico tutelado pelo tipo legal de crime, realizando uma interpretação teleológica, e chegamos à conclusão que tais provas para serem qualificadas como “decisivas” deverão ser aptas a reconhecer quem foi o agente do crime precedente (ou contribuir para a sua captura) por parte das autoridades de investigação criminal e qual a natureza do crime praticado para verificar se este está enquadrado no respetivo catálogo e o momento em que foi executado.

Em suma, estamos perante um agente criminoso que se arrepende da prática do ato criminoso e auxilia na obtenção das provas concretas sobre outros arguidos praticantes do facto ilícito típico subjacente – aqui se interligando outro argumento para defender o bem jurídico como a administração da justiça. O comportamento do agente para beneficiar da atenuação da pena não pode ser sempre entendido no plano subjetivo como

⁵³⁴ Ressalvando que este contributo do arrependido não deve ser entendido como levando a uma isenção da pena ou da sua responsabilidade criminal, mas da atenuação da pena concreta que lhe vai ser aplicada. (Conceição, 2017: p. 295)

uma conduta egoísta, vocacionada para a mera obtenção daquele “prémio”, mas sim um comportamento ativo conforme o Direito, o que vai no sentido da ressocialização do agente e da própria prevenção geral positiva, pretensão do sistema penal de acordo com as finalidades das penas (art. 40.º, número 1 do CP), pois, neste situação, inexistente a exigibilidade de aplicação de uma pena elevada. Ao colaborar com a administração da justiça o agente está a demonstrar o seu (próprio) cumprimento dos cânones de conformidade à lei. (Torrão, 2016b: p. 171)

6.2.9 Número 10.º

“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.”

A lei introduz uma limitação quanto à punição pelo crime de branqueamento que não pode exceder os limites máximos previstos para as correspondentes infrações principais. Nos termos deste número 10, deve ser calculada a pena concreta a aplicar ao arguido pela conduta de branqueamento, sendo posteriormente essa pena reduzida até ao limite máximo da pena aplicável ao crime base nos casos em que exceda tal limite. Esta imposição é assim referente à medida concreta da pena aplicada, e não à moldura penal abstrata do crime de branqueamento⁵³⁵.

Tal realidade é decorrente da natureza do branqueamento como um delito secundário e compósito. Como refere Pedro Caeiro, o sentido teleológico desta limitação da pena erigida pelo legislador é encontrado pela pretensão do Estado de efetivar a administração da justiça. Por conseguinte, nos termos da exigência da proporcionalidade das penas e da conexão dos crimes primários com o branqueamento, não deve este segundo crime ser sancionado com uma pena superior à dos ilícitos geradores dessas

⁵³⁵ Nem podia haver outro entendimento nesta matéria. Desde logo, pelo próprio elemento literal ao referir a expressão “*aplicada*”, que nos remete para a medida concreta da pena. Esta realidade tem notórias manifestações quanto ao prazo de prescrição do procedimento criminal previsto no artigo 118.º do CP. Ora, um entendimento contrário, levaria a entender-se que o branqueamento teria um prazo de prescrição variável conforme a moldura do facto típico subjacente que lhe estivesse inerente. O que, neste caso, não acontece. O branqueamento é punido com pena de prisão de limite máximo de doze anos, consequentemente o prazo de prescrição será sempre de quinze anos, nos termos conjugados da alínea a), do número 1, do artigo 118.º CP e dos números 2 e 3, do artigo 368.º-A do CP.

vantagens. Como bem denota o autor, não pretende o legislador substituir o limite máximo da pena aplicável ao branqueamento, mas sim que essa mesma pena não se traduza num exceder do máximo permitido para o facto típico ilícito primário. Nos casos em que tal limite seja ultrapassado, deve a pena ser reduzida segundo as regras normativas deste tipo legal. (Caeiro, 2003: p. 1129, 2010: p. 210) Um caso paradigmático são os exemplos enunciados pelo autor dos crimes de corrupção de um funcionário para a prática de um ato lícito (p.p. nos termos do art. 374.º, número 2 do CP) ou do tráfico de influências para se obter uma decisão lícita (p.p. art. 335.º, número 1, alínea b), que são punidos com uma moldura abstrata até seis meses ou pena de multa até 60 dias, estamos perante duas situações em que a moldura penal máxima é inferior ao limite da moldura mínima prevista para o branqueamento. Para Caeiro essas infrações, embora se possam afirmar como enquadráveis no catálogo do número 1 nos casos da “corrupção” e “tráfico de influência”, não devem ser admitidas ao leque material aplicável, considerando que não teria sentido a previsão por parte do legislador destes casos como crimes precedentes, e depois estabelecesse uma limitação nos termos do número 10 que a reduzisse para os seis meses de prisão. (Caeiro, 2010: p. 220-221) Em casos semelhantes mostra-se como necessário proceder a uma redução teleológica do sentido legal excluindo do seu campo de aplicação estes crimes com moldura penal abstrata reduzida, de acordo com a teleologia do tipo legal de branqueamento.

6.3 Tipo subjetivo

Para comprovação dos elementos da infração penal, para além do tipo objetivo, é necessária a comprovação de uma vontade dirigida à prática do delito criminoso. No caso do branqueamento esta vontade genérica deverá ser dirigida a uma efetivação das condutas típicas do branqueamento para dar a aparência de legalidade. É esta vontade de praticar o facto ilícito que corresponde ao tipo subjetivo. É de referir que o branqueamento apresenta uma estrutura exclusivamente dolosa, em linha como outros crimes contra a realização da justiça. Pois não foi entendimento do legislador considerar como levantada a exceção de punição por negligência (segundo o artigo 13.º do CP). É assim transversal às condutas previstas no número 2 e 3 como elemento subjetivo a modalidade de dolo – diga-se, ao contrário, de outros ordenamentos jurídicos (v.g. o espanhol ou alemão) que punem o branqueamento por negligência.

O dolo é o conhecimento e vontade de realização dos elementos do tipo (objetivo). Para apurar o dolo é preciso que o agente criminoso tenha atuado de forma livre, deliberada e consciente, conhecendo que as condutas que praticou são punidas por lei, e mesmo assim não se inibindo de as praticar. O dolo é então composto por dois elementos: o conhecimento por parte do agente criminoso de todos os elementos objetivos do tipo de ilícito típico (elemento intelectual); e que tenha querido realizar e consumir a ação típica de acordo com esse conhecimento (elemento volitivo). É assim composto por conhecimento e vontade da realização do facto típico.

Inicialmente a criminalização do branqueamento continha a exigência quanto ao conhecimento por parte do agente da proveniência criminosas das vantagens, através da expressão “*quem sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática (...)*”, mas, com as sucessivas alterações legislativas, esta foi removida. Embora o elemento literal não o exija, estamos em consonância com a maioria da doutrina⁵³⁶, que esta deve ser mantida para preenchimento das condutas ilícitas previstas nos dois números do tipo de branqueamento (números 2 e 3, do artigo 368.º-A). O dolo do agente, no momento da prática da conduta de branqueamento⁵³⁷, deve assim abranger que as vantagens sobre as quais atua são originárias de um facto ilícito típico do catálogo (ou seja, detém origem criminosa). Até porque o valor antijurídico – o critério fundamental para a justificação da incriminação – só tem alguma tradução naquelas condutas atentatórias contra a

⁵³⁶ Neste sentido, cfr. entre outros: Godinho, 2001: p. 206; Duarte, 2002: p. 105-106; Canas, 2004: p. 161-164; Reale Júnior, 2010: p. 569-570; Fonseca, 2010: p. 278; Albuquerque, 2015: p. 1155; Conceição, 2017: p. 56; Reis, 2017: p. 164. E com reflexo na jurisprudência, Acórdão do STJ de 11 de Junho de 2014, proc. n.º 14/07.OTRLSB.S1, ou mesmo no direito comparado, onde a jurisprudência espanhola vai no sentido de exigência da origem ilícita dos bens como um elemento do tipo objetivo que deve ser comprovado no processo criminal (embora possa ser efetuado por prova indireta). (Porto, 2011: p. 316)

⁵³⁷ Cfr. entre outros, Duarte (2002: p. 152, 2004: p. 137), Albuquerque (2015: p. 1155) e Figueiredo Dias (2011: p. 355). É assim de considerar como irrelevante o dolo *superveniens* como o dolo *antecedentes*, uma vez que o dolo não estava preenchidos no momento da realização daquela conduta. Um pensamento contrário teria manifestas consequências na área comercial, porque os agentes que atuam nesta área poderiam posteriormente ser sujeitos a uma intervenção punitiva mesmo que não tivessem, no momento da execução da operação, conhecimento desta proveniência ilícita. Uma extensão da tutela penal que não se mostraria como constitucionalmente admissível no nosso ordenamento jurídico. Porém, como bem exemplifica Godinho, no caso de um profissional na área bancária, se o agente só tomar conhecimento da proveniência ilícita das vantagens de forma subsequente ao depósito na entidade onde trabalha, mas após esse conhecimento, realize as condutas de branqueamento destinadas a afastar a origem ilícita das mesmas, estamos, igualmente, perante um crime de branqueamento. (Godinho, 2001: p. 209)

administração da justiça quando o agente sabe que aquelas vantagens têm proveniência criminosa – sob pena de, ao não deterem essa qualificação, segundo Godinho serem entendidas como “*juridicamente inócuas*” (2001: p. 207) –, até pela natureza conexa e secundária do branqueamento que o interliga aos crimes antecedentes. Porque, só se pode ter a intensão de criar um bimbo sobre a verdadeira proveniência das vantagens aqueles que, pelo menos, representem a origem ilícita das mesmas. Pois, como bem destacam diversos autores, se alguém praticar as mesmas condutas típicas com a diferença de se tratar de bens lícitos, não estamos perante qualquer conduta injusta do ponto de vista jurídico⁵³⁸. Por conseguinte, o conhecimento sobre a origem criminosa das vantagens, no caso das condutas previstas nos tipos objetivos dos números 2 e 3, representa um elemento objetivo do tipo que deve ser abarcado pelo dolo do agente⁵³⁹, correspondendo ao elemento subjetivo comum que deve ser integrado no seu elemento intelectual.

A questão é mais complexa ao nível do conhecimento exigível. É nossa opinião que basta que o agente tenha conhecimento sobre a proveniência ilícita das vantagens pela prática de um ilícito-típico antecedente integrado no catálogo. Alinhamos com a esmagadora da doutrina quando refere não ser necessário que o agente criminoso saiba que as vantagens provêm especificamente de um facto ilícito típico concreto, ou que tenha sido praticado em determinado momento ou em certa localização geográfica⁵⁴⁰. Com efeito, basta que o agente perspetive a origem ilícita das mesmas (de um facto ilícito-típico subjacente do catálogo), não sendo necessário o conhecimento específico quanto à materialidade e formalidade do ilícito primário em relação a todos os seus elementos. Mas sendo necessário para as autoridades de investigação criminal fazer prova que o objeto do crime de branqueamento (as vantagens) corresponde ao proveito de ilícitos antecedentes enquadráveis no catálogo e que o agente atuou com esse conhecimento. Em suma, é necessário que o agente tenha conhecimento e valore a proveniência ilícita das vantagens sobre os quais vai atuar (dolo quanto ao objeto material); e que tenha vontade

⁵³⁸ Ver: Godinho, 2001: p. 207; Duarte, 2002: p. 105-106; Reale Júnior, 2010: p. 563; Porto, 2011: p. 315-316.

⁵³⁹ Não constitui uma condição objetiva de punibilidade. Esta realidade, segundo a opinião da maioria da doutrina, representa elementos do ilícito que se situam fora do tipo, mas cuja verificação é imprescindível para a respetiva punição.

⁵⁴⁰ Cfr. neste sentido: Godinho, 2001: p. 208ss; Caeiro, 2003: p. 1111; Duarte, 2004: p. 134-136; Canas, 2004: p. 161ss; Albuquerque, 2015: p. 1155ss; Reis, 2017: p. 165-166; Firmo, 2017: p. 185. E Acórdão do STJ de 11 de Junho de 2014, proc. n.º 14/07.OTRLSB.S1.

de realização do branqueamento (dolo quanto à realização típica). Aqui se integrando o momento cognitivo e volitivo do dolo⁵⁴¹.

Em relação às formas do dolo do tipo admitidas no tipo legal de branqueamento esta representa uma questão controversa no espaço doutrinário quanto à possibilidade de admissão de todas as suas modalidades (art. 14.º do CP) – dolo direto, necessário e eventual. É de ressaltar que no caso particular do artigo 368.º-A, número 2, do CP, é exigido que o agente tenha praticado aquela conduta com a finalidade, singular ou cumulativa, de dissimular a origem ilícita daquelas vantagens ou de evitar que o autor ou o participante das infrações subjacentes seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação criminal⁵⁴², o que se designa juridicamente como dolo específico. Esta intenção específica⁵⁴³ é um elemento subjetivo que não pertence ao dolo do tipo, enquanto conhecimento e vontade da realização no tipo objetivo, devendo acrescer à comprovação do elemento intelectual do dolo. Uma vez que não corresponde a um elemento do tipo objetivo, mas que tem de estar compreendido para que o tipo subjetivo se encontre preenchido, existe uma quebra da correspondência ou a congruência entre o tipo objetivo e subjetivo. (Figueiredo Dias, 2011: p. 379) Deverá ser valorada a atitude interna do agente para apurar aquela intenção específica – um nortear da conduta do agente – e que será representada de acordo com elementos externos. A imposição do dolo específico, em conjugação com o conhecimento da origem proibida das vantagens, resulta que nos casos da posse ou utilização dos mesmos é possível ilidir muitos dos problemas que se colocariam, por exemplo quando o branqueamento tivesse sido efetuado por familiares mais próximos do agente criminoso, como o cônjuge ou pessoa que conviva com ele em condição análoga (como a união de facto), através da utilização por exemplo de contas bancárias do cônjuge, e que poderia levar à interrogação sobre se existiria a possibilidade

⁵⁴¹ Sobre esta diferenciação de forma mais desenvolvida, veja-se Figueiredo Dias (2011: p. 350ss).

⁵⁴² É uma conduta que se aproxima do favorecimento real quando o agente atua sobre os bens, e favorecimento pessoal quando se exige que o agente vise, com a sua atuação, possibilitar que o agente do crime permaneça impune. (Duarte, 2002: p. 132) A existência do dolo específico do conhecimento dos bens é entendida por certos setores doutrinários como acarretando uma grande dificuldade probatória. Como refere Caeiro, a fenomenologia do branqueamento interligada com a moderna prática económica e financeira do mundo dos negócios, onde frequentemente a licitude dos bens em jogo mercantil por vezes é bastante ténue, consequência do anonimato e interseção de bens lícitos e ilícitos, pressupõe a dificuldade de um apuramento concreto sobre a proveniência dos bens. (Caeiro, 2003: p. 1117)

⁵⁴³ Cfr. Albuquerque (2015: p. 1155)

de acusação pelo branqueamento através de uma ocultação e/ou dissimulação da verdadeira proveniência das vantagens.

No caso do número 3, a letra da lei já não impõe um dolo específico (como no caso das condutas do número 2 para preenchimento do tipo subjetivo), mas apenas o dolo genérico (art. 14.º do CP). Aqui pode-se referir que o tipo objetivo e subjetivo são congruentes. Embora inexista esta afirmação de um elemento subjetivo específico para estas condutas⁵⁴⁴, certos autores⁵⁴⁵ consideram que aquelas intenções deverão ainda ser assumidas para estas condutas por se prenderem com a administração da justiça. Parece-nos que a não exigência expressa do dolo específico para este artigo é representativa do espírito da lei a simplesmente exigir o dolo genérico. No entanto, entendemos que o segundo conjunto de autores pretende estabelecer uma delimitação quanto ao campo de punição (em linha com as condutas do número 2) e concordamos com a mesma. Entendemos em linha com Ana Raquel Conceição, que de *iure condendo* tais intenções específicas deveriam expressamente ser alargadas às modalidades típicas do número 3. (Conceição, 2017: p. 63) Porque quem atua com vontade de ocultar e dissimular é porque tem interesse em evitar que se conheça a verdadeira qualidade e proveniência das vantagens. Embora, na nossa opinião, realizando uma interpretação teleológica em consonância com o bem jurídico protegido (a administração da justiça) permite-nos, atualmente, chegar a uma interpretação restritiva do seu círculo de tipicidade de condutas que não são aptas para lesar a administração da justiça. Conseguindo aquela delimitação típica das condutas do branqueamento, em consonância com os princípios constitucionais já analisados.

Esta realidade tem ainda efeitos ao nível das modalidades do dolo do tipo de branqueamento, questionando-se se apenas releva no branqueamento o dolo direito e necessário, ou, se o próprio dolo eventual pode revelar no caso concreto. Doutrinariamente, ao nível do dolo direito e necessário não se coloca nenhum problema. A questão *sub judice* é saber se é juridicamente admissível que o agente com dúvidas sobre a proveniência das vantagens, e que perspetive como possível as mesmas serem originárias do facto ilícito típico do catálogo, mas mesmo assim decide atuar, conformando-se com essa possibilidade, será punível por branqueamento?

⁵⁴⁴ Veja-se: Godinho (2001: p. 222), Canas (2004: p. 159-160) e Albuquerque (2015: p. 1155)

⁵⁴⁵ Cfr. Duarte (2002: p. 125-136), Caeiro (2010: p. 436ss) e Fonseca (2010: p. 279-280).

Fazendo aqui um breve parêntesis, com a anterior redação legal, era entendida a exigência pela letra da lei de um conhecimento positivo mais profundo sobre aquela proveniência, que levava à colocação em causa sobre aquela realidade e permitia negar a admissibilidade do dolo eventual⁵⁴⁶. Porém, eliminada essa expressão, a questão não esmoreceu totalmente. Para determinados autores⁵⁴⁷, o dolo eventual deve ser rejeitado porque o elemento subjetivo específico do número 2 e a própria construção típica do branqueamento, impossibilita a possível configuração da proveniência e posterior conformação do agente para punição do branqueamento – considerando esse entendimento como dogmaticamente insustentável. Com efeito, só admitem a possibilidade de dolo direto e necessário. Um caso particular é enunciado por Jorge Godinho que não admite o dolo eventual em relação ao conhecimento da origem criminosa dos bens, por entender que a prescrição de elementos subjetivos específicos inquina a possibilidade de se admitir o dolo eventual quanto a essa proveniência. Aqui individualiza a afirmação da existência de três possibilidades: conhecimento, dúvida ou desconhecimento. Não se podendo enquadrar ao mesmo nível dogmático a atuação com conhecimento efetivo da proveniência ilícita, ou o caso de o agente ter atuado com uma simples representação da possibilidade, mas sem o devido conhecimento efetivo. O autor

⁵⁴⁶ Por hipótese de raciocínio é de referir o sentido desenvolvido na doutrina. Argumentando a que este dolo específico afastava a possibilidade dogmática do dolo eventual, encontramos Godinho (2001: p. 214ss) e Oliveira Ascensão (1999: p. 348-349). Embora este segundo autor fosse bastante crítico pela letra da lei remeter para um conhecimento preciso, por entender não ser compreensível face à realidade social e levaria a um restrito nível de punição, por permitir que um agente que não se interrogasse sobre a origem das vantagens (quando o pudesse e devesse fazer) e procedesse a tais operações não seria punido por branqueamento. (Oliveira Ascensão, 1999: p. 348-349) Também Caeiro advogava que a exigência daquele elemento particular do ilícito afastava do tipo subjetivo os casos em que o agente meramente representava a proveniência ilícita das vantagens como possível não tendo conhecimento efetivo quanto à proveniência dos bens. (Caeiro, 2003: nota 145, p. 1116) Em sentido contrário admitindo o dolo eventual quanto à proveniência dos bens mesmo de acordo com essa redação legal já ultrapassada (Santiago, 1999: p. 394; Duarte, 2002: p. 149ss; Canas, 2004: p. 162ss; Fonseca, 2010: p. 277-278)

⁵⁴⁷ Neste sentido, entre outros: Brandão, 2002: p. 96; Miguez Garcia & Castela Rio, 2014: p. 1218; Albuquerque, 2015: p. 1155; Bandeira & Fachin, 2015: p. 550; Terra de Oliveira, 2016: p. 202; Conceição, 2017: p. 56, 60, 63. Refere Albuquerque que outro seria o entendimento se o legislador português tivesse optado por uma tipificação semelhante à adotada no Código Penal Suíço, onde para desencadear a intervenção punitiva é suficiente que o agente tenha atuado com dolo adequado para obstaculizar a identificação da proveniência ilícita das vantagens, sabendo ou devendo saber que a vantagem decorre da prática de um crime. (Albuquerque, 2015: p. 1155)

identifica as consequências nefastas que teria no mercado económico-financeiro, considerando que tal resultaria num inaceitável dever genérico de esclarecimento da proveniência de bens de qualquer espécie, que a própria lei impõe só a determinadas entidades, aludindo ao facto que tal significaria a punição de qualquer entidade por não ter investigado a proveniência dos bens (Godinho, 2001: p. 217ss), com particular relevância para as entidades financeiras⁵⁴⁸, que não tivesse atuado com diligência na averiguação da origem desses bens, desconfiando da proveniência ilícita das vantagens e se conformassem com essa ilicitude. No entanto, o autor faz uma distinção entre a exigência da representação da proveniência ilícita das vantagens em que não admite o dolo eventual, e o dolo eventual relativo à conduta de branqueamento que pode ser admissível, no caso do agente sabendo da origem ilícita das vantagens de um ilícito precedente, admite a possibilidade de os converter ou transferir e se conforma com ela. (Godinho, 2001: p. 223-225) Paulo Pinto de Albuquerque apresenta um pensamento similar, referindo que quem detém uma intenção de esconder a real proveniência (criminosa) das vantagens é porque tem conhecimento que as mesmas têm fonte na prática de atos criminosos. Daí não ser possível conceber o dolo eventual. (Albuquerque, 2015: p. 1153)

Pelo contrário, encontramos um conjunto de autores⁵⁴⁹ a admitirem sem restrições o dolo eventual, considerando a afirmação do dolo nas suas três modalidades: direto, necessário e eventual. Pedro Caeiro, admitindo a possibilidade de verificação do dolo eventual, refere que “(...) *o agente que actua com dolo eventual é punido, não por não*

⁵⁴⁸ Aludindo também a esta linha de pensamento encontramos Ana Raquel Conceição. A autora acrescenta que a posição a admitir o dolo eventual não só originaria um abalo do comércio jurídico, mas também ao nível de determinadas profissões como os advogados, neste caso porque obrigaria o causídico a procurar o conhecimento da origem dos valores com que o cliente vai pagar os seus honorários. (Conceição, 2017: p. 59-60) A questão do pagamento de honorários deve ser resolvida no âmbito da sua função constitucional na área da justiça e dos deveres deontológicos que lhe são impostos, mas, no nosso entendimento, não se trata de uma questão de imputação criminal.

⁵⁴⁹ Com o mesmo entendimento encontra-se Jorge Duarte, que até já admitia esta linha interpretativa quanto à proveniência das vantagens no normativo de 1995, mantendo a mesma linha de pensamento para a redação atual (Duarte, 2002: p. 149-152, 2004: p. 134-136, 2010: p. 330) No mesmo sentido encontramos Rodrigo Santiago, admitindo os três tipos de dolo ainda no caso da vigência do artigo 23.º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro (Santiago, 1999: p. 394), e na redação atual, entre outros: Canas, 2004: p. 162-163; Martins, 2010: p. 158; Fonseca, 2010: p. 277-278; Pereira & Lafayette, 2014: p. 978; Rodrigues, 2019: p. 142.

se ter informado da proveniência das vantagens, mas por ter representado a violação daquele dever como consequência possível da sua conduta e esse risco lhe ser indiferente". Como o autor refere, a exigibilidade do elemento subjetivo da ilicitude é suficiente para afastar as críticas que vem sendo dirigidas à punição do branqueamento por dolo eventual, sendo necessário para afirmar esta punibilidade que o agente para além de representar a possibilidade de as vantagens derivarem dos ilícitos típicos antecedentes, preencha o elemento subjetivo doloso de branquear as vantagens. Respondendo às críticas de Godinho, considera que tal entendimento não origina uma paralisação do mercado económico-financeiro pela consagração de tal dever de esclarecimento da proveniência dos bens de qualquer espécie⁵⁵⁰. (Caeiro, 2003: p. 1118, 1122)

Esta é também a nossa posição admitindo as três modalidades de dolo. No caso de o agente ter por finalidade imediata a realização do facto típico do branqueamento estamos perante um dolo direto (artigo 14.º, número 1 do CP). Quando a realização do crime de branqueamento é entendida como uma consequência necessária da sua conduta, estamos perante o dolo necessário (artigo 14.º, número 2 do CP)⁵⁵¹. Por fim, quando o agente representa como possível que os bens têm proveniência ilícita ou meramente representar isso como possível (configure essa possibilidade) e mesmo assim praticar as condutas típicas conformando-se com essa possibilidade, estamos perante o caso de dolo eventual (artigo 14.º, número 3 do CP). Em consequência, o dolo eventual do agente tem de abranger não só os comportamentos tipificados no artigo, como a proveniência ilícita das vantagens.

Em conclusão, para além do conhecimento dirigido sobre todos os elementos objetivo do tipo – elemento intelectual do dolo –, o agente deverá canalisar a sua vontade

⁵⁵⁰ Pedro Caeiro refere que a instituição de deveres específicos de diligência (ainda não tão amplamente estatuídos, porque o autor ainda escreve na vigência dos diplomas preventivos anteriores), como a comunicação, exame e abstenção, de vantagens suspeitas de serem oriundas de práticas ilícitas, constitui um desiderato mais abrangente do que o evidenciado pela admissão do dolo eventual, pressupondo uma determinada intenção. De igual forma, também se mostra como necessário mostrar no plano concreto que o agente atuou com a intenção de converter ou dissimular. Pretende afastar assim as críticas de Jorge Godinho, no qual ainda se inclui a referência a um “esvaziamento de conteúdo” das medidas preventivas de branqueamento com natureza contraordenacional, que Caeiro afasta porque a aplicação das sanções do normativo prende-se com a violação dos deveres, e não com um concreto preenchimento do tipo do crime. (Caeiro, 2003: p. 1122-1123)

⁵⁵¹ Deve-se referir que nos casos do dolo direto e necessário estamos perante um grau de ilicitude bastante mais elevado do que o dolo eventual.

e querer praticar o facto ilícito – encontrando-se aqui a vontade dirigida à realização do crime que integra o elemento volitivo do dolo –, podendo este ser direto, necessário ou eventual. Em ambas as condutas do branqueamento, o agente deve representar a proveniência ilícita das vantagens, devendo, no caso das condutas típicas do número 2, englobar ainda o elemento subjetivo específico, já no caso do número 3, como esse dolo específico não existe, basta que o agente tenha o *animus* de atingir o resultado das condutas do referido crime (basta para o preenchimento o conhecimento e vontade de praticar o tipo objetivo).

Fazendo aqui um breve parêntesis e para terminar a análise sobre o elemento subjetivo, devemos deixar reforçada a distinção entre dois tipos de erros enunciados no seio doutrinário: o erro sobre a ilicitude (da proveniência) e o erro sobre a proveniência ilícita, que não podem ser confundidos. No primeiro erro somos afirmativos a referir a irrelevância do erro e a existência do dolo, porque o agente tem conhecimento da proveniência ilícita, mas encontra-se em erro sobre a qualificação jurídica, que é irrelevante para o dolo do tipo. Embora podendo ressaltar esse erro na medida da culpa, existindo a possibilidade de excluir a culpa do agente quando esse erro sobre a ilicitude não lhe seja censurável, ou quando o for podendo originar uma atenuação especial da pena (art. 17.º do CP). Quanto ao segundo erro, o erro do tipo, constitui quer uma representação errada, quer uma falta de representação quanto aos elementos objetivos do tipo. Uma vez que o dolo deve abranger o conhecimento dos elementos do tipo objetivo, a falta desse conhecimento, ou seja a existência do erro, exclui o dolo. Assim, nesse caso, não se poderá afirmar que o agente tenha orientado o seu comportamento pela prática do ilícito por faltar um pressuposto do tipo, e, como tal, é o dolo excluído (artigo 16.º, número 1 do CP). (Godinho, 2001: p. 228ss; Caeiro, 2003: p. 1112) Esse será o caso do erro do agente que perspetiva uma proveniência legítima de uma determinada vantagem quando na verdade isso não acontece (e, na verdade, a vantagem tem origem ilícita). Neste caso, encontra-se o agente criminoso em erro que exclui o dolo, de acordo com o disposto no artigo 16º, número 1 do CP. Com a ressalva que poderá haver casos em que o erro seja “vencível” quando se demostre que se o sujeito tivesse tido um comportamento mais diligente o erro não se teria verificado. (Martínez, 2017: p. 221) Para além destes erros, que são os mais usuais na vida prática, pode-se ainda referir as situações em que o agente perspetiva que as vantagens provêm de um determinado ilícito típico do catálogo, mas, na verdade, tem como proveniência outro crime do catálogo. Estamos aqui perante um erro que incide sobre o facto ilícito típico precedente. Jorge Godinho defende a relevância

do erro a excluir o dolo, mas não obstante à punibilidade a título de tentativa. (Godinho, 2001: p. 230ss) De acordo com a atual tipificação do crime de branqueamento, pela maior amplitude de ilícitos típicos do catálogo, somos da opinião que é suficiente que o agente tenha conhecimento da proveniência ilícita das vantagens, não se mostrando como necessário que esse conhecimento envolva a especificidade de um determinado ilícito típico. Seguindo o nosso entendimento, este tipo ilícito possui autonomia quanto ao seu sentido antijurídico e desvalor ético-social, não obstante a natureza compósita que lhe é subjacente. Assim, quando estamos perante vantagens ilícitas oriundas de um facto ilícito do catálogo, e o agente represente este facto (embora sem saber qual o crime precedente de que as vantagens são oriundas) procede a condutas que ofendem a administração da justiça, podendo ser punido pelo crime doloso consumado de branqueamento, sendo assim esse erro irrelevante⁵⁵². Como assinala Martínez, no ordenamento jurídico espanhol, mas com uma real articulação para o português, o agente tem na verdade consciência do desvalor ético social que é emanado pela sua conduta (isto é, que está a cometer um crime) e mesmo assim pratica o ato criminoso. Não se podendo premiar a ignorância do agente criminoso (2017: p. 207), deixando-o de punir a título consumado, mas sim a título tentado (beneficiando da respetiva atenuação da pena). O agente criminoso representou que estava a atuar sobre uma vantagem ilícita e quis realizar a conduta típica, está claramente a realizar um ato contrário ao Direito. Em sentido contrário, vai Ana Raquel Conceição que, embora partilhando da autonomia do branqueamento, considera que o erro sobre o ilícito precedente releva para excluir o dolo. Sustentando a sua opinião na diferenciação qualitativa do número 1 do artigo 368.º-A por parte do legislador significa uma maior atenção para com esses, por consequência da sua gravidade e danosidade (no caso da cláusula quantitativa considera que o entendimento como por nós perfilhado pode ser admitido), possuindo um respaldo valorativo diferenciado – se entendemos bem, a autora pretende aludir a uma subespécie de “imagem social diferenciada” – que permite na sua opinião sustentar a necessidade de o agente ter conhecimento (dolo) sobre esse crime primário específico. (Conceição, 2017: p. 62-63) De acordo com o supra expedito, entendemos tal pensamento como juridicamente inoperante. O tipo subjetivo deve abranger que a vantagem provém de um facto típico ilícito do catálogo e que esse conhecimento seja contemporâneo da conduta do branqueamento. É nisto, salvo melhor opinião, a que corresponde o elemento intelectual

⁵⁵² Também neste sentido vai Pedro Caeiro. (2003: p. 1113-1114).

do dolo. Não que corresponde ao crime x ou y (o que, desde logo, em termos provatórios colocaria graves problemas no respetivo processo), porque sendo o branqueamento um crime contra a justiça, em termos de ilicitude o necessário é a criação do “bimbo” sobre a verdadeira proveniência das vantagens, que atinja a máquina repressiva estatal e tal acontece quando o agente detém conhecimento ou representa como possível e se conforma com essa possibilidade, sabendo então que se encontra a atuar sobre produtos com origem criminosa. Muito menos quando se pretende invocar uma espécie de “valorização ou imagem social diferenciada” para dar relevo a esse erro. Qual a diferença entre o agente mentalmente perspetivar estar a atuar sobre vantagens provenientes do tráfico de estupefacientes, mas, na verdade, estamos perante vantagens oriundas de fraude fiscal? Atente-se ao próprio exemplo do erro sobre o objeto quando essa identidade é tipicamente igual à representada pelo agente, neste caso o erro é jurídico-penalmente irrelevante porque a identidade é tipicamente igual. O bem jurídico atingido é o mesmo, apenas se diferencia o objeto perspetivado a atingir pelo o agente. Ora, passando para o desenvolvimento do nosso tipo legal, de acordo com a natureza do crime do artigo 368.º-A do CP é perfeitamente irrelevante que o agente criminoso realize as práticas branqueadoras com conhecimento da proveniência das vantagens de um determinado crime de catálogo, mas errando no crime de que as mesma provém. A relevância axiológica é a mesma quer constitua o crime precedente x ou y, o importante é que o agente detenha o conhecimento sobre a proveniência ilícita das vantagens de um crime de catálogo. Numa situação ou na outra o agente violou o mesmo bem jurídico, sabendo perfeitamente que o seu comportamento era ilícito.

Por fim, importa ainda referir o caso de o agente perspetivar a proveniência das vantagens de um facto ilícito do catálogo, mas isso não acontece, como a existência de um ilícito típico precedente constitui um dos elementos do tipo, e na verdade não ocorreu qualquer tipo de ilícito primário, estamos perante um caso de tentativa impossível segundo o artigo 23.º, número 3 do CP, que deverá ser resolvido de acordo com a solução legal do CP⁵⁵³.

⁵⁵³ Neste sentido, Caeiro, (2003: p. 1112). Defendendo uma tentativa inidónea, veja-se: Godinho (2001: p. 229, nota 525) e Míguez Garcia & Castela Rio (2014: p. 1219).

6.4 O agente do delito de branqueamento – Concurso de Crimes

Outras das questões clássicas mais relevantes quanto à análise do tipo legal de branqueamento é correspondente à delimitação da autoria. É aqui colocada a questão da possibilidade do concurso efetivo de crimes quando o agente é coincidente na qualidade de autor (imediato ou mediato), coautor, instigador ou cúmplice, no facto típico precedente e do branqueamento. De forma mais precisa, se o agente do crime precedente pode ser punido em concurso efetivo (real) pela prática daquele facto típico subjacente e branqueamento (de capitais). É a designada questão doutrinária do “autobranqueamento”.

Esta matéria é controversa não só no nosso ordenamento jurídico, mas, igualmente, no domínio do direito comparado, em que alguns ordenamentos jurídicos assumem expressamente um determinado sentido – como a ordem jurídica italiana que, inicialmente rejeitava esta figura, mas depois passou a admitir expressamente a punição por concurso de crimes⁵⁵⁴, ou alemã que excluí do círculo da autoria do branqueamento os participantes nos factos ilícitos típicos antecedentes⁵⁵⁵ –, enquanto outros simplesmente omitiam a prenúncia sobre esta questão – como as anteriores legislações

⁵⁵⁴ No ordenamento jurídico italiano era entendido que o agente do facto típico ilícito se encontrava fora da delimitação do círculo de autores do tipo de branqueamento mesmo que procedesse a condutas de legitimação ou dissimulação das vantagens criminosas. Dizia respeito à incompatibilidade entre tais condutas em sede de punição, considerando o legislador italiano que o desvalor dessas condutas seria ainda compreendido nos crimes antecedentes. Com o desenvolvimento da realidade social e a necessidade de dotar uma maior homogeneidade quanto à resposta penal adotada nestes casos, veio a ser adotada uma reforma em 2014 ao Código Penal italiano – com a lei n.º 186, de 15 de Dezembro de 2014 –, alterado a redação dos artigos do branqueamento, sumariamente, e quanto à matéria em apreço, aumentando as penas para os ilícitos de práticas branqueadoras (art. 648.º bis “*Sostituzione di denaro o valori provenienti da rapina aggravata, estorsione aggravata o sequestro di persona a scopo di estorsione*”; art. 648.º ter “*Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita*”) e com particular destaque foi introduzida uma nova disposição no artigo 648.º-ter 1 (com a epígrafe “*autoriciclaggio*”), passando a se admitir expressamente a punição do “autobranqueamento” com a ressalva de exclusão das modalidades típicas das práticas de ocultação ou dissimulação que ultrapassem a mera utilização ou disposição pessoal (nas palavras da lei “*fuori dei casi di cui ai commi precedenti, non sono punibili le condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale.*”). (Rodríguez, 2015: p. 87ss)

⁵⁵⁵ Cfr. § 261, número 9, do Código Penal Alemão.

espanhola⁵⁵⁶ ou portuguesa⁵⁵⁷. No caso dos ordenamentos jurídicos de matriz anglo-saxónica o sentido era expresso ao admitir a punibilidade desta figura – ali designado “*own funds money laundering*” –, em que o autor da infração precedente quando pratique atos de branqueamento seria sempre punível em concurso efetivo (real) de crimes. Quanto aos ordenamentos jurídicos de matriz romano-germânica – como o nosso – a tendência (anterior) era assumir um sentido contrário, de exclusão do autor do ilícito a montante do círculo de autoria do branqueamento. (Godinho, 2010: p. 370-371) Os próprios diplomas internacionais também dedicaram alguma atenção quanto às problemáticas que podiam emergir nesta matéria: a Convenção de Estrasburgo nos termos do artigo 6.º, número 2, alínea b), refere a possibilidade das partes signatárias não aplicarem, no seu direito interno, a punição do agente branqueador quando também seja autor do ilícito precedente de onde derivaram as vantagens; também a Convenção de Palermo no seu artigo 6.º, número 2, alínea e), considerava a possibilidade dos ordenamentos jurídicos nacionais, de acordo com os seus princípios fundamentais, adotarem essa não punição; seguindo esta particularidade, quer a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003, segundo o seu artigo 23.º, número 2, alínea e); quer a Convenção do Conselho da Europa de Varsóvia em 2005, no seu artigo 9.º, número 2, alínea b). Já na última Diretiva (UE) 2018/1673, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro de 2018, segundo o artigo 3.º, número 5, foi expressamente reconhecido que os Estados-membros devem adotar as medidas necessárias para que as condutas de conversão, transferência, encobrimento e dissimulação, possam ser punidas mesmo quando sejam praticadas por sujeitos que tenham participado na atividade criminosa de onde são originárias as vantagens (embora esta última ainda não tenha o necessário desenvolvimento temporal para se sedimentar na dimensão jurídico-penal de todos os Estados-membros).

No plano doutrinário esta questão conduziu a uma divisão entre os próprios autores – uma divergência principalmente precedente da redação da lei anterior, mas que gera posições antagónicas perante a redação literal atual. Uma querela jurídica que naturalmente foi expandida para o campo dos tribunais, em que a própria jurisprudência

⁵⁵⁶ A atual redação ao artigo 301.º do Código Penal espanhol (de acordo com a reforma perpetuada pela Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), admite expressamente a possibilidade de punição do agente “autobranqueador” nos termos do seu número 1 (“*cometida por él o por cualquiera tercera persona*”).

⁵⁵⁷ Até à entrada em vigor da Lei n.º 11/2004, de 27 de março, o elemento literal da criminalização do branqueamento era demasiado ambíguo quanto à questão sobre se o autor do crime precedente estaria excluído do círculo de autoria do crime de branqueamento.

se dividida entre admitir ou não a punição do agente do ilícito típico antecedente também por branqueamento. Esta divisão jurisprudencial, nos termos da lei anterior à criminalização no branqueamento no CP, resultou na fixação de jurisprudência pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 13/2007, de 22 de março. A decisão veio fixar jurisprudência e resolver a divergência jurídica entre Acórdãos do STJ de 13 de Maio de 2004, proc. n.º 1408/05, e o Acórdão do STJ de 23 de Março de 2000, proc. n.º 972/99. O arresto uniformizador incidiu e decidiu sobre dois paradigmas: reconheceu que o agente do crime precedente também podia ser autor do crime de branqueamento; e que o agente da prática do crime de tráfico de estupefacientes que posteriormente praticasse as condutas destinadas a ocultar ou dissimular a origem ilícita dos preceitos (nos termos do então artigo 23.º, número 1, alínea a), do DL 15/93, de 22 de Janeiro) comete os dois crimes em concurso efetivo real de crimes. Tendo o douto tribunal fixado jurisprudência nestes termos: *“na vigência do artigo 23º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, o agente do crime previsto e punido pelo artigo 21º, n.º 1, do mesmo diploma, cuja conduta posterior preenchesse o tipo de ilícito da alínea a) do seu n.º 1, cometeria os dois crimes, em concurso real.”* O predicado fundamental é a assunção da possibilidade da punição por branqueamento do agente criminoso do facto ilícito subjacente em concurso efetivo (real) de crimes, por existir uma pluralidade de sentidos sociais de ilicitude que sustenta a punição por estes dois tipos de ilícitos.

Em jeito sumário, uma parte da doutrina e jurisprudência defendia uma posição de exclusão do círculo de autores do branqueamento do autor do facto ilícito típico, em virtude da punição por aquele facto antecedente ser suficiente para abranger as posteriores condutas de branqueamento, isto é, considerava as condutas branqueadoras como um prolongamento natural das infrações precedentes, em função da natureza compósita do branqueamento. Em que o desvalor do injusto penal das condutas entendidas no conceito material do branqueamento já seria absorvido (devidamente punido) pelo delito antecedente – o que representaria uma acessoriedade do branqueamento em relação ao crime precedente. Daí que, segundo esta corrente, chegar-se-ia à conclusão que uma punição pelos dois tipos legais de crime resvalaria para uma violação dos princípios da proibição do excesso – artigo 18.º, número 2, da CRP –, e, principalmente, princípio constitucional do *non bis in idem* – artigo 29.º, número 5 da CRP – resultando numa dupla punição do agente criminoso pelos mesmos factos.

Por outro lado, outra corrente doutrinária ia no sentido de admitir a punição pelos tipos legais, mesmo quando coincidiam em ambos os crimes a mesma qualidade de autor,

considerando que o sentido legal não impossibilitava essa punição, porque existe uma proteção jurídica de interesses diferenciados nos crimes antecedentes e no branqueamento.

Com a introdução do artigo 368.º-A no CP, através da Lei n.º 11/2004, de 27 de março, passou a redação legal a efetivar uma delimitação da autoria do crime de branqueamento, admitindo expressamente esta punição por vantagens “*obtidas por si ou por terceiro, direta ou indiretamente*” (número 2 deste artigo), e, no geral, face a toda a estrutura típica do ilícito. Uma referência sustentada nos trabalhos preparatórios que a antecederam⁵⁵⁸. No Projeto de Lei n.º 174/IX (que acabou por resultar na lei n.º 11/2004, de 11 de março) era admitida expressamente essa referência à punição por branqueamento das vantagens por parte do agente do facto ilícito típico antecedente, enquanto na Proposta de Lei n.º 73/IX, estava subjacente este sentido, embora não consagrado de forma expressa⁵⁵⁹. Como refere Godinho, a possibilidade de punição em concurso efetivo foi sempre transversal no trabalho legislativo, só emanando dúvidas quanto à sua consagração expressa, que foram posteriormente ultrapassadas. Segundo o autor a reforma de 2004 veio estabelecer a opção do legislador pelo concurso efetivo entre os dois crimes. Entendendo-se que o branqueamento constitui um facto posterior que deverá ser punido de forma autónoma em face da distinção entre os bens jurídicos a tutelar. Um pensamento que só poderia apurar a aplicação da regra geral do artigo 30.º do CP quanto ao concurso de crimes. (Godinho, 2010: p. 366ss)

É assim de referir que a lei portuguesa tomou uma posição expressa sobre o tema em análise pela conformidade da sua punição, como evidenciado pelo elemento literal do preceito assim como a sua *ratio legis*, a que se vieram somar as já citadas decisões jurisprudenciais nesse sentido – principalmente a do Acórdão de Supremo Tribunal de Justiça de fixação da jurisprudência n.º 13/2007, de 22 de Março.

⁵⁵⁸ Projeto de Lei n.º 174/IX, “*Regime de prevenção e repressão do branqueamento de capitais e outros bens ou produtos provenientes da criminalidade grave*”, in DAR, II Série-A, de 12 de dezembro de 2002; e Proposta de Lei n.º 73/IX, “*Estabelece o regime da prevenção e repressão do branqueamento de vantagens de proveniência ilícita*” in DAR, II Série-A, de 5 de junho de 2003.

⁵⁵⁹ Como se entendeu neste projeto de lei, uma referência expressa à punição pelo “autobranqueamento” poderia originar que o julgador punisse uma mera utilização normal ou fruição das vantagens que tivessem sido obtidas pelo próprio autor do facto precedente, e que se podia traduzir numa automática dupla punição.

No entanto, como denotam vários autores de forma expressa⁵⁶⁰, essa alteração legal, embora afirmativa quanto à delimitação dos possíveis agentes criminosos, não esgotou todas as problemáticas emergentes do concurso de infrações. A questão agora enunciada é se de acordo com a redação literal conferida pela norma do branqueamento e a posição afirmada pelo arresto na fixação de jurisprudência, é imposta a conclusão de obrigatoriedade de todas as condutas de branqueamento pelo autor do tipo ilícito precedente serão remetidas para o concurso efetivo? Ou seja, se qualquer das modalidades de branqueamento realizadas pelo autor ou participante do facto ilícito típico antecedente levará à sua punição em termos do concurso efetivo entre os crimes? Ou se é possível entender que em determinadas situações tal punição resultaria numa dupla punição do agente criminoso pelos mesmos factos, que redundaria numa inconstitucionalidade por violação do princípio *non bis in idem*? Estará o tribunal a valorar duplamente o mesmo facto criminoso? Tal situação importa que se façam algumas anotações sobre este tema.

Na nossa análise iremos realizar uma diferenciação entre as teses seguidas pela doutrina e jurisprudência portuguesa. E iniciando por aqueles que defendem a impossibilidade de existir concurso efetivo de crimes no caso em que as operações de branqueamento são realizadas pelo próprio agente do crime subjacente.

Pela tese de um concurso aparente alinha uma (atual) posição minoritária, onde ressalva a posição paradigmática de Jorge Godinho que já face ao anterior normativo considerava que o agente branqueador terá de ser uma pessoa diversa do que cometeu a infração subjacente (2001: p. 236-240), mas que mantém o entendimento face à atual redação legal – embora considerando que a solução adotada pelo legislador através da redação de 2004 foi o de admitir esta possibilidade, conclui mantendo o mesmo sentido de rejeição de tal entendimento⁵⁶¹. (Godinho, 2010: p. 398-399) Em sede de concurso defende que a existência de pluralidade de bens jurídicos entre o branqueamento e factos ilícitos precedentes não pressupõe liminarmente a existência de um concurso efetivo, porque tal solução significaria partir de uma posição de extremo normativismo/positivismo. Assim, tendo como ponto inicial de análise a diferenciação entre o bem jurídico da administração da justiça nos termos da qualificação subsumida

⁵⁶⁰ Cfr. como meros exemplos, entre outros: Caeiro, 2010: p. 192; Leite, 2013: p. 470; Torrão, 2016a: p. 536.

⁵⁶¹ No seguimento desta posição, Santos (2015: p. 343ss).

no ilícito do branqueamento e os bens jurídicos clássicos – como a vida, integridade física ou o património –, pela natureza eminentemente sucedânea face às práticas ilícitas primárias, defende a necessidade de ir num sentido mais abrangente, apoiando-se no critério sugerido por Figueiredo Dias de “*unidade de sentido do acontecimento ilícito global-final*” e indagar se aquelas condutas são incluídas num sentido unitário do comportamento criminoso em relação aos ilícitos cometidos pela conduta do agente e por ele consumidos. A tónica é “*(...) se o facto principal em consideração abrange o facto posterior de modo que este se deva considerar já compreendido na pena daquele – e, neste sentido, «co-punido», em nome de considerações que variam de caso para caso e que não são de fácil generalização, concluindo dever ser rejeitada a pretensão de resolver o problema atentando apenas na diferenciação de bens jurídicos e dando por adquirida a recusa do critério do bem jurídico como a pretensa «prova dos nove» da arte de bem contar crimes.*” Em rigor a consideração do critério do bem jurídico diferenciado não pode ser entendida como a única fundamentação para afirmar o concurso efetivo de crimes, ou seja não se pode atender meramente ao critério normativo, mas ainda acrescentando uma valoração axiológicamente relevante⁵⁶². (Godinho, 2010: p. 382-384)

Para sustentar a sua posição, alude ao caso de outros “pós-delitos” tipificados no direito português, onde se afasta expressamente a punição do agente do facto primário, excluindo a possibilidade do agente do ilícito típico precedente poder ser punido em concurso efetivo pelas intervenções que sejam realizadas de forma posterior à consumação quando tenham sido realizadas pelo próprio. Tais são os casos da recetação (art. 231.º CP) onde se refere a dissimulação de coisa “*que foi obtida por outrem mediante facto ilícito típico contra o património*” (número 1); o auxílio material ao criminoso (art. 232.º do CP) “*quem auxiliar outra pessoa a aproveitar-se do benefício de coisa obtida por meio de facto ilícito contra o património*” (número 1); ou o favorecimento pessoal (art. 367.º do CP) que exige uma prática com “*intenção ou com consciência de evitar que outra pessoa, que praticou um crime, seja submetida a pena ou medida de segurança*” (número 1 e 2). Sustenta o autor, que a opção legislativa em relação às práticas dos outros pós-delitos, de ocultar ou auxiliar, dos supra referidos crimes foi num sentido diverso da admissão do autor do crime primário, e que uma posição contrária para o branqueamento colocaria em

⁵⁶² Reconhecendo este ponto particular, veja-se, entre outros: Leite (2013: p. 465).

causa o princípio da igualdade⁵⁶³. Conclui que o domínio do pensamento da política criminal é de afastamento da punição das condutas de encobrimento dos factos ilícitos praticados pelo agente primário⁵⁶⁴, em virtude de “(...) *em termos materiais, uma vez consumada a lesão do bem jurídico tutelado pelo crime principal, surge, num momento cronológico imediatamente posterior, a pretensão de realização da justiça, a levar a cabo nos quadros do monopólio estatal da justiça penal*”. Não visualizando argumentos que permitam considerar o branqueamento com legitimidade para merecer um tratamento diferenciado quanto a outros pós-delitos que não admitem a punição por concurso do agente do facto típico antecedente. Sob pena de aplicação de uma dupla punição, quer pela prática do facto típico ilícito antecedente, quer pela prática dos atos de encobrimento subsequentes, o que resultaria numa violação do princípio constitucional do *ne bis in idem*. Em suma, conclui pela consideração como co-natural a todo o crime de natureza aquisitiva o fenómeno de aproveitamento dos proveitos criminosos, só podendo tais condutas ser relevadas ao nível da determinação da pena concreta, nesse sentido constituindo um facto posterior co-punido. Naturalmente, que seguindo esta linha de

⁵⁶³ Porém, não devem ser confundidas as duas realidades. Como reconhece Silva, “*as exigências da repressão do branqueamento distinguem-se das subjacentes à dos normais post-delitos não puníveis, em função da especial perigosidade das respectivas condutas que constituem uma das maiores ameaças ao Estado de Direito.*” (Silva, 2017: p. 209) No mesmo sentido a estabelecer uma distinção material entre a perigosidade propagada pela ameaça representada pelo branqueamento encontramos na doutrina cfr. (Caeiro, 2003: p. 1105) e na jurisprudência Cfr. Acórdão do STJ n.º 13/2007, de 23 de março de 2007, proc. n.º 220/05. As especificidades político-criminais do branqueamento não permitem seguir o raciocínio propagado por Jorge Godinho. Parece-nos que o autor desconsiderou o diferença entre a estrutura típica dos crimes de favorecimento, de receptação, ou auxílio material ao criminoso, com o tipo legal de branqueamento, para além de se “esquecer” da própria opção legislativa, que o autor é taxativo a assumir pretender abranger o concurso efetivo de crimes. Ora, aqui interrogamo-nos se pretende o autor desconsiderar o elemento literal face ao elemento sistemático?... Violando o disposto no artigo 9.º do Código Civil?

⁵⁶⁴ Referindo mesmo não poder ser outro o entendimento, sob pena de se defender que o agente criminoso devia contribuir para a sua própria condenação, em violação do seu direito constitucional à não autoincriminação. Fazendo uma diferença entre a posição processual do arguido e de terceiros. (Godinho, 2010: p. 391-392) Não parece que este argumento seja sólido no caso do branqueamento. Uma coisa é entender que o agente não deve contribuir para a sua condenação, o que é inegável. Outra, situada num plano jurídico completamente diferenciado, é a aplicação de práticas sucedâneas, frequentemente desconetadas no tempo e no espaço, para afastar a proveniência criminosa (para tal envolvendo negócios, transferências, aquisição ou criação de entidades empresariais, etc...).

pensamento o douto autor apenas pode concluir sustentando a revogação da lei sobre o branqueamento, por exigências constitucionais, no enquadramento que permite a punição do agente do facto típico ilícito antecedente também pela prática de condutas de branqueamento. (Godinho, 2010: p. 398ss)

Outros autores juntam-se como vozes do “descontentamento” face à interpretação do concurso efetivo entre o crime precedente e o branqueamento⁵⁶⁵, aqui se podendo encontrar a posição de Paulo Sousa Mendes, Sónia Reis e António Miranda, que, partindo principalmente de uma análise sobre o tipo legal de corrupção, mas ampliando a sua conclusão para todos os casos dos delitos antecedentes, entendem existir um concurso aparente, face à natureza secundária e à conexão do branqueamento com o ato precedente, resultando numa relação de consumpção em que a ilicitude inerente ao branqueamento se mostra como consumida pelo crime subjacente quando seja praticado pelo mesmo agente. Partindo essencialmente da corrupção, os autores consideram o aproveitamento das vantagens como conatural à prática do crime da corrupção –, linha de pensamento que pode ser “exportada” para os outros ilícitos do catálogo por serem crimes de cunho aquisitivo. Considerando que um entendimento contrário, levaria a coatar o princípio da proibição da autoincriminação do agente criminoso, considerando que ele tinha o dever de exposição do próprio crime ou de colaborar com as autoridades (Mendes, Reis, & Miranda, 2008: p. 805-810) – em linha com o defendido por Jorge Godinho. Outros autores consideram não ser possível exigir uma conduta diversa ao agente, o que levaria à exclusão da sua culpabilidade do crime de branqueamento. Neste particular, destacamos Júnior & Paula – embora reconhecendo que o ordenamento jurídico brasileiro prevê expressamente o “autobranqueamento” – que consideram que o concurso de crimes deve ser afastado sob pena de redundar na violação do princípio constitucional da não incriminação. (Júnior & Paula, 2010: p. 62)

Porém, refere Paulo Pinto de Albuquerque, que esta corrente minoritária só teria sentido se se defendesse que o bem jurídico do branqueamento é o mesmo que o do crime

⁵⁶⁵ Cfr. ainda outros autores que enquadram tais práticas ainda no âmbito do facto típico ilícito antecedente, defendendo que só se pode entender o concurso como aparente porque o branqueamento é consumido pelo facto típico ilícito subjacente, como seja o caso de Oliveira Ascensão (1999: p. 347-348), Reale Júnior (2010: p. 574) e Fonseca (2010: p. 283) .

precedente – realidade, como já vimos, é de afastar –, e chegaria a resultados absurdos⁵⁶⁶. Daí que seja conclusivo a afastar qualquer violação do princípio do *non bis in idem* e da legalidade. (Albuquerque, 2015: p. 1147-1149)

Em sentido contrário, vai então a maioria da doutrina defender a possibilidade de um mesmo agente ser punido, em termos de concurso efetivo, quando estejam preenchido os elementos do tipo de branqueamento e do facto típico ilícito subjacente – portanto, em linha com o elemento literal. Embora se dividam quanto ao alcance da intervenção, em que uns defendem que existe concurso sempre que sejam verificadas as modalidades típicas do crime precedente e branqueamento, outros – numa posição mais equilibrada – pretendem estabelecer uma divisão para determinados casos, partindo da incidência no caso concreto e efetivamente dirigida aos casos imprescindíveis da tutela punitiva, de forma a evitar um descaimento para uma intervenção punitiva demasiado irrestrita que sustentaria muitas das críticas dirigidas pela corrente doutrinária diametralmente oposta – como já vimos, na atualidade com acolhimento minoritário e que pugna em tais casos pela não punição do agente –, de que tal raciocínio resultaria na violação do princípio constitucional do *non bis in idem* e da autoincriminação. Então impõem-se que vejamos agora as principais posições.

Pedro Caeiro – até já face à anterior legislação do branqueamento – entende que o autor do crime precedente pode também ser autor do crime de branqueamento, argumentando que o texto legal não restringe o círculo de autores, e as posições que pretendem fazer uma integração de branqueamento com os outros pós-delitos – a recetação, o favorecimento pessoal ou o auxílio material – não se mostra como a mais acertada⁵⁶⁷. Entendendo existir uma singularidade quanto à autoria do branqueamento – em que o legislador não pretendeu eximir como autor do branqueamento o agente do crime precedente – e os outros pós-delitos típicos. Em comum têm apenas nos seus elementos típicos a exigência de uma prática de um ilícito típico antecedente, mas isso não permite sustentar a tese de uma ligação unitária entre todos quanto à delimitação do círculo da autoria. Os ilícitos da recetação, auxílio material, ou do favorecimento pessoal, estão intimamente e historicamente conexionados com factos de participação posterior

⁵⁶⁶ Como exemplifica o autor, tal corrente levaria a entender que um agente que execute atos de branqueamento de vantagens com proveniência criminosa parcialmente suas e de terceiros não poderia ser punido por branqueamento. (Albuquerque, 2015: p. 1149)

⁵⁶⁷ No mesmo sentido, Albuquerque (2015: p. 1147).

punível, o que pressupõe a exclusão do autor do ilícito precedente do círculo de autoria destes pós-delitos. No caso do branqueamento é entendido que a participação do agente do crime precedente é consequência natural da prática desse ilícito, considerando-se que o legislador já se consciencializou da natureza destas práticas quando criminalizou a possibilidade de punição pelo crime precedente. Ao nível do tipo objetivo considera então que a única conclusão que se pode chegar é ser legalmente legítimo admitir a possibilidade de punição em concurso efetivo de crimes. Porém, a sua análise não fica por aqui. Considera ainda que é necessário apurar se, no caso *sub judice*, o branqueamento não deve ser entendido como englobado no desvalor ético-social do ilícito típico antecedente. Sempre atendendo que a repressão do branqueamento tem por fundamento a gravidade produzida pelos métodos empregados pelas operações de legitimação, o que o individualiza ao nível material dos crimes precedentes, tendo em conta o especial nível de perigosidade assumido pelo branqueamento. (Caeiro, 2003: p. 1105ss) Até porque, como anteriormente argumentamos, os tradicionais pós-delitos, que se aproximam materialmente do tipo de branqueamento, mostravam-se como insuficientes para atuar efetivamente sobre esta criminalidade, o que veio a sustentar axiológica-materialmente a criação do próprio tipo de branqueamento. Assim, o autor conclui ser necessário partir da análise do processo em questão e averiguar se do comportamento do agente criminoso é possível imputar uma ilicitude singular face àquela emanada pelas infrações subjacentes, para afastar as práticas que ainda devem ser remetidas para a antijuridicidade e da punição do preceito antecedente (v.g. avançando o autor o caso da simples detenção de vantagens escondidas em casa, que não preenche o crivo material de perigosidade e criadoras de um risco para o bem jurídico para ser imputado ao branqueamento), caso em que não estaremos perante um concurso efetivo de crimes, sendo essas práticas de branqueamento remetidas para um caso de consumpção⁵⁶⁸ – havendo um concurso aparente de crimes –, dessa forma cumprindo os ditâmes constitucionais. Esta posição pode ser resumida pelo nível de distinção que deve ser dado ao caso concreto, e que só pode ser resolvido pelo julgador. Assim, quando o desvalor da ação não possa ser incluído na censura do facto precedente e o desvalor de resultado permita discernir ambos, estamos perante um caso do concurso de crimes. No caso de se concluir o contrário, estamos perante uma relação de consumpção das práticas branqueadoras em que o crime dominado (branqueamento)

⁵⁶⁸ Comungando deste sentido, Fonseca (2010: p. 284, nota 46).

é entendido como um fator de agravação da pena concreta, representando um facto posterior co-punido. (Caeiro, 2003: p. 1105ss)

Em sentido similar, Jorge Duarte, também deste a legislação anterior, defende que o autor do crime de tráfico de estupefacientes também podia ser punido como autor do branqueamento quando praticasse tais condutas típicas, salientando que se estaria perante bens jurídicos diferenciados. O autor considera assim como possível a punição em concurso efetivo de crimes quando exista a introdução dos valores no mercado lícito – que o autor entende como o valor tutelado pela criminalização do branqueamento –, existindo quanto a este ilícito a emergência de uma autónoma e sucedânea censurabilidade social quanto à conduta branqueadora do agente. Destacando que uma posição contrária redundaria em deixar o sistema desprotegido quanto ao influir dos proveitos ilícitos no mercado (lícito) nos casos em que a conduta típica seria somente praticada pelo agente do facto ilícito típico antecedente. (Duarte, 2002: p. 109-111)

Esta corrente é ainda seguida por outros autores, uns referindo que a descrição típica admite claramente uma delimitação ampla do círculo de autoria, onde se inclui o agente do ilícito típico precedente⁵⁶⁹, outros argumentando pela diferenciação entre o branqueamento, e ainda outros factos não puníveis em função da especial perigosidade das respetivas condutas⁵⁷⁰. Posição ligeiramente distinta é daqueles autores que, simplesmente, partem da diferenciação entre os bens jurídicos para sustentar aquela punição em concurso⁵⁷¹, em que havendo o preenchimento dos dois tipos legais, deverá o agente ser punido em concurso efetivo de crimes.

Um caso particular são aqueles autores – onde se insere Caeiro – que, para além dos argumentos esgrimidos de apoio a esta posição, referem a necessidade de se atender a uma análise concreta. Aqui, Ana Raquel Conceição considera que a pluralidade de bens jurídicos serve como indício para a aferição de um concurso efetivo de crimes, mas sendo

⁵⁶⁹ Cfr. ainda partindo da anterior disposição legal, Lourenço Martins (1994: p. 137-138; 1999, p. 474-475). No caso desta última obra o autor acrescenta ao seu pensamento que estamos perante bens jurídicos diferenciados, mas também por razões de política criminal sustenta que não haverá motivo para favorecer o delinquentes através dos benefícios do crime principal.

⁵⁷⁰ Cfr. Bravo (2010: p. 379, 387) e Martins (2010: p. 158, 162, 165).

⁵⁷¹ Numa posição doutrinária mais ampla, veja-se, entre outros: Rodrigo Santiago, 1999: p. 388; Reis, 2001: p. 163; Davin, 2002: p. 110-112; Canas, 2004: p. 156-158; Svenson, 2010: p. 83; Silva, 2010: p. 248-251; Andrade, 2010: p. 321; Bandeira, 2010: p. 316ss; Paiva, 2014: p. 107; Miguez Garcia & Castela Rio, 2014, p. 1217-1219; Albuquerque, 2015: p. 1147.

sempre necessário atender ao caso concreto e analisar a correlação existente entre as condutas criminosas partindo da conduta do agente criminoso. (Conceição, 2017: p. 32) Também André Lamas Leite, reconhecendo que o elemento literal e histórico permitem admitir o concurso efetivo, refere o ponto principal como constituindo a análise do caso concreto, porque, verdadeiramente, só na dimensão interna se pode afirmar a existência ou não de um concurso de crimes. Como sustenta, o critério da diferenciação dos bens jurídicos mostra-se, por si só, como insuficiente para sustentar o concurso de crimes efetivo. Bem como uma interpretação automática do artigo 368.º-A do CP partindo sempre de uma afirmação da existência de um concurso efetivo entre o facto típico antecedente e o crime de branqueamento, como a realizada pelo supra referido acervo do STJ, que entende ser materialmente inconstitucional por violação do princípio do *ne bis in idem* e da proporcionalidade. Por conseguinte, os postulados que definem tal entendimento devem ser rejeitados, sob pena de vincular o julgador a uma posição meramente normativista e afastada do sistema axiológico e das relações estabelecidas entre os tipos legais no caso concreto. (Leite, 2013, p. 465ss)

À semelhança destes autores, somos da opinião que o autor do facto precedente pode ser igualmente punido por branqueamento quando com a sua conduta preencher tipicamente os dois tipos de crime, em face do seu desvalor ético-social e da diversidade de bens jurídicos (uma vez que os bens jurídicos violados não se protegem só com um tipo). Estamos perante uma autonomia material do ilícito precedente quanto ao crime de branqueamento. No entanto, concordamos que tal análise terá de ser sempre realizada *in concreto*, porque só partindo da conduta do agente podemos aferir se os interesses violados se protegem em só um destes tipos. Constituindo a diversidade dos bens jurídicos um simples indício, mas que não pode ser entendida como taxativamente correspondendo ao concurso efetivo de crimes, porque, para afirmar este enquadramento, teremos sempre de atender ao sentido social de ilicitude perspectivado pelo comportamento global.

A concorrer para a resolução jurídica do caso concreto, adotamos, no geral, aqui a sistematização teórica do concurso⁵⁷² consagrada no estudo monográfico de Figueiredo

⁵⁷² É de referir que a doutrina e jurisprudência tradicional tende a seguir a posição de Eduardo Correia. Segundo esta posição doutrinária, temos: o concurso aparente de crimes, onde se inserem as relações de especialidade, subsidiariedade e consumpção; e o concurso efetivo de crimes, que pode ser ideal (quando o agente criminoso com uma só ação preenche vários tipos de ilícito ou o mesmo crime várias vezes), ou real (existe uma pluralidade de ações a que corresponde o preenchimento de uma pluralidade de vários tipos de ilícitos ou o mesmo tipo legal várias vezes).

Dias. Esta teoria parte da análise de duas grandes categorias: “a unidade de norma ou de lei” ou o “concurso de crimes”. No primeiro caso, estamos perante um campo abstrato em que temos como abstratamente aplicáveis duas (ou mais) normas, mas que, numa análise mais atenta, se verifica que apenas uma (ou algumas) é aplicável em concreto, por nela se esgotar a conduta ilícita e culposa do agente criminoso. Esta interpretação deverá ser resolvida no plano formal, através da relação “*lógico-jurídica*” entre as normas. De acordo com Figueiredo Dias, podendo na “unidade de norma ou de lei” se integrar as relações entre as normas de especialidade (neste caso a lei especial contém por inteiro os elementos da lei geral, mas acrescenta-lhe um novo elemento, indo segundo o princípio geral de direito a lei especial derrogar a lei geral); e relação de subsidiariedade (existe uma relação de subsidiariedade quando normas concorrentes abrangem um espaço de interferência, em que se deverá aplicar a norma subsidiária face à norma primária, podendo esta subsidiariedade ser implícita ou explícita). Um caso particular é a relação de consumpção ou também designada de consunção⁵⁷³ (neste trabalho, serão empregados os dois termos por serem sinónimos), que deve ser entendida, segundo a leitura deste autor, quando ocorre uma justaposição entre o conteúdo de um ilícito-típico que é homogéneo ao facto de outro, regra geral, indo o ilícito típico mais gravoso englobar o desvalor ilícito completo da conduta, ou seja, irá a lei mais gravosa consumir o ilícito-típico menos gravoso. A noção fundamental aqui subjacente é que entre os valores tutelados pelas normas típicas verifica-se uma relação em que uma das normas já consume o âmbito de proteção dos valores que a outra pretende tutelar, porque a previsão legal de um tipo de crime faz parte a previsão de um outro tipo de crime. Esta relação é tradicionalmente enquadrada como outro elemento de “unidade de lei”, porém, Figueiredo Dias é crítico da alusão nesta dimensão, considerando que estas relações devem ser reconduzidas para sede do concurso aparente⁵⁷⁴. (Figueiredo Dias, 2011: 992ss) Sobre este campo, mas numa outra perspetiva doutrinal quanto às relações entendidas de consumpção, Fernando Torrão procede a uma distinção entre dois grupos de situações que integram a relação de consumpção: um primeiro caso, em que é o próprio elemento literal que na sua própria previsão engloba outro tipo legal (que se aproxima da

⁵⁷³ Figueiredo Dias individualiza dentro deste último espectro da consumpção o de “facto posterior não punido”, adotando um espectro mais restrito quanto à relação de consumpção. (Figueiredo Dias, 2011: p. 993, 1001)

⁵⁷⁴ Aludindo a este sentido, Caeiro (2010: p. 193).

categoria de “unidade de lei”) –, ou seja são os próprios elementos típicos, em consonância com o pensamento vertido pelo legislador, que, de forma abstrata apontam para uma sobreposição das previsões legais, ou pelo menos indiciam a consumação daquela conduta por um outro ilícito-típico⁵⁷⁵, que se designa por “*consumção em sentido técnico ou próprio*”; e outro caso em que do elemento literal não se pode inferir a relação de consumção, mas que interpretando o valor jurídico-criminalmente protegido do tipo – o seu desvalor ético-social –, em face da conduta do agente, é possível discernir uma menor relevância de um outro ilícito típico⁵⁷⁶ – e em que se dá a “*consumção em sentido amplo ou impróprio*” ou também designada como “*figura afim da consumção*”. Para aferir das relações que se estabelecem é assim necessário realizar em ambos os casos um juízo “*axiológico e teleológico*”, recorrendo à fórmula de Figueiredo Dias. Com a diferença a ser que, nos primeiros casos, é possível partir de uma ligação, desde logo, representada no elemento literal e que é reconduzível, ao nível do pensamento de Figueiredo Dias, aos casos de consumção. Quanto aos segundos casos é necessário se socorrer daquela racionalidade axiológica e teleologicamente vinculante quanto ao sentido dos ilícitos *in concreto*, e quando não seja possível afirmar uma relação de absorção entre estes, é o mesmo remetido para sede da categoria dos concursos de crimes. (Torrão, 2016a: p. 539ss)

No que concerne ao conceito dogmático de concurso de crimes este corresponde à aplicação em concreto de várias normas a concorrer para a resolução do caso, ou seja, que a conduta (ou condutas) praticada pelo agente criminoso preenche os elementos de mais que um tipo legal de crime (concurso heterogéneo) ou pelo número de vezes que foi praticado o mesmo tipo de crime (concurso homogéneo). Aqui a distinção terá de ser efetivada pelo seu lado material, ao contrário da “unidade de lei”, estabelecendo uma análise sobre o sentido social de ilicitude do comportamento do agente, fazendo um juízo do desvalor negativo das condutas praticadas pelo agente perante o plano “*axiológico e*

⁵⁷⁵ Aqui incluindo o autor os casos dos crimes complexos, exemplificando o caso do roubo (art. 210.º do CP) em que estamos perante uma relação de consumção. (Torrão, 2016a: p. 541) Ao contrário de Figueiredo Dias que remete estes casos para as relações de especialidade (Figueiredo Dias, 2011: p. 994ss).

⁵⁷⁶ Destacando como exemplo clássico a relação entre o crime de homicídio (p.p. pelo art. 131.º do CP) e ocultação de cadáver (p. p. pelo art. 254.º, número 1, alínea a) do CP), em que não existe uma consumção em abstrato do segundo crime pelo primeiro, por a previsão legal não o prever, no entanto, no plano concreto a avaliação do sentido do desvalor jurídico-social pode resultar no sentido interpretativo da consumção da ocultação de cadáver (2.º crime) pelo homicídio (1.º crime). (Torrão, 2016a: p. 542)

teleológico” do tipo ilícito das normas que concorrem para a resolução do caso. Por seu turno, o concurso de crimes é dividido em duas categorias: o “*concurso de crimes efetivo, puro ou próprio*” e o “*concurso de crimes aparente, impuro ou impróprio*”. (Figueiredo Dias, 2011: p. 1005)

De acordo com a moderna teoria do crime, a realização do tipo pressupõe que uma determinada conduta seja típica e ilícita, que se verifique o desvalor da ação e o desvalor do resultado e que o mesmo possa ser reprovado ao agente, por isso sendo culposos – segundo os elementos da infração tem de existir uma ação, típica, ilícita, culposa e punível. Como tal, na pluralidade de crimes existem vários juízos de reprovação para a pluralidade de tipos legais concretamente preenchidos.

Assim, no primeiro caso estamos um comportamento ilícito do agente que viola um conjunto de tipos penais, justificando a aplicação em concreto de várias normas pela “*pluralidade de sentidos sociais de ilicitude*” emanados por esse mesmo comportamento. Nestes casos a conduta ilícita globalmente considerada do agente negou um conjunto diversificado de valores (bens jurídicos penais) que entre eles se relacionam, representando por um conjunto de tipos de crimes, assim se podendo afirmar uma pluralidade de tipos legais efetivamente cometidos. (Figueiredo Dias, 2011: p. 1006-1007) O concurso de crimes (pluralidades de infrações) tem no seu artigo 30.º, número 1 do CP, a indicação de um princípio geral de solução: o número de crimes determina-se pelo número de tipos de crimes efetivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crimes for preenchido pela conduta do agente. A disposição deste artigo afasta a relevância jurídica do designado “concurso ideal” adotada no direito teutónico. Quanto à sua solução jurídica estes vão ser sujeitos ao disposto no artigo 77.º do CP, aplicando-se uma pena única (número 1), tendo como limite máximo a soma das penas aplicadas aos vários crimes (com a limitação máxima dos 25 anos no caso de pena de prisão, ou 900 dias no caso de a sanção ser uma pena de multa) e mínimo a mais elevada das penas concretamente aplicada (número 2). Então pode-se afirmar que existem várias normas a concorrer para a resolução do caso, em virtude da verificação de diversos “*sentidos sociais da ilicitude*” que devem ser jurídicos-penalmente valorados, todos eles se mostrando como necessárias para a sua correta configuração e valoração jurídica e todas elas se aplicam. Existe assim um verdadeiro concurso de crimes. (Figueiredo Dias, 2011: p. 1006-1007, 1034-1035)

Por outro lado, quando ocorra a verificação das condutas do agente criminoso que preencheram os elementos em concreto de determinados tipos ilícitos, mas que dessa

pluralidade de sentidos de ilicitude é possível interpretar um sentido de conexão entre as diversas condutas ilícitas, é referido um sentido social de ilicitude que assume preponderância no desiderato do agente criminoso, podendo-se afirmar “(...) *que aquele comportamento é dominado por um único sentido de desvalor jurídico-social; por um sentido de tal modo predominante, quando lido à luz dos significados socialmente relevantes (...)*”. Em que temos um desvalor ético-social primário dominante, *in casu* de acordo com a intencionalidade ilícita do agente, e um desvalor secundário que se vê igualmente violado, mas que é consumido no plano material pelo desvalor final das condutas ilícitas do agente. O autor conclui que a aplicação do disposto no artigo 77.º do CP nestes casos se mostraria como injustificada e, em regra, redundando numa inconstitucionalidade pela violação da proibição da dupla valoração (princípio do *non bis in idem*). Nas palavras do autor, “(...) *defendemos com o texto do art.º 30.º-1, nestes casos se verifica uma pluralidade de normas típicas concretamente aplicáveis, mas não uma pluralidade de crimes “efetivamente cometidos”*”. (Figueiredo Dias, 2011: p. 1011-1012) Com efeito, seria necessário fazer um juízo valorativo sobre se existe uma linha de unidade quanto ao comportamento ilícito entendido no seu sentido mais global, ou se os sentidos de ilicitude se mostram como automatizáveis e que por isso devem ser valorados de forma individual. E cuja análise prática se mostra de particular relevância, porque se se entender pela posição de um concurso efetivo (real) de crimes resultaria na aplicação do artigo 77.º do CP com naturais reflexos na aplicação ao agente criminoso de uma pena mais ampla. No caso de se considerar o concurso como aparente pela existência de uma relação de consumpção, em virtude de a aplicação de uma pena consumir a outra, o autor criminoso só seria condenado pelo crime dominante, indo o crime dominado servir como fator agravador da pena, mas aplicando-se uma pena menor do que se seguida a punição por concurso de crimes.

Será, portanto, aqui no sentido do concurso de crimes aparente, pela relação concreta que se estabelece de um sentido unitário no plano valorativo, que estarão englobados os designados casos dos “*factos posteriores não punidos*”⁵⁷⁷. Pela divisão operada por Fernando Torrão, esta situação não deverá ser resolvida no cerne de uma

⁵⁷⁷ Como refere o autor, “(...) *não se refere a mera não-punibilidade, mas a não-punibilidade por atipicidade em razão do resultado interpretativo obtido pela concreta valoração do facto*”. (Torrão, 2016a: p. 544)

relação de consunção (ou consumpção), mas sim numa figura “*afim da consunção*”. (Torrão, 2016a: p. 544)

De acordo com o já analisado, o entendimento seguido pela jurisprudência e pela doutrina maioritária, na qual nos inserimos, entende a delimitação abstrata do círculo de autoria do crime de branqueamento como claramente englobando o agente do facto típico ilícito primário, e assim aponta claramente para o concurso de crimes. Este constitui, na nossa opinião, o entendimento correto, conforme seguido no Acórdão Uniformizador de Jurisprudência, mas tal não significa que a posição do *insigne* tribunal deva ser entendida como constitutiva, em todos os casos, de uma relação de concurso efetivo de crimes, entre o branqueamento e o facto ilícito precedente. Seguimos de perto a posição de Pedro Caeiro de que tal acervo jurisprudencial não obsta que em determinadas ocorrências da vida real – num determinado caso concreto – é função do julgador apurar se estamos perante um concurso de crimes efetivo ou aparente (2010: p. 221), em que as práticas de branqueamento são consumidas pelo ilicitude da infração precedente e estamos perante um “facto posterior não punível” ou um “facto posterior co-punido”. Afastamos assim uma análise “mecanizada” ou automática quanto à aplicação concreta das normas violadas, porque mesmo sendo fortes as exigências de prevenção geral, não se pode desvalorizar a análise do caso concreto e os também exigíveis vetores de prevenção especial. Conforme já vimos, o critério do bem jurídico deve constituir o ponto de partida de uma análise deste tipo, mas não a pode esgotar num sentido formalista. Como refere André Lamas Leite, será ao nível da “*unidade teleológica e funcional* ou uma *distinta valoração de sentido e nexos finais*” que se verificará o apuramento pela admissibilidade, ou não, do concurso de crimes. (Leite, 2013: p. 463) Deve estar presente uma específica censurabilidade inerente à conduta branqueadora, que a individualize face ao ilícito típico antecedente quando comparada com a administração da justiça, e que reforce a opção pelo concurso de crimes. Não existindo esta possibilidade de formular uma pluralidade de juízos de censura não se poderá configurar uma pluralidade de crimes.

Fernando Torrão, numa posição que secundamos, refere os casos em que o agente do crime precedente procede a uma prática normalizada das vantagens, por exemplo gastando as vantagens ilícitas em gastos diários ou simplesmente depositando esses valores numa conta bancária, nestes casos não é possível entender a punição por branqueamento, constituindo estas condutas no caso concreto um facto posterior não punível. *In casu*, existe um sentido unitário quanto ao desvalor jurídico-penal, constituindo as condutas praticadas no momento subsequente (e que poderiam preencher

o tipo do branqueamento) um mero prolongamento das práticas primárias. Aludindo ao critério jurídico do “homem médio”, conclui que aqueles correspondem a comportamentos habituais após a prática de delitos e das vantagens deles decorrentes. Não se podendo inferir que esses comportamentos contêm uma energia criminosa que as individualize face ao desvalor antijurídico do ilícito típico antecedente⁵⁷⁸. (Torrão, 2016a: p. 544) Porque, como é fácil de representar, as finalidades de evitar a identificação do ato criminoso e o confisco de bens ou valores que tenha ilicitamente adquirido acaba por se mostrar como conatural a todos os crimes que tenham natureza aquisitiva – a finalidade dos agentes criminosos é obter rendimentos para depois os poder usufruir.

O que o autor portuense inova é na consideração destas condutas como fora do âmbito material e teleológico de uma relação de consumpção, remetendo essas condutas subsequentes para a qualificação de “factos posteriores não puníveis”. Como tal, no caso particular dessas condutas não serem autonomamente consideradas como desvaliosas, como nos exemplos supra apresentados, não estamos perante uma relação de consumpção, pois esta pressupõe, pelo menos, dois sentidos desvaliosos de ilicitude envolvidos num sentido unitário complexo, em que um consume o desvalor do outro. Nas palavras do autor, “*na valoração (de toda a unidade de sentido) do caso concreto, este não corresponde à fatiespecie do (auto) branqueamento de capitais, tornando-se, nessa medida (não consumido pelo crime precedente, mas) pura e simplesmente, atípico e, enquanto tal, não punível.*” (Torrão, 2016a: p. 546-547) Esta atipicidade concreta representará uma não punibilidade do autor que pratica aquelas condutas por branqueamento, em consequência de uma valoração teleológica da norma – analisada face ao sentido do comportamento do agente –, para afirmar que determinados comportamentos posteriores são englobados no desvalor antijurídico do ilícito típico primário, que consume por inteiro a sua valoração criminosa. Tal será o caso da fruição normal por parte do agente criminoso dos proveitos recolhidos pela prática do crime subjacente, em que se considera que não estamos perante um concurso efetivo de crimes, devendo o agente ser punido só pelo crime precedente, de acordo com o regime da unidade de lei, não preenchendo o agente as condutas típicas do branqueamento – aqui remetendo para a ideia do “facto posterior não punível”. Como refere Andrade, “*não estará, pois, em causa uma relação de consunção, mas um efetivo não preenchimento do*

⁵⁷⁸ Um sentido subscrito por Ana Raquel Conceição que entende a possibilidade de em determinados casos o facto ilícito típico englobar a totalidade do desvalor ético-social. (2017: p. 72)

crime de branqueamento”. (Andrade, 2010: p. 312) Tais casos poderão ser reprováveis em termos éticos e morais, mas não o serão em termos jurídico-penais pelo preenchimento do tipo legal de crime de branqueamento.

Fernando Torrão adota uma posição similar a de outros autores, como Hugo Luz dos Santos (2015: p. 343ss) ou André Lamas Leite (2013: p. 465ss), mas diferencia-se destes por entender aqueles como “factos posteriores não punidos”, por tal conduta não integrar o crime de branqueamento, enquanto os outros autores as consideram como “factos posteriores co-punidos”⁵⁷⁹. Embora mesmo entre estes dois últimos autores se tenha de realizar uma distinção. O primeiro autor vai mais longe no domínio do seu pensamento, considerando que os comportamentos entendidos como consequentes à atuação do agente não constitui sempre qualquer antijuridicidade, seguindo a posição de Godinho, pelo que não devem ser punidos para não conflitar com o princípio constitucional da não autoincriminação. (Santos, 2015: p. 343ss) Acaba por ter um pensamento mais restrito. Ao contrário do segundo autor, que considera tais condutas como “co-punidas”, pela absorção do desvalor do branqueamento pelo facto ilícito típico precedente, em determinados casos, indo as mesmas relevar na medida concreta da pena. Parte assim que as condutas que podem ser entendidas como pretensões naturais após a prática do ilícito antecedente, devem ser valoradas no contexto da moldura da pena do crime dominante, e assumindo relevância ao nível do estabelecimento da moldura concreta da pena. (Leite, 2013: p. 464-465)

Posição similar é seguida por Pedro Caeiro que entende existir uma relação de consumpção⁵⁸⁰, quando “(...) *a conversão de vantagens não é feita de um modo que*

⁵⁷⁹ E que, segundo a posição de Figueiredo Dias, serão relevantes na determinação da medida concreta da pena do crime dominante. (2011: p. 1016) Ou seja, o agente não será punido por concurso efetivo de crimes, mas sim por concurso aparente por existir uma relação de consumpção, constituindo aqueles factos posteriores como co-punidos porque vão ressaltar na medida concreta da pena do crime precedente.

⁵⁸⁰ No mesmo sentido, Gonçalo Bandeira e Fachin entendem que o agente branqueador quando também seja autor do facto precedente deve, em princípio, ser punido em concurso efetivo (real) de crimes, porque estamos perante bens jurídicos diferenciados. Admitindo que em alguns casos específicos se possa verificar uma relação de consumação. Nas palavras dos autores, “(...) *grande parte da solução do problema de aplicação jurídico-criminal estará em provar quantas resoluções tem o agente em mente no exercício das suas condutas de acção ou omissão, típicas, ilícitas, e, no caso do “secundário” crimes de branqueamento – de modo necessário no Estado de Direito –, culposas e puníveis.*” (Bandeira & Fachin, 2015: p. 544)

permita inferir a intenção de dissimulação e, portanto, o eventual desvalor jurídico-penal que se lhe atribua é ainda imputado no crime precedente –, pelo que nem sequer existem várias normas “abstratamente aplicáveis”. (Caeiro, 2010: p. 199) É necessário realizar uma análise concreta sobre se a conduta desvaliosa do agente branqueador se enquadra ainda no processo resolutivo criminoso do facto precedente, isto é, analisar se a mesma é conatural a esse facto ilícito gerador das vantagens. O sentido a identificar é o perigo abstrato traduzido pela conduta do branqueador a atentar contra a administração pública, no domínio da dificuldade acrescida para a deteção e confisco das vantagens ilícitas⁵⁸¹. Como refere Pedro Caeiro, os crimes como a recetação, o auxílio material e do favorecimento pessoal, excluem do seu círculo da autoria o autor do crime precedente, porque as práticas das condutas do terceiro se mostram como conaturais⁵⁸² à prática do ilícito patrimonial ou auxílio prestado, e, por conseguinte, já estavam no pensamento do legislador ao estabelecer a cominação punitiva pelos mesmos. Tal situação já não é igual no caso do ilícito do branqueamento, embora reconhecendo que a mera deteção das vantagens ou a sua utilização normal não origina uma punição, (...) *não é menos certo haver outras condutas que, por integrarem um modo particularmente eficiente de garantir a conservação das vantagens ilicitamente obtidas, em detrimento da pretensão estadual à sua detecção e subsequente perda (...)*”. No entanto, em determinados casos em concreto as condutas praticadas no seio de uma operação de branqueamento assumem uma tal lesividade para o bem jurídico que devem ser entendidas como autónomos da punição primária. (Caeiro, 2010: p. 189-190) Um caso em que estaremos perante uma pluralidade de resoluções criminosas.

Por conseguinte, afastando-se da aplicabilidade de uma relação de consumpção do branqueamento por concurso aparente de crimes, inexistem os problemas que se

⁵⁸¹ Em sentido concordante Caeiro, referindo a necessidade de ocorrer um sentido de alteração da natureza criminosa das vantagens ou do sujeito que as adquiriu. (Caeiro, 2010: p. 199-200) Portanto, acaba por anuir na punição por branqueamento nos casos quando exista um depósito numa conta de uma sociedade empresarial que o agente criminoso de forma secreta controla, ou quando procede a um método de estruturação em aplicações financeiras com o sentido de dissimular essa origem. (Caeiro, 2010: p. 200, nota 33)

⁵⁸² Esta relação conexa entre condutas conaturais à prática do crime precedente originaria que uma tal punição destes comportamentos violaria a proibição constitucional da dupla valorização. (Caeiro, 2010: p. 203)

colocariam no caso de uma relação de consumpção impura como era referido por Pedro Caeiro⁵⁸³.

⁵⁸³ Que, por mera hipótese de raciocínio, enunciámos nos seus pontos mais importantes. Quando na casuística se verifique a existência de uma relação de consumpção entre o crime precedente e de branqueamento, em regra, surge o segundo como o ilícito dominado. Ora, nesta situação pode ocorrer que a moldura penal definida para ambos os ilícitos se mostra como desconexa, podendo o ilícito dominado (neste caso o branqueamento) ter prevista uma moldura penal aplicável mais gravosa do que o crime dominante (crime precedente, que conforme já vimos no catálogo do artigo 368.º-A, número 1, engloba também ilícitos com uma moldura penal não muito elevada, como é o caso do crime de corrupção ativa para ato lícito) entendido em concreto com o sentido mais gravemente lesivo existindo um caso de consumpção impura. (Caeiro, 2010: p. 204) Nestes casos de consumpção impura, a solução deverá passar por uma “(...) *cisão teórica entre a norma de comportamento e norma de sanção*”, conforme vem sendo o entendimento assumido pela doutrina maioritária, punindo-se o crime dominante nos termos da moldura penal correspondente para o ilícito dominado (ocorrendo uma espécie de inversão da consumpção, aplicando-se a moldura do tipo de crime que deveria consumir outro), correspondendo este último a uma realidade agravante na medida da pena. (Caeiro, 2010: p. 207; Figueiredo Dias, 2011: p. 1026-1027) Num caso exemplificativo do tipo ilícito do branqueamento, entender-se-ia que, por estarmos perante um concurso aparente de crimes, o crime precedente mantém a sua natureza de crime dominante, mas o agente será punido na moldura penal prevista para o branqueamento. Esta será uma resolução geral e de forma abstrata desta matéria, sendo de admitir que em determinados casos a consumpção impura não levará à punição do crime dominante dentro da moldura mais grave atribuída ao crime dominado, mas sim na sua punição na própria moldura correspondente ao crime dominante. (Caeiro, 2010: p. 214) Subsequentemente, na valoração casuística pode ocorrer casos onde a aplicação da moldura penal ao crime dominante (do crime dominado) não se mostre como a mais legítima face às circunstâncias factuais concretas, resultando numa incoerência face ao sentido proporcionado pela figura da consumpção. Aqui seguindo o entendimento afirmado por Pedro Caeiro, é necessário atender à factualidade concreta e apurar se as condutas praticadas pelo agente criminoso procedem a uma modificação do espectro ético-social do crime dominado, ou seja “(...) *nos casos em que a prática do crime dominante não só retira autonomia ao ilícito dominado, como também interfere substancialmente na correspondência entre o sentido concreto do ilícito dominado e o sentido do facto suposto pelo legislador ao cominar para ele certas penas*”. (Caeiro, 2010: p. 216) Nestes casos, o entendimento seria partir da realidade em concreto e da conduta factual global da ilicitude típica para atentar se o sentido do desvalor ilícito do crime dominante, no caso o crime precedente, não afasta a punição pela moldura geral abstrata do branqueamento (crime dominado), por ser bastante a punição de acordo com a moldura penal do crime antecedente. Perante esta análise, na nossa opinião, deve-se partir do processo resolutivo criminoso do agente e atentar se no cerne desse processo relacional, entre a prática do crime antecedente pela obtenção de proveitos lucrativos e a posterior prática de operações de branqueamento, quando esta relação penda de forma concretamente desproporcional para o sentido do crime dominante, deverá a punição em termos de consumpção ser efetuada na moldura do crime dominante. No plano estrito da determinação da pena quando ocorra o facto de agravação da pena do crime dominado

Assim, nem sempre as condutas ilícitas de branqueamento executadas pelo autor do crime precedente podem ser entendidas como comportamentos normalizados após a prática de ilícitos típicos a montante. A diferenciação quanto a estas questões tem de provir de um sentido material que as individualize face ao comportamento precedente, procurando o sentido de antijuridicidade emanado por essa prática que a diferencie do desvalor do ilícito antecedente, dirigido sobre o bem jurídico administração da justiça.

São também de afastar as posições críticas de Jorge Godinho (2010: p. 380ss) e Hugo Luz dos Santos (2015, p. 343), de simples impossibilidade de punição do “autobranqueamento”, por não se mostrar como suficiente a sustentação de um concurso efetivo. Concluindo que essas condutas devem ser sempre entendidas como facto posterior “co-punível”, apenas relevando jurídico-penalmente nos termos da medida concreta da pena pela punição do facto ilícito precedente. (Godinho, 2010: p. 380ss; Santos, 2015: p. 343ss) Até porque uma posição a excluir, sem mais, da delimitação do círculo de autoria do crime de branqueamento o agente da infração precedente significaria que as condutas branqueadoras seriam sempre entendidas como um mero prolongamento dos factos típicos ilícitos precedentes, ou seja, que o desvalor ético-social desses comportamentos seria, em todos os casos, esgotado pelo interesse tutelado pelo bem jurídico dos factos precedentes. Esta solução levaria ao sistema penal ser completamente permissivo ao agente criminoso que, através de sistemas e operações com elevada complexidade, instituíssem práticas de branqueamento (v.g. pense-se no caso das grandes organizações criminosas de prática de traficantes de estupefacientes que praticam aquelas condutas com o objetivo lucrativo e sobre os quais o sistema penal não responderia quando eles tivessem branqueado os seus próprios proveitos). Tal resultaria num sistema incongruente em que as razões de política criminal que sustentam a tipificação das condutas de branqueamento seriam completamente secundarizadas ou até esvaziadas de sentido. Originando uma rejeição da singularidade e legitimidade dos interesses axiológicos tutelados pelo bem jurídico protegido pela incriminação do branqueamento que, de acordo com o já referido, consagram uma maior exigência de punibilidade do que

do branqueamento, “(...) podemos concluir que o efeito agravante decorrente da prática do crime dominado se encontra quase sempre contemplado em virtude da simples substituição da moldura abstrata (embora diminua com o aumento da gravidade concreta do facto precedente).” O efeito de agravamento só não será notado – ou acrescentamos nós, aplicado em termos práticos –, nos casos de a gravidade emanada pelo crime precedente ser elevada e esgote a quase totalidade da moldura da pena até ao seu nível máximo. (Caeiro, 2010: p. 220)

outros pós-delitos (clássicos). É aqui que ressalvamos as exigências de proteção dos bens jurídicos firmadas no artigo 40.º do CP que vinculam ao legislador a uma tutela dos valores fundamentais da comunidade, e é aqui que entendemos estar a diferenciação normativista para a tipificação do artigo 368.º-A envolver também o autor do facto ilícito típico precedente – uma correlação material e formal. Em face das considerações já anteriormente expeditas, quer quanto à sua necessidade e legitimidade, quer da sua autonomia como crime, ou descrição típica, não poderá ser admitida uma posição como a suprarreferida.

Como refere Fernando Torrão, o que mostra como essencial é atender à projeção de ilicitude evidenciada pelo comportamento individualmente considerado do agente criminoso e evidenciar a sua finalidade de procurar “encenar” uma proveniência lícita quanto às vantagens criminosas. Voltando ao critério do homem médio, essas condutas para ser punidas têm de ir além do regular padrão do ascendente usufruto primário, constituindo sim uma individualidade de um procedimento criminoso destinando ao fim de obstar à administração da justiça, atingindo o bem jurídico-penal (o seu referente material). O autor remete assim para esta fase de “encenação” e da sua lógica criminosa como identificada com as etapas clássicas do branqueamento (embora considere que não é necessário preencher as várias etapas) geralmente atribuídas ao procedimento do branqueamento: colocação, dissimulação e circulação. (Torrão, 2016a: p. 548-550) Como refere Anabela Miranda Rodrigues, “(...) ancorada na administração da justiça, exige que essas actividades se traduzam num modo especialmente elaborado e perigoso de atuação, no sentido de não serem entendidas como um «prolongamento» da prática antecedente de crimes «socialmente» tido como «natural», e, por aí, que tenham foi finalidade «ocultar» ou «dissimular» a origem ilícita dos bens objetos dessas actividades”. (Rodrigues, 2015: p. 232-233)

Esta não é mais do que a simples congruência entre condutas branqueadoras e a ofensividade sobre o bem jurídico tutelado, representado pela perigosidade das primeiras face às segundas. As condutas do agente só se mostram como contendo uma autonomia específica, desde que materialmente esteja subjacente uma finalidade de atingir o valor fundamental representado pela administração da justiça. Jescheck refere que uma ação típica destinada ao aproveitamento de produtos ilícitos será consumida senão ofender um bem jurídico e se o seu dano não se automatizar acima do facto ilícito típico antecedente. (Martínez, 2017: p. 207) É este o sentido que afirmamos. Igualmente, propagando uma solução para o ordenamento jurídico espanhol, Rodríguez entende que as modalidades do

tipo objetivo devem estar em consonância com as suas finalidade político-criminais do branqueamento que sustentam a sua criminalização. Com efeito, defende que só devem ser incluídas como modalidades típicas do delito do branqueamento os casos em que se pretende atingir um objetivo de dissimulação ou ocultação da proveniência ilícita dos bens ou quando haja a introdução dos proveitos ilícitos no mercado lícito. Nos casos da mera utilização ou posse dos vantagens ilícitas basta a aplicação de medidas de confisco para reprimir com eficácia tais situações. (Rodríguez, 2015: p. 114-115) Mas, na esteira de Roxin, devemos atender não só à interpretação teleológica do bem jurídico para a subsunção das condutas ao tipo, mas também atender ao âmbito de proteção do próprio tipo⁵⁸⁴. (1997: p. 305) De acordo com o âmbito de proteção do tipo de branqueamento inerente à administração da justiça na sua vertente de evitar o determinado óbice de deteção e individualização de determinados agentes ou proveitos criminosos, impossibilitando a atuação da máquina repressiva do Estado, deve ser efetuada uma valorização do tipo para não subsumir naquele as ações praticadas pelo autor do facto típico ilícito de aproveitamento das vantagens com proveniência criminosa, nas quais não esteja presente aquele desvalor singular no comportamento global do agente, que conflitue com o tipo protegido pelo branqueamento.

Um entendimento com manifestações ao nível do direito comparado quanto às modalidades típicas de aquisição, recebimento ou utilização de vantagens, em que mesmo os ordenamentos jurídicos que criminalizam estas modalidades, como por exemplo o italiano⁵⁸⁵, acabam por excluir do círculo de autores do crime de branqueamento os autores e participantes do ilícito típico precedente de onde as vantagens foram originadas. E mesmo no código espanhol que apresenta um tipo objetivo mais amplo, acabam a doutrina e a jurisprudência⁵⁸⁶, por impor uma interpretação restritiva da norma

⁵⁸⁴ “Por ello, en Derecho penal la interpretación teleológica no debería concebirse, como casi siempre se hace, como interpretación conforme al bien jurídico protegido, sino como interpretación conforme al ámbito de protección del correspondiente tipo”. (Roxin, 1997: p. 305)

⁵⁸⁵ Como se prevê no próprio artigo 648 ter.1 (“*Autoriciclaggio*”), sobre as vantagens devem ter sido realizadas operações dirigida à obstaculizar a sua real procedência. Nos termos da lei “(...) *in modo da ostacolare concretamente l’identificazione della loro provenienza delittuosa*”.

⁵⁸⁶ Como mero exemplo, refira-se o Acórdão STS de 29 de abril de 2015, proc. 265/2015, decidindo que a punição por branqueamento do mesmo agente do facto ilícito típico antecedente por uma conduta de mera detenção, posse ou o uso das vantagens obtidas por tráfico de droga pode originar a violação do princípio da proibição da dupla incriminação.

ao exigir que a necessária finalidade de ocultar ou dissimular. (Caeiro, 2018: p. 289-290) Visto que estas condutas se tratam de uma simples movimentação ou aproveitamento sobre as vantagens não se podendo ser entendida como automaticamente impondo um crime de branqueamento. Aqui são ainda mais relevantes os próprios atos de consumo (Lascurain Sánchez, 2017: p. 3-4), ou sustento familiar, sob pena de um entendimento contrário poder levar a uma situação insustentável quando no caso do agente criminoso do delito prévio só possuir rendimentos com origem ilícita não poder satisfazer as suas necessidades básicas (ou da sua família), o que colocaria em causa a sua própria subsistência (ou familiar), sob pena de ser punido também por um facto típico ilícito de branqueamento – embora tal realidade pudesse ressaltar no campo da culpa. Para além dos efeitos sobre o comércio jurídico lícito⁵⁸⁷. Considerando Souto, que tal entendimento resultaria numa agressão por parte do Estado que o aproximaria materialmente de um direito penal do inimigo. (Souto, 2013, p. 115-116; 2017: p. 21)

Para além do entendimento quanto ao nível de desvalor tutelado pelo bem jurídico, de forma conexa, é necessário atender ao espectro global da ação típica e analisar a correlação estabelecida entre o facto ilícito típico antecedente e o crime de branqueamento, interpretando-o face às finalidades pretendidas pelo agente. Como refere Hugo Luz dos Santos⁵⁸⁸, os atos de branqueamento devem ser enquadrados perante um prisma social de normatividade na qual a conduta global do agente (do crime precedente e do branqueamento) apresenta um sentido de continuidade pela correlação entre a prática antecedente e uma atuação sobre as vantagens que daí sejam advientes. (Santos, 2015: p. 345) Assim, no caso da comissão do crime antecedente resultar no surgimento de proveitos criminosos (regra nos crimes de cunho aquisitivo) deve ser teleologicamente interpretado se, *in casu*, as práticas de branqueamento (subsequentes) são um momento da fenomenologia criminógena diferenciado do ilícito típico antecedente, procurando o seu fundamento primário na resolução do agente – correspondendo a um desígnio previamente estabelecido –, ou se corresponde à simples fruição dos proveitos criminosos

⁵⁸⁷ O autor refere que nos casos do “autobranqueamento” devem ser alvo de uma restrição teleológica de forma a excluir da sua consumação os valores em cêntimos, nos termos do princípio da insignificância e intervenção mínima por estarmos perante uma conduta irrelevante que lesione o bem jurídico. (Souto, 2013: p. 115-116, 2017, p. 19) Tal é consequente do autor partir do entendimento de um bem jurídico corresponde à proteção do sistema económico. (2013, p. 115-116; 2017: p. 21)

⁵⁸⁸ No mesmo sentido ao valorar o espectro global da ação, veja-se a posição de André Lamas Leite (2013: p. 464ss).

decorrentes da consumação (normal) daquele ilícito⁵⁸⁹ e aqui já não existindo uma resolução de agentes vocacionado para realizar tais operações de branqueamento.

É necessário que se esteja presente uma intensidade tal que represente o seu *plus* material face a outros pós-delitos e ao próprio facto primário – que o singularize materialmente face aqueles –, correspondente a uma direção e vontade específica representadas para o cometimento do crime de branqueamento. Sob pena de materialmente não ser possível justificar uma punição em concurso efetivo de crimes, porque o facto típico antecedente absorveu todo o desvalor ético-social dos atos subsequentes de branqueamento. (Caeiro, 2010: p. 197) Um entendimento inverso é que seria inconstitucional por violação do princípio *ne bis in idem*. Por verdadeiramente existir uma dupla punição pelos mesmos factos, em que se valoraria duplamente a comissão do ilícito antecedente e o ato típico de branqueamento, numa situação em que, na verdade, seria englobado no desvalor ético-social e funcionalmente no sentido social da ação do primeiro⁵⁹⁰.

Ultrapassada esta questão sobre a delimitação do círculo de autores em conformidade com a redação literal da *mens legislatoris*, e de se admitir a possibilidade de punição do agente do facto ilícito típico quando pratique condutas que integram a categoria do ilícito de branqueamento, desde que, *in concreto*, se verifique que a ofensa representada pela conduta global do agente atinge o bem jurídico tutelado pela norma. Pois, de acordo com a nossa orientação quanto ao bem jurídico tutelado pela incriminação do branqueamento, só no caso de ocorrer um perigo para a administração da justiça, através da prática de atividades branqueadoras a montante que constituem (ou visam constituir) dificuldades de investigação dos agentes envolvidos e de um posterior confisco dos proveitos criminosos, se poderá afirmar aquela singularidade inerente ao tipo ilícito de branqueamento. Isto é, “(...) *trata de contemplar aquellas ganancias provenientes del*

⁵⁸⁹ De acordo com Hugo Luz dos Santos, “(...) *a conduta naturalística do autor do facto ilícito – típico precedente/branqueador que oculta e dissimula as vantagens ilícitas emergentes de um crime anterior configura uma actuação arriscada permitida, ocorrida num estádio de preparação de factos posteriores co-punidos*”. (Santos, 2015: p. 362)

⁵⁹⁰ Uma observação similar é compartilhada por André Lamas Leite para quem “*a actual redacção do art. 368.º-A, n.º 2, do CP, no segmento em que se estabelece sempre a existência de concurso efectivo entre o branqueamento e o crime antecedente é materialmente inconstitucional por vulneração do princípio do ne bis in idem vertido no art. 29.º, n.º 5, da Lei Fundamental*” (2013: p. 473), posição secundada por Pedro Caeiro (2018: p. 291ss)

delito que sean objeto de las correspondientes maniobras financieras o contables por parte del delincuente, a los efectos de evitar el rastreo de los efectos o instrumentos relacionados con 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 efectiva aplicación del delito”. (Díaz-Maroto Y Villarejo, 2010: p. 275) Como se compreende o desvalor da reprovação ético-social sobre o bem jurídico, é diferente quando um agente criminoso pratique condutas “branqueadoras” através do pagamento das despesas diárias (não se encontrando preenchida aquela singularidade teleológica que o diferencia face ao delito antecedente de onde provém as vantagens), em que a sua conduta não integra o crime de branqueamento em virtude do comportamento corresponder à utilização ou aproveitamento normal das vantagens recebidas que deviam ser abrangidas pela punição do crime subjacente. Ou seja, o desvalor ilícito das condutas imputadas a nível de branqueamento será totalmente esgotado (consumido num sentido de ilicitude intrínseco) pelo facto ilícito típico antecedente, o que, na nossa opinião, só permite que o agente possa ser punido pelo crime antecedente. Outra situação são os casos em que as condutas sejam dirigidas a complexas operações de ocultação e dissimulação, envolvendo diversas camadas como *offshores*, diversas transferências, sociedades fantasmas, integração com negócios lícitos, mistura entre fundos legais e ilegais, ou pretenda contaminar o mercado legal, etc... Em tais casos, é clara a relevância penal autónoma pela gravidade inerente, na qual é possível diferenciar duas ações delativas distintas – uma de onde surgem as vantagens e outra inerente a evitar a perseguição e confisco penais paralisando a máquina repressiva estatal – que atingem bens jurídicos distintos do ofensivo pelo próprio branqueamento. Não estamos nestes casos perante uma dupla punição violadora do princípio constitucional do *non bis in idem*.

Ana Raquel Conceição, comungando do critério da necessidade de se apurar a ocorrência da relação entre as normas no caso concreto, considera que o legislador deve adotar uma conceptualização mais restrita e legalmente orientadora nesta matéria, analisando se estamos perante um regular padrão da exigência das vantagens criminosas ou de um verdadeiro concurso de crimes, que incumbe ao intérprete analisar de acordo com o princípio da legalidade, mas que recai sobre o legislador a exigibilidade de estabelecer os postulados em que tal análise deve assentar. Para tal, invoca o recurso à técnica dos exemplos-padrão para estabelecer uma determinação conceptual, dessa forma “(...) *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) (...)”. (Conceição, 2017: p. 77) Entendendo que este critério se mostra como dogmaticamente e constitucionalmente mais aceitável do ponto de vista do direito penal, mantendo aqui o postulado da separação dos poderes que constitui a base de um Estado de direito democrático. (2017: p. 78) Porém, parece-nos que a autora sobrevaloriza a relevância que esta técnica pode assumir neste domínio. A resolução da problemática das normas incriminadoras tem sempre de ser apurada no caso particular, atendendo ao sentido global da conduta do agente, para determinar se desta se consegue afirmar o dito *plus* face ao ilícito-típico antecedente, para aferir a consequente relação entre as normas típicas abstratamente aplicáveis, sendo sempre necessária a intermediação do julgador (e do intérprete), e assim torna-se imprescindível o recurso ao critério do homem médio.

Em jeito conclusivo, é nossa opinião, quer pela afirmação da autonomia do branqueamento, quer por razões de política criminal, e, especialmente, por questões dogmáticas associadas à sua especial censurabilidade, é possível conceber a punição do agente por um concurso efetivo de crimes, por um crime antecedente e pelo crime de branqueamento, desde que do comportamento criminoso se permita enunciar um desvalor antijurídico singular quanto ao branqueamento, impossibilitando a sustentação que essas condutas são ainda uma consequência sucedânea ou normal da prática antecedente. Ou seja, que estejamos perante operações de branqueamento que constituem um *plus* material face às condutas primárias, correspondendo a um sentido social de ilicitude da conduta global do agente. Havendo esta qualidade, estamos perante dois sentidos de ilicitude que se concretizam em dois tipos legais diferenciados. Uma posição contrária representaria claramente uma desconsideração pelo efeito extremamente lesivo dos valores envolvidos na operacionalidade do branqueamento que afinal acaba por ser o fundamento jurídico-criminal de exigibilidade daquela tipificação.

Então será no caso concreto, equacionando e apreciando o comportamento globalmente valorado, que terá de ser solucionada a questão do concurso de crimes, através de um apuramento teleológico e funcional. Por efeito, quando o desvalor da ação e resultado na apreciação global não permite afirmar uma singular e autónoma ilicitude social conferidora de uma ofensividade para os interesses axiológicos tutelados com a incriminação do branqueamento, não existirá um concurso efetivo de crimes, porque o sentido de ilicitude é devidamente protegido pela punição do crime precedente. As condutas que, à primeira vista, podiam ser incorporadas no desvalor do branqueamento,

na verdade, são correspondentes a um simples prolongamento ou atuação normalizada face às vantagens do crime recolhidas, o que acaba por ser conatural à criminalidade de cunho aquisitivo (ou seja, de onde derivem proveitos criminosos para os seus agentes), até porque não se pode conceber que o agente criminoso deva contribuir para a sua condenação. E, logo, no nosso entendimento, já incluídas na perspetiva e valorização jurídica do legislador no seio da ilicitude e punibilidade pelo crime do catálogo. Neste tipo de casos não se mostrando como existente a necessária projeção singular de ofensividade desvaliosa como perigo de lesão, em termos concretos, para o bem jurídico de administração da justiça, e, em termos amplos para a sociedade, de onde emergem as exigências de prevenção geral positiva, será porque a ilicitude está simplesmente englobada no crime precedente. Ou seja, a punição pelo crime anterior vai esgotar todo o desvalor antijurídico projetado pelas condutas do agente, devendo as suas práticas de aproveitamento das vantagens não ser relevadas para efeitos de um delito autónomo a punir em sede de concurso efetivo de crimes. Mas, igualmente, nem para determinação da medida concreta da pena, constituindo assim condutas atípicas que representarão um “facto posterior não punível”⁵⁹¹. Sendo o agente simplesmente punido pelo crime antecedente, porque os valores fundamentais violados protegem-se apenas com um destes tipos, sem relevar as condutas branqueadoras (nem para apuramento da moldura concreta da pena), até porque nestes casos não estão verdadeiramente preenchidas duas normas jurídicas.

Nem vingando a crítica de que este nosso alinhamento originaria um desvalorizar de todo aquilo que dissemos anteriormente quanto à singularidade do branqueamento, porque, na verdade, nestes casos particulares não estaremos sequer perante uma ofensa ao bem jurídico, porque apenas existe teleologicamente a violação do bem jurídico tutelado pelo crime precedente, e, como se sabe, a intervenção do direito penal apenas se mostra materialmente legítima para tutela de bens jurídicos fundamentais da comunidade. Ou seja, os valores violados tutelam-se dentro desse mesmo bem jurídico, não existindo uma projeção destes valores sobre mais de que um tipo legal de crime (atendendo ao critério do bem jurídico), muito menos uma consunção de uma norma sobre a outra.

⁵⁹¹ Diferenciamo-nos da posição doutrinária representada, entre outros, por P. Caeiro e André Lamas Leite. Com este último autor a referir a existência de uma relação de consumpção da conduta do crime composto, acarretando que as condutas de branqueamento sejam consideradas “factos posteriores co-punidos”. E que acaba por ter acolhimento jurisprudencial no Acórdão do STJ n.º 13/2007, de 23 de março de 2007, proc. n.º 220/05.

A nossa resposta irá no sentido contrário quando essas condutas de branqueamento integradas no comportamento do agente criminoso apresentem um particular e singular sentido de ilicitude – um *plus* – que materialize um desvalor objetivo e subjetivo insuportável para o bem jurídico representado pela proteção da administração da justiça e com reflexo ao nível das exigências de punição. O que acontecerá quando sejam criados obstáculos artificiais para o apuramento do agente criminoso do ilícito precedente ou dos proventos originados da prática do mesmo que contenham capacidade para afetar à tutela jurisdicional efetiva. Casos em que o agente criminoso quando estejam preenchidos os elementos da tipicidade, ilicitude e culpa, deve ser punido em concurso efetivo pelos dois crimes, segundo as regras gerais do artigo 77.º do CP. E que, diga-se, será a esmagadora maioria dos casos. Com efeito, afastamo-nos de uma orientação que assume um sistema totalmente conclusivo e autonomizado, ao considerar que todas as situações seriam reconduzíveis em sede de um concurso efetivo de crimes, e ressaltando a índole de primazia axiológica-funcional da vida. Em que a pluralidade de bens jurídicos diferentes constitui unicamente um indício⁵⁹² – e não, como certos autores pretendem, uma conclusão taxativa – em força do seu espectro axiológico-valorativo digno de proteção, constituindo um efeito “moderador” da intervenção punitiva. Até porque a maioria da doutrina vem corretamente entendendo a possibilidade de existir uma relação de consumpção também para os casos de um concurso entre bens jurídicos diferenciados. Parece-nos ser esta a melhor interpretação a ser dada ao regime de concurso de crimes previsto no artigo 30.º, número 1 do Código Penal, bem como aos princípios constitucionais do *ne bis in idem*, necessidade da pena e proporcionalidade.

⁵⁹² Novamente citando André Lamas Leite, embora o apuramento de concurso de crimes não se esgote na afirmação de bens jurídicos diferenciados, tal resulta num contributo auxiliar para esse entendimento, porque os sentidos de ilicitude, que constituem verdadeiramente a diferenciação para uma afirmação de um verdadeiro concurso de crimes. Estão vertidos nos próprios bens jurídicos. (2018: p. 73) Num entendimento próximo de rejeição do critério do bem jurídico como único fator para aferir da existência de um concurso efetivo. (Leite, 2013: p. 461ss, 2018: p. 73; Santos, 2015: p. 341-342)

7. Enquadramento regulatório das medidas de Combate ao Branqueamento e ao Financiamento do Terrorismo: algumas perspectivas de compliance

7.1 Incursão pela Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto

Agora vamos passar para a análise dos deveres instituídos na legislação portuguesa quanto à prevenção e repressão do branqueamento e financiamento do terrorismo. Encontramos assim ao nível do direito português uma dupla vertente: por um lado, preventiva; e, por outro, repressiva. “Duas fases da mesma moeda” que se encontram interligadas para atingir o fito último de uma efetiva repressão do branqueamento e financiamento do terrorismo. Em bom rigor, é uma realidade discutida e promovida pelo Comité de Basileia, o GAFI e da própria legislação comunitária. Anteriormente vimos em pormenor a faceta repressiva, impõem-se agora atender à vertente preventiva. Esta apresenta como objetivo imediato evitar a consumação total do delito de branqueamento evitando que as vantagens ilícitas possam ser empregadas no mercado económico-financeiro, sob pena de se verificarem reais custos ao nível financeiro, económico e pessoal, que, em último caso, levaria à destabilização de todo o sistema comunitário. Também se podem referir a existência de um objetivo mediato tendente à conservação de determinados elementos probatórios, quer dos sujeitos envolvidos, quer das próprias operações, para evitar que se crie um obstáculo mais amplo (e acrescido) para a administração da justiça.

Este diploma⁵⁹³, em vigor no nosso ordenamento jurídico a partir de 17 de Setembro de 2017, veio regular e estabelecer medidas preventivas e de repressão ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, transpondo parcialmente a Diretiva 2015/849/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015 e

⁵⁹³ Para regulamentar esta lei foram ainda publicados um conjunto de diplomas conexos: o Regulamento n.º 314/2018, de 25 de Maio, quanto às competências da Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE); através do Aviso n.º 8177/2018, foi lançada a consulta pública do projeto de “Regulamento dos deveres específicos de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, das entidades gestoras de plataformas de financiamento colaborativo por donativo ou com recompensa e das organizações sem fins lucrativos”; de igual forma, o Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, submeteu a consulta pública, nos termos do Aviso n.º 7312/2018, de 30 de Maio, um projeto de “Regulamento dos deveres gerais e específicos de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento de terrorismo”.

2016/2258/EU do Conselho, de 6 de dezembro de 2016⁵⁹⁴, procedendo a alterações ao Código Penal⁵⁹⁵ e o Código da Propriedade Industrial, e revogando a anterior Lei n.º 25/2008 de 5 de junho que estatua as medidas de combate ao branqueamento e que já tinha associado essa aplicação às medidas destinadas a reprimir o financiamento do terrorismo. Ademais, o presente normativo estabelece, também, as medidas nacionais necessárias à efetiva aplicação do Regulamento (UE) 2015/847, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativo às informações que acompanham as transferências de fundos e que revoga o Regulamento (CE) 1781/2006. As alterações perpetuadas quanto aos anteriores diplomas sobre esta matéria (lei n.º 11/2004, de 27 de março e lei n.º 25/2008, de 5 de junho) tiveram assim como influência as medidas adotadas no domínio comunitário, instituindo procedimentos cada vez mais detalhados e complexos sobre os deveres e procedimentos destinados a ser aplicados por entidades públicas e privadas de acordo com uma vertente preventiva propagada no diploma.

Não se irá dedicar uma análise mais aprofundada dos todos os elementos atendidos por este diploma porque tal extravasa o âmbito do nosso trabalho, mas sim a elucidação dos seus principais pontos para esta investigação. Contudo, não podemos deixar de realçar determinados aspetos que nos parecem mais significativos neste regime e que não possuem uma relação tão imediata com a matéria deste trabalho.

Uma das grandes inovações face aos diplomas anteriores é a definição de branqueamento de capitais prevista na alínea j), do número 1, do artigo 2.º desta lei, entende-se como constituindo o branqueamento de capitais: “*i) as condutas previstas e punidas pelo artigo 368.º-A do Código Penal; ii) a aquisição, a detenção ou a utilização de bens, com conhecimento, no momento da sua receção, de que provêm de uma atividade criminosa ou da participação numa atividade dessa natureza; e iii) a participação num dos atos a que se referem as subalíneas anteriores, a associação para praticar o referido*

⁵⁹⁴ Está ainda contemplada a transposição da diretiva (UE) 2016/2258 do Conselho, de 6 de dezembro de 2016, que procedeu à alteração à diretiva 2011/16/UE, no que respeita ao acesso às informações contra o branqueamento de capitais previstas na diretiva (UE) 2015/849 também por parte das autoridades fiscais, e que deverá entrar em vigor até 1 de janeiro de 2018. Este instrumento aplica, na UE, a norma mundial para a troca automática de informações sobre contas financeiras para efeitos fiscais, garantindo desta forma que as informações sobre os titulares de contas financeiras são comunicadas ao Estado-Membro onde reside aquele titular.

⁵⁹⁵ As alterações relevantes introduzidas por esta lei na dimensão foram analisadas no respetivo alinhamento.

ato, a tentativa e a cumplicidade na sua prática, bem como o facto de facilitar a sua execução ou de aconselhar alguém a praticá-lo.” Como se comprova pela disposição deste preceito, a presente lei opta por um conceito de branqueamento mais amplo quanto às modalidades quando comparado com o regime contido no direito punitivo⁵⁹⁶, em virtude de estamos perante dois espectros distinguíveis: as finalidades preventivas deste diploma; e a incriminação das condutas branqueadoras do CP⁵⁹⁷.

A lei introduz ainda uma outra particularidade com o alargamento do catálogo qualitativo das pessoas politicamente expostas (art. 2.º, número 1, alínea cc), quando

⁵⁹⁶ Na vigência do anterior regime lei n.º 25/2008, de 5 de junho, quanto ao conceito de branqueamento existia uma remissão nos termos do número 2 do artigo 1.º para a legislação penal aplicável do CP. Estamos perante uma associação existente entre ambos os regimes, que, no entanto, foi marcadamente diferenciado nos termos deste diploma em análise. Este regime da lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, entende como branqueamento as condutas de mera detenção ou posse dos bens, em que o agente no momento da sua receção tenha conhecimento da proveniência ilícita. Um sentido desenvolvido no seio do direito comunitário a admitir uma visão ampla para efeitos preventivos do branqueamento. Como Caeiro refere estamos perante um regime dual que se foi delimitando com a evolução comunitária em duas esferas diferenciadas: o sistema de prevenção e repressão. Em que o sistema de prevenção se distancia em certos pontos do regime criminal aplicado ao branqueamento, o que leva o autor a considerar que estamos perante finalidades mais amplas nos termos do regime preventivo, que pode mesmo permitir a aplicação deste regime para epifenómenos que não preenchem uma conduta de branqueamento em termos penais. Como salienta o autor, mesmo em casos onde a conduta não integre o ilícito precedente nos termos do CP, será ainda assim possível a aplicação deste sistema preventivo (Caeiro, 2018: p. 273ss) – embora se tenha de referir a já aludida injunção da última diretiva que deve voltar a modificar o regime do CP.

⁵⁹⁷ Salientando este ponto. (Caeiro, 2018: p. 278ss; Rodrigues, 2019: p. 143-144) Neste sentido, estamos perante um regime contraordenacional – por isso, contendo menos garantias e com um menor grau qualitativo sancionatório que o direito penal, pois este último comunga de critérios constitucionais mais restritos. Bem se compreende, sendo que esta opção legislativa se mostra como legítima face ao princípio da unidade da ordem jurídica portuguesa considerando teleologicamente aquelas condutas como não integrando um desvalor ético social reconduzível a um ilícito jurídico-penal. Temos para nós que tal opção não é criticável. Até porque ao nível abstrato se articula materialmente com os princípios de *ultima ratio* e subsidiariedade atinentes ao ramo penal pelo arsenal material mais lesivo face aos direitos fundamentais. É de ressaltar que o próprio legislador relativizou a importância desta alteração como se denota pela exposição de motivos da proposta de Lei n.º 72/XIII, que acabou por resultar na aprovação da norma em análise, onde nem sequer existe uma referência no trabalho preparatório ao que estendemos ser verdadeiramente um dos principais aspetos inovadores da legislação. Diploma disponível em: <<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634842734e7a497457456c4a5353356b62324d3d&fich=ppl72-XIII.doc&Inline=true>>. (Acesso a 20/10/2018).

comparada com a legislação anterior. Dentro desta conceptualização são incluídos: os sujeitos que exerçam, ou tenham exercido nos últimos doze meses, cargos públicos com elevado relevo; pessoas que sejam familiares das pessoas politicamente expostas ou que tenham uma conexão estrita com essas pessoas. Entendendo de forma presumida que determinadas relações negociais assumem um risco mais acrescido, e por conseguinte devendo ser adotadas medidas de diligência acrescidas.

Quanto ao elenco dos sujeitos vinculados aos deveres constantes da presente lei são individualizados um conjunto de várias entidades ou profissionais mais propensos a ser instrumentalizados para operações de branqueamento ou financiamento do terrorismo. Também o novo regime jurídico veio alargar as entidades sujeitas às obrigações em matérias de prevenção. É assim adotada uma conceptualização bipartida na secção II da lei, entre entidades financeiras no art. 3.^{o598}, ou não financeiras no art. 4.^{o599}. A estas

⁵⁹⁸ Assim: “1 - Estão sujeitas às disposições da presente lei, com exceção do disposto no capítulo XI, as seguintes entidades com sede em território nacional: a) Instituições de crédito; b) Instituições de pagamento; c) Instituições de moeda eletrónica; d) Empresas de investimento e outras sociedades financeiras; e) Sociedades de investimento mobiliário e sociedades de investimento imobiliário autogeridas; f) Sociedades de capital de risco, investidores em capital de risco, sociedades de empreendedorismo social, sociedades gestoras de fundos de capital de risco, sociedades de investimento em capital de risco e sociedades de investimento alternativo especializado, autogeridas; g) Sociedades de titularização de créditos; h) Sociedades que comercializam, junto do público, contratos relativos ao investimento em bens corpóreos; i) Consultores para investimento em valores mobiliários; j) Sociedades gestoras de fundos de pensões; k) Empresas e mediadores de seguros que exerçam atividades no âmbito do ramo Vida.

2 - Estão igualmente sujeitas às disposições da presente lei, com exceção do disposto no capítulo XI: a) As sucursais situadas em território português das entidades referidas no número anterior, ou de outras de natureza equivalente, que tenham sede no estrangeiro, bem como as sucursais financeiras exteriores; b) As instituições de pagamento com sede noutro Estado membro da União Europeia, quando operem em território nacional através de agentes; c) As instituições de moeda eletrónica com sede noutro Estado membro da União Europeia, quando operem em território nacional através de agentes ou distribuidores; d) As entidades referidas no número anterior, ou outras de natureza equivalente, que operem em Portugal em regime de livre prestação de serviços, apenas para os efeitos previstos no artigo 73.º

3 - A presente lei aplica-se ainda, na medida em que ofereçam serviços financeiros ao público, com exceção do disposto no capítulo XI: a) Às entidades que prestem serviços postais; b) À Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública, E. P. E. (IGCP, E. P. E).”

⁵⁹⁹ “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

entidades podem acrescer outras que se mostram sujeitas ao disposto no artigo 5.º, e sendo aplicável parcialmente alguns deveres dos prestadores de serviços de pagamento estabelecidos em Portugal, que se encontrem abrangidos pelo artigo 2.º, número 1, do Regulamento (EU) 2015/847, segundo o disposto no artigo 6.º da presente Lei. Mais além, vai o artigo 7.º, ao prescrever que os conservadores e oficiais de registo passam a ser entidades auxiliares na prevenção e repressão do branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, encontrando-se sujeitos em geral, no exercício das suas funções, ao dever de comunicação, ao dever de colaboração e ao dever de não divulgação. E, em casos particulares, quando estejam em causa os atos de titulação, ainda aos deveres de exame e da abstenção. Ou seja, a lei parte do sentido que pela função que desempenham, os conservadores e os oficiais dos registos, constituem uma realidade importante para responder a este epifenómeno criminoso.

A instituição de vários deveres é mais facilitada ao nível das instituições financeiras que já adotam (por influência da regulamentação setorial) um conjunto de

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: 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.”

medidas conformes à sua natureza e atividade económica desenvolvida⁶⁰⁰, mas, para outras entidades, tal significa uma completa reformulação do seu sistema interno para cumprir com as medidas deste regime. Com os naturais custos da sua implementação. Estamos aqui perante um novo dinamismo cooperativo entre as autoridades públicas e privadas, em que as primeiras impõem às segundas um conjunto de objetivos a alcançar para se conseguir atingir uma efetiva cooperação no domínio da prevenção e repressão desta criminalidade – como iremos ver com maior detalhe no capítulo 11 tal corresponde a uma vertente mais alargada. Como refere Pinheiro, é o próprio Estado a reconhecer a sua incapacidade para evitar e prevenir as práticas de branqueamento, reconhecendo a necessidade de projetar sobre determinados sujeitos privados o cumprimento de certas medidas e quando tal não aconteça impondo-lhes o respetivo sancionamento. Pode-se entender que esta estratégia passa a “transformar” as entidades privadas como uma primeira linha de atuação face ao branqueamento. Em que através do cumprimento dos deveres preventivos, obsta a que tais fluxos ilícitos entrem no sistema, ou quando tal prevenção não seja suficiente, avançam os deveres de colaboração para conseguir uma reconstrução do *paper trail* através do acesso àquelas informações. (Pinheiro, 2002: p. 623) Mas, em que a aplicação de algumas dessas medidas, em face da complexidade e do paradoxo inerente, tem sido alvo da criação de uma conflitualidade entre vários interesses⁶⁰¹, com um a assumir uma mais particular relevância, consistindo na quebra do segredo profissional, em função da proteção de outros valores essenciais para a comunidade, o que é justificado pela elevada danosidade e censura social que são inerentes ao branqueamento. Pode ser afirmado, que, neste caso concreto, o legislador já realizou a necessária ponderação entre os interesses a serem atingidos e os interesses a proteger, em cumprimento com o critério constitucional da proporcionalidade em sentido amplo, acabando por concluir pela primazia do interesse da realização da justiça através da imposição de determinados deveres.

No capítulo II é impulsionada uma Comissão de Coordenação das Políticas de Prevenção e Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo, que foi criada pela resolução do conselho de ministros n.º 88/2015, de 6 de outubro, com

⁶⁰⁰ Como refere Vitalino Canas, o sistema financeiro, com maior ou menor proximidade, sempre recebeu uma particular atenção para operações de branqueamento ou financiamento de terrorismo. (Canas, 2008: p. 818) Realidade que já estudamos devidamente.

⁶⁰¹ Veja-se, para uma análise mais desenvolvida sobre as diversas tensões e confrontações ao nível dos diversos vetores emanados desta normativa: Machado (2018: p. 80ss).

a finalidade de conduzir as avaliações nacionais dos riscos deste tipo de criminalidade, de acordo com o disposto no artigo 8.^{o602}.

Segundo o artigo 10.^o, é imposto às entidades supra referidas o dever de se absterem de celebrar ou de algum modo participar em quaisquer negócios de que, no âmbito da sua atividade profissional, resulte a violação dos limites à utilização de numerário previstos nos números 1 e 3 do artigo 63.^o-E da Lei Geral Tributária (de acordo com o aditamento efetivado pela lei n.º 92/2017, de 22 de Agosto⁶⁰³): 3.000 euros, ou o seu equivalente em moeda estrangeira, quando o pagamento seja efetuado por residentes no território português (número 1); 10.000 euros, ou o seu equivalente em moeda estrangeira, sempre que o pagamento seja efetuado por pessoas singulares não residentes no território português e desde que não atuem na qualidade de empresários ou comerciantes (número 3) – situação à qual será aplicado o limite de 1.000 euros. Nestes termos as pessoas singulares residentes em território português podem efetivar os pagamentos em numerário até um valor de €3.000, e no caso de serem não residentes este limite máximo é ampliado para o valor de €10.000. No caso das pessoas coletivas ou singulares que atuem na qualidade de empresários ou comerciantes só poderão efetivar pagamentos em numerário até €1.000.

A partir do capítulo IV estão adstritos os deveres gerais a serem cumpridos pelas entidades financeiras e não financeiras obrigadas a esta medidas: dever de controlo; identificação e diligência; comunicação; abstenção; recusa; conservação; exame; colaboração; não divulgação; e formação. Com esta nova lei a dar um sentido mais concreto e exaustivo a estes deveres preventivos, e, nomeadamente, ao determinar em concreto quais as políticas, procedimentos e medidas que devem ser adotadas pelas

⁶⁰² A adequação face ao grau de risco concreto é uma constante ao longo deste diploma. Neste regime deve ser efetuada uma avaliação e atualização partindo de um modelo de risco de branqueamento e financiamento do terrorismo, que deve ser apurado segundo a identificação de padrões de comportamento quanto às tipologias aqui envolvidas, devendo ser adotadas práticas adequadas à identificação, avaliação, controlo e comunicação dos riscos, em consonância com a regulamentação vigente. Foi assim estabelecida uma lista exemplificativa de fatores e indicadores de risco deste fenómeno criminal, centrada na natureza associada ao cliente ou do negócio, e elaborada de acordo com as melhores práticas europeias e devidamente divulgada pelas respetivas áreas comerciais.

⁶⁰³ Em que se introduziu a obrigação da utilização do pagamento específico (transferência bancária, cheque nominativo ou débito direto) para transações que envolvam montantes iguais ou superiores a €3.000.

entidades obrigadas a esse cumprimento⁶⁰⁴. Para além destes deveres gerais, a própria legislação também dirige sobre determinadas entidades (financeiras ou não financeiras) um conjunto de deveres com natureza específica em função da atividade desempenhada. Realidade, que importa agora analisar em maior detalhe.

7.1.1 Dever de controlo (art.º 12.º a 22.º)

O dever de controlo⁶⁰⁵ pressupõe o estabelecimento e aplicação de políticas e procedimentos internos que sejam convenientes à gestão dos riscos de branqueamento de capitais e cumprimento das normas legais e regulamentares. Este dever incorpora um conjunto mínimo de aspetos (art. 12.º, número 2, alíneas a) a l), e deve ser aplicado de forma adequada e proporcional, designadamente em matéria de controlo interno, formação, criação de canais comunicativos e de tratamento da informação com respeito pela matéria de proteção de dados, arquivo de informação, avaliação e gestão de risco e de auditoria interna. As políticas e procedimentos internos adotados dentro da organização devem ser reduzidos a escrito e serem revistos periodicamente de acordo com os negócios e atividades bancárias (artigo 12.º, número 3), e colocá-los à disposição das autoridades setoriais relevantes. Sem prejuízo da responsabilização individual ou dos demais membros do órgão de administração (artigo 12.º, número 4) pelo seu incumprimento⁶⁰⁶.

A construção do sistema de controlo deve então ser entendido como o núcleo identitário dos procedimentos inseridos de *compliance* tendentes a adoção de uma frequência preventiva adotada dentro da dimensão organizativa interna. É assim de destacar entre os itens obrigatórios para um efetivo cumprimento deste dever de controlo a instituição de determinados vetores que se inserem e interligam com uma prática das

⁶⁰⁴ Para além das medidas previstas neste diploma, as entidades financeiras estão ainda vinculadas ao cumprimento ao regime processual especial instituído na lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que estabelece um conjunto de procedimentos específicos que devem ser seguidos por estas entidades para domínios criminosos qualitativos onde se insere o branqueamento.

⁶⁰⁵ Podendo ser atendido como instrumental (em conjugação com o dever de formação) para o cumprimento em conformidade dos restantes deveres da presente lei. (Canas, 2008: p. 883-884)

⁶⁰⁶ Embora, sejam preferencialmente enquadráveis para a dimensão das pessoas coletivas, refere Vitalino Canas que o mesmo deve ser subsumido também para as pessoas singulares que sejam obrigadas ao cumprimento dos deveres desta lei. (Canas, 2008: p. 884-885)

medidas de *compliance*, como exemplos elucidativos: a aplicação dos mecanismos de controlo concretos dos riscos de branqueamento e financiamento de terrorismo; os processos formais de análise da adequação e eficácia desses procedimentos; ou a criação de um canal específico que seja independente e anónimo, com a finalidade de comunicação de eventuais incumprimentos, falhas dos padrões valorativos ou situações de risco, abrindo-se assim um sentido da possibilidade de denúncia interna dentro da estrutura – que no âmbito da doutrina anglo-saxónica vem sendo designado como *whistleblowing* –, permitindo que a informação chegue aos seus destinatários. O fomento deste procedimento tem por objetivo desenvolver um controlo interno mais apurado através do reforço dos circuitos de informação sobre desconformidades e imperfeições ao nível interno. (Duarte & Passaradas, 2018: p. 220-221) Permitindo aos colaboradores dirigirem informação ao responsável interno pela *compliance* sobre qualquer imperfeição no sistema interno que esteja relacionado com violações legais ou políticas e de procedimentos que deveriam ser adotadas.

Também o artigo 13.º é relevante para o enquadramento da *compliance*, ao definir as competências do órgão de administração destas entidades, que é responsável pela aplicação das políticas e procedimentos de controlos do branqueamento⁶⁰⁷. A esta compete, nos termos dos números 2 a 4: designar um membro (do órgão de administração) como responsável pelo cumprimento do normativo na lei n.º 83/2017, e de outras regulamentações específicas; aprovar os procedimentos internos e de controlo em matéria de medidas BC/FT; assegurar a inexistência de conflitos de interesses dentro da instituição; promover uma cultura interna de respeito com elevados padrões éticos e de integridade; acompanhar e avaliar de forma periódica a execução das políticas internas e assegurando que os riscos detetados possam ser atempadamente corrigidos. Estamos perante um reforço das orientações das responsabilidades do órgão de administração sustentado num eixo centrado no “*tone from the top*” decorrente dos procedimentos internos serem instituídos de “cima para baixo”. (Fonseca, 2018: p. 244) Em que é o próprio órgão executivo que deve impulsionar para toda a organização o cumprimento normativo.

⁶⁰⁷ Em que o seu incumprimento constitui uma contraordenação punida com coima, nos termos da conjugação dos artigos 169.º, alínea c) e artigo 170.º, ambos desta lei.

A designação do *Chief Compliance Officer* (CCO) ou administrador de compliance⁶⁰⁸, de acordo com o artigo 16.º, número 1, alíneas a) e b) da lei, só é obrigatória⁶⁰⁹ nos casos impostos por lei, regulamentação ou determinada pela autoridade sectorial competente, ou nos casos que seja adequada à natureza, dimensão ou complexidade da organização (com este último caso específico a apresentar um carácter demasiado vago, e segundo o nosso entendimento de difícil concretização⁶¹⁰). Nos restantes casos a sua designação é facultativa, bastando à entidade obrigada nomear um colaborador que sirva de interlocutor com as autoridades respetivas. Nos termos do número 2 deste artigo 16.º, o responsável tem, em regime de exclusividade, como competência, sem prejuízo de medidas específicas quanto ao setor da atividade: monitorizar o cumprimento dos deveres legais disponíveis neste regime e pugnar pela otimização das correções necessárias para uma efetiva prevenção; participar diretamente na definição e dar o parecer prévio nas políticas, procedimentos e controlo das estratégias preventivas adotadas no seio da entidade, bem como o seu acompanhamento e atualização; centralizar as informações recolhidas no desenvolvimento da prática económica; e assumir a função de interlocutor perante as autoridades judiciais, policiais ou do setor económico, em cumprimento autónomo dos seus deveres de comunicação e colaboração.

Estamos assim perante um conjunto de elementos de *compliance* que integram um fortalecimento mais abrangente que corresponde garantidamente a um programa específico. A falta de um programa de cumprimento normativo constitui uma contraordenação (artigo 169.º, alínea c), com a sanção a ser uma coima (artigo 170.º). Podendo-se referir que em determinados campos, pode o CCO adquirir poderes autónomos dentro do escopo da aplicação do sistema de controlo interno e medidas de cumprimento normativo. Tal realidade confere-lhe em termos funcionais a sua qualificação como alto dirigente empresarial, detendo autoridade dentro deste contexto de atividade específica pelos poderes que lhe são conferidos pelo órgão de administração. Competindo-lhe ainda o exercício do dever de comunicação de operações suspeitas

⁶⁰⁸ Esta corresponde a uma obrigação legal a ser realizada pelo órgão de administração (artigo 13.º, número 2, alínea e). E cujo incumprimento constitui contraordenação punível com coima (artigo 170.º).

⁶⁰⁹ Uma vez mais se ressalvando que a cominação por incumprimento se traduz numa contraordenação punível com coima (artigo 169.º, alínea h).

⁶¹⁰ Aliás, Anabela Miranda Rodrigues nem atribui relevância como pressuposto da designação deste responsável. (Rodrigues, 2019: p. 130)

(artigo 43.º), um dever obrigatório de denúncia que deverá ser realizada por iniciativa própria ao DCIAP e UIF. Daí que seja preciso atender, *in concreto*, se o órgão de administração lhe confere aqueles poderes, e a resposta deve ser afirmativa quando detenha na organização uma função de fiscalização e investigação autónoma. Estes poderes de investigação e comunicação devem ser exercidos com uma autonomia total, possibilitada pela administração, para que possa exercer tais procedimentos, de forma eficiente e concreta, evitando a ocorrência de conflitos de interesses ou conflitualidade dentro da organização interna, bem como detendo os recursos necessários para o desenvolvimento das suas competências.

É assim incumbência do órgão de administração da entidade promover ativamente uma adequada e efetiva política institucional de prevenção do BC/FT, baseada num sistema de controlo interno adequado e eficaz, integralmente consistente com as exigências normativas e cujos princípios sejam plenamente compreendidos e aplicados pelos demais colaboradores, encontrando-se implementado e definido em manuais de procedimentos e normativos internos específicos, assegurando não só o cumprimento legal e regulamentar estabelecido, mas também o elenco do racional e mecanismos subjacentes às políticas assumidas pela instituição para a gestão destes riscos em concreto. Quando necessário, e sem prejuízo do disposto em legislação especial, podem as autoridades competentes do setor interpelar a entidade obrigada e sujeitar a uma avaliação da pessoa designada para o cumprimento destas funções. Naturalmente, devendo o conjunto de medidas e procedimentos de controlo serem aplicadas eficazmente a todos os elementos de um grupo económico (art. 22.º).

Podendo este responsável estar envolvido num “departamento de *compliance*”, ao qual são dirigidos a promoção dos procedimentos e medidas junto de todas as entidades e colaboradores, pelo cumprimento das exigências legais, regulamentares, operacionais, éticas e de conduta aplicáveis, no âmbito do sentido de controlo e supervisão institucional definido pelas autoridades competentes e pelo normativo legal a que se encontram sujeitos, pautando a sua atuação pela máxima integridade, transparência e competência. Devendo proceder este departamento da auditoria interna a avaliações periódicas e autónomas da eficácia do próprio sistema de controlo interno de prevenção do BC/FT de forma a apurar o nível de eficácia inerente (art. 17.º), evitando situações de vulnerabilidade no seio da instituição e corrigindo determinadas falhas. Como tal esta análise deve ser realizada com bastante frequência, para verificar esta conformidade com as disposições legais e regulamentares, no âmbito das funções de controlo do

departamento de *compliance*. Tal avaliação do sistema de controlo pode ainda ser realizada através de auditores externos, avaliando sobre a sua equidade de aplicação de procedimentos.

Em suma, o responsável pela aplicação do nível de cumprimento da *compliance* deve manter o acompanhamento do sistema de controlo interno, avaliar a equidade dos procedimentos que o integram atendendo ao risco associado e os mecanismos de centralização da informação apropriada sobre os campos de negócio das entidades adstritas. Estabelecendo um conjunto de recomendações ao órgão de administração para melhorar este sistema, e reportando qualquer brecha nesse cumprimento que possa originar a responsabilidade penal ou contraordenacional da própria entidade coletiva. Nesta linha preventiva que transborda destes procedimentos está estabelecida ainda uma vertente de proteção aos *whistleblowers*, que serão os sujeitos, membros da organização coletiva, e, nesse sentido com conhecimento direto sobre as atuações, denunciam práticas que consideram ilícitas (ou, pelo menos, eticamente reprováveis) e que podem colocar em causa determinados bens jurídicos. Segundo esta lei, a denúncia de irregularidades pode ser realizada na dimensão interna (dentro do substrato organizativo) ou externa (o que pressupõe dar conhecimento a autoridades setoriais ou de investigação criminal sobre aquela realidade). As medidas de proteção dos *whistleblowers*, estão estabelecidas no artigo 20.º, número 2, alínea b), correspondendo à proteção da identidade do denunciante, ao “*garantir a confidencialidade das comunicações recebidas e a proteção de dados pessoais do denunciante*”, e número 6 ao obstar que as entidades adstritas a estes deveres possam tomar medidas disciplinares contra um denunciante nos termos da legislação. No mesmo sentido, vai o artigo 108.º quanto à denúncia de irregularidades internas ao subscrever uma proteção dos dados pessoais do sujeito que procedeu à denúncia e a sua anonimidade e evitar que as entidades financeiras possam adotar medidas disciplinares sobre os sujeitos que tenham procedimento à comunicação.

7.1.2 Dever de identificação e diligência (art. 23.º a 42.º)

A lei produz uma alteração na estrutura dos deveres de identificação e diligência, em relação a clientes, representantes e beneficiários efetivos, passando a interligá-los, deixando estes de se encontrarem no normativo atual como deveres autónomos, sendo densificados na secção III do capítulo IV.

O dever de identificação está principalmente adstrito ao princípio anglo-saxónico “*know your customer*”, pressupondo a exigência legal de recolha dos elementos de identificação dos clientes singulares ou coletivos envolvidos nas operações ou relações negociais, bem como o acompanhamento continuado desses clientes e operações para prevenir práticas de branqueamento. O espírito da lei é claramente evitar as operações financeiras de *structuring* que apresentam como finalidade evitar os alarmes quando ultrapassadas determinadas quantias e que são frequentemente usadas para branquear bens, visando eludir as possibilidades de opacidade envolvidas em vários procedimentos negociais⁶¹¹, como é verificável igualmente pela restrição das operações efetuadas à distância, bem como salvaguardar os dados dessas mesmas operações.

No cumprimento deste imperativo legal podem os sujeitos obrigados dinamizar as medidas de diligência em função do risco associado em concreto, subdividido em medidas normais (artigos 23.º a 34.º)⁶¹², simplificadas (art. 35.º); e reforçadas (art. 36.ºss)⁶¹³. Ao nível dos deveres normais, segundo o artigo 23.º, número 1, as entidades obrigadas devem dar cumprimento ao dever de identificação e diligência sempre que: a) seja estabelecida qualquer relação de negócio; b) sejam executadas transações com frequência ocasional, que tenham um montante igual ou superior a 15.000 euros, independentemente de essa transação ser efetuada através de uma única operação ou de várias que se encontram conexas entre si, ou quando seja efetuada uma transferência de montante superior a 1.000 euros; c) exista uma suspeita sustentada que a dita operação esteja relacionada com o BC/FT; d) quando existam dúvidas sobre a veracidade dos dados de identificação dos clientes que tenham sido anteriormente obtidos. A regra estabelecida na publicação desta lei para a monitorização das transações adota assim um limite mais reduzido que em diplomas anteriores, bem como envolvendo aquelas entidades que prestam serviços na área de atividade do jogo, suprarreferidas nas alíneas a) a c), do n.º 1 do artigo 4º, as quais devem adotar os procedimentos específicos da identificação e diligência quando efetuarem transações de montante igual ou superior a 2.000 euros, independentemente de a transação ser realizada através de uma única operação ou de várias operações conexas entre si (número 2). Para o conseguir, passam a ser enumerados mais detalhadamente os elementos identificativos dos clientes – singulares

⁶¹¹ Sobre este aspeto, veja-se: Canas (2008: p. 828) e Rodrigues (2019: p. 134).

⁶¹² Cfr. Rodrigues (2019: p. 133).

⁶¹³ Diferenciação anteriormente subscrita pela redação legal anterior.

ou coletivos – das entidades obrigadas, passando estas a exigir-lhes a apresentação de meios comprovativos desses mesmos elementos de identificação (artigos 24.º a 27.º), para que cumpram as medidas *know your customer* que se mostrem como adequadas em consonância com o grau de risco associado ao cliente ou operação, densificando o conjunto de vetores que permite correlacionar todos os pontos da relação negocial estabelecida e que devem ser continuamente acompanhados. A verificação da identidade é, por regra, recolhida no momento anterior ao estabelecimento da relação de negócio ou da transação (art. 26.º, número 1), e, em casos específicos, pode ser complementada após o início da relação de negócio (art. 26.º, número 3). As entidades obrigadas passam também a ter o dever mais alargado de conhecer os beneficiários efetivos dos clientes (artigo 29.º e seguintes) que sejam pessoas coletivas ou centro de interesses coletivos sem personalidade jurídica (ou seja, que são os titulares), devendo ser tomadas as adequadas medidas de conhecimento da identidade da estrutura da propriedade da mesma através da recolha de informações exatas sobre a participação ou controlo das entidades em causa, em função de determinados critérios e risco de BC/FT, indo estas informações ser registadas no registo central do beneficiário efetivo⁶¹⁴, também instituído por esta lei (art. 29.º ss). Pois é o beneficiário efetivo que é o detentor e toma decisões tendentes àquela pessoa coletiva. Para avaliação deste beneficiário final devem ser atendidos critérios como aqueles que controlam determinados ativos e que tem o poder de condicionar a realização de determinadas operações e transações. É também criado o Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo (RCBE) – artigo 34.º – com o objetivo de manter organizada a informação relativa aos destinatários finais das relações comerciais, tornando mais facilitada a transparência dessas mesmas relações, evitando entidades jurídicas que podem ser instituídas como “fachada”⁶¹⁵ através da possibilidade de consulta e cruzamento de informação, entre o recolhido em cumprimento destes deveres e as informações instituídas no registo. Em consequência, são medidas mais concretas a auxiliar e controlar a aplicação dos procedimentos de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo. Nas medidas simplificadas as entidades podem, em virtude do risco reduzido do BC/FT, aplicar medidas mais básicas quanto ao

⁶¹⁴ Este Registo Central do Beneficiário Efetivo corresponde a uma base de dados, onde se inclui informação sobre beneficiários efetivos de determinadas relações negociais. Foi aprovado pela Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto, regulamentado nos termos da Portaria n.º 233/2018, de 21 de agosto, e sendo a sua entidade gestora o Instituto dos Registos e Notariado, I.P.

⁶¹⁵ Cfr. Rodrigues (2019: p. 134).

dever de identificação e diligência. No entanto, optando o legislador por não estabelecer taxativamente as situações de risco reduzido. Apenas prevendo a lei no seu Anexo III uma lista exemplificativa quanto a casos e tipos de operações com risco acrescido. Ou seja, o sentido legal foi simplesmente afastar os casos em que estas medidas simplificadas não podem ser aplicadas⁶¹⁶. Como tal, as medidas devem ser reforçadas quando se esteja perante um risco mais intenso do envolvimento de práticas criminosas nas relações de negócios e operações a realizar. Tal será o caso de estabelecimento comercial com pessoas singulares ou coletivas domiciliadas em países de risco elevado, ou quando tais operações sejam realizadas sem que o cliente ou o seu representante legal estejam fisicamente presentes, ou envolvendo pessoas categorizadas com “politicamente expostas” (cfr. artigo 39.º). Nestes casos, deve-se aplicar procedimentos mais firmes e sólidos de diligência.

As entidades obrigadas estão ainda adstritas ao cumprimento de uma atualização das informações e elementos identificadores para que o conhecimento que detém do cliente ou do perfil das transações negociais esteja sempre atualizado, permitindo identificar comportamentos ou operações negociais que se mostram como potencialmente suspeitos – art. 40.º. As medidas de diligência conexas com a recolha de informação quando se prolongue à atividade desenvolvida não terminam assim com o momento do estabelecimento daquela relação do negócio, sendo sua incumbência prestar uma atualização regular, em função do grau de risco associado ou quando se demostre a existência de um elemento que justifique tal atualização. Sendo esses procedimentos de diferente periodicidade e variabilidade, de acordo com o nível de risco do cliente, não devendo o lapso temporal ser superior a cinco anos para o caso dos clientes com menor risco.

É de ressaltar a possibilidade, instituída no art. 41.º, da entidade obrigada poder recorrer a uma instituição terceira para cumprimento dos deveres de identificação e diligência (com a exceção dos deveres específicos do art. 27.º, alíneas b) e c), quando essa entidade terceira⁶¹⁷ esteja sujeita e habilitada quanto às disposições legais competentes, e

⁶¹⁶ Cfr. artigo 35.º, número 2, alíneas a) a c) desta lei.

⁶¹⁷ A lei promove uma definição do que se deve entender como entidade terceira. Segundo o artigo 41.º, número 2, “(...) *consideram-se entidades terceiras as entidades obrigadas, ou outras de natureza equivalente que tenham sede no estrangeiro, que apliquem procedimentos de identificação, de diligência e de conservação compatíveis com os previstos na presente lei e que se encontrem sujeitas a uma supervisão compatível com o disposto no capítulo VII, relativamente aos requisitos previstos na presente lei ou em normativo equivalente.*”

desde que as entidades principais mantenham aquelas sob supervisão, pois tal possibilidade não significa uma isenção da responsabilidade da entidade obrigada quanto ao cumprimento do dever de identificação executado pelas entidades terceiras, ou seja, não existe na translação da responsabilidade para as entidades destinatários.

7.1.3 Dever de comunicação (art. 43.º a 46.º)

O dever de comunicação é instituído na secção IV do capítulo IV. Devendo as entidades obrigadas comunicar as operações suspeitas ao Departamento Central de Investigação e Ação Penal (DCIAP) da Procuradoria-Geral da República e à Unidade de Informação Financeira da Polícia Judiciária – que são entendidos como os destinatários privilegiados do “saldo” das comunicações – quando hajam fortes suspeitas que uma determinada operação tem por finalidade “legitimar” proveitos oriundos da prática de atividades criminosas ou para o financiamento do terrorismo. As informações recolhidas desta forma só se mostram como utilizáveis no processo penal sobre os ilícitos de BC/FT⁶¹⁸. Podendo o responsável pelo cumprimento normativo ser obrigado a colocar ao corrente aquelas entidades nos casos em que tenha conhecimento, suspeita, ou tenha razões suficientes para suspeitar que determinados fundos ou outras vantagens, estejam envolvidas em atividades criminosas desta natureza – ou seja, através da comunicação de tais suspeitas. Este constitui um dever de obrigatoriedade de denúncia específico do CCO, não podendo o seu cumprimento depender de decisão dos membros dos órgãos de administração, nem de terceiros externos à função (número 4, do artigo 16.º). Esta é uma vertente que permite afirmar uma independência funcional que deverá beneficiar o responsável pela *compliance* da organização.

7.1.4 Dever de abstenção e decisões de suspensão (art. 47.º a 49.º)

Este dever resulta da secção autónoma V do capítulo IV. Segundo o número 1, do artigo 47.º, é proibida a execução das operações quando haja conhecimento ou suspeita

⁶¹⁸ Embora o legislador não empregue a referência ao crime de branqueamento e opte por referir “atividades criminosas”. Porém, a *ratio legis* deste diploma corresponde à prevenção do branqueamento, devendo-se entender o emprego à luz da limitação desses proveitos aos provenientes das práticas de factos ilícitos subjacentes ao crime de branqueamento. Assim, se mostrando a utilização destes dados em conformidade com o princípio da proporcionalidade.

de que a operação está relacionada com o branqueamento. Em tais situações, as entidades obrigadas, regra geral, ou o responsável pelo cumprimento normativo, abstêm-se da realização da operação e procedem de seguida ao cumprimento do dever de comunicação ao DCIAP ou à UIF (artigo 47.º, número 2). Em reverso, existem casos em que não se mostra possível abster da realização da operação, ou quando este seja suscetível de prejudicar a atividade preventiva ou a investigação dos crimes, devendo neste caso, após ser realizada a determinada operação, ser logo comunicado os seus elementos constitutivos às entidades supra referidas, no qual se deve incluir um documento ou registo com as razões que o levaram a não se abster de praticar o ato. Mesmo nas situações em que foi efetuada a comunicação, pode o DCIAP ou a UIF, após esse recebimento, entender que uma não realização da operação pode prejudicar uma futura investigação (artigo 47.º, número 3). Nos casos em que é realizada a comunicação, dispõe a UIF de dois dias úteis para se pronunciar (número 4) e o DCIAP possui seis dias para determinar a suspensão temporária daquela operação, que deve ser confirmada por âmbito judicial ou inquérito criminal⁶¹⁹.

A abstenção da operação nos casos que haja a suspeita de crimes de branqueamento pode, fruto das circunstâncias, originar uma suspensão temporária da execução de uma operação com fundamento nos requisitos do artigo 48.º. A manutenção da suspensão pode ser confirmada (e renovada) quando sejam validados os requisitos previstos no artigo 49.º. Em face do exposto, estamos perante uma medida claramente dirigida para a prevenção e recolha de prova, bastando as suspeitas de prática de um crime de branqueamento e de quem constitui o seu agente para ser aplicada.

7.1.5 Dever de recusa (art. 50.º)

O dever de recusa pressupõe que as entidades obrigadas devem recusar iniciar relações de negócios solicitados pelos clientes, quando não obtenham os meios comprovativos da identificação dos elementos identificativos do cliente ou por conta de quem atua, devendo por termo à realização da operação e analisar as putativas razões para essa inobservância. De seguida, procedendo ao cumprimento do dever de comunicação

⁶¹⁹ É também de referir os casos previstos na lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, quanto a procedimentos de controlo das contas bancárias, que podem incluir a abstenção dos movimentos quando tal seja necessário para prevenir operações de branqueamento de capitais.

nos termos do artigo 43.º, disponibilizando de forma completa as informações previstas nesse campo, e as suas conclusões devem constar de documento ou registo escrito. O regime normativo isenta de responsabilidade as entidades obrigadas que recusem efetuar o negócio quando esse cumprimento tenha sido executado de boa-fé.

7.1.6 Dever de conservação de documentos (art. 51.º)

O dever de conservação é descrito de forma mais detalhada e abrangente com esta nova redação legal. As entidades obrigadas deverão conservar em suporte duradouro, preferencialmente em formato eletrónico, e por um período mínimo de sete anos, após o momento em que foi efetuada a identificação do cliente ou as relações de negócios, a documentação respeitante ao cumprimento das presentes linhas legais e a documentação integrante dos processos ou ficheiros relativos aos clientes, suas contas e operações executadas.

O estabelecimento deste dever tem um pressuposto duplo: por um lado, o cumprimento da conservação dos documentos e registos permite a possibilidade de acesso dessa informação pelas autoridades competentes de forma a ser possível a reconstituição da operação, seguindo-se o “rasto do dinheiro”, para auxílio na possível (posterior) investigação criminal; por outro, na lógica das próprias entidades obrigadas e numa dimensão provatória, permite que as mesmas possam demonstrar o seu nível de cumprimento da legislação. Estando tal tratamento de dados pessoais vinculados às disposições da Lei de proteção pessoal (aprovada pela lei n.º 67/98, de 26 de outubro, e com a redação da lei n.º 103/2015, de 24 de Agosto).

7.1.7 Dever de exame (art. 52.º)

É dever das entidades obrigadas e seus colaboradores, examinar com maior precisão as operações praticadas sempre que tenham um conhecimento ou simples suspeita de que os fundos envolvidos estão relacionados com a atividade de BC/FT, mesmo quando não tenha qualquer conhecimento concreto sobre a atividade criminosa que poderá estar subjacente ao mesmo. Para tal, deve-se partir de um exame mais detalhado quando o circunstancialismo envolvente releve um grau de risco mais pronunciado. Sendo que a verificação do grau de suspeita evidenciado por uma conduta, atividade ou operação, não tem de partir necessariamente da inferência da suspeita

proporcionada por qualquer tipo de documentação, mas pode mesmo decorrer da apreciação das circunstâncias concretas, avançando o legislador com alguns casos exemplificativos em que existe um grau de risco mais expressivo (utilizando uma técnica de exemplos-padrão), à luz dos critérios de diligência atingíveis a um profissional.

O dever de exame assume assim relevo específico na apreciação das ações dos vários membros das entidades, ao nível de individualizar a atividade capaz de ser configurada para uma prática de branqueamento⁶²⁰. Porém, esta análise é muito dificultada em termos práticos, porque a especial atenção exigida pela lei deve ser temperada por um determinado nível de suspeita, sob pena de completa paralisação do sistema económico-financeiro. O que pressupõe a articulação entre os deveres de diligência e *compliance* anteriormente referidos de modo a instituir num escopo mais efetivo. (Rodrigues, 2019: p. 134-135, 139) Parece-nos ser este o sentido seguido pelo legislador quando refere nos termos do número 3 deste artigo, que o apuramento do grau de suspeita de uma determinada operação deve depender da diligência profissional e das situações concretas.

7.1.8 Dever de colaboração (art. 53.º)

É obrigação das instituições sujeitas aos deveres de prevenção deste diploma de prestar toda a colaboração e assistência que seja requerida pelas entidades competentes judiciárias e policiais (DCIAP e UIF), de supervisão e Autoridade Tributária e Aduaneira. Garantindo o acesso que seja requerido às informações ou registos que sejam solicitados nos termos deste diploma legal. O dever de colaboração, associado aos elementos da comunicação, é essencial para o desiderato pretendido pela legislação de modo a dar conhecimento das operações suspeitas. Pretende-se, através deste dever, dotar as entidades responsáveis de conhecimentos específicos sobre uma determinada operação suspeita, para que estas possam efetuar as suas diligências específicas. Para tal o legislador assinala, para um efetivo cumprimento deste dever, o estabelecimento de um canal que seja seguro para garantir a integral confidencialidade da informação prestada entre a entidade e as autoridades policiais e jurídicas competentes.

⁶²⁰ Com o seu incumprimento a ser sancionado com uma contraordenação, de acordo com o artigo 169.º, alínea pp).

7.1.9 Dever de não divulgação (art. 54.º)

O método de prevenção passa também pela proibição da divulgação da informação. Não devendo ser divulgados ao cliente em causa, nem a terceiros, a realização de uma operação de transmissão de informações às autoridades competentes, para evitar dissipação ou extorsão de provas essenciais à investigação em análise. Devendo ainda as entidades obrigadas evitar quaisquer diligências que possam suscitar a suspeita de que estão em curso quaisquer procedimentos que visem averiguar suspeitas de práticas relacionadas com o BC/FT. A violação deste dever constitui mesmo um crime, p. p. nos termos do artigo 157.º desta lei n.º 83/2017, com pena de prisão até três anos para pessoa singular (em caso de negligência a pena é reduzida a 1/3 no seu limite máximo), ou com pena de multa não inferior a 50 dias, no caso das pessoas coletivas ou entidades equiparadas.

Este dever tem por finalidade evitar que os potenciais agentes criminosos ao terem conhecimento de uma eventual comunicação tomem precauções de modo a furta-se ao posterior processo criminal, dessa forma se evadindo à sua captura e frustrando os interesses da realização da justiça. Mas, de forma mediata, também não se pode desvalorizar os efeitos que a divulgação de tal comunicação pode ter quanto às próprias entidades vinculadas a estas medidas (com especial relevo para as instituições financeiras), daí que seja do seu interesse cumprir com este dever de não divulgação, podendo desta forma realizar as obrigações assumidas de acordo com este diploma, sem abalar o vínculo de confiança com o cliente, pois, mesmo no caso em que não se tenha confirmado as suspeitas, o cliente não ficou a saber que foi efetuada uma comunicação no qual ele era parte interessada (o que poderia ter efeito na quebra da relação comercial). Na visão do cliente tudo ocorre em conformidade.

7.1.10 Dever de formação (art. 55.º)

É de notar o reforço do dever das entidades obrigadas de proceder a ações formativas regulares para que os seus dirigentes e colaboradores tenham conhecimento atualizado sobre as obrigações preventivas instituídas neste diploma quanto ao BC/FT, e possam detetar o risco inerente às várias operações negociais, bem como, naturalmente,

respondendo em conformidade⁶²¹. Esta formação precisa de ser efetuada por pessoas ou entidades com reconhecida competência e experiência no campo da temática BC/FT, mantendo registos atualizados e completos das ações de formação internas ou externas realizadas.

Aqui também se destacando uma gestão importante que pode ser vocacionada por parte de um departamento de *compliance*, em que a entidade, através do responsável pelo cumprimento normativo, deve executar as medidas necessárias para que os órgãos sociais, os seus colaboradores relevantes⁶²² e aqueles cujas funções estejam intrinsecamente relacionadas para efeitos do BC/FT, tenham os conhecimentos necessários para cumprimento das obrigações legislativas e regulamentares. Dessa forma, mitigando os potenciais fenómenos de risco dentro da estrutura organizacional e adequando a prática interna aos mecanismos instituídos por esta legislação.

7.1.11 Derrogação do dever de segredo e proteção nas prestações de informações (art. 56.º)

As entidades obrigadas deverão disponibilizar todas as informações, todos os documentos e os demais elementos necessários, ainda que sujeitos a qualquer dever de segredo. O regime do segredo bancário está previsto nos artigos 78.º e seguintes do Regime Geral das Instituições de Crédito (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, com a redação mais recente proporcionada pela Lei n.º 23/2019, de 13 de março). Nos termos do número 1 do artigo, encontra-se previsto o dever de segredo quanto aos membros dos órgãos de administração ou fiscalização das instituições de crédito, tal como dos colaboradores quanto aos factos consequentes das relações estabelecidas entre a instituição e os seus clientes, cujo conhecimento advenha do exercício das suas funções.

O sigilo profissional corresponde assim a informações que tenham sido recolhidas no curso do desempenho ou por via do exercício de uma atividade profissional e que não deve ser divulgado ou revelado. Tal segredo pretende salvaguardar o regular

⁶²¹ Dever de formação que também deverá ser adstrito às entidades singulares regulamentadas neste diploma. (Canas, 2008: p. 885)

⁶²² Ver quanto a este cenário o artigo 2.º, número 1, alínea f), do Aviso do Banco de Portugal n.º 2/2018.

funcionamento e interesses do sistema financeiro⁶²³, relevando que quem violar o segredo profissional responde em termos criminais nos termos do ilícito do artigo 195.º do CP, mas podendo também responder em termos disciplinares e contraordenacionais. Porém, este apresenta uma elasticidade quanto ao grau conferido às informações desde seja iniciada tal atividade, porque não se traduz num direito absoluto, até porque, segundo a doutrina maioritária, não é enquadrável no íntimo da reserva da vida privada, dessa forma podendo ceder perante outros interesses de nível igual ou superior. Convocando os princípios da proporcionalidade, aqui mostra-se como prevalecendo os interesses da comunidade na repressão da criminalidade, desde que necessários, adequados e proporcionais para aquela finalidade. E é o próprio diploma do RGICSF que admite restrições. O segredo bancário pode ser revelado pela instituição de crédito quanto tenha obtido autorização do cliente, ou nos casos das exceções do número 2, do artigo 79.º, do supra referido diploma, apresentando-se com especial relevância a alínea h), ao admitir restrições legais a este segredo, com especial destaque as restrições legais a este segredo, no qual se inclui este lei preventiva do branqueamento e financiamento do terrorismo (lei n.º 83/2017, de 18 de Agosto), e o regime especial da lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro. Nestes casos, é a própria legislação a instituir o dever de as instituições bancárias prestarem as informações que se mostrem como necessárias, cedendo o segredo bancário pela imposição legal. Casos em que o legislador já se prestou à necessária ponderação entre os interesses em conflito, recorrendo ao princípio do interesse preponderante segundo um critério de proporcionalidade, decidindo pela prevalência do interesse que se mostre como superior, no caso a administração da justiça. O que significa que o segredo profissional não constituirá um escudo de proteção para obstaculizar à colaboração nos termos deste diploma. (Canas, 2008: p. 875) Por conseguinte, a disponibilização dessa informação não constitui uma violação do dever de segredo, mesmo nos casos em que se verifique não ter ocorrido efetivamente uma atividade criminosa, desde que essa revelação tenha sido efetivada de boa-fé, não conduzindo assim à promoção, pela entidade obrigada, de procedimento disciplinar, civil ou criminal contra quem os faculte⁶²⁴. Estamos perante uma cláusula de exclusão da tipicidade da conduta do

⁶²³ Neste sentido, cfr. Brandão (2002: p. 28ss).

⁶²⁴ Como refere Nuno Brandão, nestes casos estamos perante uma finalidade convencional que corresponde à prevenção e repressão do branqueamento, devendo essa comunicação ter unicamente na sua génese aquela finalidade. No caso em que exista um afastamento daquele objetivo pode (e deve) o agente

denunciante quanto a um crime de violação de segredo, como da responsabilidade pelos ilícitos denunciados que o sujeito tenha intervindo⁶²⁵. Apenas é de clarear que o dever de segredo não é violado quando tenham sido seguidos os trâmites expressamente previstos no presente diploma, fora destes casos, o segredo continua a iluminar e a projetar-se sobre as práticas profissionais. Ainda se relacionando com esta realidade, e para cumprimento de forma efetiva, são estabelecidas um conjunto de regras de proteção e tratamento de dados pelas entidades obrigadas – artigos 57.º a 61.º – destacando-se o registo único de utilização destes dados para a prevenção do branqueamento e financiamento do terrorismo.

7.1.12 Outros elementos relevantes

São introduzidas no capítulo XII as consequências sancionatórias pelo incumprimento dos deveres previstos consagrando três ilícitos criminais (estabelecendo uma desrinça face ao regime meramente contraordenacional anteriormente consagrado): a divulgação ilegítima de informação (artigo 157.º); a revelação e favorecimento da descoberta de identidade (artigo 158.º); e a desobediência (artigo 159.º). Com a criminalização dos dois primeiros ilícitos pretende-se proteger os procedimentos comunicacionais de denúncia, prevendo como moldura penal, uma pena privativa de liberdade até três anos ou pena de multa para as pessoas singulares, ou pena de multa não inferior a 50 dias para as pessoas coletivas, punindo-se as condutas negligentes. O último tipo de crime prevê uma desobediência qualificada p.p. no artigo 348.º, número 2 do CP, prevendo uma moldura até dois anos ou multa até 240 dias.

Mais, dispõe o artigo 162.º, número 1 deste regime a responsabilidade das pessoas coletivas e entidades equiparadas pelas contraordenações cometidas pelas pessoas singulares que tenham funções de administração, gerência, direção, chefia ou fiscalização, quando atuem no exercício das suas funções ou em nome e no interesse do ente coletivo. Note-se aqui uma discrepância quanto ao regime do CP – cfr. capítulo 10 deste trabalho –, porque esta lei consagra um critério alternativo ao invocar a conjunção “ou” e não a conjunção “e” que enquadraria o exercício de funções com a atuação em

ser responsabilizado. (Brandão, 2002: p. 51) Nem podia ser de outra forma visto que estamos perante um regime específico que introduz limitações a direitos dos visados.

⁶²⁵ Cfr. Brito (2014b: p. 88).

nome e no interesse coletivo. Para além destes argumentos, temos ainda de salientar, nos termos do número 2 – e numa linha como veremos seguida no CP – que a responsabilidade das pessoas coletivas ou entidades equiparadas pode ser excluída quando o agente atue contra ordens ou instruções expressas daquela. Parece-nos aqui que o legislador introduz uma perspetiva “corretiva”, permitindo uma convergência entre a conduta ilícita e a atuação no interesse e no nome coletivo.

É de ressaltar que essa responsabilização das pessoas coletivas não excluiu a responsabilização individual dos agentes que ocupem as funções supracitadas (art. 163.º, número 1). Sendo de apontar nos termos do número 3, a previsão de uma atenuação especial para os agentes singulares dos órgãos de administração, direção ou fiscalização, quando a sua responsabilidade residir cumulativamente no facto de não serem diretamente responsáveis pelo pelouro ou área onde se verificou a infração, e da imputação da sua responsabilidade versar, sobre os factos que teve conhecimento ou devia conhecer a prática da infração, e não ter adotado as medidas adequadas para impedir tal prática, e quando sanção mais grave não lhe caiba por outra disposição legal. Punindo-se a tentativa e a negligência destas condutas (art. 164.º).

Em suma, existiu um reforço do direito sancionatório quando comparado com os anteriores antecedentes legislativos (nomeadamente da prévia lei n.º 25/2008), resultando na multiplicação exponencial dos ilícitos contraordenacionais, quer no plano das sanções, quer no plano processual. Por fim, no âmbito dos ilícitos disciplinares é remetida a responsabilidade disciplinar dos profissionais adstritos a diversos deveres, como sejam os contabilistas certificados, solicitadores, notários, ou os advogados, para o Estatuto da respetiva ordem profissional⁶²⁶ – art. 183.º.

Torna-se claro que o entendimento geral do regime preventivo aqui apenas releva ao nível do ilícito contraordenacional, fora os casos específicos do domínio penal supracitados (que, no entanto, são limitados face à natureza preventivo do diploma). Como tal, não se pode confundir a sua essência material jurídica com a teleologia da

⁶²⁶ O reporte das transações suspeitas por parte das entidades financeiras não pode ser comparado com o reporte de profissões jurídicas, como seja o caso dos advogados. Assim, devem ser distinguidos os casos em que os profissionais conduzem atividades que estão cobertas pelo privilégio legal do segredo profissional, como a defesa do seu cliente ou a representação do processo judicial – e que acabam por incluir a maioria dos casos – e aquelas atividades que não estão tuteladas sobre aquele privilégio legal, como sejam os casos da criação, operação e gestão de entidades empresariais, que podem ser envolvidas para o prospeito de atos branqueadores.

criminalização do branqueamento, originado uma desfiguração de ambos os regimes que são pensados e assentam juridicamente em realidades material e até formalmente diferenciadas, e afastando-se do critério do bem jurídico com as manifestações ao nível constitucional da necessidade, subsidiariedade e proporcionalidade. (Caeiro, 2018: p. 301) Como bem reconheceu, o legislador português ao não seguir os ventos internacionais propagados por alguns ordenamentos jurídicos, como os casos dos Estados Unidos da América, o Reino Unido ou a Suíça, que cominam a violação dos deveres de prevenção do branqueamento como uma pena criminal. (Machado, 2018: p. 82-83)

Em jeito conclusivo, a perspetiva preventiva evidenciada por esta lei permite uma mais efetiva capacidade de concretização da análise a determinadas operações e negócios, reduzindo a possibilidade de instrumentalização e fragilização de determinadas entidades desde que cumpram estas obrigações. É um propósito claro do legislador estabelecer uma concretização jurídica mais vinculativa na matéria do branqueamento considerados os riscos existentes no desenvolvimento da atividade das entidades obrigadas nos termos deste diploma.

Fica a nota que será desenvolvida na última parte deste trabalho, de que existe uma vertente de prevenção de circunstâncias enquadradas para configurar atos de branqueamento, a que o legislador expressamente pretende instituir enquadramentos e diligências mais concretas para as entidades e sujeitos obrigados. Na questão particular relacionada dos procedimentos de *compliance* fomos deixando afirmados alguns vetores que a lei impõe quanto ao cumprimento do presente normativo, podendo-se enunciar um conjunto de políticas internas que devem ser adotadas por determinadas instituições em matéria de gestão de riscos de BC/FT, que, na nossa opinião, devem ser seguidas por departamentos destinados a essa finalidade. Assim, é possível englobar como incidências regulamentares impostas que devem ser seguidas pelos departamentos de *compliance*⁶²⁷: a monitorização dos riscos inerentes à continuação da específica atividade desenvolvida pela instituição; a coordenação e fortalecimento dos procedimentos de controlo instituídos podendo mesmo realizar testes de efetividade; dar seguimento a pedidos de informação devidamente requisitada pelas entidades oficiais; o monitorizar do nível de

⁶²⁷ A alusão do diploma a uma entidade equiparada permite uma execução destas medidas por um departamento externo – como vem sendo a solução adotada pela maioria das grandes empresas que estão vinculadas a estas medidas –, ou integrado na própria estrutura organizacional da entidade, desde com a necessária independência do conselho de administração e de outros órgãos internos.

adequação e eficácia dos controlos que se vejam implementados, propondo alterações às práticas e procedimentos que se vejam adotados; e, por último, a criação de canais específicos para delação dentro da própria entidade que são destinados para estas entidades.

7.2 Regulamentos do Banco de Portugal

As entidades financeiras e bancárias são alvo do mais particular cuidado quanto ao estabelecimento de deveres preventivos, porque o seu nível de exposição quanto à instrumentalização para operações branqueadoras ainda se mostra muito mais elevado quando comparado com outras entidades. Nestes termos, o Banco de Portugal (BdP) constitui, a nível nacional, a entidade responsável por supervisionar as entidades financeiras no nosso território, para tal devendo efetuar inspeções necessárias para a verificação e aplicação do padrão normativo em vigor, com o propósito de estabelecer medidas de prevenção de operações criminosas de branqueamento, a boa gestão societária, e de manutenção da solidez das instituições financeiras, de acordo com a sua lei orgânica – lei n.º 5/98, de 31 de Janeiro (com a redação dada pela sua 7.ª alteração a lei n.º 39/2015, de 25 de Maio). Não se compete um erro em dizer que assume um papel central ao nível do BC/FT enquanto autoridade de supervisão, através da definição de um conjunto de regras sobre as instituições que supervisiona, em linha com a legislação comunitária, bem como impulsionando a adoção de medidas de proteção por parte das instituições bancárias, com a finalidade de se protegerem contra as práticas criminosas de branqueamento, como por exemplo, o uso de mecanismos específicos ao nível dos meios tecnológicos (como *software*), a criação de perfil de risco dos clientes, ou a externalização de serviços para entidades com competências especializadas na investigação das operações concretas. Estando em conexão permanente com as Autoridades Europeias de Supervisão e facultando às mesmas todas as informações necessárias ao cumprimento dos deveres e da regulamentação específica.

Neste domínio material, o BdP emitiu dois diplomas diretamente relacionados com as temáticas em causa neste trabalho, e que se impõe agora estudar em termos cronológicos.

7.2.1 Aviso do Banco de Portugal n.º 5/2008

O primeiro diploma é o Aviso n.º 5/2008, de 1 de julho, do Banco de Portugal⁶²⁸, que visa estabelecer um sistema de controlo interno para as instituições de crédito, sociedades financeiras e as sucursais com sede em países terceiros, com a finalidade de garantir um desempenho eficiente e rentável da atividade, a existência de informação financeira e de gestão completa, fiável, pertinente e tempestiva, bem como o respeito pelas disposições legais e regulamentares aplicáveis. Estes procedimentos foram influenciados por recomendações internacionais, sindicando um conjunto de princípios básicos que devem nortear a aplicação de um controlo interno, seguindo os conceitos definidos no *Internal Control Integrated Framework*, publicado pelo *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (COSO), as recomendações pelo Comité de Supervisão Bancária de Basileia e do Comité das Autoridades Europeias de Supervisão Bancária. Alguns dos mecanismos instituídos neste diploma foram aprimorados e desenvolvidos no subsequente Aviso do BdP sobre esta temática – que iremos analisar de seguida no ponto 7.2.2 –, mas devemos destacar os procedimentos que face a este diploma mantém a sua integral validade.

O presente diploma inicia-se por definir o que deve constituir o sistema de controlo interno, nos termos do seu artigo 2.º, considerando-o como o “(...) conjunto das estratégias, sistemas, processos, políticas e procedimentos definidos pelo órgão de administração, bem como das ações empreendidas por este órgão e pelos restantes colaboradores da instituição (...)”. Este sistema de controlo interno assenta num conjunto tripartido de objetivos a atingir: o primeiro corresponde a uma gestão eficiente no ciclo da atividade económica, de acordo com uma atuação equitativa face aos riscos associados e aplicação de procedimentos preventivos de operações que não se mostrem como conformes, sempre com a linha de continuação da atividade económica em conformidade (alínea a); pugnar por acesso à informação financeira e de gestão que permita sustentar convenientemente a atividade e as operações, internas ou externas, a desenvolver (alínea b); por último, evitar o sancionamento da instituição, protegendo a sua reputação através do seguimento das suas atividades de acordo com as disposições legais e regulamentares que se mostram como aplicáveis, destacando o legislador com maior relevo as destinadas à prevenção do BC/FT, tal como as normas adstritas aos usos

⁶²⁸ Com a última alteração do Aviso n.º 9/2012. Diploma atualizado obtido de: <<https://www.bportugal.pt/aviso/52008>>. (Acesso 18-11-2018).

profissionais e deontológicos, das regras assumidas no espectro interno ou estatutário, de conduta ou relacionamento com os clientes, das orientações que sejam procedentes dos órgãos sociais e que sejam recomendados pelo Comité de Supervisão Bancária de Basileia e do Comité das Autoridades Europeias de Supervisão Bancária (CEBS) (alínea c)⁶²⁹. Pode afirmar-se que as ideias gerais subjacentes aos procedimentos de *compliance* estão previstas nesta alínea, sendo seguida uma conceitualização bastante ampla, correspondendo ao conjunto normativo que deve ser seguido pelas entidades vinculadas.

Para conseguir atingir tais objetivos é remetido para o órgão de administração⁶³⁰, nos termos dos artigos 2.º e 4.º, a obrigação de promover a implementação e manutenção de um sistema de controlo eficiente e proporcional, em matérias como a disciplina do controlo interno, a gestão de riscos, o estabelecimento de um sistema de informação e comunicação, e a monitorização das atividades da organização. Devendo este sistema ser aplicado internamente a todos os estratos e departamentos da organização e mesmo a filiais e sucursais. E tal procedimento deve ser claro e estar devidamente documentado, bem como beneficiando de atualizações sucessivas, sempre em consonância com o risco a que se confronta. O órgão de administração deve ainda precisar as finalidades e princípios que são inerentes aquele controlo interno, existindo uma integração na própria estratégia perseguida pela instituição financeira, e, naturalmente, ser cumpridos pelos seus colaboradores. Para tal, salvaguardando, a existência de recursos humanos e materiais, com os necessários conhecimentos técnicos, para a execução efetiva de tais procedimentos (por todo, veja-se a conjugação dos artigos 3.º e 4.º). De acordo com este contexto, o órgão de administração deve considerar o sistema de controlo como uma vertente essencial integrante da sua gestão empresarial, devendo este órgão acompanhar de forma intrinsecamente próxima tal execução. A ideia subjacente é o órgão de administração constituir em primeira linha a defesa da entidade financeira, em

⁶²⁹ Em face da relevância deste artigo para o nosso trabalho, não podemos deixar de citar esta alínea em toda a sua extensão: “*O respeito pelas disposições legais e regulamentares aplicáveis (objectivos de "compliance"), incluindo as relativas à prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo, bem como das normas e usos profissionais e deontológicos, das regras internas e estatutárias, das regras de conduta e de relacionamento com clientes, das orientações dos órgãos sociais e das recomendações do Comité de Supervisão Bancária de Basileia e do Comité das Autoridades Europeias de Supervisão Bancária (CEBS), de modo a proteger a reputação da instituição e a evitar que esta seja alvo de sanções.*”

⁶³⁰ Em linha com o disposto no artigo 115.º-A, número 2, alínea a) do RGICSF.

consequência assegurando o funcionamento normalizado da instituição. No cumprimento dos objetivos definidos nos artigos anteriores, é comumente estabelecido que as entidades financeiras devem procurar uma solução que seja equilibrada entre a rentabilidade do seu modelo de negócio, do qual depende a estabilidade financeira, e o quadro de uma gestão prudente ao nível de risco. Para tal, devem aplicar uma política de recursos humanos baseados nos pilares de valoração moral e cultural da empresa, do conhecimento, comunicação e desempenho – em suma, devendo surgir uma cultura empresarial. O ambiente de controlo deve ser efetivado segundo o respaldo ético inerente à instituição financeira, pelo enquadramento de recursos humanos, pelo nível de transparência inerente, pela clareza funcional entre os estratos superiores e dos poderes atribuídos a cada departamento, pelo nível de planeamento estratégico e de envolvimento do órgão de administração (números 1 e 2, do artigo 5.º).

Quanto à estrutura organizacional, esta deve ser proporcional, precisa e compreendida para o desenvolvimento da atividade económica e da instituição do controlo interno, para que os sujeitos tenham funções devidamente claras naquela engrenagem coletiva (artigo 6.º) e não se verifique uma sobreposição entre funções que possam levar a uma paralisia funcional interna. Esta deverá levar ao surgimento de uma cultura interna na organização, que permita aos colaboradores reconhecerem a necessidade de cumprirem com os procedimentos e sistema interno, legislação e normativos em vigor (artigo 7.º, números 1 e 3). Com particular destaque emerge o número 2 deste artigo, em que é referido que a cultura empresarial deverá assentar em elevados padrões éticos e profissionais, que devem estar compreendidos em códigos de conduta e aplicados aos colaboradores da instituição.

É competência do órgão de administração nomear os responsáveis pela função de gestão dos riscos, auditoria interna, ou funções de *compliance*⁶³¹, e assegurar que estes

⁶³¹ O BdP estabelece no artigo 11.º, número 3 deste Aviso, uma diferenciação entre dez categorias de risco que podem envolver as instituições financeiras: de crédito; de mercado; da taxa de juro; de câmbio; de liquidez; “*compliance*”; operacional; nos sistemas de informação; estratégica; e de reputação. Com particular relevância é o designado “*risco de compliance*”. Segundo o artigo 11.º, número 4, alínea f), este corresponde “*a probabilidade de ocorrência de impactos negativos nos resultados ou no capital, decorrentes de violações ou da não conformidade relativamente a leis, regulamentos, determinações específicas, contratos, regras de conduta e de relacionamento com clientes, práticas instituídas ou princípios éticos, que se materializem em sanções de carácter legal, na limitação das oportunidades de*

detêm a necessária independência, poderes necessários ao desempenho das suas funções, e os recursos materiais e humanos para o conseguir. Segundo o disposto no artigo 17.⁶³²,

negócio, na redução do potencial de expansão ou na impossibilidade de exigir o cumprimento de obrigações contratuais”.

⁶³² Nos termos deste artigo, com a epígrafe “*função de compliance*”:

“1 - As instituições devem estabelecer e manter uma função de "compliance" independente, permanente e efectiva, para controlar o cumprimento das obrigações legais e dos deveres a que se encontram sujeitas, que seja, nomeadamente, responsável: a) Pelo acompanhamento e a avaliação regular da adequação e da eficácia das medidas e procedimentos adoptados para detectar qualquer risco de incumprimento das obrigações legais e deveres a que a instituição se encontra sujeita, bem como das medidas tomadas para corrigir eventuais deficiências no respectivo cumprimento; b) Pela prestação de aconselhamento aos órgãos de administração e de gestão, para efeitos do cumprimento das obrigações legais e dos deveres a que a instituição se encontra sujeita; c) Pelo acompanhamento e avaliação dos procedimentos de controlo interno em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo, bem como pela centralização da informação e respectiva comunicação às autoridades competentes; d) Pela prestação imediata ao órgão de administração de informação sobre quaisquer indícios de violação de obrigações legais, de regras de conduta e de relacionamento com clientes ou de outros deveres que possam fazer incorrer a instituição ou os seus colaboradores num ilícito de natureza contra-ordenacional; e) Pela manutenção de um registo dos incumprimentos e das medidas propostas e adoptadas nos termos da alínea anterior; f) Pela elaboração e apresentação ao órgão de administração e ao órgão de fiscalização de um relatório, de periodicidade pelo menos anual, identificando os incumprimentos verificados e as medidas adoptadas para corrigir eventuais deficiências.

2 - Para garantir a adequação e a independência da função de "compliance", a instituição deve: a) Constituir a função de "compliance" mediante um processo formal e dotá-la de suficiente autonomia e responsabilidade; b) Nomear um responsável por esta função e por qualquer prestação de informação relativa a esta e conferir-lhe os poderes necessários ao desempenho das suas funções de modo independente, designadamente quanto ao acesso a informação relevante; c) Dotá-la de recursos materiais e humanos adequados para o desempenho eficaz das suas responsabilidades; d) Assegurar que as pessoas que desempenhem as funções de "compliance" não têm ligação directa às áreas funcionais objecto de avaliação, no sentido de evitar conflitos de interesses; e) No caso das suas responsabilidades serem executadas pelo pessoal integrado em diversas unidades de estrutura, a afectação das mesmas a essas unidades de estrutura deve ser clara; f) Assegurar que o método de determinação da remuneração das pessoas que desempenhem as funções de "compliance" não é susceptível de comprometer a sua objectividade.

3 - Os deveres previstos nas alíneas d) e f) do número anterior não são exigíveis se a instituição demonstrar que o seu cumprimento não é necessário para garantir a adequação e a independência desta função, tendo em conta a natureza, a dimensão e a complexidade das suas actividades.

a função deve corresponder a um acompanhamento e apreciação dos mecanismos internos como adequados para detetar os riscos de incumprimento das obrigações legais e regulatórias, tal como corrigir falhas e omissões que existam na deficiência organizacional. Esta função deve ser transversal à entidade financeira como forma de gestão dos riscos, sendo responsabilidade do órgão de administração a sua promoção e definição, nomeadamente designando o responsável pelo exercício da função de risco e *compliance* (artigo 18.º, número 2, alínea h). Mostrando-se a existência de duas obrigações: uma para o responsável pela implementação da *compliance*⁶³³ que deve controlar de forma independente um modelo de política interna para prevenção do BC/FT; outra para o órgão de administração quanto ao estabelecimento de uma posição funcional dentro da estrutura interna, com autonomia, meios e as condições adequadas para o exercício em conformidade com aquelas disposições.

É de destacar ainda a instituição de um sistema de informação e comunicação interno que permita a adequada e necessária categorização dos processos aplicados na instituição, enunciando a situação respetiva (capítulo IV) e uma efetiva supervisão do sistema de controlo interno. Devendo o mesmo ser frequentemente atualizado e sujeito a frequentes testes de efetivação, com o objetivo de identificar riscos ou deficiências que necessitam de ser subsequentemente corrigidas, existindo para tal a aplicabilidade da auditoria interna (capítulo V). Por fim, devendo a entidade designada remeter um relatório sistémico anual para o BdP, como autoridade responsável pelo setor, sobre a aplicabilidade e seu grau de efetivação quanto às medidas aqui previstas (capítulo VII), o qual deverá conter, pelo menos, em relação aos procedimentos de “*compliance*”: a descrição da estratégia e estruturação dos procedimentos a ser adotados na entidade; identificação dos sujeitos responsáveis pelas suprarreferidas funções; e comunicando as irregularidades que tenham sido detetadas, bem como as medidas dirigidas para as suprir, voltando a ter uma atuação em conformidade normativa.

4 - Consideram-se abrangidas pelo disposto no número anterior, as instituições cujo número de colaboradores, excluindo os administradores, seja inferior a seis e os proveitos operacionais no último exercício económico sejam inferiores a €1.000.000”.

⁶³³ O responsável pelo cumprimento normativo da “*compliance*” é considerado como titular de funções essenciais, por exercer funções com graduação significativa no cerne da instituição financeira, de acordo com o artigo 33.º-A do RGICSF.

7.2.2 Aviso do Banco de Portugal n.º 2/2018

Nos termos do artigo 92.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, o Banco de Portugal é a autoridade competente para verificar o cumprimento de deveres e obrigações deste normativo, em relação às pessoas singulares e coletivas que atuem no território nacional em função de agentes ou instituições de pagamento ou moeda eletrónica (alínea a). Em consequência devemos referir como adjacente e conformando as obrigações atinentes também a este normativo legal no seu artigo 94.º, de acordo com os seus poderes de regulamentação, a possibilidade de aprovação de uma regulação setorial, para adaptação destes deveres ao caso particular das instituições financeiras, competência que é atribuída ao Banco de Portugal como autoridade de supervisão.

Com esta finalidade foi aprovado o Aviso do Banco de Portugal n.º 2/2018, de 26 de setembro⁶³⁴, que veio proceder a uma conformação da regulamentação dos princípios gerais da prevenção de prevenção do BC/FT com as alterações introduzidas pela lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, revendo e atualizado a matéria regulamentar no quadro do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo⁶³⁵. Este diploma veio otimizar o conjunto dos deveres instituídos para as entidades financeiras de acordo com a supra aludida lei, bem como os meios e os mecanismos necessários ao cumprimento, e ainda as medidas que os prestadores de serviços de pagamento devem adotar para detetar as transferências de fundos em que as informações sobre o ordenante ou o beneficiário são omissas ou incompletas. Estando sujeitas às medidas deste Aviso: as sociedades financeiras ou crédito; as instituições de pagamento e de moeda eletrónica que tenham sede ou uma sucursal no país; e englobando as sucursais e filiais no exterior, incluindo as que se encontram domiciliadas em centros *offshore*, das próprias entidades financeiras.

Em face da materialidade subjacente a este diploma as suas medidas são congruentes com o cumprimento da lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, com a única diferença a ser a aplicação concreta que o BdP vem condicionar e melhorar quando comparada com o anterior Aviso do BdP n.º 5/2008. Com efeito, em termos de “economia processual”, escusamos de voltar a referir os mesmos eixos já aludidos no ponto 7.2.1.

⁶³⁴ Disponível em: <<https://www.bportugal.pt/aviso/22018>>. (Acesso 18-11-2018).

⁶³⁵ Revogando o anterior Aviso n.º 5/2013 do Banco de Portugal.

8. Conclusões Parciais

A nova dimensão mundial da sociedade, que se propaga nas suas mais diversas latitudes, desde a movimentação das pessoas, bens ou capitais, domínios do saber, ou a própria desregulação jurídico-económica – na qual a razão calculadora não pode ser desvalorizada –, tiveram naturais reflexos ao nível da criminalidade, que se viu “libertada das amarras” tradicionais de uma projeção nacional, expandindo-se para uma dimensão transnacional, bem como passando a ser executada de forma sistemática ou através de organizações coletivas, exponenciando os seus efeitos lesivos sobre um espectro mais amplo dos valores fundamentais. Tal realidade originou problemas para as autoridades de investigação criminal ao nível da prevenção, investigação e repressão deste “novo” tipo de criminalidade, que anteriormente estava nos antípodas de tal realização concreta.

Este impulso paradigmático dos pilares económico e social, teve notórias manifestações no fenómeno criminal do branqueamento, que passou a ser um eixo fundamental – até podemos dizer um eixo central – deste novo tipo de criminalidade. Desde logo, por permitir aos agentes criminosos gerir melhor os proveitos criminosos recolhidos e mesmo maximizá-los, conseguindo um aumento das receitas ilícitas e mantendo a continuação das atividades ilícitas. Não se pode dizer que as práticas branqueadoras são uma nova realidade surgida com a globalização, mas, pode-se dizer, que estas comungaram de muitas das suas características, possibilitando um maior grau de sofisticação⁶³⁶ e complexidade, que, no final, permitem um envolvimento de um maior número de proveitos a ser branqueados – exponenciando claramente os fluxos criminosos. Tal realidade podendo mesmo representar um condicionamento do normal funcionamento das estruturas fundamentais de um Estado de Direito Democrático, como particular incidência no mercado económico-financeiro ou nos próprios pilares fundamentais do sistema político ou jurídico.

Reflexo dessa realidade, surgiu, com amplo acolhimento na comunidade internacional, desde as Nações Unidas, dos órgãos comunitários, ou determinadas organizações supranacionais como o GAFI ou o Comité de Basileia, o reconhecimento da imperatividade de criar mecanismos efetivos de prevenção e repressão do

⁶³⁶ Atualmente, em virtude do desenvolvimento tecnológico, já é possível que os indivíduos, confortavelmente instalados nas suas habitações ou escritórios profissionais, com segurança e anonimato, possam realizar operações de branqueamento através de uma transferência instantânea que escapa em grande medida ao controlo das autoridades.

branqueamento, para atingir de forma afirmativa e direta os proveitos oriundos de determinadas práticas criminosas. Está subjacente a ideia que o “crime não deve compensar”, agora numa dimensão internacional. Embora se refira a necessidade de ir mais além nesta evolução, nomeadamente, na cooperação internacional, porque continuam a existir inegáveis diferenciações no enquadramento jurídico dos diversos Estados, mesmo entre países europeus – o que possibilita fenómenos como o *fórum shopping*.

Esta intervenção prosseguida pelo legislador comunitário e internacional, em alguns casos contendo obrigações de estabelecimento de injunções penais para comportamentos ali proibidos e culminando num cenário estratégico da política criminal, explica o acolhimento acrítico da sua criminalização no direito positivo português. No início, conexas com o tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, é, hoje, uma prática associada a uma criminalidade grave, punida nos diversos ordenamentos jurídicos por meio de um tipo ilícito autónomo, como evidenciado pela sua incriminação nos respetivos Códigos penais. No nosso país, o branqueamento está previsto e punido no artigo 368.º-A do CP. Para que se esteja perante este crime é necessário que se verifique obrigatoriamente um facto típico antecedente, integrante do respetivo catálogo legal, do qual surjam aqueles proveitos. O catálogo é composto por dois critérios: um qualitativo e outro quantitativo. No critério qualitativo são identificados um conjunto de crimes entendidos como graves – em linha com os instrumentos comunitários. Já no critério quantitativo institui-se um recorte de crimes precedentes de acordo com a moldura penal abstrata, sendo integrantes do catálogo aqueles com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos.

O branqueamento constitui assim um processo de criação de uma artificialidade dirigida a escurecer e tornar opaca a verdadeira origem sobre determinado bem ou sobre quem constitui o seu titular, possibilitando que os agentes criminosos possam empregar tais proveitos, para fins legítimos ou criminosos, com maior confiança, por ser mais difícil para as autoridades de investigação criminal conseguirem proceder àquela deteção. Para tal, sendo envolvidos um conjunto de procedimentos operativos com elevada mutabilidade, seguindo a tipificação do direito português, condutas de converter, transferir, ocultar e dissimular, as vantagens criminosas para incutir para as autoridades de investigação criminal uma maior dificuldade para deteção e apreensão destes proveitos máculados.

Assim, no nosso entendimento, ao criminalizar o branqueamento na parte geral do CP, o legislador atuou frente a condutas de camuflagem e artificialidade sobre determinados proveitos de origem criminosa, visando proteger os interesses da realização da justiça na sua vertente de prevenir um bloqueio/obstáculo para a máquina repressiva estatal e a correspondente detecção e punição dos agentes criminosos. Esta necessária exigência de atuar sobre valores provenientes de um facto típico ilícito antecedente do catálogo permite cunhar o branqueamento como um crime composto ou secundário. Uma realidade que, porém, não obstaculiza à sua autonomia, e que releva principalmente em três pontos: o bem jurídico protegido; o elemento subjetivo; e a sua articulação no concurso de crimes.

Ao nível do bem jurídico tutelado pela incriminação do branqueamento são várias as posições doutrinárias que se perfilham e que correspondem a interesses dignos de proteção. Entre as quais, sem obedecer a qualquer ordem qualitativa, podemos referir as seguintes: o branqueamento tutelaria a saúde pública pela associação deste com o tráfico de estupefacientes; a incriminação do branqueamento constituiria a defesa do património na vertente de acautelar a prática criminosa prévia; constituiria uma ação sobre a tutela da segurança interna e paz pública; a tutela de uma eficiência do mercado pelo branqueamento colocar em risco o exercício em normalidade do mercado económico-financeiro; uma proteção da administração da justiça de forma a conseguir penalizar os agentes criminosos que procedem a operações de branqueamento, evitando que as suas operações ilícitas sejam disseminadas, bem como permitindo que as autoridades de investigação criminal consigam detetar e individualizar os seus agentes e proveitos recolhidos; e, por último, uma vertente pluriofensiva combinando estes diversos substratos materiais. Atendendo a esta realidade, desde logo, daqui resulta que o branqueamento tem por finalidade tutelar um bem jurídico coletivo – materialmente legítimo de acordo com as considerações que já deixamos expressas na parte I deste trabalho. As primeiras correntes viram-se ultrapassadas pela realidade jurídica deste crime. Já a remissão para a segurança interna e paz pública é bastante ampla e desprovida de substrato jurídico. É certo que as modalidades típicas de branqueamento constituem comportamentos de conversão, dissimulação e transferência que se processam sobre o campo económico, e a prática deste crime irá, inevitavelmente, colocar em causa, de forma imediata ou mediata, a integridade do sistema económico-financeiro. Mas uma coisa são os efeitos acessórios do branqueamento na sua projeção comunitária, outra coisa completamente diferente é ser esse o bem jurídico (o referente material) que o legislador

quis tutelar com a incriminação do tipo legal, e, neste particular, a resposta deverá ser negativa. Como já vimos, as modalidades típicas correspondem a atos de camuflagem e artificialidade sobre determinados proveitos de origem criminosa, visando proteger os interesses da realização da justiça na sua vertente de prevenir um bloqueio/obstáculo para a pretensão punitiva do Estado, correspondente à deteção e punição dos agentes criminosos e os proveitos derivados das suas práticas criminosas graves. Partindo desta realidade, a proteção jurídico-penal no ordenamento jurídico português, no nosso entender, diz respeito à administração da justiça. Este é, salvo melhor opinião, o único sentido interpretativo possível face à hermenêutica jurídica, principalmente face aos seus elementos literal, histórico e teleológico. Nesta específica dimensão, ao positivar o branqueamento na parte geral do CP, o legislador atuou frente a condutas de camuflagem e artificialidade sobre determinados proveitos de origem criminosa, visando proteger os interesses da realização da justiça na sua vertente de prevenir um bloqueio para a máquina repressiva do Estado de detetar e punir os agentes criminosos e as vantagens derivadas das suas práticas criminosas graves. Permanece válido o rumo de evitar que os agentes criminosos possam livremente esconder/usufruir os seus proventos criminosos. A realização da justiça corresponde a um vértice fundamental de um Estado de Direito Democrático – ainda mais quando a articulamos com as características da sociedade de risco –, surgindo como lógico e imprescindível em termos jurídico-penais e constitucionais, a criação de mecanismos de proteção através do direito penal que tutele aquele interesse fundamental. Porém, sem que se entenda que todas as condutas apresentam a capacidade de atingir a administração da justiça. Estas terão de corresponder a condutas apresentando uma elaboração que permita criar a camuflagem e artificialidade face à origem das vantagens ou dos seus titulares. Dessa forma, conseguimos uma devida articulação teleológica entre o critério do bem jurídico que deve ser devidamente delimitado e a punição, para evitar um excesso de amplitude punitiva. Claro que também, de forma reflexa e paralela, é importante referir que ao tutelar a administração jurídica está o legislador a abranger materialmente os outros interesses conexos – mas, também, sem que se recaia para defender a proteção de valores pluriofensivos.

É ainda de referir que as condutas típicas de branqueamento de conversão, transferência (do número 2 do artigo 368.º-A), ocultação e dissimulação (do número 3 do suprarreferido artigo) constituem crimes de resultado. Neste sentido, coloca-se a imputação objetiva do resultado à conduta do agente – seja pela teoria de conexão com o

risco (defendida por Figueiredo Dias e Claus Roxin) ou a teoria da casualidade adequada (defendida por Taipa de Carvalho e com reflexo legislativo no artigo 10.º do CP)

Quanto ao nível do tipo subjetivo é de referir que o branqueamento é um crime intrinsecamente doloso. Para se afirmar o dolo no branqueamento é necessário que estejam verificados os seus dois pontos fundamentais: que o agente detenha conhecimento sobre os elementos do tipo ilícito do branqueamento, e, detendo esse conhecimento, dirija a sua vontade para a realização do facto típico do branqueamento. Aqui admitimos a relevância das três espécies de dolo – direto, necessário e eventual. Podendo assim o agente criminoso ser punido por branqueamento quando represente como possível a proveniência das vantagens criminosas e se conforme com essa proveniência para a realização do tipo de branqueamento. É ainda de ressaltar que no caso das modalidades típicas do número 2 do artigo 368.º-A, converter ou transferir, ou auxiliar essas práticas, é instituído um elemento subjetivo específico correspondente ao “(...) *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*”, que deve acrescer ao dolo do agente. Ou seja, para além do dolo genérico deve ainda ser abrangido este dolo específico do agente. O que corresponde, no nosso entender, a uma clara manifestação de proteção da administração da justiça (na sua veste de tutela jurisdicional efetiva). Já as condutas do número 3, bastam-se com o dolo genérico, sendo apenas necessário que o agente criminoso detenha a consciência e vontade de realizar as condutas típicas, embora com o respetivo enquadramento subjacente àquelas dinâmicas face à administração da justiça. Neste último caso, havendo uma congruência entre o tipo objetivo e subjetivo. Em face das especificidades inerentes ao branqueamento deve ainda ser ressaltado que a prova do dolo do branqueamento deve ser apreciada de acordo com as regras de experiência comum (na qual está abrangida a possibilidade de prova indireta), de acordo com o modo de atuação inerente ao homem médio (ou seja, recorrendo-se ao critério do homem médio, em que o julgador realizará um juízo de prognose póstuma).

A sua natureza compósita é ainda relevante pela ligação que pode ser estabelecida entre o facto ilícito típico precedente e o branqueamento quando tais atos criminosos sejam praticados pelo mesmo agente. Ou seja, nos casos em que é o próprio agente criminoso que “branqueou” os próprios proveitos que tenha obtido (a título de autoria ou cumplicidade) através de uma prática criminosa. O elemento do tipo legal admite o estabelecimento de um concurso efetivo (real) de crimes nestes casos, até porque estamos perante bens jurídicos diferenciados. Contudo, embora a delimitação da autoria

corresponda a uma incumbência do legislador, será, no caso concreto, através da aplicação da lei que se deve mostrar possível distinguir as normas aplicadas através da relação entre as normas violadas e o comportamento do agente criminoso, uma tarefa que já compete ao julgador. Assim, o elemento literal deve então ser interpretado como admitindo a possibilidade de concurso, mas é necessário atender ao caso concreto para afirmar essa mesma exigência, sob pena de, em alguns casos, ocorrer uma violação de preceitos constitucionais com o *ne bis in idem* e da proporcionalidade, com o correspondente resultado de inconstitucionalidade material.

A análise concreta deverá então partir do acontecimento global unitário e aferir do sentido da ilicitude projetado pela conduta do agente, que deverá ser “moderado” pelo critério do bem jurídico, embora a nossa apreciação não se esgote nele. Ou seja, o julgador deve concluir se o desvalor antijurídico da ação inerente à atuação global do agente é ainda englobado pelo desvalor de ilicitude inerente ao facto ilícito precedente, para aferir da relevância jurídica para efeitos da punição pelo tipo legal do branqueamento. No caso de a resposta ser negativa, por inexistência daquele *plus* material-funcional singular do branqueamento, não estamos perante um sentido de ilicitude próprio, em que se possa dizer que o sentido global da ilicitude abrange dois tipos legais de crimes. Como não estamos perante o preenchimento do crime de branqueamento, não existe no comportamento global do agente um sentido de ilicitude que se projete sobre duas normas. Pelo contrário, quando se esteja perante um conjunto de elementos adicionais ao comportamento do agente criminoso, do qual emerge um particular e singular sentido de ilicitude representado pela proteção da administração da justiça e com reflexo ao nível das exigências de punição, já será legítimo punir pelo crime de branqueamento. Neste caso já não se pode falar num prolongamento natural dos proveitos oriundos do crime, estando aqui representado o especial nível de perigosidade do branqueamento – que o diferencia face a outros pós-delitos que não admitem o concurso –, aquele *plus*, que sustenta materialmente a punição em concurso efetivo real de crimes: pelo crime precedente e pelo branqueamento. Casos em que o agente criminoso deve ser punido em concurso efetivo pelos dois crimes, em sede das regras do artigo 77.º do CP.

Face a esta realidade, quando não existam os dois sentidos sociais de ilicitude, a doutrina tende a privilegiar duas posições. Uma primeira defendendo existir um caso de concurso aparente de crimes por existir uma relação de consumpção como pretendida por alguns autores, em que os posteriores atos de branqueamento representam “factos posteriores co-punidos”. Outros autores, nos quais nos inserimos, privilegiam o critério

do bem jurídico, e, partindo deste substrato material, entendem que no caso de inexistir aquele *plus* axiológico, inerente ao óbice para a administração da justiça, estamos sim perante um “facto posterior não punível”. Porque verdadeiramente não existe aqui um valor fundamental a ser tutelado.

Por todo o exposto, o maior nível de sofisticação, a germinação e desenvolvimento das atividades criminosas, e dos proveitos delas decorrentes, tem elevado o branqueamento a uma relevância simbólica primordial no domínio político-criminal. Em face de um progressivo aprimoramento das respostas jurídico-penais, representando uma prioridade da política criminal moderna, tem sido colocado em questão alguns dos seus limites e a excepcionalidade da sua aplicação. Talvez por isso se deve voltar a afirmar que a estratégia de atuação deve ser sempre delineada em consonância com os princípios constitucionais e penais do direito penal humanista e liberal, sob pena de ser atraído para muitas das características do direito penal (da sociedade) de risco.

Como ponto de ordem este mais amplo afrontamento do branqueamento no sistema jurídico português é validado através de uma estratégia nacional assente em dois vetores fundamentais: um domínio preventivo; e um vocacionado na perseguição da criminalidade.

A vertente preventiva detém um largo lastro evolutivo e é impulsionada através de vários diversos diplomas internacionais que visam conexas tanto as autoridades públicas como as privadas para uma colaboração de defesa dos interesses do Estado de Direito Democrático. Esta colaboração é realizada através da instituição para aquelas entidades de um conjunto de regras e deveres, consequentes do estabelecimento de uma vigilância mais permanente do movimento de valores em circulação, instituição das medidas de controlo interno, comunicação e diligência, formação de colaboradores, exame específico, só para citar os mais particulares. Mas, dentro da linha seguida por esta lógica preventiva, é de ressaltar a construção de um nó muito sensível correspondente à promoção de uma cultura institucional assente em elevados padrões éticos e empresariais que devem orientar estas entidades ou profissionais. Assim, surgindo inicialmente como um dogma do sistema financeiro sob a orientação do BdP, as funções de “*compliance*” passam a consistir num pilar central para reforço da integridade da atividade económica através de uma consolidação normativamente imposta da legislação e regulamentos aplicáveis. Estamos perante uma realidade que entrecruza estas suas vertentes, e em que as práticas de “*compliance*” resultam num primeiro bastião defensivo das entidades

obrigadas face ao modelo predatório e criminoso da razão calculadora subjacente às práticas branqueadoras.

Os procedimentos de *compliance* foram assim “construídos” essencialmente partindo da materialidade de resposta ao branqueamento, em termos amplos, consistindo num conjunto de procedimentos que devem ser seguidos em termos internos, para originar uma atuação da pessoa jurídica ou equiparada em conformidade com a normatividade vigente face à matéria do branqueamento. É de ressaltar que a legislação consagra a necessidade de instituir no espectro coletivo um determinado sujeito que se constitua como responsável por estes procedimentos, embora com variabilidade face à dimensão específica do ente coletivo ou equiparado. Em suma, este responsável pela aplicação do nível de cumprimento da *compliance* deve manter o acompanhamento do sistema de controlo interno, avaliar a equidade dos procedimentos que o integram, segundo o risco associado e os mecanismos de centralização da informação apropriada sobre os campos de negócio das entidades obrigadas. Para tal é necessário que o órgão de administração lhe institua os poderes específicos que deve deter para cumprimento desta lei, devendo o responsável exercer a sua função com zelo e independência. E, segundo o disposto na lei n.º 83/2017, desde que lhe sejam instituídos os poderes específicos desta lei, tal responsável ocupa uma posição de liderança dentro da organização, pois tem poderes funcionais dentro daquela – embora esteja dependente do órgão de administração ao nível de lhe conferir aqueles devidos deveres. Mesmo ao nível dos diplomas específicos do Banco de Portugal, o responsável pelo cumprimento normativo da “*compliance*” é considerado como titular de funções essenciais, por exercer funções com graduação significativa no cerne da instituição financeira, de acordo com o artigo 33.º-A do RGICSF, igualmente detendo uma posição de liderança.

Para além da criminalização do branqueamento na parte especial do CP e dos desenvolvimentos preventivos impulsionados por diversas instituições internacionais, a estratégia do legislador português apresenta com função primária expurgar estas práticas ilícitas que colocam em causa o regular funcionamento da sociedade de um Estado de Direito Democrático. Tal realidade encontra-se tabelada em diversos atos normativos. Em primeiro é de referir a prevenção e repressão do branqueamento como um objetivo primário e prioritário da política criminal portuguesa para o biénio entre 2017-2019, nos termos da conjugação do disposto nos artigos 2.º, alínea i), e artigo 3.º, alínea k), da Lei n.º 96/2017, de 23 de Agosto (aprovada em 19 de Julho de 2017, e promulgada em 3 de Agosto de 2017). É ainda entendido como um crime de investigação prioritária,

especialmente quando associado a outros crimes de investigação prioritária ou conexionado com redes transnacionais de tráfico de estupefacientes, em linha com a Diretiva n.º 1/2017, de 13 de Outubro de 2017, que define Diretivas e instruções genéricas para a execução da Lei n.º 96/2017. Para além deste pontos, é ainda considerado como um crime de competência reservada da Polícia Judiciária, nos termos do artigo 7.º, número 2, alínea i) da Lei de Organização de Investigação Criminal – Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto, e cabendo ao Departamento Central de Investigação Criminal (DCIAP) a competência para realização das ações preventivas e coordenação da investigação do branqueamento, nos termos conjugados dos artigos 47.º, número 1, alínea e), e número 4 alínea a), do Estatuto do Ministério Público (Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro, conforme a redação dada pela Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro).

Como se comprova, o crime de branqueamento é uma realidade a que o legislador português, reconhecendo a sua especial danosidade, dedica uma particular atenção política criminal. Aliás, dentro desta realidade mais ampla, reconhece-se a especial conexão entre as práticas branqueadoras no seio de uma pessoa coletiva e equiparada, o que leva o legislador a punir o ente coletivo por uma prática de branqueamento. E, em sentido mais concreto, emanam os procedimentos de *compliance* como um dos vetores fundamentais para atingir uma resposta efetiva e eficaz no domínio do branqueamento praticado pelas pessoas coletivas ou equiparadas, correspondendo mesmo a uma forma de envolver aqueles substratos coletivos nesta vertente preventiva e repressiva do branqueamento.

PARTE III

A compliance na responsabilidade penal
das pessoas coletivas ou equiparadas

9. Alguns aspetos gerais da responsabilidade criminal das pessoas coletivas no direito português

9.1 Origens evolutivas do sistema português

O efeito de mundialização levou a claras modificações no direito penal substantivo e processual (já devidamente analisadas no ponto 2.2), com a finalidade de responder às novas características do crime. Neste cenário, surge um novo ator com maior destaque na magnitude da resposta social e com capacidade de manifestarem uma alternidade a esse nível, correspondente aos entes coletivos⁶³⁷. A introdução nesta dimensão coletiva permite novos espaços de ação, que, para um sujeito devidamente delimitado, seriam inacessíveis. As pessoas coletivas e equiparadas – especialmente as sociedades comerciais, pela sua natureza e dimensão – passaram a adquirir um lugar central no espaço económico, social e até político. Pouco faltou para que tais características centrais se associassem às atividades criminosas, permitindo uma interligação com a própria dinâmica empresarial⁶³⁸, passando a absorver as características de estrutura hierárquica, organizada e complexa, com um variado conjunto de elos interligados na prática económico-laboral, e composta por variadas intenções e vontades compostas pelos membros internos. Este cenário conduz à dificuldade de determinar quem foi verdadeiramente responsável por uma determinada prática criminosa no seu seio. Até porque o agir comportamental no substrato coletivo representa, na esmagadora maioria dos casos, um incremento conjunto, em face da exorbitante hierarquização e complexidade empresarial, mais visível quanto maior for a estrutura coletiva. Que, no domínio específico da criminalidade, representa uma extrema dificuldade em apurar

⁶³⁷ Ao nível da personalidade coletiva têm sido apontadas um conjunto de teorias no seio jurídico-civil: teoria da ficção; teoria da realidade; teoria normativista; e teoria da realidade jurídica. Cfr. para maiores desenvolvimentos, Fernandes (2009: p. 508ss). Seguimos aqui a teoria da realidade jurídica, maioritariamente predominante no campo doutrinal, considerando a pessoa jurídica como apresentando uma vontade própria, com uma complexidade específica, que normativamente não se confunde com a dos indivíduos que a formam.

⁶³⁸ Cfr. Rodrigues 2005: p. 15, 2019: p. 48; Zúñiga Rodríguez, 2009: p. 71ss; Mendes, 2015a: p. 50ss; Geraldo, 2018: p. 268; Busato, 2018a: p. 93. Como mero exemplo, podemos assinalar o estudo, citado por Zúñiga Rodríguez, elaborado pelo instituto *Max-Planck* da Alemanha, em que se demonstrou que 80% da criminalidade económica cometida no ordenamento jurídico alemão no biénio de 1974 e 1975, partiram de um seio de uma empresa. (Zúñiga Rodríguez, 2009: p. 106)

quem efetivamente foi o autor do crime⁶³⁹, com claras manifestações ao nível do direito substantivo e processual.

A introdução desta nova realidade que, segundo certos autores, transforma a entidade empresarial para uma espécie de “fonte de perigo” para o desenvolvimento de atividades criminosas, aqui se dimensionando uma contribuição própria da organização com valores agregados e partilhados pela generalidade dos seus membros, que pode decair para uma “cultura corporativa criminosa”⁶⁴⁰, projetada pelo corpo social para a prática de crimes. A questão, como todos sabemos, é o envolvimento numa sociedade global de risco, em que as emanções das práticas criminosas lesivas deslocaram-se para uma atuação projetada a partir de uma entidade coletiva e de colocação em causa de interesses de matriz coletiva – reconhecimento que se verificou, principalmente, a partir da segunda metade do século passado⁶⁴¹ –, atingidos por uma elevada danosidade e a subsequente dificuldade do sistema a minimizar esses efeitos. E que se viu exemplificada por um conjunto de escândalos financeiros que atingiram diversas empresas internacionais.

Nesta linha, é inegável que os factos criminosos praticados neste âmbito levantam problemas de imputação típica na medida em que a lesão do bem jurídico pode ser levada a cabo por um sujeito que pode não ser verdadeiramente responsabilizado por aquele ato, em face da divisão interna de tarefas e dos diversos procedimentos de ação, aqui havendo uma cisão entre a responsabilidade e ação. Tais casos são doutrinariamente chamados de “*irresponsabilidade organizada*” (“*organizierte unverantwortlichkeit*”)⁶⁴², em face das tarefas descentralizadas dentro da organização complexa, que dificulta ou impossibilita tal imputação, em que frequentemente os níveis superiores da pessoa jurídica apresentam um poder de coordenação, enquanto as ações coletivas (como a prática de um facto criminoso) são executadas pelos membros intermédios ou inferiores. Ou seja, dentro deste

⁶³⁹ Salientando esta realidade: Torrão, 2003: p. 355; Meireles, 2008: 131; Brito, 2012a: p. 164; Feijoo Sánchez, 2012c: p. 126; Sousa, 2019: p. 81-82; Rodrigues, 2019: p. 31-32, 48-49; Busato, 2018a: 96.

⁶⁴⁰ Sobre isto, com maiores desenvolvimentos: Rodrigues (2019: p. 32).

⁶⁴¹ Cfr. Gómez-Jara Díez (2005: p. 37, 2006: p. 32) e Figueiredo Dias (2011: p. 296).

⁶⁴² Referindo este ponto, entre outros: Bacigalupo, 1997: p. 202; Mendes, 2015a: p. 51; Beck, 2016: p. 63ss; Rodrigues, 2019: p. 32.

âmbito coletivo existe uma absorção do somatório de todos estes *inputs*, criando a extrema dificuldade em apurar a linha temporal contígua do *iter criminis*⁶⁴³.

Com esta realidade em mente, a questão da responsabilidade criminal das pessoas coletivas – que, na verdade, já detém um antigo lastro histórico⁶⁴⁴, porém, sem que tais antecedentes históricos estivessem associados à dimensão penal –, passou a ser alvo de um maior foco, com o seu resultado a constituir na posituação da responsabilidade criminal na teoria da infração penal. A este nível afastou-se o (tradicional) princípio *societas delinquere non potest*, pelo reconhecimento da ineficácia de uma dogmática penal meramente vocacionada para a responsabilização da pessoa singular, embora, como veremos com maior detalhe, se tenha mantido a responsabilidade das pessoas jurídicas como excecional no nosso ordenamento jurídico, uma vez que a mesma só será admissível nos casos expressamente previstos na lei (segundo o disposto no número 1 do artigo 11.º, do CP). Esta realidade veio compatibilizar o nosso sistema jurídico romano-germânico com os ordenamentos jurídicos de *common law*, nos quais a responsabilidade criminal das pessoas coletivas era já jurídica-penalmente aceite como legítima desde o final do século XIX, alicerçada no desenvolvimento industrial e o crescimento dos aglomerados empresariais, emergindo o instituto jurídico do *corporate liability*⁶⁴⁵. (Sousa, 2019: p. 77ss, 88-89)

⁶⁴³ Aqui se referindo perante a imputação à pessoa coletiva que “(...) a prática de uma conduta *subsumível num tipo de legal bastará que – e considerando a sobredita divisão do trabalho enquanto característica muito própria da empresa – a soma do exercício de funções parciais de pessoas físicas, enquadradas nos limites supra-definidos, se subsuma neste tipo legal de crime*”. (Torrão, 2010: p. 341)

⁶⁴⁴ Em face da contínua evolução histórica do instituto da responsabilização das pessoas coletivas, com a sua “arquitetura” histórica a ser iniciada desde a época romana, não se mostra como possível abarcar neste estudo o empreendimento de tal ampla matéria. Com efeito, para uma visão compreensiva e detalhada, ver com maior detalhe: Bacigalupo, 1997: p. 19ss; Gómez-Jara Díez, 2006a: p. 20; Torrão, 2010: p. 19ss.

⁶⁴⁵ Realizando um reduzido períplo histórico, desde de 1845, no Reino Unido, através de um assento jurisprudencial (“*Great North of England Railway Co*”) foi admitida pela primeira vez a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas, embora limitado, por não ser aplicado a todas as pessoas coletivas. (Rocha, 1998: p. 448) Com o Decreto da *House of Lords* de 1915, foi instituído o princípio da identificação como modelo de imputação às pessoas jurídicas, do qual se estabelece que a ação de determinados diretores (pela função exercida) se identifica com o ente coletivo desde que preenchidos determinados pressupostos. (Zúñiga Rodríguez, 2009: p. 146-147) Tal âmbito de aplicação viu-se progressivamente alargado, com o *Interpretation Act* de 1889 que veio equiparar as pessoas coletivas às individuais, e com o *Criminal Justice Act* de 1925 afastaram-se as últimas reservas para o sancionamento das mesmas. (Rocha, 1998: p. 448) No caso dos EUA devemos salientar como ponto paradigmático o caso

Deste impulso legislativo não deve ser desvalorizado o contributo prestado por um conjunto de diplomas internacionais, como a Recomendação R (88) 18, adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa no dia 20 de Outubro de 1988, onde se propôs a responsabilidade das pessoas coletivas e das pessoas físicas envolvidas na infração, com a finalidade de reprimir as atividades ilícitas e conseguir a reparação dos prejuízos. Mas, com maiores desenvolvimentos, em casos como as infrações contra a economia ou de criminalidade mais gravosa⁶⁴⁶, em Decisões-Quadro da UE, Convenções do Conselho da Europa e também Convenções da ONU – alguns diplomas internacionais anteriormente analisados no devido momento sobre a materialidade da responsabilidade dos entes coletivos pelas práticas de branqueamento⁶⁴⁷ –, que vieram pugnar nos ordenamentos jurídicos da comunidade pela aplicação de mecanismos necessários para que as entidades coletivas possam ser juridicamente sancionadas. Porém, sem prever de forma exclusiva o princípio da responsabilização criminal⁶⁴⁸, permitindo a possibilidade de uma sanção de natureza civil ou administrativa.

Atendendo a uma matriz histórica, este acolhimento de responsabilidade criminal das pessoas jurídicas foi iniciado no ordenamento jurídico holandês⁶⁴⁹, daí que se possa entender este como o primeiro país europeu continental a introduzir a responsabilidade criminal das pessoas coletivas no seu código penal. Esta realidade foi sendo

New York Central R. Co. v. United States, 212 U.S. 481 (1909), em que a empresa foi condenada pelo Supremo Tribunal de Justiça, cumulativamente com os seus dirigentes, como penalmente responsável pelos atos ilícitos praticados pelos seus dirigentes no domínio das suas funções e em benefício da respetiva sociedade (ou seja, existe aqui uma responsabilidade vicarial). Arresto acessível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/212/481/>>. (Acesso 10/10/2019).

⁶⁴⁶ Aqui admitindo a possibilidade de a pessoa jurídica ficar isenta de responsabilidade quando se comprovar que não esteve implicada no delito cometido e que adotou as medidas necessárias para evitar aquela respetiva comissão.

⁶⁴⁷ Numa abordagem mais geral, cfr. Lois (2015: p. 197-203).

⁶⁴⁸ Não cabendo neste trabalho analisar de forma detalhada a evolução histórica da responsabilidade penal das pessoas jurídicas por não constituir um tema central nesta investigação, devemos destacar no espaço europeu, com especial detalhe, quanto à evolução legislativa, as obras de: Rocha, 1998: p. 434ss; Albuquerque, 2006: p. 127ss, 2015: p. 126; Silva, 2009: p. 62ss; Sousa, 2019: p. 82.

⁶⁴⁹ Em vigor desde 1950, no domínio do direito penal económico, este princípio foi estendido a todo o direito penal, com a lei de 23 de junho de 1976. Neste ordenamento jurídico é admitida a punição das pessoas singulares e coletivas, bem como organismos desprovidos de personalidade jurídica e pessoas coletivas de direito público. Para maiores desenvolvimentos, veja-se: Rocha, 1998: p. 447; Silva, 2009: p. 94-96; Lois, 2015: p. 204-205.

progressivamente estendida a outros países⁶⁵⁰, como a Áustria, Dinamarca, Estónia, Eslovénia, Eslováquia, Espanha, França, Finlândia, Hungria, Irlanda, Luxemburgo, Suíça e Portugal. Por sua vez, em claro contraciclo, alguns ordenamentos jurídicos mantêm uma resistência ao prosseguimento deste sentido, como seja o caso da Alemanha⁶⁵¹, Bulgária, Grécia, Itália⁶⁵² ou Lituânia. (Sousa, 2019: p. 82)

⁶⁵⁰ Como salienta Fernando Torrão, no caso de uma modificação da dogmática, “*se o direito penal não penetrar neste tipo de realidade, as normas expectativas comunitárias na vigência e no valor da norma violada acabarão por sair defraudadas, gerando-se, conseqüentemente, um sentimento geral de impunidade, apto a provocar uma espécie de amolecimento ósseo da estrutura de um sistema penal com as consabidas conseqüências perniciosas que daí podem resultar*”. (Torrão, 2003: p. 355)

⁶⁵¹ O ordenamento jurídico alemão mantêm o princípio *societas delinquere non potest*, rejeitando a responsabilidade criminal das pessoas coletivas, por se considerar que estas não possuem capacidade de ação, nem de culpa. O direito alemão centra o injusto penal ao nível da vertente ontológica, o que apresenta repercussões ao nível da teoria do delito. Todavia, fora do âmbito penal, ao nível contraordenacional foi admitida a possibilidade de sancionamento das pessoas coletivas, nos casos de comissão por parte de um agente singular de uma infração criminal ou um ilícito de mera ordenação social, em incumprimento dos deveres que lhe estão adstritos e em benefício da mesma, por um representante ou titular do órgão da entidade coletiva, nos termos do parágrafo 30 da *Ordnungswidrigkeitengesetz* (OWiG). Ainda neste diploma, de acordo com o seu § 130, é estabelecido um delito por violação de um dever de vigilância por parte de um titular de um estabelecimento ou entidade empresarial, quando tenha omitido, dolosa ou negligentemente, a adoção de medidas necessárias para prevenir a ocorrência de infrações relacionadas com a atividade do estabelecimento ou empresa, consistente na violação daqueles deveres, e corresponda a delitos da empresa (contraordenacionais) no qual é punida ao nível de uma sanção contraordenacional. (Zúñiga Rodríguez, 2009: p. 126ss) Para além destas normas, são ainda estabelecidas medidas de confisco de produtos ou instrumentos do crime que podem ser aplicadas às pessoas coletivas quando o autor do facto criminoso o tenha cometido como representante daquele ente (naturalmente, não correspondendo materialmente a uma responsabilização penal das pessoas coletivas).

⁶⁵² Neste ordenamento jurídico, embora não evitando dissonâncias doutrinárias, é especialmente rejeitado nos termos do artigo 27.º da Constituição italiana a responsabilidade penal dos entes coletivos, considerando-se como legítima só a responsabilidade individual. Mas, seguindo a linha do ordenamento teutónico, também se reconheceu a necessidade de sancionar as pessoas coletivas por meio do direito contraordenacional, por conseguinte admitindo a responsabilidade administrativa das pessoas coletivas segundo o Decreto legislativo n.º 231/2001. Porém, face a este cenário, existe uma discussão doutrinária sobre se as medidas previstas neste diploma são verdadeiramente de natureza administrativa, ou, pelo contrário, já se aproximam materialmente do direito penal. Veja-se, entre outros: Gómez-Jara Díez, 2005: p. 56; Silva, 2009: p. 99; Zúñiga Rodríguez, 2009: p. 152ss; Lois, 2015: p. 207-208; Sousa, 2019: p. 86. De resto, o CP italiano só admite, no seu artigo 197.º, uma responsabilidade civil do órgão ou representante com caráter subsidiário nos casos de insolvência. (Zúñiga Rodríguez, 2009: p. 146-147)

Passa então a ser dominante na política criminal e na dogmática penal o entendimento de que os entes coletivos podem verdadeiramente praticar uma ação típica, ilícita e culposa⁶⁵³, constituindo um centro de imputação autónomo da responsabilidade penal. Tal representa uma transmutação da dogmática penal, até então fundamentada nas atuações singulares e numa movimentação corpórea humana. No nosso entendimento, esta resistência do direito continental foi derivada pelo cerne ontológico que sempre pautou a teoria da infração criminal⁶⁵⁴. Esta alteração da perspetiva jurídica partiu de uma dupla constatação: primeiro, pela extrema dificuldade (ou mesmo incapacidade) de responsabilizar agentes individuais por delitos cometidos através de uma dimensão

⁶⁵³ Afastando-se progressivamente as tradicionais críticas dirigidas à posituação criminal desta responsabilidade por incapacidade de ação ou de culpa das pessoas coletivas. Como tão bem sumariado por Rocha, as críticas doutrinárias podem ser decompostas em quatro realidades. De início houve quem considerasse que as pessoas coletivas eram incapazes de uma ação própria, em que a sua intervenção na dimensão jurídico-penal se esgotava na ação (responsabilização) das pessoas físicas que constituem os seus órgãos. Logo, tal responsabilidade deveria ser dirigida face às pessoas físicas, porque o comportamento ilícito seria praticado por aquelas (pois são as pessoas físicas que agem), sob pena de violação do princípio do *non bis in idem* por se estar a punir a pessoa coletiva e os seus membros individuais pela prática dos mesmos factos – uma punição dupla pelos mesmos factos. Também se referia a existência de uma violação do princípio da pessoalidade das penas, pois a sanção, para além de atingir a pessoa coletiva, também acabaria por atingir outros membros (ou interesses) que não teriam participação na prática criminosa, como, por exemplo, os acionistas ou até mesmo os seus trabalhadores. Era ainda referida a inaplicabilidade dos mecanismos tradicionais das penas, quer pela pena de prisão não poder ser aplicada, quer por não poder ser dado cumprimento às suas finalidades tradicionais. Bem vistas as coisas, tais críticas foram facilmente desmentidas (p. 438-439). Primeiro, porque, como veremos em maior detalhe, as pessoas coletivas e equiparadas detêm uma ação e culpa próprios, correspondendo a um verdadeiro centro de imputação penal, que é autónomo face ao dos seus membros individuais, e assim não existindo a violação do *non bis in idem*. Depois porque existem sanções “tradicionais” que produzem efeitos que também podem atingir interesses de terceiros (como é o caso da apreensão de um determinado bem). E, embora não se podendo aplicar a pena de prisão a uma pessoa coletiva ou equiparada, na verdade, também existem sanções que podem atingir, ao nível de gravidade, um nível tão amplo como a pena de prisão – pense-se, desde logo, na sanção mais grave que é a extinção da pessoa jurídica, esta pena, se atentarmos perante a realidade do sujeito individual, até só poderia ser comparada com a pena de morte. E, por fim, a instituição de tais penas pode atingir os efeitos preventivos e de ressocialização desde que devidamente aplicadas. Referindo as críticas que são assinaladas na doutrina, ver, entre outros: Rocha, 1998: p. 438-439; Faria Costa, 1998: p. 508-509; Mendes, 2003: p. 6-7; Gómez-Jara Díez, 2005: p. 81ss; Silva, 2009: p. 132ss; Figueiredo Dias, 2011: p. 296; Lois, 2015: p. 195-197; Busato, 2018b: p. 29.

⁶⁵⁴ Vide, referindo esta realidade, por exemplo, Gómez-Jara Díez (2005: p. 48; 2006: p. 27) e Martínez (2017: p. 257-258).

coletiva em seu benefício; também se reconhecendo que a simples remissão da responsabilidade coletiva para uma de natureza civil ou administrativa não se mostrava como juridicamente sustentável para um efetivo consenso comunitário através da proteção dos bens jurídicos ofendidos⁶⁵⁵. Em que a impossibilidade de aplicação das sanções punitivas, não conseguiria tutelar eficazmente e eficientemente os bens jurídicos fundamentais, porque a simples sanção pecuniária não contém, ao nível formal e material, uma verdadeira eficácia preventiva das atuações criminosas, porque, partindo de uma análise de custo-benefício – um pensamento tão caro à razão calculadora –, no cálculo mental realizado pelo potencial agente criminoso, poderia ser mais vantajoso para um ente coletivo praticar um determinado ilícito e, mesmo que descoberta essa prática, responder administrativamente ou simplesmente indemnizar por responsabilidade extracontratual – ou seja, a ideia base subjacente a este pensamento é que o potencial ganho poderia ser muito superior aos potenciais prejuízos que podem advir dessa execução. É assim de rejeitar tal entendimento, sob pena de deixar desprotegidos determinados bens jurídicos penais face a ameaças com proveniência coletiva, a que acresce a já referida extrema dificuldade em apurar em concreto o verdadeiro executor⁶⁵⁶ (imediate e mediato) (Figueiredo Dias, 2011: p. 297), em virtude da projeção do poder decisório e hierárquico, das divisões de tarefas, da dinâmica interna e sua projeção na realização externa, só para citar os casos mais relevantes⁶⁵⁷ – complexidade funcional que dilui a conexão entre os diversos pontos e com naturais manifestações na averiguação da responsabilidade de cada um dos agentes –, o que pode resultar nos já citados casos de “*irresponsabilidade organizada*”. No limite, podendo os indivíduos que pratiquem crimes dentro da complexidade organizacional se tornar fungíveis perante aquela

⁶⁵⁵ Cfr. Souza (2015: p. 127). Referindo Guimarães que foi essencialmente sustentada numa realidade preventiva que foi procurada a legitimidade dos entes coletivos. (2015: p. 33)

⁶⁵⁶ Ponto assinalado pela maioria da doutrina. Refere Figueiredo Dias, não se mostrar como materialmente aceitável que o legislador estabeleça uma diferenciação entre a punição de uma infração que sendo cometida por um sujeito individual é admitida como um ilícito penal, mas quando cometida por um ente coletivo (com o exato desvalor ético-social e grau de ilicitude) seria punida com uma contraordenação. (Figueiredo Dias, 2011: p. 297ss) Uma inaceitável distinção, que, naturalmente, atendendo aos princípios constitucionais resultaria numa inconstitucionalidade material por violação do princípio da igualdade e da proteção jurisdicional efetiva. (2011: p. 301)

⁶⁵⁷ Assinalando estas diversas realidades, entre outros: Torrão, 2003: p. 355; Meireles, 2008: p. 131; Silva, 2009: p. 15ss.

estratégia mais ampla⁶⁵⁸. Nem mesmo uma possível coligação dessa responsabilidade coletiva de natureza civil ou administrativa – com a própria responsabilidade dos sujeitos individuais com natureza penal –, seria suficiente para se conseguir atingir aquela tutela efetiva, até pela própria diferenciação material entre ambas as realidades. Bem como, na nossa opinião, neste caso se mostraria inaceitável aproximar a sanção de uma realidade penal – mas sem a tocar –, o que, no final, seria prescrever medidas materialmente penais, mas ainda formalmente qualificadas como administrativas, como é frequente dos modelos mistos, acabando por significar uma subtração de tais sanções (mais lesivas) às garantias constitucionais. (Sousa, 2019: p. 85) Tal seria uma clara “burla de etiquetas”, ocorrida em ordenamentos jurídicos que, para não admitirem formalmente no seu ordenamento jurídico a responsabilidade penal das pessoas coletivas e equiparadas, acabam por entrar numa espécie de “distorção jurídica” em face das necessárias exigências de proteção dos valores fundamentais. Também se chegou à conclusão que a punição por atuação em nome de outrem (cfr. artigo 12.º do CP) comungava do *deficit* de suficiência para proteção dos valores atingidos pelas práticas criminosas realizadas no seio daquele ente.

A isto acresce o reconhecimento do desvalor ético-social e grau de ilicitude mais vincado no caso destes novos comportamentos criminosos, o que exige uma censura só tutelável pelo direito penal. Como foi expressamente reconhecido na exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 239/X, procedendo à vigésima alteração ao Código Penal, e aprovando o regime da responsabilidade penal das pessoas coletivas⁶⁵⁹, não se mostrava como admissível que o ordenamento jurídico português qualificasse materialmente uma determinada conduta como crime para os sujeitos individuais, mas como contraordenação no caso de ser praticada pelas pessoas coletivas e equiparadas. Tal criava uma inadmissível diferenciação material, que o legislador e bem valorizou, em que face a uma conduta criminosa de, pelo menos, igual gravidade – diga-se até poder ser mais lato o nível de danosidade social no caso das pessoas coletivas e equiparadas, como fomos desenvolvendo sumariamente ao longo deste trabalho⁶⁶⁰ –, e com o mesmo desvalor ético

⁶⁵⁸ Sublinhe-se a posição de Paulo Sousa Mendes (2003).

⁶⁵⁹ Para maiores desenvolvimentos sobre os antecedentes legislativos, veja-se: <<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d76574339305a58683062334d76634770734d6a4d354c5667755a47396a&fich=pjl239-X.doc&Inline=true>>. (Acesso 12/08/2019).

⁶⁶⁰ Assinalando a possibilidade de um maior grau de ofensa e danosidade provindo das pessoas coletivas sobre um conjunto de valores fundamentais da sociedade, veja-se, entre outros: Rocha (1998: p.

representado pela violação do bem jurídico protegida pela criminalização no direito positivo, o legislador impõe duas sanções com natureza diferenciada e de acordo com a qualidade do sujeito. Para além disso, tem de ser tidas em conta, essencialmente, os interesses de prevenção geral (positiva e negativa) neste tipo de responsabilidade, demonstrando que as práticas danosas, mesmo que provindo das pessoas coletivas e equiparadas, são devidamente punidas e se reafirma a vigência dos valores fundamentais atingidos⁶⁶¹.

No nosso ordenamento jurídico, esta mudança de paradigma, fora alguns casos incipientes⁶⁶², começou a firmada com o CP de 1982, que introduziu uma mudança de paradigma no ordenamento jurídico português em matéria da responsabilidade criminal, com o artigo 11.º, número 1, a admitir a possibilidade de o direito penal ser envolvido quanto a uma responsabilização do ente coletivo. Acabou por ser no âmbito do direito penal secundário (o “*Nebenstrafrecht*” na terminologia teutónica⁶⁶³), com o DL n.º 28/84, de 20 de janeiro, relativo às infrações antieconómicas e contra a saúde pública, que se

431-432). Por exemplo, pense-se na comparação entre a realidade de um caso de sucessivas práticas de branqueamento quando realizadas no seio de uma pessoa coletiva e envolvendo valores muito elevados, e aquelas realizadas por um sujeito individual que não apresenta uma exequibilidade tão complexa e envolvendo valores de mais reduzida magnitude.

⁶⁶¹ Cfr. entre outros: Figueiredo Dias, 1998: p. 69; Faria Costa, 1998: p. 507ss; Torrão, 2010: p. 370ss.

⁶⁶² Anteriormente, já tinham sido de forma imprecisa tentada a responsabilidade criminal para determinadas entidades coletivas, mas sem a existência de um modelo de imputação concreta, bastando-se o preenchimento de um determinado ilícito para o alargamento da punição ao ente coletivo. Uma clara responsabilidade objetiva que atentava com o princípio da culpa, e, portanto, constitucionalmente inadmissível. Podem ser referidos os seguintes exemplos: os casos do antigo DL n.º 85-C/75, de 26 de Fevereiro, que no seu artigo 29.º, número 1, prescrevia a responsabilidade das “*empresas jornalísticas, editoriais e noticiosas*” que, através das suas publicações, cometessem crimes; o caso da Lei Eleitoral para a Assembleia da República, lei n.º 14/79, de 16 de Maio, que estabelecia a punição com multa para as empresas de estação de rádio que violassem os direitos de antena legalmente previstos (artigo 132.º) e também os partidos políticos que aceitassem “*contribuições de valor pecuniário destinadas à campanha eleitoral provenientes de empresas nacionais ou de pessoas singulares ou colectivas não nacionais*” (artigos 144.º e 76.º). (Sousa, 2019: p. 99-100)

⁶⁶³ Como é amplamente destacado na doutrina o direito penal económico acaba por ser o domínio por excelência da responsabilidade penal das pessoas coletivas. (Rocha, 1998: p. 432; Figueiredo Dias, 1998: p. 68; Mendes, 2003: p. 5)

estabeleceu um passo firme⁶⁶⁴, através do seu artigo 3.º quanto à instituição da responsabilidade criminal das pessoas coletivas. A solução encontrada neste artigo foi estabelecer um critério de imputação criminal aos entes coletivos pelo cometimento do facto criminoso por parte de um membro de um órgão ou representante da entidade coletiva; e que essa atuação da pessoa singular tenha sido realizada em nome e no interesse da pessoa coletiva. E, nos termos do número 2, existe a possibilidade de exclusão da responsabilidade da pessoa coletiva quando o agente tiver realizado uma prática contra ordens ou instruções expressas. Ao nível sancionatório, o legislador estabeleceu no artigo 7.º, como penas principais a admoestação, multa e dissolução da pessoa coletiva. Este diploma constituiu assim um marco ao nível da responsabilidade criminal da pessoa coletiva ou equiparada, influenciando os desenvolvimentos legislativos posteriores, especialmente ao nível do direito penal secundário⁶⁶⁵. Depois o instituto da responsabilidade criminal das pessoas coletivas e equiparadas foi-se alargando, estando atualmente previsto de forma dispersa em vários diplomas, como por exemplo, e só para citar os casos mais relevantes: o Regime Geral das Infrações Tributárias – RGIT (artigo 7.º da Lei n.º 15/2011, de 5 de Junho, com a redação da lei n.º 98/2019, de 4 de Abril); Lei de Combate ao Terrorismo (artigo 6.º da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, com a redação dada pela lei n.º 16/2019, de 14 de Fevereiro); Regime Jurídico das Armas e Munições (artigo 95.º da Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro, com a redação dada pela lei n.º 50/2013, de 24 de Julho); Legislação de Combate à Droga (artigo 33.º-A do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, com a redação da lei n.º 8/2019, de 1 de Fevereiro); Lei da Procriação Medicamente Assistida (artigo 43.º-A da lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, com redação da lei n.º 48/2019, de 8 de Julho); o Regime Jurídico da Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiros no Território Nacional (artigo 182.º, número 1, da lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, com a redação da lei n.º 28/2019, de 29 de Março); o Regime de Responsabilidade Penal por Comportamentos Antidesportivos (artigo 3.º, número 1, da lei n.º 50/2007, de 31 de Julho, com a redação da lei n.º 13/2017, de 2 de Maio); Lei do Cibercrime (artigo 9.º, da lei n.º 109/2009, de 15 de Dezembro); ou o Código do Trabalho (artigo 546.º da lei 7/2009, de 12 de Fevereiro, com a redação da lei

⁶⁶⁴ Anteriormente, podemos ainda referir o DL n.º 187/83, de 13 de maio, estabelecendo a punição de multa para as infrações de contrabando e descaminho quando tenham sido praticados pelos órgãos no exercício de funções (no respetivo artigo 21.º).

⁶⁶⁵ Sobre estes desenvolvimentos, veja-se Sousa (2019: p. 101ss).

n.º 90/2019, de 4 de Setembro). Todavia, na base desta diversidade está um conjunto de modelos de imputação diferenciados, por inexistência de uma imputação jurídico-penal “modelo”, com reflexo na apresentação de dificuldades ao nível dogmático (substantivo ou processual), especialmente quanto aos regimes contraordenacionais. Porque, quando se analisar o regime geral do CP, os regimes especiais apresentam um conjunto de orientações diferenciadas, quando comparadas com o regime (geral) do CP – que pretende ser a base de todo o sistema. Daqui se pode assinalar, que a imputação do facto criminal à pessoa coletiva ou equiparada acaba por ser mais restrito nos regimes contraordenacionais do que no regime do CP, quando, face à materialidade em causa, deveria ser precisamente o contrário. Mas também se diferencia em outros campos jurídicos, como ao nível da delimitação do círculo de pessoas que podem vincular o ente coletivo, com o CP a consagrar a exclusão expressa da responsabilidade do Estado, dos entes coletivos que atuem investidos de prerrogativas de direito público e de organizações de direito internacional, ou ao próprio nível sancionatório⁶⁶⁶, mais amplo no regime geral do que nos diplomas de direito penal secundário. Não deixa de ser estranho que o legislador tenha estabelecido a responsabilidade penal dos entes coletivos no CP, no nosso entender bem, mas tenha mantido outros regimes de imputação da responsabilidade criminal aos entes coletivos em legislação extravagante sem ter realizado uma revisão legal mais abrangente de forma a compatibilizar todos os regimes. Somos da opinião que este entendimento fragiliza o próprio sistema jurídico-penal que deve ser entendido numa sistemática unitária, na medida da existência de uma discrepância entre os princípios jurídico-constitucionais prevalentes para o regime material contraordenacional e criminal, quando face aos princípios da subsidiariedade e *ultima ratio*, devia ser precisamente ao contrário.

⁶⁶⁶ Cfr. em sentido crítico, Bandeira (2015: p. 216) e Sousa (2019 p. 104-105). E que leva autores como Brito a referir a necessidade de atender ao artigo 8.º do CP, possibilitando que as disposições do diploma penal sejam aplicáveis aos factos puníveis na legislação de carácter especial, salvo disposição em contrário. Considerando que a ausência de um segundo critério de imputação do facto criminoso à pessoa coletiva nestes diplomas especiais, não pode ser entendido e interpretado como em contrário pela legislação penal avulsa. Para tal devendo ser compatibilizado o regime do número 2 do artigo 11.º do CP, com as normas de direito penal secundário. (2012b: p. 210) Em sentido contrário vai Germano Marques da Silva, considerando a necessidade de realizar uma interpretação restritiva pelo menos quanto à matéria de exclusão da responsabilidade das pessoas coletivas públicas. (2008: p. 73)

Foi com a revisão operada ao Código Penal pela lei n.º 59/2007, de 4 de setembro (através da 22.ª alteração ao diploma), que foi erigido o regime da responsabilidade criminal das pessoas coletivas na parte geral, ao nível do artigo 11.º em matéria de imputação àquelas entidades, e 90.º-A a 90.º-M quanto às penas a serem aplicadas⁶⁶⁷. Com esta introdução do regime de responsabilidade criminal no CP passou-se a entender as pessoas coletivas como sujeitos de direito penal com suscetibilidade de comissão de delitos e consequentemente de ser sancionadas ao nível penal de forma autónoma dos sujeitos individuais que a integram. Estamos perante a criação de um verdadeiro estatuto penal para os entes coletivos, através de uma construção mais cristalina quanto a várias matérias, como sejam a imputação do facto à pessoa coletiva e o próprio regime sancionatório.

Esta diferenciação das pessoas coletivas face às individuais, reconhece a possibilidade das pessoas coletivas e equiparadas, poderem, de forma autónoma e própria, praticar atos específicos do domínio do direito civil, como sejam a celebração de negócios jurídicos, a representação em processos judiciais, a existência de um património diferenciado, etc. Por maioria de razão, em face do princípio da unidade do sistema jurídico, se o ordenamento jurídico português admite a capacidade destes sujeitos conduzirem uma linha de atuação diferenciada dos sujeitos individuais, também é possível de admitir que o seu modo de atuação seja contrário à normatividade penal – ou seja, que a sua atividade seja dirigida para a prática de atos ilícitos. É certo que a mera

⁶⁶⁷ Quanto ao regime sancionatório das pessoas coletivas temos de atender ao disposto nos artigos 90.º-A a 90.º-M. Aqui se estabelecendo uma divisão tripartida entre penas principais, de substituição e acessórias. As primeiras serão aquelas penas aplicadas de forma independente de outras sanções. Constituindo sanções principais as penas de multa ou dissolução. Penas de substituição serão a admoestação (artigo 90.º-C), caução de boa conduta (artigo 90.º-D), e a vigilância judiciária (artigo 90.º-E). Por último, as penas acessórias serão a injunção judiciária (artigo 90.º-G), proibição de celebrar contratos (artigo 90.º-H), privação do direito a subsídios (artigo 90.º-I), interdição do exercício de atividade (90.º-J), encerramento de estabelecimento (artigo 90.º-L), e publicidade da decisão condenatória (artigo 90.º-M). Constituindo a pena de multa aquela que maior relevância apresenta no campo da responsabilidade criminal das pessoas coletivas e equiparadas (visto que não é possível aplicar a pena de prisão). E, em face do seu nível mais gravoso, a pena de dissolução deverá ser aplicada só para os casos nos quais o ente coletivo seja instrumentalizado, desde a sua criação ou através de um domínio posterior com reflexos no “quotidiano” da atividade coletiva para a prática consequente dos vários crimes do catálogo do artigo 11.º, número 2 do CP – no qual se inclui o branqueamento. Para maiores desenvolvimentos ao nível sancionatório, veja-se: Brandão (2008: p. 43ss).

existência de um sujeito com personalidade jurídica diferenciada, ao qual pode ser reconhecido um singular agir no âmbito do direito civil, não pressupõe de forma automática que se legitime a sua responsabilidade na ciência jurídico-penal. (Gómez-Jara Díez, 2005: p. 45; Torrão, 2010: p. 308) Porque as realidades do direito civil e penal são materialmente diferenciadas. Deve então ir-se mais além e procurar a sua capacidade de ação a partir do escopo da dogmática. A realidade permite afirmar uma dinâmica de atuação das pessoas coletivas e equiparadas que sustenta a distinção, material e formal, com os próprios sujeitos naturais que a compõe. De acordo com a CRP, no seu artigo 12.º, número 2, é estatuído que as “*peças coletivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza*”. Daqui decorre uma equiparação (embora limitada, pois alguns direitos mais intrinsecamente ligados ao sujeito humano são negados aos entes coletivos) das pessoas coletivas aos sujeitos individuais. É este axioma jurídico que permite sustentar que os entes coletivos se apresentam “*como um verdadeiro centro gerador da imputação penal*”. (Faria Costa, 1999: p. 508) Então, as entidades coletivas possuem capacidade de ação na medida que é a própria lei que lhes atribui uma personalidade e vontade singular (diferenciada dos sujeitos que a formam), uma construção normativa (Torrão, 2010: p. 51) que permite sustentar a prática de atos ilícitos penais e, subsequentemente, a sua responsabilidade penal. Como refere Anabela Miranda Rodrigues, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas diferencia-se da individual por permitir atender a momentos essenciais distintos *ex ante* e *ex post* do facto ilícito praticado. (Rodrigues, 2019: p. 67)

Ao nível jurisprudencial, a conformidade constitucional da responsabilidade penal das pessoas coletivas foi apreciada de forma crítica por dois acórdãos do Tribunal Constitucional, que importa agora analisar.

No Acórdão do TC n.º 213/95, de 20 de abril de 1995, foi apreciado o problema de inconstitucionalidade da responsabilidade penal das pessoas coletivas nos termos do DL n.º 28/84, de 20 de janeiro, em que era arguida uma sociedade por quotas. Para tal se invocando uma possível inconstitucionalidade da punição criminal às pessoas coletivas nos termos do artigo 3.º do DL n.º 28/84, de 20 de janeiro, face ao disposto no artigo 12.º, número 2 da CRP. Os doutos juízes do TC consideraram como improcedente este raciocínio, na sua sustentação jurídica invocando a necessidade político-criminal deste instituto jurídico, desde que seja devidamente delimitado os seus critérios de imputação, aqui recorrendo a um fundamento material sustentado no modelo analógico desenvolvido por Figueiredo Dias e na racionalidade dos lugares inversos de Faria Costa (cfr. os pontos

9.3.1 e 9.3.2). Assim, concluiu o acervo por ser conforme à nossa Constituição o instituto da responsabilidade criminal das pessoas coletivas, comungando dos princípios da proporcionalidade e necessidade, desde que devidamente dirigida para a prevenção e proteção de bens jurídicos.

Também no Acórdão do TC n.º 395/2003, de 22 de julho, foi invocada a inconstitucionalidade da interpretação realizada ao artigo 7.º do então Regime Jurídico das Infrações Fiscais Não Aduaneiras (RJIFNA) pelo tribunal *a quo*, que havia considerado compreendida no conceito jurídico de representante a possibilidade de incluir um “representante de facto”. Para além da questão prejudicial em análise, o douto tribunal não produziu objeções ao nível da constitucionalidade da responsabilidade do ente coletivo. Foi entendimento do douto tribunal que inexistia uma violação do princípio da legalidade previsto no artigo 29.º, número 1 e 3 da CRP. Considerou que não se pode restringir demasiado o círculo de pessoas que podem vincular a pessoa coletiva ou equiparada a crimes praticados no seu nome e proveito. Como tal, admite-se neste conceito jurídico-penal os representantes de facto (aqueles que não detêm um título formal que lhes confere a posição de representante de direito) e os representantes de direito⁶⁶⁸. Também se reconheceu nesta importante decisão jurisprudencial, que os entes coletivos não respondem por facto de outrem, mas sim nos termos de uma responsabilidade própria e autónoma das pessoas físicas que a integram.

Por tudo, a legislação portuguesa reconhece que o ente coletivo constitui uma personalidade diferenciada face aos sujeitos individuais que a integram, assumindo uma realidade jurídica própria⁶⁶⁹, não correspondente a uma existência físico-psíquica (inerente aos sujeitos humanos), mas sim uma vontade dirigida à prossecução de interesses supraindividuais, encontrando-se numa posição superior à dos interesses

⁶⁶⁸ Embora não sem rejeições. É aqui de assinalar a argumentação vertida por Maria Fernanda Palma no seu voto de vencida. A autora defendeu que a interpretação firmada pelo tribunal *a quo* violava o artigo 29.º, números 1 e 3 da CRP, e, embora não desvalorize as finalidades político-criminais que podiam sustentar uma modificação legislativa, considera que o entendimento correto a ser dado à figura de “representante” seria o do seu entendimento como de um “representante legal”.

⁶⁶⁹ Assim, prevalece uma existência própria que se diferencia das pessoas individuais. Embora se diferenciando da dimensão personalista atribuída ao sujeito humano, o que não permitirá uma aplicação *mutatis mutandis* do seu regime jurídico. (Fernandes, 2009: p. 514-515) Como refere Germano Marques da Silva, “(...) a pessoa jurídica é uma realidade analógica ao ser humano, pois que, como a pessoa humana, é um ser dotado de individualidade, permanência, independência externa, porém não substancial, como a pessoa humana (...)”. (Silva, 2009: p. 170)

individuais. Cumpre assinalar, como veremos de forma mais desenvolvida nos pontos subsequentes, que a forma de manifestação desta vontade coletiva no domínio do Direito – deste agir coletivo –, é exteriorizada como uma vontade própria do ente coletivo pelos seus órgãos⁶⁷⁰ ou determinados membros com uma especificidade funcional, de acordo com o procedimento estatutário próprio.

Em suma, podemos sintetizar o que vimos no conjunto dos seguintes pressupostos. O ente coletivo apresenta um substrato organizacional e funcional dirigido para a persecução de determinados interesses e objetivos mais amplos, através dos seus meios e linhas evolutivas, do que seria alcançável pelos sujeitos individuais. Face a este potencial incrementado e exponenciado em diversas dimensões, reconheceu-se os efeitos que tais entidades podem ter ao nível da ofensa a determinados bens jurídicos fundamentais – que, já não se limitam a uma atuação de agentes individuais –, por se alargarem para um desiderato mais amplo, com reflexos ao nível da prática e dos efeitos do crime. O que acontece é que a mesma perseguirá aquelas finalidades pretendidas pelas pessoas individuais que compõe os seus estratos de decisão e que a movimentam na procura daqueles interesses. Claro que a afirmação de uma responsabilidade penal não afasta a possibilidade das pessoas individuais serem responsabilizadas pelos atos ilícitos que cometam, aliás a responsabilidade criminal individual continua a vingar como a regra no nosso sistema jurídico, havendo sim a possibilidade de responder criminalmente por facto ilícito tanto às pessoas singulares como as coletivas.

Não obviemos que a construção tradicional da infração criminal partiu de conceitos dogmáticos assentes na responsabilidade individual, como é demonstrável pelos conceitos da ação e culpa, e que acaba representada no princípio da pessoalidade da pena. E que só o Homem, como sujeito ontológico, apresenta capacidade de pensar e distinguir o correto do incorreto. Mas isto não chega para se galgar uma onda de rejeição da responsabilidade penal das pessoas coletivas – corrente de rejeição absoluta que ao nível doutrinário (e legislativo) é cada vez mais reduzida –, significando o entendimento único da responsabilidade individual, mas que representaria, na maioria dos casos, a impunidade dos agentes criminosos, porque se mostra de elevada dificuldade a distinção no seio das suas estruturas organizativas complexas de apurar quem foi o verdadeiro

⁶⁷⁰ Como é entendimento doutrinário maioritário no nosso país, cfr. Silva (2009: p. 137), Mendes (2015: p. 58-59), também Fernandes “(...) *os actos dos órgãos – e não apenas os seus efeitos – são tratados pelo Direito como actos da pessoa colectiva*”. (2009: p. 515-516)

agente do crime para se poder imputar a autoria de crimes⁶⁷¹. Tal poderia ser mesmo entendida como uma negação do Estado de Direito Democrático inerente ao princípio de que quem comete um crime deve ser responsabilizado pelo mesmo. O que se iniciou com a aceitação da responsabilidade das pessoas coletivas foi uma reconfiguração de algumas das noções jurídico-penais clássicas como as da ação e da culpa.

Interligando este domínio com o branqueamento, é incompreensível considerar como suficiente uma resposta sancionatória apenas no domínio do campo civil ou administrativo, porque estamos perante interesses com uma particular ressonância axiológica valorada como bens jurídicos-penais, que pressupõe materialmente a intervenção sancionatória punitiva do direito penal mesmo quando praticada por um ente coletivo. Pode-se assim afirmar que o nosso sistema jurídico acolhe claramente a capacidade de ação e culpa destes entes coletivos, e a possibilidade de punição das pessoas coletivas em face das exigências político-criminais da sociedade de risco e que progressivamente vem cristalizado a sua responsabilidade como um princípio fundamental do sistema – como se projeta e demonstra no domínio legislativo e jurisprudencial. O objetivo é frustrar a possibilidade destes entes coletivos serem utilizados como instrumentos de crimes por parte dos agentes singulares. No entanto, de acordo com o anteriormente referido neste trabalho, entendemos que o interesse de persecução de uma maior eficácia penal e processual penal não legitima só *per se* esta responsabilidade penal. Para além deste interesse, temos de convocar fundamentos materiais que permitam sustentar axiologicamente tal realidade⁶⁷², e que serão agora analisados. Em termos jurídico-constitucionais entendemos como legítimo a imputação jurídico-penal às pessoas coletivas e equiparadas, desde que estejamos perante uma ação típica, ilícita e culposa⁶⁷³, e que a intervenção punitiva se mostre como necessária,

⁶⁷¹ Salientando este ponto, Figueiredo Dias (1998: p. 69, 2011: p. 297) Como refere o autor, “*certo que, na acção como na culpa, tem-se em vista um «ser-livre» como centro ético-social de imputação jurídico-penal e aquele é o do homem individual. Mas não deve esquecer-se que as organizações humano-sociais são, tanto como o próprio homem individual, «obras da liberdade» ou «realizações do ser-livre»; pelo que parece aceitável que em certos domínios especiais e bem delimitados (...) ao homem individual possam substituírem-se, como centros ético-sociais de imputação jurídico-penal, as suas obras ou realizações colectivas (...)*”. (1998: p. 68, 2011: p. 298)

⁶⁷² Próximo, Faria Costa (1998: p. 508).

⁶⁷³ No sentido de admitir a responsabilidade das pessoas coletivas, cfr. entre outros: Figueiredo Dias, 1998: p. 68, 2011: p. 295ss; Faria Costa, 1998: p. 506ss; Torrão, 2003: p. 319, 355; Silva, 2009: p. 112ss; Zúñiga Rodríguez, 2009: p. 237ss; Brito, 2012c: p. 231ss; Feijoo Sánchez, 2012c: p. 135; Miguel

adequada, proporcional e de *ultima ratio* no direito penal. Traduzindo o critério de imputação da responsabilidade do ente coletivo uma correlação com o paradigma liberal que entendemos deve constituir-se como transversal ao direito penal no séc. XXI.

Na matéria da responsabilidade coletiva, é estabelecida na doutrina uma distinção quanto aos designados crimes na empresa e a criminalidade de empresa⁶⁷⁴. Os crimes na empresa correspondem aos ilícitos praticados por membros da organização, mas que se mostram como contrários aos interesses do ente (ou de outros membros da organização). Diversamente, a criminalidade de empresa é aquela em que os delitos são cometidos através de uma conexão com o ente coletivo, no seu interesse e para a perseguição do seu objeto social. Neste último caso, acabam por sobrelevar diversos pontos que vão ser alvo de análise neste trabalho, como seja a responsabilidade da pessoa coletiva em que dedicaremos a maior atenção.

O objetivo desta parte III é analisar os elementos fundamentais desta cristalizada responsabilidade penal do ente coletivo. Não pretendemos fazer um comentário exaustivo sobre o regime da responsabilidade criminal das pessoas coletivas e equiparadas no ordenamento jurídico português, mas concentrar a nossa análise sobre a responsabilidade do próprio ente coletivo quanto aos casos de branqueamento de capitais.

9.2 Modelos de imputação à pessoa coletiva ou equiparada

As pessoas coletivas e equiparadas são entidades sociais que adquirem reconhecimento jurídico em termos da sua personalidade e capacidade jurídica, perseguindo finalidades conformes à ordem jurídico-social⁶⁷⁵ (cfr. por exemplo, o artigo 157.º do CC). De acordo com o afirmado, um ente coletivo é criado com a finalidade de atingir determinados objetivos (dependendo da qualidade da pessoa jurídica), segundo

Garcia & Castela Rio, 2014: p. 93; Bandeira, 2015: p. 191ss; Lascurain Sánchez, 2015: p. 98; Guimarães, 2015: p. 33ss; Lois, 2015: p. 213; Martínez, 2017: p. 263ss; Sousa, 2019: p. 77ss.

⁶⁷⁴ Uma distinção muito devida à exposição de Schünemann.

⁶⁷⁵ Considera Fernando Torrão, que a “*criminalidade através da empresa*” corresponderá aos casos de as entidades serem um instrumento para práticas criminosas, em virtude do seu ato constitutivo ou na persecução de atividades criminosas posteriores, não a permitirem entender como um (verdadeiro) sujeito de direito, mas sim um mero instrumento nas mãos de agentes criminosos. (Torrão, 2010: p. 423) É de salientar que no caso de o ato de constituição representar um negócio simulado estará ferido de nulidade, segundo o artigo 240.º, número 1 do CC. E no caso de ter sido constituído para prática exclusiva de condutas criminosas será nulo, de acordo com o disposto no artigo 280.º do CC

uma intenção que é expressa pelos seus órgãos sociais, que são aqueles com poderes funcionais de disciplina e direção sobre os seus subordinados, e que atuam em seu nome e interesse coletivo, dentro da capacidade de ação conferida ao nível jurídico. Quanto aos objetivos a atingir estes variam de acordo com a natureza do ente coletivo, por exemplo, as fundações apresentam uma finalidade de interesse social, enquanto as sociedades comerciais têm um escopo essencialmente lucrativo.

Entendemos uma terminologia ampla quanto aos entes coletivos estabelecidos no nosso ordenamento, aqui englobando: associações, fundações – com o seu regime a estar estabelecido nos artigos 157.º do CC – e as sociedades – sob a forma civil simples e sob a forma comercial, e, principalmente, as sociedades comerciais – sociedades em nome coletivo; sociedades por quotas (unipessoais ou plurais); sociedades anónimas; sociedades em comandita; com o seu regime a estar estabelecido no artigo 1º, número 2 e seguintes do CSC. Embora, face à realidade *sub judice* e partindo da perspectiva da prática do branqueamento, as nossas referências serão mais dirigidas para as sociedades comerciais (especialmente as sociedade anónimas), por serem, regra geral, aquele tipo de sociedade seguido pelas médias e grandes empresas, que será alvo das nossas maiores considerações por estarem mais sujeitas a práticas de branqueamento.

Os entes coletivos apresentam assim uma organização estável e complexa no qual emerge um substrato identitário próprio que se diferencia das pessoas singulares que o compõe e dos bens e capitais que a constituem. E se é certo que as pessoas jurídicas e equiparadas são criadas para atingir objetivos com natureza lícita em virtude da existência de uma vontade coletiva que lhe está inerente, pode a mesma ser dirigida para a prática de atos ilícitos, desvirtuando aquela realidade, podendo tal prática criminosa ser casual, rotineira ou até total (com esta última realidade a ser mais comum no domínio específico das práticas branqueadoras)⁶⁷⁶.

Feitas estas considerações é preciso estabelecer um modelo de imputação que esteja em consonância com as linhas afirmadas para responsabilizar penalmente, de forma legítima, o ente coletivo. Toda a discussão sobre a capacidade de imputação de um facto criminoso à pessoa coletiva tem originado uma particular discussão doutrinária no qual tem sido enunciados diferentes tipos de soluções. Neste sentido, podem-se distinguir fundamentalmente dois modelos amplos: o modelo de hetero-responsabilidade, acabando

⁶⁷⁶ Em sentido amplo sobre esta realidade. (Silva, 2009: p. 147)

por constituir uma realidade tradicional⁶⁷⁷; e, em segundo lugar, o modelo de auto-responsabilidade, no qual são sujeitos a uma revisão determinados conceitos tradicionais (do modelo anterior) para elaborar um modelo de imputação (mais) válido para as pessoas coletivas⁶⁷⁸. Uma análise que se propõe agora empreender.

9.2.1 Modelo de hetero-responsabilidade⁶⁷⁹

Este modelo de imputação fundamenta a responsabilidade da pessoa coletiva na comissão de um facto típico por um agente singular integrante da estrutura organizacional na qual atuou como seu plenipotenciário orgânico-funcional. Nestes termos, é necessária uma atuação singular que sirva como ponto de conexão, pelo menos, de um sujeito individual que, em face da operacionalidade organizativa do ente coletivo, pela atuação em nome e no interesse coletivo, apresenta a capacidade para demonstrar a vontade daquela entidade, por conseguinte, vinculando-a aquele ato. Nestes termos, irá ser apurada a ilicitude e a culpa ao nível de atuação individual, e, no caso de um sentido afirmativo, irá haver uma “transladação” para a pessoa coletiva destes elementos da infração penal – ilicitude, dolo e culpa⁶⁸⁰ –, passando esta última a responder por aquele ato criminoso. (Rocha, 1998: p. 436; Gómez-Jara Díez, 2006a: p. 46; Silva, 2009: p. 177; Torrão, 2010: p. 147ss; Sousa, 2019: p. 90-91)

A ideia fundamental que está aqui matizada é que se o ente coletivo é beneficiado por uma atuação dos seus membros, também se mostra como legítimo sancioná-la por

⁶⁷⁷ Seguindo este sentido, Bacigalupo (1997: p. 366ss). Admitido, por exemplo, no sistema jurídico de *common law* dos EUA.

⁶⁷⁸ Em sentido mais desenvolvido sobre estes dois modelos, veja-se: Bacigalupo, 1997: p. 148ss; Gómez-Jara Díez, 2005: p. 51, 139ss; Silva, 2009: p. 174ss; Baptista, 2018: p. 353ss.

⁶⁷⁹ Também poderia ser designada como responsabilidade indireta, vicarial, derivada (Sousa, 2019: p. 90), ou responsabilidade por “*ricochete*”, por existir um reflexo dos elementos típicos das condutas dos agentes singulares para os entes coletivos. (Silva, 2009: p. 177; Zúñiga Rodríguez, 2009: p. 311; Torrão, 2010: p. 157) Embora um sector doutrinário tenha introduzido uma nova diferenciação entre este modelo e uma responsabilidade vicarial, mas que, no final de contas, acaba por ser uma variante deste próprio modelo. Tendo em conta este cenário, no nosso entendimento, fazemos uma separação entre uma espécie de “hetero-responsabilidade pura e impura”.

⁶⁸⁰ Referindo este ponto, Brito (2014a: p. 147).

aquele comportamento⁶⁸¹. Daí a necessidade, *a priori*, de estabelecer aquele nexos de conexão, com a respetiva atuação ilícita de um determinado agente individual. Naturalmente, nem todos os membros da organização podem vincular a pessoa coletiva a um determinado facto, o que impõe *ex ante* delimitar qual o círculo de pessoas que efetivamente a podem vincular. Estas serão aquelas que apresentam uma ligação funcional específica com a organização, ostentando o seu qualitativo por estar incorporado numa posição organizativa superior, detendo competências funcionais vinculativas no âmbito da atuação ou direção da pessoa coletiva⁶⁸², como a administração, direção, representação ou domínio de algum setor ou departamento. Como tal, serão os órgãos ou pessoas individuais que irão exteriorizar o modo de atuação coletivo e conxionar essa atuação com a “sua” vontade, em concreto, de forma a responsabilizar a pessoa coletiva (Torrão, 2010: p. 147ss), ou, no dizer de Faria Costa, que o ente coletivo se apresenta como relevante para atingir a exigível discursividade jurídico-penal, apresentando uma “*relação de interna alteridade*”, manifestando uma *relatio ad alterum*. (Faria Costa, 1998: p. 514)

Este é o modelo com raízes históricas mais antigas o que lhe permite receber um acolhimento jurídico mais abrangente, e com reflexos ao nível da opção assumida pelo legislador português no instituto da responsabilidade das pessoas coletivas (Silva, 2009: p. 194, 224-225; Torrão, 2010: p. 148ss; Sousa, 2019: p. 105) – como veremos mais detalhadamente no capítulo 10 –, pelo facto coletivo ser inicialmente construído através dos contributos individuais que tenham sido prestados pelos membros com uma funcionalidade específica das pessoas coletivas e equiparadas. Com efeito, o legislador português vai delimitar o conjunto de factos que pode ser imputado à entidade ao considerar que o facto criminoso deve ter sido realizado em nome e no interesse da pessoa coletiva⁶⁸³ – um sentido que entendemos de um certo modelo de “hetero-responsabilidade impura”⁶⁸⁴, por estabelecer uma efetiva delimitação funcional-organizativa daquela atuação como conxionada na vontade coletiva.

⁶⁸¹ Porém, não sem hesitação por uma parte da doutrina, que considera tal raciocínio como não se coadunando com o histórico jurídico-penal. Aproximando-se sim de uma lógica custo/benefício que não corresponde à ciência jurídico-penal. (Gómez-Jara Díez, 2005: p. 142)

⁶⁸² Neste sentido, Silva (2009: p. 179ss).

⁶⁸³ Entre nós, salientando este ponto: Gómez-Jara Díez, 2005: p. 51; Sousa, 2019: p. 90-91.

⁶⁸⁴ Para o diferenciar de um modelo de “hetero-responsabilidade puro” de uma translação direta do elemento subjetivo e da culpa dos agentes individuais para o ente coletivo.

Apesar de tudo este modelo não é isento de críticas ao nível doutrinário, as quais sumariamente passamos a descrever. *Prima facie*, é de referir que este modelo é importado do direito civil, correspondente à teoria da identificação da pessoa jurídica com os seus órgãos e representantes⁶⁸⁵. (Gómez-Jara Díez, 2006a: p. 45; Brito, 2014a: p. 147; Bandeira, 2015: p. 195, 212) Esta teoria foi inicialmente desenvolvida no seio do direito anglo-saxónico, e procede à identificação da pessoa singular como o núcleo de atuação da pessoa jurídica, legitimando a possibilidade de imputação do agir e culpa para aquela, ou seja, como é comum referir, que a pessoa coletiva responde pelo *actus reus* e *mens rea* do seu representante – aproximando-a de um modelo de imputação direta. Partindo desta realidade, ao nível doutrinário refere-se em jeito crítico a existência de certa desconformidade com os fundamentos da ciência jurídico-penal, resultando num sistema de “*respondeat superior*”⁶⁸⁶ (Gómez-Jara Díez, 2006a: p. 20; Torrão, 2010: p. 148ss), mas que pode representar que se responda por facto e culpa alheia, algo não admissível face ao direito penal português. (Torrão, 2010: p. 148ss; Brito, 2014a: p. 147) Tal produzia elevadas dificuldades para o nível do topo da organização, principalmente no caso das maiores entidades coletivas, em que a complexidade inerente pode impossibilitar um exercício de um efetivo controlo sobre toda a realidade e organização coletiva. (Feijoo Sánchez, 2012c: p. 134-135) Na opinião de Lascuráin Sánchez (2015: p. 99-100), este modelo apresenta-se como inconstitucional por permitir uma responsabilização objetiva da pessoa coletiva, pela possibilidade de existir aquela transladação entre a pessoa física e coletiva, que é violadora do princípio constitucional da culpa e da intransmissibilidade da responsabilidade criminal. Em sentido um pouco diferenciado, vai Gómez-Jara Díez ao considerar que este modelo não apresenta uma resposta válida para os casos da “*irresponsabilidade organizada*”, uma vez que assenta numa imprescindível identificação de uma ação típica, ilícita e culposa por um determinado agente para haver imputação à pessoa jurídica, e quando tal não aconteça, resulta estarmos perante uma inoperância da responsabilização da pessoa coletiva. (Gómez-Jara Díez, 2006b: p. 21ss)

Em face destas críticas, partindo da posição de Susana Aires de Sousa, na nossa opinião, acaba por se afirmar o equilíbrio desta hetero-responsabilidade, através da

⁶⁸⁵ Ou, também designada, de teoria dos órgãos segundo o conceito defendido por Fernando Torrão (2010).

⁶⁸⁶ Que Schünemann (2002: p. 11) refere ser um paradigma predominante na legislação europeia e internacional de responsabilização “para cima” dirigida aos órgãos superiores.

existência de uma conexão funcional do comportamento praticado pelo sujeito individual com a pessoa coletiva – evidenciando, em concreto, este íntimo funcional-organizativo –, porque a imputação terá sempre de partir de uma atuação em nome e no interesse da pessoa coletiva ou equiparada. Esta conexão permite entender tais atos como constituindo material-funcionalmente uma atividade própria da pessoa coletiva, que lhe pode ser criminalmente imputada por estarmos perante um patamar jurídico diferenciado e autónomo dos sujeitos que atuaram. (Sousa, 2019: p. 90-91) Dito pelas nossas palavras, não estamos perante um modelo de “hetero-responsabilidade puro”, em que estando preenchidos os elementos da teoria geral do crime ao nível individual seriam automaticamente trasladados para a pessoa coletiva. Mas sim perante um modelo que pode ser entendido como uma subespécie de “hetero-responsabilidade impura”, pela vinculação da responsabilidade da pessoa coletiva e equiparada de acordo com a articulação da sua dimensão e modo de funcionamento próprio através da realização em nome e no interesse da mesma.

Mas outros autores entendem não ser sequer possível equilibrar este modelo, e pugnam pela necessidade de trilhar um novo caminho ao nível da responsabilidade penal dos entes coletivos, dirigido especificamente para uma maior centralização sobre o substrato organizativo.

9.2.2 Modelo de auto-responsabilidade (ou responsabilidade direta)⁶⁸⁷

Em face das diversas críticas dirigidas ao modelo indireto anterior, assinalando algumas dificuldades teóricas e práticas, tem sido procurado ao nível doutrinário o desenvolvimento de um modelo vocacionado para apreciar a imputação criminal diretamente realizada ao procedimento estrutural da própria entidade. Perante esta realidade foi desenvolvido o designado modelo de auto-responsabilidade da pessoa coletiva.

Segundo este modelo, os elementos – tipicidade, ilicitude e culpa – deverão ser encontrados na dimensão organizativa interna da própria pessoa jurídica⁶⁸⁸, e só podendo ser censurada a pessoa coletiva em virtude da incapacidade para prevenir ou evitar factos criminosos cometidos no seu seio. A forma de imputação ao ente coletivo seria sempre

⁶⁸⁷ Referindo este último sentido, Zúñiga Rodríguez (2009: p. 312).

⁶⁸⁸ Vide Gómez-Jara Díez (2005: p. 51, 178ss).

realizada quando da sua estrutura organizacional coletiva se permita afirmar uma deficiência interna que possibilitou o cometimento do determinado crime, não sendo necessário imputar de forma objetiva e subjetiva o facto a um representando singular (Sousa, 2019: p. 90-91), uma vez que se parte de uma responsabilidade deficiente da organização. Ou seja, o relevante para apurar o objeto da imputação é determinar uma configuração organizativa defeituosa ou insuficiente na gestão dos riscos da atividade desenvolvida, com manifestações ao nível do ilícito realizado através da organização. Tal realidade terá de ser apurada de acordo com o tipo de organização, atividade desenvolvida ou domínio setorial onde se insere.

Este modelo tem assim sido procurado por aqueles que pretendem estabelecer um conceito de culpa do ente coletivo totalmente autónomo. Onde se inserem diversos autores, embora não coincidentes em todos os seus fundamentos, como seja o caso de Tiedemann partindo de um “*defeito da organização*” (ponto 9.3.3), o “*domínio da organização funcional-sistémico*” de Heine (ponto 9.3.4), ou o “*modelo construtivista*” de Gómez-Jara Díez (ponto 9.3.5), que, no direito continental constituem os mais incisivos representantes deste modelo de imputação direta. Posições que desenvolveremos nos devidos pontos do nosso trabalho aquando da apreciação da análise sobre a culpa da pessoa coletiva.

Uma vez que a imputação incide sobre a organização interna da pessoa coletiva e equiparada existe uma interpretação de um dever de garante do ente coletivo para conter os riscos da sua própria atividade. Em que o incumprimento desse dever representará a prescrição de um crime e respetiva sanção do ente coletivo. Segundo Lascuraín Sánchez, a responsabilidade penal da pessoa jurídica só deve ser efetivada quando o delito só aconteceu por um “*defeito de organização*” que possibilitou aquela infração. (Lascuraín Sánchez, 2015: p. 101) Embora o autor expressamente considere que esse defeito deverá ser provado pela acusação no respetivo processo penal, não podendo ser presumido a partir do momento que se dá uma comissão de uma infração por uma pessoa singular dentro da dimensão (como representam alguns defensores desta posição). Ou seja, é preciso provar que o ente coletivo não se organizou convenientemente para evitar o cometimento específico daquele crime, dessa forma dando cumprimento ao princípio constitucional da presunção de inocência. (2015: p. 104) Mas, como o próprio admite, o seu entendimento parte do sentido que a prática de um ato ilícito representa uma condição objetiva de punibilidade. (2015: p. 101)

Porém, também este modelo não é imune a críticas contundentes⁶⁸⁹. Podendo-se referir que esta linha de prevenção da perigosidade de determinadas atividades, através de uma imputação própria do modelo da organização, acaba por resultar no seu entendimento como uma condição objetiva de punibilidade, partindo do sentido que a organização coletiva constitui uma realidade de onde emana uma permanente perigosidade criminal. Em que o elemento subjetivo e a culpa vão ser procurados ao nível da própria perigosidade inerente à organização, por aquela se ter organizado erradamente ou deficientemente, e que se materializou e concretizou na realização de um determinado tipo legal – aqui estando verificada a condição objetiva de punibilidade –, sendo a pessoa jurídica censurada e sancionada por uma dimensão de perigosidade (organizacional) que lhe seria inerente. Bem como se refere que a admissão deste modelo de imputação conduzirá à admissão de uma responsabilidade próxima de ser objetiva, por existir uma presunção de culpa quando se verificasse aquele delito, pois se estaria a partir do princípio da existência de uma organização defeituosa, que não seria admissível constitucionalmente no ordenamento jurídico português⁶⁹⁰. (Brito, 2014a: p. 147; Santos, 2015: p. 474)

9.3 Principais modelos de apuramento da capacidade de ação e culpa dos entes coletivos e entidades equiparadas

Ultrapassada esta análise sobre os dois grandes modelos de imputação, ao nível da ciência jurídico-penal vão sendo avançadas um conjunto de posições do ponto de vista doutrinal, que procuram enquadrar o instituto da responsabilidade criminal da pessoa coletiva quanto à conformidade do domínio da ação e culpa, demonstrando que estas podem legitimamente ser sancionadas. A estas diversas teorias que têm sido enunciadas não são indiferentes os suprarreferidos modelos adotados. São aqui apresentadas de forma abreviada as principais posições no âmbito doutrinal quanto à admissão da ação e culpa

⁶⁸⁹ Afirmando uma rejeição do modelo de auto-responsabilidade das pessoas coletivas e equiparadas, entre outros: Silva (2009: p. 184ss, 2018: p. 156) e Miguez Garcia & Castela Rio (2014: p. 95)

⁶⁹⁰ Por confrontar princípios fundamentais do direito penal, nomeadamente de autoria e culpa. E que foi intenção do legislador não consagrar, entre outros, veja-se neste sentido: Silva (2009: p. 182ss) e Bandeira (2015: p. 211-212). Como refere Teresa Quintela de Brito, a responsabilidade objetiva só é admissível ao nível da responsabilidade administrativa. (Brito, 2018: p. 75)

da pessoa coletiva, que serão importantes para responder à questão orientadora do nosso estudo.

9.3.1 Modelo analógico defendido por Figueiredo Dias

Figueiredo Dias admite que a pessoa coletiva pode ser entendida como um centro ético-social de imputação penal construído em determinadas situações concretas da vida social, em substituição do homem individual – embora ainda mantenha este como o pendor predominante orientador da imputação jurídico-penal –, por constituírem uma criação humana em liberdade para alcançar finalidades mais amplas em certos domínios de realização humana, e mostrando-se com capacidade de executar uma ação e culpa próprias – em linha com a realidade existente no direito civil.

Acaba por concluir que a categoria de culpa deve ser aplicável analogicamente às pessoas jurídicas porque estamos perante aquela realidade social autónoma e distinta dos sujeitos individuais que a compõe, pensando agora o princípio da culpa (e em termos gerais a estrutura da teoria geral do crime) do direito penal clássico para as pessoas coletivas. (Figueiredo Dias, 2011: p. 298-299)

9.3.2 A teoria dos “lugares inversos” proposta de Faria Costa

Outro modelo é conferido por Faria Costa e corresponde à teoria dos “lugares inversos”. O autor, ainda se deslocando ao nível de pensamento da tese analógica de Figueiredo Dias e da pessoa coletiva como um verdadeiro centro de imputação construído para atingir determinadas finalidades socialmente relevantes, reconhece que o ente coletivo (a empresa no dizer do autor) tem um ânimo instrumental na realidade social correspondente a uma unificação de energias para atingir finalidades comuns. Mas, ainda, lhe pretende acrescentar um nível superior de legitimidade jurídico-penal recorrendo racionalmente para a teoria dos “lugares inversos”. Com efeito, partindo do entendimento da criação de espaços de normatividade no ordenamento jurídico como um traço geral da edificação jurídica, recorre ao exemplo de um menor inimputável que, embora possa agir na vida real em termos onto-antropológicos como um adulto, sendo-lhe inerente uma capacidade de valoração que, em teoria, pode sustentar um juízo de censura, é o próprio ordenamento jurídico português que normativamente afasta esses comportamentos do âmbito jurídico-penal relevante. (Faria Costa, 1998: p. 511ss) O autor realiza então um

raciocínio inverso quanto à legitimidade das pessoas coletivas, em que “(...) *se ali tínhamos cerceamento dos segmentos ontológicos da acção, aqui, inversamente temos expansão do alargamento de um agir comunicacional, penalmente relevante; se ali se limita e se afasta o juízo de censura penal por razões da mais variável índole, aqui, inversamente, reconstrói-se a noção de culpa e faz-se da pessoa colectiva um verdadeiro centro de imputação (...)*”. (1998: p. 513)

Assim, desenvolve um conceito de culpa que deverá partir da dimensão social e jurídica da culpa do ente coletivo, em que é a própria normatividade que reconhece a capacidade de ação e culpa do ente coletivo, tanto ao nível civil e penal.

9.3.3 Teoria da culpa por “defeito de organização” de Klaus Tiedemann

Bastante diferente apresenta-se a posição de Klaus Tiedemann, que se interliga com um modelo de imputação penal consequente da auto-organização da pessoa coletiva. Aqui o autor parte da natureza contraordenacional plasmada no direito alemão no domínio da criminalidade económica (o já referido parágrafo 30 da OWiG) para afirmar um conceito amplo de culpa coletiva, no qual identifica “(...) *en lugar de la culpabilidad individual entendida como una prestación defectuosa desde el punto de vista ético-personal, debe colocar-se una culpabilidad orientada hacia las categorías sociales y jurídicas*”. (Tiedemann, como citado em Gómez-Jara Díez, 2005: p. 151) Desta citação podem inferir-se especificamente um conjunto de postulados da posição do autor. Desde logo, considera que o ente coletivo pode agir de forma contrária às normas jurídicas em vigor⁶⁹¹. Depois, parte do sentido que um ilícito praticado por um ente coletivo é consequente de uma organização interna defeituosa ou, pelo menos, de uma atuação empresarial defeituosa, que se projeta no facto e culpa do sujeito coletivo. Vai conformar a culpa da pessoa coletiva a um “*defeito de organização*” (“*Organisationsmangel*”), baseado numa deficiência da organização da pessoa jurídica por não ter instituído e aplicado devidamente as medidas necessárias para evitar ou diminuir os riscos típicos para a lesão dos bens jurídicos inerentes à sua atividade, quando cometidos em seu nome e interesse. (Gómez-Jara Díez, 2005: p. 152; Sousa, 2019: p. 92) Está patente a ideia que estes sujeitos coletivos são criados para atingirem determinados fins, e, portanto, devem organizar-se devidamente para prosseguir essas mesmas finalidades comerciais e

⁶⁹¹ Cfr. Sousa (2019: p. 92).

empresariais de forma apropriada (ou “normalizada”). E, quando o não façam, é legítimo censurar ético-social ao ente coletivo essa desconformidade.

O que significa uma reformulação ao nível do apuramento da culpa da pessoa coletiva, aqui procurada por se ter estruturado de forma defeituosa, com respaldo no surgimento de um clima de atuação empresarial propício para o cometimento de crimes, ressaltando-se a atitude criminológica própria da organização. A pessoa coletiva seria assim censurada porque embora pudesse (e devesse) estabelecer uma estruturação preventiva face a condutas internas que projetem um risco para os bens jurídicos, em virtude dos seus poderes de autorregulação e auto-organização, efetivamente não o fez, incumprindo assim com os seus deveres obrigatórios de vigilância. Também quanto ao elemento subjetivo, este ser apurado de acordo com o potencial da lesão representado pela organização, ou seja, o conhecimento e vontade da organização versado no âmbito da sua atividade organizacional.

Com efeito, segundo a posição defendida pelo autor, a infração é considerada como um delito próprio da pessoa coletiva sempre que esta, através dos seus órgãos ou representantes, não tenha tomado os exigíveis procedimentos internos (adequados) para garantir a persecução da sua finalidade (lucrativa ou não) ordenada conforme o Direito. É esta omissão que fundamenta a censura jurídica-penal. (Bacigalupo, 1997: p. 193-195; Sieber, 2008: p. 15) Estamos assim, em caso de incumprimento, perante uma punição por culpa *in vigilando* pela existência de um “*defeito de organização*”. O autor para sustentar a sua posição, alude expressamente ao direito germânico no caso do parágrafo 130 da OWiG – que dá nota de uma responsabilidade direta da pessoa coletiva e equiparada e membros do órgão de direção por uma infração contraordenacional, a título ativo ou omissivo, em sede da violação dolosa ou negligente de deveres de vigilância e controlo, quando o cumprimento destes pudessem ter evitado ou dificultado a prática da infração. Considerando que as infrações a este dever pelo órgão podem ser evitadas através de um comportamento organizativo para evitar deficiências internas, eliminado o seu “*defeito de organização*”, através da necessidade de impulsionar e desenvolver concretamente uma cultura organizacional inerente à política interna da empresa e emanada pelos seus procedimentos e atuação internas. (Gómez-Jara Díez, 2005: p. 153; Sieber, 2008: p. 15) Portanto, é necessária uma transformação interna da organização para evitar o preenchimento de atos ilícitos. Vai assim consagrar um paralelismo da unidade orgânica da estrutura coletiva como um organismo “vivo” que deve ser orientado para cumprimento de deveres, raiando da sua inerência social como um verdadeiro real

jurídico, em que o sujeito coletivo quando incumpra com esses deveres deverá ser responsabilizado⁶⁹². A organização coletiva é então responsável pelos factos praticados pelos seus órgãos e representantes, devendo tomar medidas adequadas para garantir uma perseguição das suas finalidades em conformidade com a lei. Estamos perante uma culpabilidade própria e autónoma da entidade coletiva pela realização de factos puníveis, sustentada no seu próprio contexto organizativo e social, prescindindo da responsabilidade concreta dos agentes individuais que a integram⁶⁹³.

No entanto, também esta posição não é isenta de críticas. Desde logo, se refere que o autor nas suas considerações sobre o defeito da sua organização vai mais longe e considera que o ente coletivo não tem possibilidade de evitar ser sancionado mesmo que comprove que a sua organização se encontra suficientemente organizada para evitar tais práticas criminosas. Ou seja, tal prova acaba por ser irrelevante para o processo de atribuição da responsabilidade da pessoa coletiva. (Gómez-Jara Díez, 2005: p. 153; Sieber, 2008: p. 15) Nem sequer se mostra obrigatório para a acusação realizar a prova da deficiência organizacional⁶⁹⁴, apenas lhe é necessário demonstrar o facto criminoso que emanou da pessoa coletiva e equiparada. Tal representa que o ente coletivo deve conter

⁶⁹² Sobre isto, Mendes (2015b: p. 107). Para sustentar uma determinada conexão entre o momento da ação e de culpa, que esta teoria parece representar, o autor promove uma equiparação da figura jurídica – entendida como análoga – da *actio libera in causa*. Um entendimento em que é a própria pessoa coletiva que conscientemente se coloca num estado de desconformidade normativa, do qual é previsível o cometimento de uma ação ou omissão punível, no qual a consciência do agente pela prática de um facto ilícito é antecedente da sua colocação naquele estado. Todavia, esta é uma matéria bastante discutível no seio doutrinário. (Bacigalupo, 1997: p. 195)

⁶⁹³ O que originou a crítica de Figueiredo Dias de se mostrar de forma dúbia a imputação criminal, porque são os indivíduos que compõe a entidade coletiva que se mostram como representantes do desvalor antijurídico do comportamento face à lei. (Figueiredo Dias, 2011: p. 299)

⁶⁹⁴ Reconhecendo as limitações a esta posição, Brender, um discípulo de Tiedemann, embora se deslocando no âmbito do direito contraordenacional, considera necessário estabelecer uma conexão entre a empresa e a atuação individual que origina o facto criminoso. “*Sin embargo, el reproche culpabilístico que se genera con motivo de dichos hechos de conexión deja de tener una connotación individual y adquiere una nueva determinación específicamente colectiva (...) el contenido del reproche que se alza contra la empresa es, por tanto, que ésta no se ha organizado conforme al Derecho*”. (Gómez-Jara Díez, 2005: p. 154-155) É nesta linha de conexão que o discípulo se distingue do mestre, o que possibilita que este aceite a possibilidade de afastamento da responsabilidade da pessoa jurídica quando inexistir o facto de conexão. Entende que a empresa pode demonstrar a aplicação dos procedimentos de vigilância para evitar a responsabilidade criminal. (Gómez-Jara Díez, 2005: p. 156)

um dever de garante da organização e supervisão dos riscos da sua atividade, significando uma imputação direta para o ente coletivo, mas que se aproxima de uma responsabilidade objetiva (Gómez-Jara Díez, 2005: p. 153), que, como vimos, pode ser admissível no domínio do direito administrativo dentro de determinados pressupostos, mas é expressamente de rejeitar no direito penal português⁶⁹⁵, por confrontar princípios fundamentais, nomeadamente de autoria e culpa. (Silva, 2009: p. 182ss)

9.3.4 Teoria da “culpa por condução da atividade empresarial” desenvolvida por Günther Heine

Ainda no domínio da auto-responsabilidade do ente coletivo podemos destacar a teoria de Günther Heine. O autor reconhece que os entes coletivos e entidades equiparadas apresentam um conjunto de riscos organizativos no desenvolvimento da sua atividade, que lhe incumbe evitar. O substrato coletivo é assim entendido como um garante quanto à não produção de resultados típicos, e, para evitar o surgimento de atos criminosos, deverá dar cumprimento efetivo a deveres de controlo e supervisão. Para tal, defende como necessário que o ente coletivo desenvolva um “*management de riesgos*” (“*risikomanagement*”) interno que seja idóneo e adequado, de forma a “construir” tais deveres de controlo e supervisão. Acaba por ser nesta realidade que fundamenta a posição de garante da empresa no “*domínio da organização-funcional*”⁶⁹⁶ (“*funktional-systematische organizationsherrschaft*”). No qual se pode dizer que o facto criminoso executado na dimensão coletiva acaba por ser resultado de uma administração interna incorreta do risco. Este autor acaba por enunciar três realidades que aumentam o risco da atividade empresarial: a violação do ente coletivo do seu dever de evitar fontes de perigo a longo prazo, que seria conseguido através da instituição de procedimentos organizativos e estruturais internos; a violação por parte do ente coletivo de uma delegação de competências interna não inerente ao nível de segurança; por fim, a violação do dever de vigiar e controlar aqueles riscos empresariais. Por conseguinte, quando a pessoa jurídica não tenha adotado os procedimentos necessários para minorar os riscos derivados da execução da sua atividade estamos perante um defeito na organização, e quando este

⁶⁹⁵ Bandeira rejeita a responsabilidade objetiva sob pena de subverter o princípio da culpa. (Bandeira, 2015: p. 211-212)

⁶⁹⁶ Estabelecendo aqui o contraponto com a teoria do domínio do facto, enunciada por Roxin, e dirigida para o direito penal individual. (Bacigalupo, 1997: p. 204)

aumento do risco da atividade empresarial resultar na execução de uma conduta gravemente lesiva dos bens jurídicos seria legítimo sancionar a pessoa jurídica. (Gómez-Jara Díez, 2005: p. 188) Para que haja responsabilidade da pessoa coletiva é necessário comprovar: a existência do “*management defectuoso*” coletivo; bem como a realização externa do risco típico derivado da atividade da empresa. Um nexo de conexão entre a ação e culpa da pessoa coletiva com o domínio da organização. Realizando-se uma distinção do apuramento da culpa dos agentes, em que a culpa dos membros individuais irá incidir no facto concreto, enquanto a culpa coletiva baseia-se perante o desenvolvimento da respetiva atividade empresarial. (Gómez-Jara Díez, 2005: p. 188-189)

Segue-se, neste ponto, o reconhecimento das novas realidades existentes do tecido económico e social, existindo uma nova afirmação dos papéis atribuídos ao Estado, às empresas e aos sujeitos individuais. Em que se mostra como legítimo instituir tal concretização para as empresas, em face da atividade desenvolvida e dos riscos operacionais que delas emanam, por estas possuírem os recursos, o conhecimento sobre a realidade concreta e a capacidade de atuar na gestão desses mesmos riscos⁶⁹⁷. (Gómez-Jara Díez, 2005: p. 190-191)

Segundo a tese de Heine, existe uma correlação entre o juízo da culpa da pessoa coletiva e as circunstâncias concretas da sua organização⁶⁹⁸. Em que a determinação do

⁶⁹⁷ Fernando Torrão apresenta um pensamento crítico quanto a esta posição. Desde logo, porque esta tese parte essencialmente do nível sistemático do ente coletivo para enunciar a sua dimensão própria, mas tal significa uma desvalorização da realidade, porque quem atua verdadeiramente são as pessoas naturais, o que poderá resultar numa concreta desresponsabilização das pessoas coletivas. De igual forma, acaba por atribuir importância só aos casos da acumulação através de uma interceção de ações dentro do substrato coletivo que originam a produção de riscos, desvalorizando que tal acontecimento pode ser parcial nos casos de uma conduta ilícita de um autor individual a que acrescem outras não-típicas, mas que todas concorrem para a produção final do facto criminoso. (Torrão, 2010: p. 379-380, nota 168)

⁶⁹⁸ Uma posição aproximada acaba por ser a posição de Nieto Martín que remete o fundamento da culpa da pessoa coletiva para um defeito da sua auto-organização. Neste cenário, atribui relevância à afirmação de compromissos éticos internos através de códigos de autorregulação – que, em si mesmo, não é mais de que a ideia de controlo e supervisão interna. Em suma, defende o autor espanhol que a responsabilidade penal das pessoas coletivas deve assentar num defeito da organização que é expressado pela falta ou insuficiente implementação de mecanismos de autorregulação. Porém, também esta posição acaba por ser alvo de críticas. Como afirma Zúñiga Rodríguez, os procedimentos de autorregulação (como os códigos éticos) podem assumir um domínio preventivo de condutas ilícitas, mas não pode servir para

dolo, ilicitude e culpa, devem ser apuradas ao nível da dimensão funcional da pessoa coletiva. (Bacigalupo, 1997: p. 204ss) Nestes casos, quando não tenham sido preenchidos os deveres de supervisão e controlo dos riscos da atividade empresarial, estamos perante uma organização defeituosa. Ou seja, o controlo exigível é defeituoso nos casos em que a empresa não tenha estabelecido uma estratégia interna própria de riscos ou não tenha estabelecido programas preventivos internos, que permita sustentar aquele mecanismo de controlo e vigilância sobre a dinâmica interna. (Gómez-Jara Díez, 2005: p. 190)

9.3.5 Modelo “construtivista” da culpa de Carlos Gómez-Jara Díez

Com a finalidade de enunciar uma construção de auto-responsabilidade da pessoa jurídica⁶⁹⁹, o autor recorre aos sistemas sociais autopoieticos, segundo a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann (inicialmente apresentada em 1988). De acordo com esta posição, a sociedade moderna contempla uma série de subsistemas sociais que se integram e interrelacionam na organização comunitária. Estes subsistemas podem corresponder a estruturas coletivas, sociais ou hierárquicas, introduzindo um novo dinamismo na realidade social e da criação comunicativa inerente. Partindo da teoria dos sistemas, desenvolve o seu modelo “construtivista” aludindo a uma ideia de “*autorreferencialidade*” dos sujeitos do sistema, individuais e coletivos. (Carlos Gómez-Jara Díez, 2005: p. 211) Representando que as pessoas físicas – num contexto ontológico –, ou coletivas – numa dimensão jurídico-normativa –, apresentam a sua constituição como um sistema que apresenta uma comunicação própria. Neste enquadramento comunicacional, a pessoa coletiva é entendida como uma “*autopoiesis organizativa*”, apresentando uma estrutura sociológica própria, um verdadeiro sistema social diferenciado dos seus membros concretos e que permite sustentar uma valorização e identidade própria empresarial. (Gómez-Jara Díez, 2006b: p. 5-7) Dessa forma, estamos perante um substrato com autonomia, pela sua capacidade de “*autoadministração, autocondução e autoorganização*”, o que legitima a aplicação às mesmas de um regime sancionatório. (Gómez-Jara Díez, 2006b: p. 4-5)

limitar uma culpa da organização. (2009: p. 315-316) Neste último ponto, como veremos nos pontos seguintes, não é este inteiramente o nosso entendimento.

⁶⁹⁹ Cfr. Gómez-Jara Díez (2006b: p. 21ss).

Este entendimento pressupõe uma autodeterminação decisória que irá confluir numa cultura empresarial que lhe confere aquela dignidade e singularidade individualizada⁷⁰⁰, tanto ao nível da diferenciação existencial (entre o sujeito individual e coletivo), como ao nível das particularidades das empresas dentro do mesmo setor económico, apresentando uma singularidade característica que a diferencia das outras. (Gómez-Jara Díez, 2006b: p. 9, 14-16) Assim, esta dimensão organizativa corresponde a uma singularidade que lhe confere uma existência, vontade e complexidade própria, que legitima a interpretação das suas faculdades para o direito penal. Tal realidade habilita-lhe o poder da decisão sobre o caminho a ser trilhado, que pode corresponder a comportamentos desviantes ou não ao Direito. No fundo, os desfasamentos da estrutura organizativa – inerente à sua própria liberdade – face ao comportamento de fidelidade ao Direito é que interessa para realizar o juízo de censura sobre a sua culpabilidade.

Na sua globalidade, desta posição pode-se entender que os sistemas coletivos se diferenciam dos seus membros individuais. Existindo um axioma autónomo sustentado no modo de atuação da empresa – pela sua competência organizacional e a sua liberdade para se organizar de acordo com o Direito – conseguido pela capacidade de auto-organização e atuação perante os riscos proibidos. Devendo a pessoa jurídica ser responsabilizada materialmente pela realização de que faça dessa liberdade, que deverá conter-se dentro do risco permitido. É neste arritmo que funda a afirmação do juízo de culpa, em que a pessoa coletiva apresenta um agir equiparado a um sujeito individual, assim devendo conduzir as suas condutas conforme o cumprimento em fidelidade do Direito⁷⁰¹. (Gómez-Jara Díez, 2005: p. 211ss)

Este entendimento da “*autorreferencialidade*” das pessoas coletivas implica como pré-existente uma complexidade suficiente para considerar o ente com capacidade para ser alvo de um juízo de culpa e, conseqüentemente, serem responsabilizadas penalmente como um sujeito de Direito. Partindo de uma analogia com as pessoas singulares, o autor transpõe um domínio de pensamento para as pessoas coletivas em que nem todas podem

⁷⁰⁰ Como é referido pelo autor espanhol, “(...) *la cultura empresarial tiene una determinada vigencia que puede cuestionar la vigencia del ordenamiento jurídico. Precisamente por ello se puede identificar en la cultura empresarial el cuestionamiento de la vigencia de la norma por parte del sistema organizativo empresarial*”. (Gómez-Jara Díez, 2006b: p. 15)

⁷⁰¹ Nas palavras do autor, “*la empresa es, por lo tanto, un sistema organizativo que se reproduce mediante decisiones que sirven de conexión a decisiones posteriores de la propia empresa y que se orientan con base en decisiones anteriores de la empresa*”. (Gómez-Jara Díez, 2005: p. 238)

ser responsabilizadas no âmbito do direito penal. Com efeito, é possível excluir da sanção penal aquelas organizações que não adquirem a “*autorreferencialidade*” e a complexidade interna suficiente. Pelo contrário, são excluídas as entidades que sejam “*destituídas da organização*”, como as que contenham meramente uma existência jurídico-formal, como sejam as sociedades “espantalho” ou outras organizações que apresentem uma realidade interna que não se mostra como suficiente para representar a singularidade face aos seus membros individuais (salientando o autor o caso das sociedades unipessoais, às quais entende não se poder atribuir o qualitativo da uma personalidade jurídica-penal ativa). Tal será o caso das sociedades “espantalho” por inexistir uma singularidade própria do substrato organizativo, mas apenas um domínio heterónimo por parte de determinadas pessoas (singulares). E quanto às organizações mais pequenas o recorte limitativo para afirmar o ponto organizativo dever-se-á perceber na medida da “referencialidade” e de uma capacidade organizativa bastante para desenvolver aquela cultura organizativa que se mostre como contrária à normatividade jurídica, para aferir se estamos perante uma complexidade interna suficiente para fundamentar a sua responsabilidade penal, ou, pelo contrário, se estamos perante uma organização sem complexidade e estabilidade para permitir sustentar aquela diferenciação entre as duas dimensões – individual e coletiva –, acabando por resultar numa inexistência da dimensão coletiva que permita sustentar aquele juízo de censura penal das normas jurídico-criminais. Neste caso, estaremos perante um simples domínio de terceiros quanto àquelas organizações coletivas. (Gómez-Jara Díez, 2005: p. 117, 242ss)

Para se apurar se aquele ente coletivo está a atuar conforme o Direito, temos de atender ao estabelecimento de uma cultura coletiva interna que lhe seja conforme⁷⁰², invocando aqui o autor, para a construção do conceito material da culpabilidade empresarial, a figura do “*bom cidadão corporativo*” (“*good corporate citizen*”) do direito económico norte-americano, afirmada desde a última década do século passado. (Gómez-Jara Díez, 2006b: p. 18ss) Esta ideia de que a organização se deverá tornar um “*cidadão corporativo fiel ao Direito*”, é conseguida com o eixo da autorregulação através da instituição de programas de cumprimento efetivo (“*effective compliance programs*”), que

⁷⁰² Com efeito, “*por lo tanto, el concepto del Bueno Ciudadano Corporativo puede asumirse como base para la conformación del rol de ciudadano corporativo fiel al Derecho, concepto tan decisivo para la culpabilidad empresarial*”. (Gómez-Jara Díez, 2005: p. 251)

servirão como indicadores da cultura empresarial de cumprimento com o Direito⁷⁰³. No caso de a pessoa jurídica ter dirigido a sua cultura empresarial conforme a realidade normativa então cumpriu com o seu dever de “*ciudadano corporativo fiel ao Direito*”, não sendo admissível uma imputação penal (todavia, podendo ser admissível uma sanção no caso da responsabilidade civil ou administrativa, mas em casos muito limitados). Pelo contrário, existirá um ilícito imputável à organização quando esta não se tiver organizado de forma eficaz quanto à fidelidade que deve guardar ao Direito, o que seria demonstrado por uma cultura organizativa de incumprimento normativo, representando a tal deficiência organizativa que supera o risco permitido. Assim, admite que os programas de *compliance* podem ser entendidos como uma determinação do injusto coletivo – como uma causa de exclusão da culpa da pessoa coletiva – quando demonstrem aquela cultura organizativa de conformidade ao Direito. (Gómez-Jara Díez, 2005: p. 248ss) Realizando um certo paralelismo sistémico-funcional entre os sujeitos individuais e coletivos, quanto aos primeiros a afirmação da culpa do indivíduo é dependente dos seus processos mentais internos, já no caso das pessoas jurídicas o juízo de culpa da empresa deverá incidir sobre a sua organização (organização interna), sendo apurada face aos processos organizativos internos. (Gómez-Jara Díez, 2005: p. 85) Em que o requisito da culpa da pessoa coletiva⁷⁰⁴, estaria preenchido sempre que, em concreto, fosse demonstrado não ter sido aplicado um enquadramento organizativo que dirigisse uma cultura interna conforme o Direito.

9.3.6 Teoria da culpa por deficiência organizativa de Fernando Torrão

Também próximo da posição de Günther Heine – embora rejeitando alguns dos seus pressupostos – encontra-se Fernando Torrão, com este segundo autor a defender uma construção de uma culpa autónoma da pessoa jurídica partindo de uma política criminal de grupo, que irá conotar a pessoa coletiva com um carácter ético-social, permitindo sustentar o juízo de censura e reprovação sociais. O autor faz derivar diretamente da ação e culpa de determinadas pessoas físicas o crime coletivo a imputar ao ente, entendendo-o

⁷⁰³ Referindo a realidade do ordenamento jurídico dos EUA, em que “(...) *se abre la posibilidad de exculpación a la empresa si cumple con su rol de ciudadano corporativo fiel a Derecho institucionalizado una cultura corporativa que no cuestiona la vigencia del Derecho, sino que promueve el cumplimiento con el Derecho.*” (Gómez-Jara Díez, 2005: p. 254)

⁷⁰⁴ De que não se deve prescindir, *vide* Gómez-Jara Díez (2005: p. 66ss).

como um alter-ego⁷⁰⁵, em que tais condutas individualmente consideradas não relevam ao nível típico, mas coletivamente merecem essa qualificação quando conexas com a ação típica concreta. Nas suas palavras, “*é ao nível dos seus órgãos dirigentes que, efetivamente, se tomam as decisões estratégicas susceptíveis de virem a ser objecto de juízos ético-sociais de censura dirigida por parte da comunidade à própria empresa. São, na verdade, aqueles órgãos quem, efectivamente, delineia a estratégia de actuação do ente coletivo no mundo económico, social e jurídico, sendo eles que definem a organização dos seus funcionários e prepostos*”. (Torrão, 2010: p. 345ss, 355)

⁷⁰⁵ Embora seja bastante crítico da imputação do tipo de ilícito através da teoria dos órgãos, por tal corresponder a uma imputação de *respondeat superior*. (Torrão, 2010: p. 324ss) Esta teoria é própria do direito civil e permite a imputação às pessoas coletivas das ações dos seus órgãos e representantes devidamente mandatados, e que tem sido construída em determinados ordenamentos jurídicos para a imputação penal, numa lógica de “*responsabilidade do facto pessoal por representação*” (González Cussac, 2015: p. 106) – inserindo-se no cerne do modelo da hetero-responsabilidade. Mas o autor português é crítico desta conceção, referindo que este critério está entroncado num formalismo jurídico dirigido para os casos dos atos lícitos que estão inerentes à capacidade jurídica do ente coletivo, conexas com o princípio da especialidade das pessoas coletivas. Não se podendo confundir estas realidades, sustentando um entendimento de uma prossecução quanto aos fins (lícitos), que não se coadunaria numa prática de infrações (Torrão, 2010: p. 320ss), porque no caso da constituição de uma pessoa coletiva ter por finalidade a execução de práticas criminosas tal ato jurídico seria, desde logo, nulo nos termos do artigo 280.º do CC. Ou, no caso de as práticas criminosas serem subsequentes à constituição do ente coletivo, poder servir como causa de extinção – cfr. artigo 182.º, número 2, alíneas c) e d), para as associações; e para as fundações, artigo 192.º, número 2, alíneas c) e d), todos do CC. O autor assinala que um mero processamento da teoria dos órgãos permitiria que os agentes criminosos pudessem canalizar o estabelecimento de uma prática de “contratação” de determinados agentes que serviriam como espécie de “testa-de-ferro” para desenvolver práticas criminosas, uma vez que não representando um órgão ou representante, a pessoa coletiva não poderia ser responsabilizada. O que sustenta o alargamento do círculo de pessoas com possibilidade de vincular a pessoa coletiva – remetendo para uma analogia com a figura do comissário do direito civil, em virtude das funções que lhe são dirigidas e a subsequente conexão com um facto ilícito, segundo o artigo 500.º, número 2 do CC. (Torrão, 2010: p. 338-340) Mas, conforme já analisados, o instituto da representação no âmbito do direito civil não se coaduna com uma transmissão pura para o direito penal, porque não é possível responsabilizar alguém por facto de outrem. (Torrão, 2010: p. 309-310) Em sentido similar vai Silva, considerando que o conceito representante não se deve afastar da definição do direito civil. (Silva, 2008: p. 75-76)

O autor defende assim uma responsabilidade coletiva a título subsidiário face à responsabilidade individual⁷⁰⁶. (Torrão, 2010: p. 331) É este sentido que sustenta a responsabilidade penal das pessoas coletivas ou equiparadas, sob pena de confrontar os princípios penais da mínima intervenção ou da proibição do excesso de acordo com os artigos 18.º, número 2, e 27.º, número 1, ambos da CRP (e não o princípio do *non bis in idem* estabelecido no artigo 29.º, número 5 da CRP). (2010: p. 359-360) É nesta linha que apresenta a sua proposta de “*culpa pela política organizacional*” sustentada em dois vetores essenciais: uma linha preventiva quanto ao modo como se organiza e estrutura o ente coletivo, e sobre a qual devem ser seguidos determinados comportamentos em cumprimento de deveres de prevenção e controlo do desenvolvimento coletivo; e, uma outra linha, correspondente à limitação das políticas internas que possam impulsionar práticas criminosas emanadas pelos órgãos dirigentes⁷⁰⁷. O autor considera que qualquer destas realidades é suscetível para afirmar uma culpa específica do ente coletivo por comportamentos que não diminuem o risco da verificação das práticas criminosas. (Torrão, 2010: p. 383-384) Como se comprova, o autor aproxima a sua conceção de Tiedemann e, principalmente, do domínio de pensamento de Günter Heine, considerando que a “atitude criminal coletiva” deverá ser articulada com comportamentos desconexos com o Direito pela criação de um risco proibido que tenha sido produzido na dimensão coletiva (uma espécie de “*defeituoso management de riscos*”, aludindo aqui a Heine). Entendendo que os entes coletivos devem ser responsabilizados pela violação ou omissão de condutas tidas como essenciais para prevenir a prática de atos ilícitos dentro daquele substrato organizacional. (Torrão, 2010: p. 384)

⁷⁰⁶ Firmando uma lógica de “*subsidiariedade e residualidade*” da responsabilidade das pessoas jurídicas em comparação a dos agentes individuais, devendo a responsabilidade coletiva ser dirigida face aos espaços onde não se apuram responsabilidades individuais, com maior relevância o citado caso da “*irresponsabilidade organizada*”, para dar cumprimento à medida de *ultima ratio* e evitar situações de impunidade. (Torrão, 2010: p. 301-302)

⁷⁰⁷ Correspondendo esta a “(…) *um género comportamental mais vocacionado para as condutas por acção por parte dos órgãos dirigentes cujo conteúdo se situa próximo da figura da instigação (ou porventura da autoria mediata ou cumplicidade), sem que, todavia, se possa responsabilizá-los individualmente (aos órgãos dirigentes), precisamente em virtude de os seus comportamentos não preencherem qualquer tipo de ilícito nem se enquadrarem dentro dos limites da comparticipação criminosa (não podendo, em suma, ser individualmente punidos, os órgãos dirigentes, nem como autores, nem como participantes, embora se trate de comportamentos muito próximos de figuras como as de autoria mediata e instigação).*” (Torrão, 2010: p. 389)

Esta posição cifra a construção da culpa numa lógica de “*culpa pela personalidade da pessoa coletiva*”, que seria então preenchida por uma omissão do cumprimento de deveres adequados a evitar um caso de “deficiência organizacional”. Para obstar à ocorrência de crimes no âmbito da empresa pelos seus órgãos dirigentes identifica cinco pontos que devem ser adotados: a) desenvolver um organigrama funcional da empresa para desenvolvimento da atividade empresarial sem riscos significativos para a execução de factos criminosos; b) incrementar esse organigrama, através da criação de um regulamento interno que distinga como se deve proceder face ao confronto com determinadas realidades ou funções e promovendo uma atuação interna conforme a normatividade; c) estabelecer uma comunicação com os seus colaboradores e subalternos quanto às medidas regulatórias desenvolvidas no ente organizativo e os determinados comportamentos a adotar; d) consagrar mecanismos de supervisão, vigilância e controlo, idóneos para fazer cumprir os procedimentos internos e as normas jurídicas, evitando o risco sobre as práticas criminosas; e) o cumprimento desses mecanismos deve ser impulsionado e efetivado pelos órgãos dirigentes. Quanto à “*culpa pela política da empresa*” o autor identifica este conceito jurídico-penal através de três exemplos-padrão⁷⁰⁸: atendendo aos objetivos a atingir pelo ente coletivo que podem impulsionar a atuação criminosa; os modos de reação dos entes face a anteriores delitos, que pode significar um impulso social para a prática de novos delitos (no caso da reação ter sido ténue ou inócua); e a inexistência de incentivos internos a práticas conformes ao Direito. (Torrão, 2010: p. 383ss) Para dar uma maior concretização material à sua posição, alude aos deveres essenciais que, em constante evolução, têm sido projetados para as organizações coletivas. No caso específico das sociedades comerciais, cumpre assinalar o artigo 64.º do CSC que estabelece algumas “luzes” quanto aos deveres de cuidado e lealdade que devem ser seguidos. A falta de cumprimento destes deveres, poderá originar um sentido dirigido, mediata e imediatamente, quanto a bens jurídicos tutelados pelo direito penal. (Torrão, 2010: p. 380-382) Aqui recorrendo também à uma ideia de um *good corporate citizen*, realidade que foi sendo consolidada na doutrina norte-americana a partir da década de 90, correspondendo ao estabelecer de uma cultura organizativa interna conforme ao Direito, através do cumprimento das designadas *Organizational*

⁷⁰⁸ Como o autor aponta, na linha de Günther Heine, não é possível estabelecer um recorte jurídico que represente uma validade universal para todos os substratos coletivos. Embora considere ser possível estabelecer uma base fática mínima para os sistemas organizativos. (Torrão, 2010: p 387, nota 186)

Sentencing Guidelines (cfr. capítulo 11). Considera o autor que sempre se poderá buscar uma cláusula geral orientadora de uma “pessoa coletiva fiel ao Direito” naqueles deveres gerais do artigo 64.º CSC, impostos à administração das sociedades comerciais, porque, embora não contendo de forma imediata uma prática para evitar crimes, esta realidade pode ser interpretada como aplicação para uma ação grupal criminosa. E no caso de não serem seguidos estes pressupostos, então pode-se dizer que os líderes não diminuiram (como deviam) o risco proibido. Assim, “(...) é exactamente a partir desta concepção de não diminuição proibida de riscos ou, em alternativa, de incremento de riscos proibidos por comportamentos em desarmonia com o artigo 64.º do CSC que se estabelece a ligação sistémico-funcional no contexto organizacional colectivo entre uma culpa situada no plano dos órgãos dirigentes de empresa e um acto típico e ilícito situado em qualquer dos escalões dessa empresa”. É então necessário que “(...) o acto típico e ilícito corresponda a uma “materialização do risco criado (ou incrementado) pelo comportamento culposos (violador dos deveres fundamentais) (...)”. (Torrão, 2010: p. 395) O que está aqui em causa é a omissão dolosa ou negligente por falta de cuidado, quer quanto à incorporação de colaboradores e subordinados (*culpa in elegendo*), como a falta de cuidado quanto à vigilância e controlo (*culpa in vigilando*)⁷⁰⁹. (2010: p. 396)

Como se comprova o autor move-se dentro da linha da corrente de imputação por auto-responsabilidade, embora se diferenciando dos outros autores anteriormente referidos, por considerar que a simples comprovação de uma falha organizacional não implica necessariamente culpa, pois mostra-se ainda necessária a materialização (ou incremento) do risco no caso concreto. Para além, de permitir a contraprova ao ente coletivo, podendo este demonstrar que promoveu todas as diligências idóneas para evitar

⁷⁰⁹ Paulo Pinto de Albuquerque é crítico desta posição porque vai prescindir da identificação de uma conduta (por ação ou omissão) de uma pessoa física concreta para a imputação ao ente coletivo. E, por outro lado, estar-se-ia perante uma presunção de culpa da pessoa coletiva que só poderia ser ilidida através de prova idónea em contrário, que no caso seria comprovar que inexistia uma deficiência na organização. Na opinião do autor tal entendimento lesa o princípio da inocência resultando numa confusão entre dois planos separados: a ilicitude objetiva e o requisito da culpa. Concluindo que tal interpretação viola o entendimento subjacente ao art. 11.º, número 2 do CP e da construção legislativa que lhe antecedeu. (Albuquerque, 2015: p. 128-129) Partindo de uma análise da legislação europeia, refere que os deveres de controlo firmados na dimensão comunitária são dirigidos, não à pessoa coletiva em si, mas àquelas pessoas que são considerados como os seus representantes. Não são identificados tais deveres de cuidado como fatores de risco da atividade desenvolvida por aquela pessoa coletiva. O que a acontecer levaria a uma violação do princípio constitucional da presunção de inocência (Albuquerque, 2006: p. 631-632)

a prática do crime, impedindo a materialização ou aumento de um risco proibido (invocando a teoria de conexão com o risco), funcionando tal como uma causa de exclusão da culpa⁷¹⁰. (Torrão, 2010: p. 401ss) Neste domínio, abre um caminho livre para a afirmação de medidas internas que permitem a canalização de um rumo coletivo sob o manto de uma orientação para o prosseguimento legítimo do interesse da pessoa jurídica. Entendemos que a posição do autor não seria de rejeição das medidas de *compliance* como consequentes do desenvolvimento de uma atividade correspondente à garantia de uma articulação de fidelidade normativa de cumprimento de normas. Bem como poderia admitir estes procedimentos de cumprimento normativo como forma de comprovar a inexistência de uma deficiência organizacional ou da política da empresa que seja indutora da prática de um crime.

9.3.7 O modelo de “domínio da organização” coletiva desenvolvido por Teresa Quintela de Brito

A posição de “*domínio da organização*” para a execução do facto típico foi desenvolvida por Augusto Silva Dias⁷¹¹, quanto ao fundamento da responsabilidade individual, ao nível da coautoria⁷¹² dos responsáveis ou dirigentes do ente coletivo pelos

⁷¹⁰ Fernando Torrão refere que a exclusão da culpa pode resultar em dois *limes*. “*Num primeiro momento, através da prova (que pode resultar da mera contraprova) de que não existe deficiência organizacional (prova de que todos os deveres foram cumpridos pelos líderes da empresa), nem política da empresa indutora à prática de crimes (através de contraprova de factos indiciadores de tal política); num segundo momento, e não se logrando provar a diligência devida, nem a inexistência da política indutora do crime – havendo, por conseguinte, deficiência organizacional e/ou política da empresa indutora à prática de crimes (existindo, numa expressão que congloba ambas as figuras, um defeituoso management de riscos proibidos) –, através da prova de que o crime se deve a outra circunstância que não a deficiência organizacional e/ou da prova que o crime se deveu a outro motivo que não a política da empresa*”. (Torrão, 2010: p. 402)

⁷¹¹ Partindo da “(...) *posição de garante do dirigente do sector em que o crime foi cometido, fundada no seu controlo de organização e vigilância desse âmbito social à luz da sua competência formal e do respectivo domínio facto (...) actuação activa e/ou omissiva do dirigente-garante suficientemente conformadora do facto, para se afirmar que “tomou parte directa na execução”, porque «o domínio da organização lhe proporcionou domínio social do facto».*” (Brito, 2012a: p. 193)

⁷¹² No mesmo sentido a admitir a punição a título de coautoria do dirigente vai Schünemann, considerando que ao líder da organização é adstrito uma posição de garante, e, por outro, apresenta um domínio tão intenso sobre o facto que só a coautoria permite abarcar em toda a sua extensão. (Schünemann,

crimes cometidos pelos seus subordinados através de uma atuação no interesse coletivo⁷¹³. Teresa Quintela de Brito desenvolve esta posição para o caso da responsabilidade das pessoas coletivas e, em determinados casos⁷¹⁴, para os sujeitos naturais que ocupem uma posição de liderança, devendo aquele domínio corresponder a um poder concreto sobre a execução típica do facto criminoso. Recorrendo à letra da lei, entre a conjugação do artigo 11.º, número 2, alínea b), e artigo 11.º, número 4, todos do CP, por estes só exigirem para a imputação do facto criminoso à pessoa coletiva a atuação de alguém com autoridade para controlar um devido setor da organização coletiva⁷¹⁵ onde o facto criminoso foi praticado (Brito, 2012b: p. 204) – estando aqui verificada esta ideia de poder concreto dentro da organização. A autora vai assim alargar este raciocínio jurídico para a relação entre o facto individual e a pessoa jurídica, que deve ser realizada pelo “*domínio da organização para a execução típica do facto*”. Deve-se partir deste *dominus* da organização conformador da execução do facto ilícito típico em apreço, para que se possa verificar a responsabilidade para a pessoa jurídica pelo facto cometido pelo sujeito singular. Em que é exigida a identificação daquele ponto de conexão com a determinada pessoa singular, mas também deve ser associada a comprovação de que este ilícito representa também um facto típico e ilícito da organização, através de uma qualificação da posição funcional do líder (ou seja, conexionado funcionalmente tal prática com a organização). Como tal, o facto cometido pela pessoa natural no seio da pessoa coletiva representa o “*(...) objeto de imputação (aquilo que se pune), mas não o fundamento da imputação (a razão por que se pune) (...) porque materialmente deve ser apreciada e valorada a autonomia da responsabilidade coletiva e individual*”. (Brito, 2012b: p. 203)

A autora pretende desenvolver um sistema quanto à responsabilidade dos entes coletivos que acaba por ir procurar determinados elementos aos dois modelos anteriores. Embora acabe por considerar o modelo de hetero-responsabilidade como o ajustado no seio jurídico-penalmente, uma vez que rejeita a imputação à pessoa coletiva por “culpa

2002: p. 19) Num sentido mais desenvolvido sobre a autoria do dirigente, podemos referir que a posição de garante constitui um elemento indispensável para apurar a responsabilidade dos dirigentes por factos praticados no interior ou através da organização, cfr. Schünemann (2002: p. 19ss) e Brito (2012a: p. 164ss).

⁷¹³ Embora o próprio Augusto Silva Dias remeta o critério da imputação à pessoa coletiva a uma hetero-responsabilidade, indo completá-lo pela teoria da organização.

⁷¹⁴ Nos casos em que está verificado uma efetiva competência interna. (Brito, 2012b: p. 205)

⁷¹⁵ Neste sentido, Silva (2009: p. 246).

da condução da vida empresarial”, enunciando duas ordens de razão para tal rejeição: primeiro, porque tal redundaria numa condição objetiva de punibilidade do facto coletivo, pela ação ilícita constituir um acontecimento externo para operar a imputação do crime, uma vez que, verdadeiramente, o defeito já seria inerente à própria organização; depois porque a apreciação da censura, como elemento fundamental da culpa, deverá ser sempre apreciada na dimensão concreta. Daí avançar como uma substância material radicada no “domínio da organização para a consumação do crime”⁷¹⁶, na qual não prescinde da construção penal por parte de um facto individual que serve como ponto de conexão e que se mostra como indispensável para aquela imputação. Assim, serão os agentes singulares que exercem na pessoa coletiva uma posição de liderança que vão determinar a prática criminosa, mas esta será ainda cingida pela organização através da sua estruturação interna. (Brito, 2012c: p. 228)

Este posicionamento permite entender que nem todos os interesses coletivos constituem um centro de imputação que permita sustentar a responsabilidade criminal, é necessário que estas detenham uma estrutura organizativa e funcional dirigida à persecução de interesses próprios, e que tenham correspondência com as figuras legais. Recorre à posição de Carlos Gómez-Jara Díez para afirmar que as entidades coletivas para serem alvo de responsabilidade criminal devem apresentar um dinamismo orgânico próprio, que lhes permite realizar uma introspeção e referencialidade interna, demonstrando a existência de uma cultura inerente à organização, e, assim legitimando o juízo de censura ao ente coletivo por execução de uma ação contrária ao Direito. Dessa forma, permitindo uma afirmação de um dinamismo singular que as distingue face aos sujeitos individuais que a compõe, o que lhes permite realizar uma valoração própria que legitima a imputação jurídico-penal. Embora esta mesma valoração seja mediada pelos membros que a compõe porque representam a base inicial da complexidade organizativa. A autora faz assim a distinção de três instituições que não devem ser entendidos como centros autónomos de imputação pôr-se-lhes faltar aquele *plus* diferenciador da pessoa singular. Aqui destacando o caso dos entes coletivos “*destituídos de organização*”, que só apresentam uma simples existência jurídico-formal; “*os que carecem de uma organização suficientemente estável e complexa*”, que não lhes permite realizar um consequente afrontamento das normas jurídico-penais através do funcionalismo

⁷¹⁶ Ou, no inverso, pelo “domínio da organização para a não comissão do crime”. (Brito, 2012c: p. 228)

organizativo (que, neste caso, é inexistente); e os casos dos entes coletivos que são “dotados de organização suficientemente estável e complexa mas destituídos de autonomia”, que serão aquelas entidades controladas e administradas por outras pessoas físicas ou coletivas, como sejam os casos das pessoas coletivas “*espantallo*” ou os “*corporate vehicles*”, em que esta valoração funcional é inexistente. Nestes últimos casos deve ser levantada a personalidade coletiva e haver um apuramento da responsabilidade individual das pessoas naturais que cometeram o crime por detrás do crivo da personalidade coletiva, isto é, a pessoa singular ou coletiva que na verdade domina aquele substrato social. (Brito, 2012c: p. 232ss, 2014a: p. 159-161) Como se comprova, ao contrário do afirmado por Gómez-Jara Díez (2005, p. 245), a autora considera no caso das sociedades unipessoais, que as mesmas podem ser alvo de responsabilidade penal desde que exista aquela desconexão de domínio (ou instrumentalização) do sócio único que a compõe, permitindo afirmar, em concreto, um funcionalismo interno organizativo que apresente complexidade e cuja existência é demonstrada nos termos do artigo 270.º-F do Código das Sociedades Comerciais que atribui determinadas competências organizativas como a nomeação de gerentes⁷¹⁷. O que não é mais do que a constatação no direito comercial (cada vez mais recorrente) da possibilidade de atuação no domínio social deste tipo de sociedades, através de uma separação do património, que tanto pode ser titulada por um único sócio individual ou coletivo (cfr. artigo 270.º-A do CSC). O que acontece neste caso específico é a sua complexidade organizacional ser bastante mais reduzida, desde logo, porque é o sócio único que exerce as competências das assembleias gerais (cfr. artigo 270.º-E), mas tal não significa que se negue, *ab initio*, a possibilidade de responderem penalmente. Por conseguinte, a censura face a uma conduta (ação ou omissão ilícita) só poderá recair sobre entidades empresariais que apesar de estar integradas num grupo de sociedades, sejam capazes de ser sujeitas a um juízo de culpa. Para os casos em que inexista a possibilidade de consideração destes entes coletivos como um verdadeiro centro coletivo de imputação jurídico-penal – por não ser possível afirmar a sua autonomia organizativa e a capacidade de realizar um juízo de censurabilidade –, será o agente dominante – individual ou coletivo – que corresponde ao verdadeiro centro de imputação, uma vez que é desta onde emanam as condutas a serem seguidas e

⁷¹⁷ Cfr. artigo 270.º-E, número 1 do CSC. Em concordância sobre a possibilidade de as sociedades unipessoais por quotas serem alvo de um juízo de censura: Silva (2009: p. 218-219) e Brito (2012c: p. 234, nota 16)

conformadas pela sociedade espantalho ou os “*corporate vehicles*”, o que origina que se aponte no procedimento de desconsideração da personalidade jurídica. (Torrão, 2010: p. 423-424) Considerando Fernando Torrão, que estamos perante um caso de autoria mediata da sociedade que se encontra numa posição como autor de “trás”, por existir um domínio da vontade funcional dos líderes de “direito” da sociedade da “frente”, que acabam convertidos em dirigentes “de facto” da primeira sociedade. Esta linha de pensamento deve ser trasladada para o domínio do branqueamento em que a reação penal contra as sociedades de fachada ou criminosas é conseguida através da pena de dissolução – artigo 90.º-F do CP –, por corresponderem a entes especialmente criados ou instrumentalizados para fins contrários ao Direito, não se mostrando como possível haver uma ressocialização do ente coletivo através da pena, porque, na verdade, não estamos perante uma verdadeira unidade orgânica, mas um mero instrumento nas “mãos” dos agentes criminosos. Seguindo aqui os apontamentos firmados por Torrão, a dissolução das pessoas coletivas ou equiparadas deve-se centrar na lógica das “*providências sancionatórias de natureza análoga à das medidas de segurança*”, por se mostrarem em linha com as finalidades inerentes aos mecanismos de sancionamento, e não perante uma verdadeira punibilidade do ente coletivo. Assim, considerando o autor que não é necessária a imputação de uma ação, típica, ilícita e culposa, para levar à dissolução da pessoa coletiva ou equiparada, bastando a comprovação de atos ilícitos realizados por quem instrumentalizou a pessoa coletiva para as finalidades ilícitas. Constituindo o ente coletivo como uma espécie de instrumento do crime e não a um sujeito autónomo. (Torrão, 2010: p. 429-430)

Recapitulando, de acordo com a tese da autora, a pessoa jurídica vai responder criminalmente nos casos dos crimes executados no desenvolvimento da sua atividade porque existe um *dominus* da organização para a execução do facto criminoso. (Brito, 2012b: p. 218) Em que o dolo (e a negligência) do ente coletivo devem ser sempre construídos normativamente de forma autónoma da pessoa física que atua no campo existencial. Não podendo o dolo ser presumido quanto aos conhecimentos dos deveres jurídicos que recaem sobre os membros da organização. (Brito, 2014a: p. 173) Para a autora a responsabilidade da pessoa coletiva é configurada: “(1) na determinação dos elementos essenciais do crime através de condições criminógenas de organização e funcionamento e/ou de uma filosofia criminógena de actuação jurídico-económica; (2) num domínio da organização para a execução do facto (que exerce por intermédio dos factos dos seus líderes, cometidos em seu nome); e, ainda, (3) no domínio da organização

para a não comissão do crime. O último pode ou não ser um domínio sobre a totalidade da organização, mas certamente ultrapassa o mero domínio da organização para a execução do facto típico detido pelo líder”. (Brito, 2012b: p. 220-221)

10. A responsabilidade criminal das pessoas coletiva no CP

A responsabilidade criminal das pessoas coletivas ou equiparadas no seio do direito penal de justiça, foi introduzida na parte geral do CP pela lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, que veio operar um novo paradigma no direito penal, ao criar uma exceção à regra do princípio da individualidade da responsabilidade criminal do artigo 11.º, número 1⁷¹⁸. Estamos perante uma clara afirmação legislativa de atuação do direito penal frente aos novos desafios colocados na sociedade de risco, que veio alinhar o nosso direito positivo com o desenvolvimento realizado na maioria dos ordenamentos comunitários. Com efeito, estamos perante um plasmar claro do princípio *societas delinquere potest* ao estabelecer normativamente a responsabilidade das pessoas coletivas e entidades equiparadas no CP⁷¹⁹, pela prática de ações típicas, ilícitas, culposas e puníveis.

Nos termos do catálogo⁷²⁰ do artigo 11.º do CP, com exceção do Estado, de pessoas coletivas em exercício de prerrogativas de poder público⁷²¹ e de organizações

⁷¹⁸ Para além dos efeitos dirigidos sobre as disposições sobre o CP, foram ainda realizadas alterações sobre regimes da legislação especial, como sejam os casos da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto (lei do combate ao terrorismo), a Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro (código do trabalho), ou da Lei n.º 5/2006, de 23 de fevereiro (regime jurídico das armas). Todavia, conforme já vimos, não se procedeu a uma revisão dos regimes de responsabilidade consagrados no direito penal secundário, o que revela um distanciamento ao nível dos princípios jurídico-penais e mesmo constitucionais, originando que lhe sejam endereçadas várias limitações como destacam: Miguel Garcia & Castela Rio (2014: p. 98) e Albuquerque (2015: p. 137).

⁷¹⁹ Em face do objetivo traçado neste estudo, só nos interessa indagar sobre as regras existentes ao nível do CP no seu artigo 11.º, mas não desvalorizando a existência dos outros regimes jurídicos de responsabilidade das pessoas coletivas no domínio do direito penal secundário ou outros ramos jurídicos.

⁷²⁰ Um catálogo que se diga não é isento de críticas, entre outros: Silva, 2008: p. 74; Meireles, 2008: p. 128-129; Brito, 2012c: p. 229; Sousa, 2012: p. 4, 2019: p. 104. Embora nos juntemos ao coro de críticas, esta é uma matéria que estravasa o estudo proposto, porque o ilícito de branqueamento em análise neste trabalho está claramente previsto no conjunto de crimes do catálogo, como tal não será alvo de uma análise pormenorizada. Porém, podemos deixar assente que o catálogo foi construído muito por influência da legislação comunitária, em termos de criminalidade como o tráfico de pessoas, exploração sexual de crianças, crimes ambientais, corrupção ou o branqueamento de capitais. Pode-se dizer que a opção legislativa foi por englobar no catálogo os crimes que são frequentemente praticados no seio de um ente coletivo, ou em que a sua danosidade é exponenciada por uma prática dentro daquela realidade. (Brito, 2012b: p. 204)

⁷²¹ Podem ser exemplo de pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público as autarquias locais e as entidades reguladoras, desde que atuem nesse sentido. Ao contrário, as entidades

internacionais de direito internacional público⁷²², que estão excluídas da responsabilidade criminal⁷²³, as pessoas coletivas podem ser responsabilizadas criminalmente⁷²⁴, quando estejam em causa crimes como: mutilação genital feminina (artigo 144.º-A); maus tratos (artigo 152.º-A); violação das regras de segurança (artigo 152.º-B); escravidão (artigo 159.º); tráfico de pessoas (artigo 160.º); alguns crimes de natureza sexual (artigos 163.º a 166.º, no caso da vítima ser menor); procriação artificial não consentida (artigo 168.º); lenocínio (artigo 169.º); alguns crimes contra a autodeterminação sexual (artigos 171.º a 176.º); crimes de burla (artigos 217.º a 222.º); discriminação racial, religiosa ou sexual (artigo 240.º); falsificação de notação técnica (artigo 258.º); crimes de falsificação de moeda e alguns crimes de perigo comum (artigos 262.º a 283.º e 285.º); associação criminosa (artigo 299.º); tráfico de influências (artigo 335.º); desobediência (artigo 348.º) violação de imposições, proibições ou interdições (artigo 353.º); suborno (artigo 363.º); favorecimento pessoa (artigo 367.º); branqueamento (artigo 368.º-A); corrupção e peculato (artigos 372.º a 376.º). Estamos perante um *numerus clausus*, só podendo as pessoas coletivas e equiparadas ser responsabilizadas por estes crimes previstos no CP.

Por corresponder a um crime do catálogo, segue demonstrado que as pessoas coletivas e equiparadas podem ser agentes de um crime de branqueamento nos termos do CP. Uma mudança que só ocorreu com a introdução do regime geral no Código Penal, pois mesmo quando o crime de branqueamento estava unicamente previsto no direito penal secundário não estava estabelecida a possibilidade de responsabilização criminal dos entes coletivos ou entidades equiparadas. Como já fomos adiantando em diversos pontos, estão previstas certas razões de ordem económico-financeira que associam o branqueamento como um ilícito do *corporate crime*.

públicas empresariais quando atuem no seu âmbito empresarial, isto é, despidas da sua veste de prerrogativas de poder público, serão sancionadas nos termos do CP.

⁷²² V.g. a Organização das Nações Unidas.

⁷²³ Uma opção legislativa complexa que é amplamente criticada na doutrina: Meireles, 2008: 125ss; Sousa, 2012: p. 6ss, 2019: p. 112ss; Lois, 2015: p. 215; Bandeira, 2015: p. 223. Embora o legislador através da Lei n.º 30/2015, de 22 de abril, tenha vindo revogar o anterior número 3 do artigo 11.º, restringindo o alcance da exclusão da responsabilidade para o exercício *in casu* de prerrogativas de poder público, em linha com a legislação europeia e internacional (v.g. artículo 31 bis do CP espanhol). Em sentido mais desenvolvido sobre esta matéria, cfr. Alves (2015: p. 128ss).

⁷²⁴ Devem entender-se aqui admitidas associações civis e de facto (associações de facto que não tem personalidade jurídica, nos termos dos artigos 195.º a 201.º-A do CC), fundações, sociedades civis e comerciais, bem como outros entes coletivos com personalidade jurídica.

Segundo o disposto no artigo 11.º, número 2 do CP, a responsabilidade penal das pessoas coletivas e equiparadas abrange todos os entes que tenham cumprido os formalismos do direito civil ou comercial para a sua constituição e que assumam uma personalidade jurídica autónoma dos seus fundadores, responsáveis ou sócios. Estamos perante um conceito amplo, aqui se admitindo as associações; sociedades comerciais (mesmo unipessoais) e sociedades civis sob a forma comercial; ou fundações. O legislador equipara ainda as sociedades civis e as associações de facto (com o seu regime legal a ser estabelecido no artigo 195.º e seguintes do CC, aqui se abrangendo as associações sem personalidade jurídica e as comissões especiais⁷²⁵) às pessoas coletivas, nos termos do número 5 do artigo 11.º do CP.

Os critérios da imputação do facto criminoso à pessoa coletiva estão previstos no número 2 do artigo 11.º deste código. Para tanto, exige-se para a imputação dos factos à entidade coletiva ou equiparada que sejam cometidos, em seu nome e no interesse coletivo:

- a) por pessoas que ocupem uma posição de liderança no ente coletivo; ou
- b) por quem aja sob a autoridade das pessoas que ocupem uma posição de liderança em virtude da violação de deveres de vigilância ou controlo que lhes são dirigidos.

São, portanto, dois os critérios de imputação da realização do facto de conexão ao ente coletivo e entidades equiparadas no caso de um crime branqueamento. Assim, as pessoas coletivas e equiparadas, excluindo-se o Estado, entes coletivos no exercício de prerrogativas de poder público e organizações internacionais, são responsáveis pela prática do crime de branqueamento, no caso de tal crime ter sido cometido em seu nome e no interesse coletivo, por pessoas que ocupem uma posição de liderança na organização ou por quem aja sob a autoridade dessas pessoas (com posição de liderança) em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbe.

Uma das questões que se coloca de imediato é a necessidade de afirmar qual o modelo de responsabilização consagrado na legislação. Estaremos perante um modelo de hetero-responsabilidade ou auto-responsabilidade? Num primeiro olhar sobre o regime da responsabilidade penal estabelecido é de referir a necessidade de haver um ato praticado por um agente singular que ostente um cargo relevante na organização para se

⁷²⁵ Em sentido contrário quanto às comissões especiais Albuquerque (2015: p. 140).

poder imputar a comissão de um facto criminoso à pessoa jurídica. A lei portuguesa estabelece assim um ponto de conexão material-funcional entre o facto realizado por uma pessoa singular para que qualitativamente se impute tal ato à pessoa jurídica perante determinados circunstancialismos normativos. O que aponta, em princípio, para um modelo de hetero-responsabilidade. Todavia, a letra da lei não se esgota com aquele ponto de conexão para vincular a imputação ao ente coletivo, porque o próprio trecho legal exige uma atuação em nome e no interesse coletivo. Tem que se ir mais além na nossa interpretação, porque é a própria lei que exige que a ação da pessoa singular deve transparecer na dimensão social do ente coletivo através do preenchimento daqueles conceitos. Pois, ao estabelecer como requisitos da imputação à pessoa coletiva (ou equiparada) a necessidade de um agir em nome e no interesse da pessoa coletiva, o legislador pretendeu dar guarida a uma vontade e culpa próprias – embora normativamente construídas, por corresponder àqueles que podem manifestar a sua vontade. Em consequência não se pode entender que o modelo de imputação português corresponda a um modelo de “hetero-responsabilidade puro”, correspondente a uma simples translação dos elementos apurados ao nível individual para a pessoa coletiva ou equiparada, porque não se prescinde da necessidade de vinculação a uma vontade funcional coletiva, de acordo com a interpretação que deve ser realizada ao artigo 11.º do CP. Assim, é necessária a conjugação de dois elementos: por um lado, é necessário que seja cometido um facto criminoso do catálogo por um determinado sujeito, entendido como sendo aquele que detém o *dominus* interno para condicionar a atuação da organização (comummente designados os “líderes” da organização); e que o mesmo consiga ser imputado e conexionado ao substrato coletivo, através do preenchimento daqueles conceitos jurídicos da atuação em nome e no interesse coletivo. Somos do entendimento que a legislação portuguesa consagrou e combinou uma certa subespécie de “hetero-responsabilidade impura”, que acaba por ser uma solução *tertium genus*, em que se partindo de um facto praticado por um determinado sujeito, acaba por se chegar à fundamental valoração ao nível do substrato organizativo autónomo e onde os elementos da infração passam a ser procurados ao nível da pessoa jurídica⁷²⁶. Aqui dando relevância à existência de um contexto organizacional decorrente de várias interações a nível vertical e horizontal e com divisões de funções específicas.

⁷²⁶ Cfr, entre outros, Silva (2008: p. 90) e Mendes (2015a: p. 76, 82-83).

Diga-se que ao nível doutrinal as posições não são uniformes⁷²⁷. Existe quem veja aqui um simples modelo de hetero-responsabilidade⁷²⁸, outros embora se situem dentro da hetero-responsabilidade tecem algumas diferenças dogmáticas⁷²⁹, e outros que entendem este ponto de partida da responsabilidade individual ao nível da hetero-responsabilidade penal, mas vão de encontro para atribuir uma relevância ao nível de uma responsabilidade própria da pessoa jurídica (uma responsabilidade por facto e culpa específica)⁷³⁰.

Paradigmática é a afirmação de Bandeira, quanto à necessidade de existência de um determinado agir individual contrário ao normativo comunitário, para preenchimento do tipo objetivo e subjetivo, e para imputação criminal às pessoas coletivas. Mas, o que se impõe, é a distinção entre a “*imputação*” *jurídico-penal da própria “responsabilidade” jurídico-penal*”. (2015: p. 220-221) Cristalizando a ideia de que uma coisa são os critérios de imputação daquela responsabilidade à pessoa jurídica, que pressupõe um determinado agir (ou falta de agir) individual, e outra a apreciação da

⁷²⁷ Embora sejam adstritas diversas críticas a este enquadramento, pela responsabilidade ser construída sempre partindo de um ponto de ligação com a pessoa singular que vincula a vontade da pessoa coletiva. (Busato, 2018: p. 23ss)

⁷²⁸ Caso de Busato (2018: p. 23ss) e Sousa (2019: p. 106-107). Embora a autora não deixe de apresentar algumas dúvidas face ao critério de imputação da alínea b), do número 2, do artigo 11.º. Também Torrão para um domínio da teoria dos órgãos. Aqueles que ocupem uma “posição de liderança” acabam por ser reconduzíveis como os “cérebros da empresa” – ou seja, aqueles que detém o seu *dominus* –, por terem competências quanto ao prosseguimento da política interna da organização e quanto à determinada função exercida na organização. É então possível entender que os “*middle managerial agents*” possam ser entendidos como alter-ego do ente coletivo. (Torrão, 2010: p. 462-463) Já no caso específico do critério da alínea b), o autor identifica aqui princípios de uma consagração de uma culpa coletiva autónoma da pessoa coletiva ou equiparada. Entende o autor que a “culpa pela política administrativa” da empresa não pode ser entendida, em função do princípio da tipicidade, como fonte de incriminação da responsabilidade penal das pessoas coletivas. (2010: p. 468)

⁷²⁹ Caso de Germano Marques da Silva (2008: p. 74).

⁷³⁰ Neste sentido, entre outros, cf. Brito (2012c: p. 250) e Martínez (2017: p. 275ss) Teresa Quintela de Brito afasta o modelo de auto-responsabilidade da pessoa coletiva por confrontar com o princípio da ofensividade. Mas também considera que não se deve entender um puro modelo de hetero-responsabilidade das pessoas coletivas. Como já vimos, a autora crê que inicialmente é necessária a imputação do facto típico a um ou mais líderes, e a partir daí os elementos constitutivos do crime como o elemento subjetivo, a ilicitude e a culpa, deverão ser apurados quanto à pessoa coletiva, dessa forma cumprindo o paradigma da autonomia da responsabilidade coletiva. (Brito, 2014a: p. 166)

responsabilidade realizada ao nível dos elementos do ente coletivo. É a realidade normativo-social atribuída ao substrato corporativo que representa o seu agir de modo próprio através de outrem. (Sousa, 2015: p. 381) As organizações correspondem assim a um substrato diferenciado dos seus membros, como refere Zúñiga Rodríguez (2009: p. 213) constituem um “*alliud*”, não podendo ser limitada a um mero somatório dos seus membros, mas deve ser entendida como um ente qualitativamente diferenciado, com uma funcionalidade e racionalidade própria, porém, composta por um conjunto de pessoas e património orientados para alcançar um objetivo comum.

Por todo o exposto, apesar do facto coletivo estar dependente de um determinado *input* individual⁷³¹, na medida da responsabilidade penal *strito sensu* a pessoa coletiva ou equiparada apresenta uma responsabilidade penal própria como é manifestamente assumido pelo legislador ao estabelecer a exigibilidade de atuação em nome e no interesse da pessoa coletiva, devendo nesta dimensão ser realizada a ponderação dos elementos da infração penal quanto à imputação objetiva-subjetiva e da culpa. Este foco na dimensão do ente coletivo é ainda demonstrado pela natureza cumulativa e autónoma⁷³² da sua responsabilidade, face à responsabilidade do agente individual. Como tal, os elementos subjetivos do ilícito típico que se pretende imputar ao ente coletivo devem ser construídos de forma autónoma ao nível da pessoa coletiva ou equiparada, devendo a pessoa jurídica ter agido por dolo (ou negligência nos crimes que a admitam) próprio, não existindo uma mera transladação daqueles elementos do agente individual para a dimensão coletiva. Como refere Germano Marques da Silva, estamos perante um critério formal pela infração ter sido praticada por quem preencha o conceito normativo de posição de liderança, e perante um critério material correspondente à atuação em nome e no interesse coletivo. Em que existirá uma censura ético-social dirigida para a própria pessoa coletiva. (Silva, 2009: p. 165ss)

⁷³¹ Uma vez que não existe responsabilidade criminal da pessoa coletiva senão for possível identificar uma pessoa física com o qualitativo organizacional de posição de liderança, congruente com a prática do facto criminoso, e que tenha atuado em nome e no interesse daquela. (Albuquerque, 2015: p. 137)

⁷³² Salientando este ponto, entre outros: Pereira & Lafayette, 2014: p. 106; Albuquerque, 2015: p. 135-137; Alves, 2015: 126-127; Silva, 2018: p. 154-155. Como é demonstrado pela conjugação entre os números 2 e 7 do artigo 11.º do CP. E também ao nível prático pela possibilidade de a responsabilidade se ter extinguido quanto ao agente singular da infração, por morte ou prescrição, mas nem por isso se extingue a responsabilidade da pessoa coletiva.

Segundo Paulo Pinto de Albuquerque, quanto os critérios estabelecidos no Código Penal, podemos fazer uma distinção entre: uma comissão direta por um agente singular que ocupe uma posição de liderança na organização coletiva, em cumprimento dos critérios do artigo 11.º, número 2, alínea a); ou, por uma comissão indireta em nome e no interesse coletivo, através de uma pessoa singular que aja sobre a autoridade das pessoas com posição de liderança, em virtude da violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhe eram indevidos (à pessoa com posição de liderança). (Albuquerque, 2015: p. 138-138)

10.1 Critérios de imputação jurídico-penal dos entes coletivos

10.1.1 Facto cometido nos termos da alínea a) do número 2 do CP

Este critério pode ser entendido como o empreendimento direto do ato criminoso pelos sujeitos que ocupem uma posição de liderança na organização. Impõem-se agora determinar no que consiste o conceito normativo de pessoas com posição de liderança⁷³³. Nos termos do número 4 do artigo 11.º do CP, encontram-se numa posição de liderança os órgãos, representantes e quem tiver autoridade para exercer o controlo da atividade coletiva. Segue-se agora a análise do que constitui cada um destes elementos.

A própria lei não especifica quais os órgãos aos quais é atribuída uma posição de liderança, existindo aqui uma terminologia normativa ampla. Assim, em relação aos órgãos da pessoa coletiva⁷³⁴, são estes que exprimem, em consonância com a legislação

⁷³³ Envolvendo uma clara ampliação do espectro do círculo de pessoas que pode vincular o ente coletivo, entre outros: Silva (2009: p. 178ss) e Sousa (2019: p. 106). Podendo entender-se que aos líderes da organização é instituído um espectro de condução das atividades empresariais de forma a não colocarem em perigo bens jurídicos penais. (Silva, 2008: p. 76)

⁷³⁴ Classifica-se, em geral, atendendo ao número de titulares, os órgãos em singulares e plurais (colegiais). Acontece que podem existir um conjunto de situações: pode acontecer que o órgão coletivo tenha atuado contra a decisão expressa da maioria; no caso de constituir representante do órgão colegial, pode mesmo executar um comportamento contra a vontade expressa do órgão a quem cumpre vincular a vontade da pessoa coletiva; ou, no caso de um órgão dependente, que seja atuado contra a decisão expressa do órgão que depende. Nestes casos, a atuação do agente, órgão ou representante, não corresponde à vontade da pessoa coletiva e por isso não lhe pode ser imputada. (Silva, 2008: p. 82-83) Quanto à classificação em face da posição na pessoa jurídica é ainda estabelecida a distinção entre órgãos ativos e consultivos. Os órgãos ativos são aqueles que permitem a formação ou emissão de uma vontade jurídica atribuível à pessoa coletiva. Já os órgãos consultivos serão aqueles que elaboram determinados elementos

e os seus poderes funcionais, a vontade própria da pessoa coletiva entendida como juridicamente relevante⁷³⁵. Aqui se devendo entender como subsumíveis aos órgãos sociais, os seguintes: órgão de administração⁷³⁶, a assembleia geral⁷³⁷, e conselho

para que os órgãos ativos possam deliberar. De entre os órgãos ativos pode ainda ser diferenciado entre órgãos internos e externos. Os primeiros contribuem para a formação de uma resolução interna ao nível interno do ente, mas não tem efeitos na sua exteriorização para terceiros. Como se entende, os órgãos externos serão aqueles que manifestam juridicamente uma atuação dos entes coletivos correspondente a uma exteriorização para terceiros. Para maiores desenvolvimentos, ver, entre outros: Silva (2009: p. 227ss) e Mendes (2015a: p. 60-61). O ente com uma posição de liderança não pode ser criminalmente responsabilizado sempre que tenha expressamente rejeitado o facto. No caso de ser membro de um órgão colegial deverá ser excluída a responsabilidade individual nos casos em que tenha havido uma votação expressa contra a deliberação do órgão para excluir a sua responsabilidade criminal. Já num caso de silêncio de quem possui direito de veto sobre a decisão do órgão colegial ou tenha ocorrido uma abstenção para viabilizar a decisão maioritária, deve haver imputação criminal. (Silva, 2009: p. 398; Albuquerque, 2015: p. 141)

⁷³⁵ Cfr. Carvalho Fernandes (2009: p. 431).

⁷³⁶ Entendido como o órgão executivo por excelência. Os administradores de uma sociedade possuem competências genéricas para praticar todos os atos necessários ou convenientes à realização do objeto social (artigos 64.º e 405.º do CSC). Para atingir tal desígnio, são-lhes adstritos poderes de gestão e representação da pessoa coletiva – cfr. artigo 163.º do CC e os artigos 405.º a 408.º do CSC quanto às sociedades comerciais. A sociedade fica vinculada pelos atos praticados pelos administradores (artigo 6.º, número 1 do CSC), mesmo nos casos em que os administradores atuem para além do objeto social (artigo 6.º, número 4 do CSC). Assim, no caso dos atos que tenham sido praticados fora do objeto estatutário pelos administradores, estes não originam a sua nulidade, podendo mesmo originar a vinculação da sociedade, a não ser que a sociedade faça prova de que o terceiro tinha conhecimento ou não podia ignorar que o ato era estranho ao objeto da sociedade e mesmo assim realizou aquele negócio. Em pormenor, Mendes, refere que o órgão de administração pode vincular a pessoa coletiva, desde logo, como um órgão interno cujas competências vão na execução de operações resultantes da vontade manifestada pelo órgão deliberativo; como um órgão externo ao qual é possível exteriorizar a vontade do ente coletivo; e como um órgão executivo da pessoa coletiva ou equiparada, com poderes de representação de acordo com o conferido legal e estatutariamente. (Mendes, 2015a: p. 64)

⁷³⁷ Aqui ressalvando a sua veste de órgão máximo com maior abrangência, permitindo expor a resolução orientadora do ente através de uma deliberação que forma internamente a vontade coletiva e que depois será exteriorizada pelo órgão de administração. Porquanto, mesmo sendo um órgão interno, pode conter a representação de todos os indivíduos pertencentes da pessoa jurídica, o que lhe permite exercer algum controlo sobre a tomada de decisões a nível interno em assuntos que detenha conhecimento e representem matérias com elevada importância para o ente. Com efeito, o resultado verificável perante o seu funcionamento pode ser determinante para afirmar a vontade da pessoa coletiva ou equiparada. (Mendes, 2015a: p. 66) Em alguns casos, como é representativo da determinação legal quanto à

fiscal⁷³⁸. Um caso específico são os órgãos consultivos. Em princípio, por corresponderem a órgãos internos⁷³⁹ com função de apoiar e acompanhar as políticas da pessoa jurídica, apreciando e emitindo pareceres sobre as matérias que lhes forem requeridas pelos outros órgãos da organização, apresentam uma mera função complementar do sistema organizativo, não tomando decisões no âmbito da pessoa coletiva ou equiparada. Como apenas lhes é atribuída uma função auxiliar e complementar no substrato organizativo, tal não se coaduna com os casos de uma execução deliberativa exteriorizada numa realização típica de um facto punível⁷⁴⁰. E, mesmo no caso de o exercício da sua função consultiva ter deturpado um relatório que originou que a administração tomasse uma decisão que conduziu à prática de uma infração típica, nos casos em que seja possível assacar aquela responsabilidade (casos muito reduzidos), regra geral, a vinculação da sociedade não seria representada pelo conselho consultivo⁷⁴¹, mas sim pelo órgão administração quando deliberou naquele sentido – pois, neste vetor, é este aquele que detém o domínio da organização. Essa atuação do órgão consultivo só terá efeitos a nível interno através da aplicação de medidas disciplinares ou de responsabilidade civil. Pode é acontecer que os próprios estatutos – perante o “espaço” conferido pela liberdade contratual –, lhes conferem de forma estatutária poderes de modelar o substrato organizativo e representação externa, assim contendo a capacidade de externalização da

competência genérica da assembleia geral – número 1 do artigo 172.º do CC –, e no âmbito da sociedade por quotas, é reforçado que os gerentes devem adotar os atos que sejam necessários ou congruentes da realização do objeto social, com respeito pelas deliberações tomadas pelos sócios – artigo 259.º do CSC.

⁷³⁸ As competências do conselho fiscal estão instituídas no artigo 420.º do CSC. Em termos genéricos, são-lhe dirigidas funções de fiscalização do órgão de gestão da pessoa jurídica; pugnar pelo cumprimento legislativo ou do disposto do contrato social; a conformidade de registos contabilísticos; analisar a eficácia do sistema de gestão dos riscos, sistema de controlo interno ou de auditoria interna, quando existentes; só para citar os pontos mais relevantes. Regra geral, ao conselho fiscal são dirigidas funções de acompanhamento na gestão da sociedade, a evolução da sua atividade (e de outras empresas suas participadas), devendo efetuar reuniões com a frequência e extensão necessária.

⁷³⁹ Como constituem órgãos com natureza facultativa, tal possibilita que sejam nomeados pela administração, assembleia geral, ou conselho fiscal.

⁷⁴⁰ Daí que se entenda que só os órgãos ativos podem vincular o ente coletivo, porque só estes apresentam a capacidade para expressar a vontade coletiva. (Silva, 2009: p. 210)

⁷⁴¹ Em sentido contrário, considerando que a decisão do órgão consultivo vincula a sociedade. (Mendes, 2015a: p. 68, 78) É de referir que estamos a falar da responsabilidade da pessoa coletiva ou equiparada. Outra situação seria a responsabilidade individual dos membros daquele órgão quando exista uma ação típica, ilícita, culposa e punível.

vontade da pessoa coletiva por este órgão e, dessa forma, podendo exercer verdadeiros poderes organizativos-funcionais que podem ser articulados num domínio da realização típica. Com efeito, podendo em casos pontuais, atendendo concretamente ao substrato em confronto, se considerar a faculdade dos órgãos consultivos poderem vincular a entidade coletiva ou equiparada. Mas é de ressaltar que estamos perante casos extremamente limitados na realidade prática⁷⁴².

A melhor interpretação a dar a este elemento literal é então admitir em termos materiais os atos de diversos órgãos sociais, quando detenham competências de domínio funcional, porque são estes que exprimem os atos próprios das pessoas coletivas, e, nesse sentido, podem legitimamente levar a uma imputação de um facto ilícito típico à pessoa coletiva. Até porque, como refere Mendes, mesmo ao nível dos órgãos de facto, não têm existindo controvérsias doutrinárias ao nível da vinculação da pessoa coletiva. Havendo um entendimento que os atos praticados pelos órgãos de facto podem ser imputados à pessoa jurídica nos casos em que a atuação tenha sido permitida ou tolerada pelos órgãos de direito e estejam verificados os elementos da atuação típica. Também nos casos de uma atuação *ultra vires*, correspondentes às atuações para além dos seus poderes jurídicos, existe uma vinculação da vontade do ente, desde que sejam permitidas ou toleradas pelos órgãos de direito e realizadas no nome e interesse coletivo⁷⁴³. (Mendes, 2015a: p. 79)

Assim, a questão da definição da capacidade de vinculação de um determinado órgão da pessoa coletiva através de uma exteriorização da sua vontade, só poderá ser afirmado através de uma análise dos critérios materiais de imputação da atuação em nome e interesse da pessoa coletiva. Com efeito, no caso de inexistência destes critérios funcionais por parte do órgão, isto é, quando não tenha atuado em nome e no interesse da

⁷⁴² Em sentido concordante neste ponto: Mendes (2015a: p. 62ss).

⁷⁴³ Miguez Garcia & Castela Rio (2014: p. 95) e Paulo Pinto de Albuquerque (2015: p. 137-138), admitem que a pessoa coletiva responda mesmo que os líderes da organização tenham ultrapassado as suas funções e fins sociais, bastando-se com a simples finalidade de a beneficiar. Sob pena dos líderes com posições de liderança que atuaram em nome e no interesse da pessoa coletiva, mas em violação das suas competências legais e estatutárias ficarem isentos da responsabilidade criminal. (Albuquerque, 2015: p. 137-138) No entanto, é de referir que a linha seguida em outros ramos de direito, vai no sentido de não responsabilizar os entes coletivos quando os seus líderes ou funcionários tenham atuado para além da sua competência, assim vai o direito civil nos termos dos artigos 500.º, número 2, e 998.º, número 1 ambos do CC; e o direito comercial segundo o artigo 6.º, número 5, do CSC. Posição também defendida por Germano Marques da Silva (2008: p. 77).

pessoa coletiva, a pessoa jurídica não responderá por uma infração típica e ilícita. (Mendes, 2015a: p. 81-82)

Com capacidade para desencadear a responsabilidade coletiva estão ainda os representantes da pessoa coletiva funcionalmente instituídos numa posição de liderança. O conceito de representante para o direito penal deverá ser interpretado na conjugação da parte final do número 4 do artigo 11.º e artigo 12.º, número 1, ambos do CP, devendo corresponder a um representante que detenha autoridade para exercer o controlo e domínio da atividade da pessoa jurídica, conseguindo dessa forma uma vinculação da pessoa jurídica⁷⁴⁴. Assim, dentro do conceito de representante devem ser admitidos os representantes de facto, quando estes possuam um controlo/domínio funcional sobre a pessoa jurídica com assentimento dos órgãos de direito, correspondendo a uma competência para vincular a sociedade – como expressamente admitido a nível jurisprudencial, no já referido Acórdão do TC n.º 395/2003, de 22 de julho. Ou seja, são admitidos os representantes *de jure* ou *de facto*⁷⁴⁵, que tenham atribuições funcionais para agir em nome e no interesse coletivo neste sentido. A finalidade é evitar situações de impunidade, no caso de não serem os dirigentes de direito que exerciam o “verdadeiro” poder de autoridade sobre a pessoa jurídica, apenas constituindo meros “testa-de-ferro” (Silva, 2008: p. 75-76) e evitar uma instrumentalização da pessoa coletiva para conferir uma impunidade jurídica aos seus detentores, no caso de os dirigentes de direito serem meramente simbólicos naquele substrato coletivo. Segundo o autor, no caso de a atuação dos órgãos de facto ter sido consentida pelos órgãos de direito, “*o dirigente de facto pratica actos jurídicos e materiais, comportando-se como se tivesse o poder de representar a pessoa coletiva, de agir em nome dela, por isso que essa representação é conhecida e querida pelos seus órgãos*”. (Silva, 2009: p. 75) Pode-se, assim, referir que é a própria pessoa coletiva através dos seus órgãos de direito que “delega” funções de

⁷⁴⁴ Cfr. Costa (2018: p. 316). Para Germano Marques da Silva a figura da representação deve ser entendida de acordo da figura de representação da sociedade civil (2009: p. 397) prevista no número 1 do artigo 163.º do CC. Já para Torrão não deve haver uma correlação tão simplista. (Torrão, 2010: p. 335)

⁷⁴⁵ Admitindo a responsabilidade dos dirigentes de facto, entre outros: Schünemann, 2002: p. 35; Silva, 2009: p. 244; Albuquerque, 2015: p. 137. O que se encontra em linha com o desenvolvimento legislativo europeu ao nível da responsabilidade das pessoas coletivas e equiparadas na matéria do branqueamento de capitais, equiparando quaisquer pessoas que ocupem um cargo de direção e atuem com poderes de representação ou com autoridade sobre a pessoa jurídicas. Não existe assim uma diferenciação entre representantes de facto e de direito.

autoridade para os dirigentes de facto, possibilitando que aqueles possam exercer o controlo da atividade e autoridade. Com efeito, o representante legal para o direito penal deve ser entendido como aquele a quem são atribuídos poderes funcionais de autoridade, de forma expressa ou tácita, sobre a pessoa coletiva ou de um dos seus setores. Só assim se poderá afirmar que aquele sujeito representa a pessoa jurídica vinculando a sua vontade, por tem capacidade para exercer um domínio sobre um determinado setor da organização. (Brito, 2012b: p. 208-209, 220)

Com a referência aos órgãos e representantes estamos perante uma essencial alusão aos responsáveis superiores pelo *management* de uma determinada organização. Mas na parte final do número 4 do artigo 11.º vai-se ainda mais longe e engloba-se também aqueles que detenham autoridade para exercer o controlo da atividade coletiva. Estão aqui abrangidos os designados “*middle managerial agents*”, que possuam no substrato organizativo poderes e faculdades para exercer um domínio sobre a sua atividade. (Torrão, 2010: p. 159) Como tal, estes sujeitos vão ser aqueles com autoridade para exercer o controlo da sua atividade, correspondendo aos entes a quem a administração do ente coletivo delega prerrogativas de autoridade sobre um determinado setor ou atividade da pessoa jurídica, podendo, em termos concretos, vincular a sociedade através de uma atuação considerada em seu nome e no interesse coletivo⁷⁴⁶. Este exercício do controlo da atividade não deve ser considerado como dirigido à vertente total da atividade desenvolvida pela organização, mas deve ser entendido como correspondente a um controlo sobre um departamento específico da organização. Compreende-se que assim seja, porque aqueles poderes funcionais sobre o setor, conferidos pelos estratos hierárquicos superiores da organização, permitem-lhe orientar esse mesmo setor para a prática de uma conduta típica⁷⁴⁷ - ou seja, o agente criminoso tem o domínio sobre aquele setor específico. Segundo Germano Marques da Silva, para se afirmar o exercício do controlo da atividade organizativa é preciso que se preencham dois requisitos: a) a existência de uma atribuição de forma expressa ou tácita de poderes funcionais na organização; b) e que esses poderes sejam dirigidos a um determinado setor de sociedade. Para que a pessoa coletiva possa responder pelo facto criminoso cometido é então necessário que aquele sujeito que ocupe uma posição de liderança tenha atuado dentro

⁷⁴⁶ Aqui exemplificando com os revisores de contas, o responsável por um departamento, ou o encarregado de uma linha empresarial. (Silva, 2008: p. 76)

⁷⁴⁷ Cfr. Costa (2018: p. 316-317).

das atribuições funcionais que lhe são conferidas pelo ente coletivo (Silva, 2009: p. 246), tal será o caso de um responsável por um estabelecimento comercial ou de um departamento específico da organização. E, no caso das sucursais, agências, filiais ou delegações daquela pessoa coletiva, deve-se entender que ocupa a posição o diretor, gerente ou administrador. (Albuquerque, 2015: p. 137) Por exclusão de partes, é de referir que a pessoa com autoridade para exercer o controlo da sua atividade, não serão obrigatoriamente aquelas que são parte integrante de órgão ou representante, mas são sujeitos com poderes funcionais de autoridade para vincularem o ente coletivo ou exercer essa autoridade. Assim, a análise sobre a posição de liderança deve partir das funções concretas que o agente contenha dentro aquela engrenagem coletiva, assim no caso de o sujeito de um determinado departamento da empresa, com funções claras sobre a sua orientação e *dominus* sobre o mesmo, somos do entendimento que o sujeito demonstra uma posição de liderança dentro da organização.

Caso paradigmático é o referido por Costa, quanto ao *Chief Compliance Officer*, em que sendo dado o respetivo cumprimento às exigências da lei n.º 83/2017 e dos Avisos do Banco de Portugal, tal sujeito deverá ser qualificado como detendo uma posição de liderança. (Costa, 2018: p. 318-319) Porém, como afirmamos, não devemos partir de uma simples visão abstrata sobre o seu qualitativo, mas é sim necessário conferir se este responsável detém, em concreto, os respetivos poderes funcionais (em consonância com a *ratio legis* daqueles diplomas), porque já vimos, que tais poderes, especialmente nas maiores organizações, devem ser-lhe conferidos pelo conselho de administração e ao próprio responsável deve ser assegurada uma posição independente e autónoma, com os recursos humanos necessários e adequados, bem como verdadeiros poderes funcionais para desenhar e zelar pelo controlo do cumprimento do quadro normativo interno. Ora, atendendo a esta realidade e ao normativo da lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, vemos que os poderes funcionais do *compliance officer* podem ser condicionados pelo órgão de administração – porque, primariamente, o poder de domínio sobre a organização está na dependência do órgão de administração do ente coletivo. Veja-se que incumbe à entidade obrigada (cfr. artigo 16.º, número 3 da suprarreferida legislação) garantir que o responsável pelo cumprimento normativo tem capacidade de exercer de forma independente e autónoma tais funções; é idóneo e tem qualificações para o cargo; detém meios e recursos humanos e técnicos; e tem acesso à informação necessária para realizar a sua função. O legislador só autonomiza o direito de comunicação (número 4 do artigo 16.º daquela lei), considerando que o CCO tem plena autonomia (“(...) *não depende de*

decisão dos membros do órgão de administração, nem da intervenção de quaisquer terceiros externos à função (...))” para cumprir tal dever fundamental. Nos outros preceitos, emprega expressões como “*participar na definição, acompanhamento e avaliação*”, “*emitir parecer prévio*”, “*desempenhar o papel de interlocutor*”, que apontam para uma posição secundária ou complementar, que o condiciona face ao conselho de administração. Concluindo o normativo por referir no número 1 do artigo 13.º, que “*o órgão de administração das entidades obrigadas é responsável pela aplicação das políticas e dos procedimentos e controlos em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo.*” E, o disposto no número 2, “*aprovar as políticas e os procedimentos e controlos a que se refere o artigo anterior, bem como proceder à sua atualização*” (alínea a); “*ter conhecimento adequado dos riscos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo a que a entidade obrigada se encontra a todo o tempo exposta, bem como dos processos utilizados para identificar, avaliar, acompanhar e controlar esses riscos*” (alínea b). Como se vê, o legislador mantém uma vinculação e aprovação dos procedimentos de *compliance* que se dirigem para o topo da organização. Dito por outras palavras, são fomentados os procedimentos de *compliance* como impulsionados de cima para baixo. No entanto, o que se verifica na realidade prática, é que em face das competências e qualificações do responsável de *compliance* (que a própria lei pretende ser as melhores possíveis) o órgão de administração pode-se vincular ao disposto sem seguir aquela orientação específica. Daí, salvo melhor opinião, o nosso entendimento pela necessidade de recorrer ao funcionalismo-concreto da organização, porque pode ter sido imprimido claros poderes funcionais na gestão do risco e *compliance* em que aquele sujeito tenha claros poderes para exercer um controlo autónomo sobre esta matéria na organização. Assim, não entendemos ser jurídico-penalmente aceitável que se parta de uma posição totalmente conclusiva quanto à qualidade do CCO como detendo em todos os casos uma posição de liderança. É nossa opinião que se deve partir sempre de uma análise funcional-organizativa concreta – aliás, como para outros sujeitos –, de modo a concluir se, no caso específico, existem tais poderes funcionais inerentes a uma atribuição do ente coletivo.

Face à natureza associada à pessoa coletiva e equiparada, apenas os factos ilícitos-típicos dos órgãos, representantes das pessoas coletivas e dos responsáveis pelos vários

departamentos da pessoa coletiva⁷⁴⁸, conseguem materializar o domínio e vontade coletiva sobre um determinado facto⁷⁴⁹. É ao nível dos instrumentos jurídicos, ou face ao estatuto interno, que se pode fazer uma análise do âmbito do exercício de autoridade na pessoa coletiva ou equiparada. Como refere Teresa Quintela de Brito, o líder da organização deverá ser “*identificado funcionalmente*” partindo dos seus poderes de autoridade que lhe são atribuídos no interior de uma determinada área da organização. (Brito, 2014a: 168)

A posição de liderança tem assim de partir, essencialmente, de uma perspetiva interna. Mas, na nossa opinião, também devemos ter em conta alguns efeitos externos, principalmente da forma como certos terceiros percecionam a interação por parte de um determinado sujeito. Por exemplo, imagine-se o caso de um gerente de empresa que, dentro das funções específicas que possui no ente coletivo, é percecionado por todos aqueles que se relacionam com a entidade coletiva como a “face” da mesma, por conseguinte, a forma de atuação da pessoa jurídica não se podia dissociar “funcionalmente” daquele. O que se mostra como necessário é que estes tenham capacidade de expressar a vontade coletiva, para cumprir com o requisito legal de posições de liderança, representado por uma posição de autoridade na organização. Não é suficiente invocar que determinado sujeito tenha uma ocupação próxima aos órgãos de administração, porque o que se pressupõe legalmente é a liderança que corresponde a um poder interno.

Em termos sumários, a posição de liderança está sempre presente no caso dos órgãos sociais do ente coletivo. Já no caso de funcionários da empresa, deve-se atender às funções que lhe são conferidas na dinâmica interna da pessoa jurídica, isto é, se das suas competências é possível afirmar uma capacidade que represente um *dominus* sobre um determinado setor da organização que o associe a uma posição de liderança. Porque não se pode admitir que qualquer funcionário do ente coletivo possa vincular a organização, é necessário que este detenha o vínculo especial exigido pela lei nos termos do artigo 11.º, número 4 do CP, para se poder afirmar que detém o domínio da organização. Deverão ainda ser entendidos como sujeitos com posição de liderança

⁷⁴⁸ Em que são incluídos administradores, gerentes, membros dos conselhos fiscais, representantes voluntários (como seja os procuradores) e de acordo com a estruturação estatutária até certos diretores. (cfr. Albuquerque, 2015: p. 83)

⁷⁴⁹ Neste sentido, Costa (2018: p. 317).

aqueles que na execução organizacional coletiva apresentam uma autonomia decisória⁷⁵⁰, que os diferencie dos demais elementos funcionais.

Após se ter apurado quem pode vincular a vontade do ente coletivo, neste segundo momento, temos de analisar como o pode fazer. Como já dissemos, aqueles que ocupam uma posição de liderança devem atuar em nome e no interesse da pessoa coletiva. É a emanção deste pressuposto funcional que deve estar preenchido para que se possa afirmar a comissão do delito típico e ilícito em nome e no interesse da pessoa coletiva (alínea a); ou que o cometimento do crime de catálogo praticado por um sujeito individual no nome e interesse coletivo, só foi possível pela violação dos deveres de vigilância ou controlo por parte do líder da organização (alínea b). Neste contexto, o ato é cometido em nome da pessoa coletiva quando seja decorrente de uma exteriorização própria da pessoa coletiva, consistente numa vinculação distinta dos sujeitos individuais que a constituem (Mendes, 2015a: p. 71), procurada na vinculação funcionalista-orgânica de domínio sobre a atividade de uma pessoa jurídica, o que permite afirmar que o facto “adveio” da própria organização⁷⁵¹. (Rocha, 1998: p. 472; Silva, 2009: p. 249ss; Costa, 2018: p. 320) E afastando a imputação de factos à pessoa jurídica quando o agente individual tenha atuado no seu exclusivo interesse⁷⁵². Com efeito, a atuação em nome da pessoa coletiva tem com pressuposto fundamental que o agente execute o facto ilícito de acordo com as funções que lhe são confiadas na estrutura organizacional, havendo aqui um claro nexo de causalidade entre as suas funções e o determinado facto ilícito. Porque nem todos os atos

⁷⁵⁰ Com este entendimento, Silva (2009: p. 226ss).

⁷⁵¹ Aqui Gómez-Jara Díez, partindo da jurisprudência norte-americana, estabelece uma divisão ao nível da atuação em nome da empresa que poderá ser explícita e implícita. Nos primeiros casos, estamos perante um assentimento por parte do ente coletivo, com o respetivo conhecimento e intencionalidade, autorizando um subordinado em atuar no seu benefício. Quanto aos segundos casos, a corrente jurisprudencial considera necessário realizar um juízo de prognose póstuma, recorrendo ao critério de uma pessoa média situada naquele tempo e lugar, para apurar se o representante tinha autoridade para executar aquele ato em concreto. (Gómez-Jara Díez, 2006a: p. 47)

⁷⁵² No caso de não estar preenchido este requisito, deve ser entendido que atuou fora do exercício das suas funções – na verdade, extravasando as suas funções –, o que lhe imputará o facto criminoso, mas não ao ente coletivo. Existe aqui uma responsabilidade criminal a título pessoal do agente criminoso, mas sem vincular a pessoa coletiva. Pense-se, por exemplo, no caso do agente branqueador, pelo acesso que detém no exercício da sua prática laboral, utilizar as contas bancárias do ente coletivo para movimentar fundos criminosos com vista a uma legitimação. Em tais casos é claramente de afastar a imputação à pessoa coletiva, mas não ao agente individual que responderá por branqueamento.

dos dirigentes correspondem a ações imputáveis à pessoa jurídica, mostrando-se necessário que aqueles atuem no âmbito das suas funções, mesmo que agindo contra a lei. Resulta então que esta comissão em nome da pessoa coletiva não pode ser dissociada do disposto no número 4 quanto às pessoas com posição de liderança no substrato coletivo, porque só estas apresentam capacidade de atuar de forma particular na representação da pessoa coletiva. À contrário, não responderá o ente coletivo nos casos em que o facto foi perpetrado por algum dos seus funcionários ou agentes individuais que não atinjam aquele qualitativo funcional⁷⁵³. (Silva, 2008: p. 77)

Para além de ter de ser cometido o facto em nome da pessoa coletiva, é ainda necessário que o facto seja cometido no interesse coletivo⁷⁵⁴. Para se afirmar que determinado facto foi cometido no interesse coletivo é necessário apurar se os elementos essenciais para a sua execução foram configurados para a prossecução de um benefício para a pessoa jurídica⁷⁵⁵, ou seja quando o ente coletivo tenha direcionado e orientado a sua dimensão organizativa, empresarial e cultural para a prática do facto punível. Uma prévia configuração que permite afirmar que a pessoa jurídica tem o *dominus* do “se” e “como” da realização típica, para tanto devendo haver uma atualização ou exteriorização no momento da prática do facto criminoso. (Brito, 2014b: p. 76; Costa, 2018: p. 320-321)

⁷⁵³ Considera o autor que nem todos os atos da pessoa coletiva permitem a imputação penal, fazendo assim uma diferenciação entre atos funcionais e pessoais. Os primeiros serão aqueles que tenham sido realizados dentro do âmbito das competências que lhe sejam dirigidas na organização ou por causa delas. Enquanto os segundos serão os realizados fora do domínio das competências do seu autor. Para maiores desenvolvimentos, veja-se: Germano Marques da Silva (2008: p. 78, 2009: 247ss).

⁷⁵⁴ Mais uma vez existindo uma separação dentro da organização entre o interesse coletivo e o interesse dos sujeitos naturais que compõe aquele substrato. Cfr. Silva, 2009: p. 257; Mendes, 2015a: p. 71; Costa, 2018: p. 320.

⁷⁵⁵ Quanto ao critério da atuação no interesse coletivo este não ser dissociado do nível do prosseguimento do objeto social da pessoa jurídica (Silva, 2009: p. 261, Mendes, 2015a: p. 71), aqui ainda se colocando sobre o “chapéu” abrangente da estruturação organizativa e do seu modo inerente de funcionamento. Com a ressalva de este não precisar de ser concordante com o objeto social, desde logo, porque este tem por finalidade atingir determinados objetivos (regra geral lucrativos) através de comportamentos lícitos, enquanto com as práticas criminosas existe uma espécie de ligeiro afastamento daquele objeto. Como destaca Mendes, “*o objeto social é necessariamente, no nosso campo de análise, um objeto lícito. Mas o modo, a estratégia para concretizar esse objeto e o fim da pessoa coletiva é que pode ser realizado através de meios ilícitos. Ou seja, o conjunto de decisões e de atos a praticar podem isolada ou conjuntamente consubstanciar crime sem que a ultima ratio, o fim a atingir, o objeto da sociedade seja referido dessa ilicitude*”. (2015a: p. 72, nota 76)

Verificando-se uma vontade coletiva para a prática do facto ilícito. É de referir que o interesse coletivo estará concretamente verificado quando a pessoa coletiva ou equiparada recolha algum tipo de vantagem, mesmo quando esse benefício não seja conseguido de forma direta. Pressupõe assim a intenção da pessoa individual, na altura do cometimento do delito, de beneficiar o ente coletivo. Permitindo contextualizar a atuação no interesse coletivo ao estabelecer o (...) *poder-dever da colectividade de se organizar e vigiar de modo a evitar a prática de factos relativamente aos quais esteja prevista a sua responsabilidade*⁷⁵⁶. (Brito, 2012c: p. 229) Esta configuração coletiva deve ser atualizada ao nível da fase executiva (do tipo legal) para que se possa imputar o facto ao ente coletivo. (Brito, 2014b: p. 76; 2018: p. 81ss)

Dessa forma, se atribuído relevo ao funcionalismo interno do substrato coletivo e da forma como são executadas as suas atividades, aqui se aproximando de um atender à espécie de cultura organizativa⁷⁵⁷. Na nossa opinião, é esta a melhor interpretação a ser dada ao artigo 11.º, número 6 do CP, que permite entender um certo postulado no campo do interesse coletivo ao nível de uma certa “autorregulação” da pessoa jurídica, através de um atender aos próprios fundamentos internos que resultam numa cultura própria imanada da organização e de que forma isso condicionou as práticas infratoras – uma espécie de “vontade coletiva”. Essa cultura deverá ser procurada ao nível do encaminhamento da sua organização, gestão ou supervisão no sentido de desconformidade com o Direito. (Costa, 2018: p. 321) Todavia, sem se identificar totalmente com o objeto social da pessoa jurídica, porque as pessoas coletivas que não perseguem um objeto social lícito, como será o caso dos entes coletivos criados com o único propósito de cometer crimes, irão ver declarada a nulidade do seu ato de

⁷⁵⁶ Não se podendo entender este disposto como estabelecendo uma presunção de culpa do ente coletivo perante a comissão do ilícito pelos seus órgãos ou representantes. O que representaria uma inversão do ónus da prova, que deixaria de ser dirigida para a acusação (no processo penal), e passaria a ser dirigido para as pessoas coletivas, que teriam de o ilidir através da prova que o sujeito individual teria atuado contra “*ordens ou instruções expressas de quem de direito*”. (Brito, 2012b: p. 241)

⁷⁵⁷ Este atender da cultura organizativa da empresa alcançada por uma análise do domínio da organização, realizado em nome e no interesse coletivo, permite fazer uma delimitação material dos factos que podem ser imputados, evitando que se entenda uma subsunção automática de um determinado facto ao ente coletivo, como é realçado de forma crítica por certos autores: como Torrão (2010: p. 464) ou Lascuraín Sánchez (2015: p. 99-100)

constituição (cfr. os artigos 158.º-A, 280.º, 182.º, número 2, alíneas c) e d), e 192.º, número 2, alínea c), todos do CC).

Pelo exposto, a comissão do facto ilícito diz-se perpetuado no interesse coletivo se dirigido à procura da aquisição de proveitos ou benefícios para a pessoa jurídica, embora não precisando de conter natureza económica ou benefícios materiais, bastando para consubstanciar uma atuação no interesse coletivo a procura ou contingência para atingir esses proveitos e benefícios, podendo até, no final de contas, acabar por resultar em prejuízos para a pessoa coletiva⁷⁵⁸. (Gómez-Jara Díez, 2006a: p. 48-49; Silva, 2009: p. 261; Brito, 2012b: p. 204; Mendes, 2015a: p. 72) Tendo em conta o caso específico do branqueamento, aqui estamos perante uma finalidade de legitimação dos proveitos criminosos ou de recebimento de valores pecuniários lucrativos em face de ter contribuído para a realização daquela operação de camuflagem. Desde que tais operações tenham sido realizadas no interesse da pessoa jurídica poderá a mesma responder criminalmente, mesmo que estejam igualmente conexiados interesses individuais, como, por exemplo, comissões para os sujeitos individuais que realizem a operação. No caso prático de um gerente de uma instituição financeira que, no seu exclusivo interesse e benefício, passa a movimentar valores para outras contas de instituições *offshore*, estamos perante a conduta de um membro de um órgão dirigente em que é usada a atividade da empresa para “esconder” a prática de um delito, porém, não é o ato imputável à pessoa coletiva uma vez que este não foi realizado no interesse coletivo. Outro seria o caso em que o agente tenha realizado as mesmas práticas ilícitas, mas com a finalidade de aumentar os recursos financeiros da organização, como por exemplo através da angariação de clientes criminosos que pretendem branquear os seus proveitos ilícitos.

Pelo exposto, o critério de imputação da alínea a) pressupõe que as práticas dos crimes estejam ligadas de forma imediata através das pessoas com posição de liderança, por uma execução por autoria imediata, ou através de um comando dirigido para um subalterno em consequência do domínio da organização para a execução do facto criminoso em que se verifica um caso de coautoria entre ambos os agentes. (Brito, 2012c: p. 228) É óbvio, no caso de uma associação entre a pessoa jurídica e os seus líderes, não

⁷⁵⁸ Devendo esta procura de uma vantagem estar associada ao seu substrato organizativo. (Miguez Garcia & Castela Rio, 2014: p. 96) Mesmo nos casos em que o agente pretendeu atingir um proveito criminoso para si e para a pessoa coletiva deve o mesmo facto ser imputado à pessoa coletiva. (Albuquerque, 2015: p. 139)

é possível admitir uma comparticipação criminosa, isto porque os seus líderes atuam de forma conexionada com a pessoa coletiva, o que não permite uma separação de pessoas que caracteriza a comparticipação criminosa⁷⁵⁹. Podendo sim existir cumplicidade entre várias pessoas coletivas, ou entre estas e pessoas físicas que não sejam seus órgãos, representantes ou que contenham autoridade para controlar a atividade coletiva. (Silva, 2008: p. 94)

Em suma, esta atuação direta sobre o facto criminoso vai-se diferenciar do segundo critério de imputação que admite um domínio indireto para a execução típica do facto. No caso do branqueamento, o responsável apenas pode ser sancionado penalmente nos casos em que tenha praticado uma conduta deste ilícito (autoria imediata), que tenha ordenado outro para a realização daquela operação (autoria mediata) ou que participou no processo decisório em conjunto com outros (coautoria)⁷⁶⁰.

10.1.2 Facto cometido por violação dos deveres de vigilância ou controlo, nos termos do número 2, alínea b) do CP

De acordo com o critério firmado neste número, a pessoa coletiva ou equiparada pode ser responsabilizada quando a comissão tenha sido realizada por um subordinado⁷⁶¹ (a execução direta é realizada pelo subordinado) que aja sobre a autoridade das pessoas com posição de liderança, por estes últimos terem violado os deveres de vigilância ou controlo que lhe são dirigidos. Como se esclarece nesta alínea, o ente coletivo só pode ser responsabilizado quando o subordinado pratique um ato ilícito (do catálogo) e cumulativamente tal só tenha sido possível pela violação dos deveres de vigilância ou de controlo por parte dos líderes. Nesta parte final ocorre o ponto de conexão com o substrato coletivo ao responsabilizar o ente coletivo por aquela omissão. Daí a referência de Paulo Pinto de Albuquerque ao cometimento indireto do crime por parte do líder da organização. (2015: p. 138)

⁷⁵⁹ No mesmo sentido, Santos (2015: p. 378).

⁷⁶⁰ Neste sentido, Santos (2015: p. 378).

⁷⁶¹ Entendendo-se o conceito de subordinado como amplo, estão aqui incluídos todos os funcionários e colaboradores da pessoa jurídica. Tais indivíduos podem ser entendidos como pessoas fungíveis que, no final, podem mesmo não ter subjacente que a sua conduta (singular ou articulada com outras) é dirigida para uma última finalidade criminosa.

A expressão literal “quem aja sob a autoridade” remete para uma conexão com os pressupostos da alínea a) e número 4, ambos do artigo 11.º do CP, vinculando o critério da alínea b) também aos critérios formais e materiais suprarreferidos (realizado por uma pessoa com posição de liderança e que o facto tenha sido realizado em nome e no interesse coletivo)⁷⁶². Como tal, para que se verifique a imputação ao ente coletivo, deverá o agente subordinado ter atuado de forma ilícita e o líder da organização (a pessoa com posição de liderança) não ter cumprido o seu dever legal e estatutário de controlar e vigiar tal comportamento. (Albuquerque, 2015: p. 139) Estamos assim perante um comportamento ilícito e censurável que é imputado à pessoa coletiva por uma omissão do cumprimento de deveres de vigilância e controlo das pessoas que tenham o *dominus* de autoridade (ou seja, titulares do órgão, representantes, ou quem tenha poderes de controlo no substrato coletivo), pois uma violação dos deveres internos só pode ser considerada como legítima para imputar à pessoa jurídica quando exista uma autoridade e superintendência sobre um determinado setor para que consiga exercer adequadamente esses deveres.

A melhor interpretação a ser proporcionada ao artigo 11.º, número 2, alínea b) do CP, para existir a responsabilização da pessoa coletiva por atos praticados por um subordinado, deve prever a identificação em concreto da pessoa que, exercendo poderes de liderança, e cuja autoridade detenha sobre aquele subordinado, omitiu deveres de vigilância e controlo⁷⁶³. Ou seja, a imputação é conseguida por intermédio do domínio do substrato organizativo, total ou de um determinado setor ou departamento, que recaí sobre as pessoas com posições de liderança que, ao omitirem o devido controlo – ao não terem exercido ou terem exercido deficientemente os seus poderes funcionais –, servem de ponto de conexão entre a comissão de um crime por intermédio de um subordinado e a

⁷⁶² Em concordância, Mendes (2015b: p. 90, 112) e Paulo Pinto de Albuquerque (2015: p. 138-139).

⁷⁶³ Seguindo o entendimento de Teresa Quintela de Brito, não é necessária a identificação do subalterno que executou o crime, porque não é ele verdadeiramente o ponto de conexão determinante para a imputação ao ente coletivo. A autora considera que o ponto de conexão do artigo 11.º, número 2, alínea b), deve ser interpretado no sentido de este corresponder ao líder que não cumpriu com os seus deveres de controlo e vigilância. Assim, mesmo nos casos que seja possível identificar o subalterno que praticou o crime, mas não se mostre como possível demonstrar aquela imputação ao dirigente do setor da atividade, não poderá haver imputação à pessoa jurídica. (Brito, 2012b: p. 207) Mas isto não significa uma subordinação da responsabilidade coletiva à individual, como é expressamente rejeitado nos termos do artigo 11.º, número 7 do CP. (2012b: p. 206)

vontade da pessoa jurídica. A relação entre a pessoa coletiva e o ilícito típico praticado é realizado de forma indireta.

Uma esfera que pode ser interpretada como correspondente a uma indevida estruturação organizacional da entidade coletiva para evitar a projeção de atos ilícitos. Isto leva ao surgimento de várias interrogações quanto à natureza do modelo de imputação consagrado nesta alínea. Fernando Torrão entende que o legislador pretendeu abranger uma culpa específica autónoma da pessoa coletiva, correspondente à “deficiência organizacional” do próprio ente. (Torrão, 2010: p. 468) Germano Marques da Silva refere que este critério de imputação se aproxima de um modelo de “culpa por organização”, embora ainda reconduzível a um comportamento das pessoas físicas, quer pela responsabilização dos seus titulares e representantes, quer daquelas pessoas que, por funcionalismo orgânico, devem cumprir os poderes de vigilância e controlo, agora por omissão dessas funções. O que origina que o autor refira a existência de uma articulação entre ambos os modelos. (Silva, 2008: p. 76, 2009: p. 254-255) Daí que não seja de espantar que alguns autores refiram aqui a existência de uma culpa *in vigilando*. Porém, tal realidade é de rejeitar por Teresa Quintela de Brito. Considerando que a vontade da pessoa coletiva terá de ser encontrada de forma autónoma – em certa medida se aproximando nesta particularidade da posição de Günther Heine⁷⁶⁴, por pretender desenvolver uma construção jurídico-penal de uma imputação correspondente ao domínio da organização –, também aqui devendo o elemento subjetivo da pessoa coletiva ser apurada de forma concreta e singular para esta. Avança com a necessidade de estabelecer uma interpretação sistemática do artigo 11.º, número 2, alínea b), com o disposto no número 4, que leva à conclusão que o líder deverá ter poderes funcionais de autoridade sobre um determinado setor da organização (uma “*autoridade para exercer o controlo da atividade*”, nos dizeres da autora), considerando que os casos da alínea b), representam uma modalidade de autoria que se diferencia dos casos da alínea anterior, por corresponder a uma execução do facto criminoso por intermédio do domínio exercido no âmbito social em que houve a comissão. “*Primeiro: consagra o seu dever de garante, relativamente à não comissão de crimes que admitem responsabilidade colectiva e que se relacionem com actividades sob a sua responsabilidade e controlo efectivos. Segundo: consagra tal posição de garante como elemento fundamental da imputação do facto aos*

⁷⁶⁴ Embora rejeite no fundamental a posição deste autor por este remeter para uma imputação por uma organização deficiente, que, no final, resultaria numa responsabilidade objetiva pelo risco.

dirigentes de organizações, tanto nos crimes por acção como por omissão, materiais ou de mera actividade. Terceiro: chama a atenção para a necessidade-possibilidade de fundar a autoria do líder na autoridade para exercer o controlo do sector de actividade em que o facto é cometido.” (Brito, 2012c: p. 242ss) Uma vez que existe a responsabilidade por omissão dos líderes das pessoas jurídicas, nos casos do preenchimento dos seus elementos, que o facto seja praticado em seu nome e no interesse da pessoa coletiva, estamos perante uma vinculação da vontade coletiva que concluirá pela responsabilidade da omissão da pessoa coletiva. Nos casos em que os órgãos das pessoas coletivas omitiram condutas que lhe são exigíveis a nível legal e estatutário, representa na dimensão organizativa um risco de incumprimento da lei ou até do incremento do risco quanto a condutas penalmente censuráveis. (Mendes, 2015b: p. 109-110) Parece-nos ser este também o sentido de Miguez Garcia & Castela Rio (2014: p. 95) e Albuquerque (2015: p. 136), quando referem aqueles sujeitos como garantes da não produção de resultados típicos na organização. Ou seja, nesta alínea estamos perante um sujeito individual que praticou um ato ilícito e que se encontra sobre a autoridade de uma pessoa que ocupa funcionalmente uma posição de liderança no ente coletivo, em que aquela prática ilícita só foi possível em virtude da violação de um dever de vigilância e controlo que recaia sobre aquele líder da organização. Nestes termos, só é legítimo imputar ao ente coletivo as condutas que só foram realizadas por incumprimento das atribuições da competência de uma pessoa com posição de liderança. (Brito, 2012c: p. 245; Albuquerque, 2015: p. 138) Com efeito, é possível imputar o facto cometido pelo subordinado à pessoa jurídica por violação do dever de cuidado que um líder prudente teria obstado ou poderia ter obstado se cumprisse as suas funções com diligência, podendo corresponder a ações ou omissões, a título doloso ou negligente, por parte da pessoa com posição de liderança. (Albuquerque, 2015: p. 138-139) Dito de outro modo, deve-se entender que aquela pessoa natural tem capacidade interna para cumprir os determinados deveres organizativos, de gestão ou vigilância idóneos para evitar o facto criminoso. Só assim se pode afirmar que domina a organização para a comissão do crime (Brito, 2012b: p. 207-208)

Assim, ao nível do artigo 11.º, número 2, alínea b), deve ser valorada a não instituição de procedimentos ajustados e possíveis para evitar a prática dos factos criminosos, o que criou um risco acrescido e um condicionalismo para a prática do crime. Neste caso específico, a realização em nome e no interesse coletivo terá de ser apurada no âmbito das competências funcionais-organizativa do dirigente e que o facto criminoso

praticado pelo subalterno seja decorrente de existência, *in concreto*, de falhas na estrutura de controlo do ente coletivo (e não um mero incumprimento pontual dos seus deveres de vigilância e controlo). (Brito, 2012c: p. 245) A execução do facto criminoso pelo subalterno deve aquiescer ao domínio da organização realizada pelo dirigente. Assim, o dirigente deve circunscrever os elementos fundamentais da infração criminal, através do comando da sua prática (alínea a), ou não exercendo os seus poderes funcionais de direção e controlo para evitar a comissão do facto criminoso, violando o seu dever de garante (alínea b). E atualiza esse contributo na fase executiva do crime, pelos conhecimentos detidos e a “paralisação” dos seus poderes funcionais no substrato organizacional. Este domínio da organização pode ser conseguido por ação (através de um comando que representa um agir sobre a organização para a prática de comissão de um ilícito), ou por omissão (por oblição da alteração das medidas organizativas, mesmo tendo poderes de direção para o fazer, com reflexos no cometimento de um facto criminoso). O que distingue os critérios subjacentes nas alínea a) e b): é que no primeiro caso estamos perante um comportamento que é diretamente e corporalmente cometido por ação ou omissão de pessoas com posições de liderança; já na alínea b) estão preenchidos os crimes ativos ou omissivos que tenham sido cometidos pelo líder através do domínio social de um (setor) da organização ao não dar cumprimento dos seus deveres de direção e supervisão, possibilitando que a parte da organização que dirige (o setor da organização) seja formatada para a execução do facto punível. Ou seja, através daquela execução é conseguido um ajuste do setor para a comissão do facto punível (pelo subordinado) e do comportamento omissivo, que seja contrário à sua posição de garante que lhe é adstrita na fase executiva do crime⁷⁶⁵. Uma “formatação” do setor ou da organização que foi conseguida por não ter tomado as medidas de controlo e vigilância idóneas para obstar àquela prática ilícita, que então permitiram a realização do facto típico. (Brito, 2012b: p. 203ss, 2012c: p. 228, 247-248) Dessa forma, evitando as críticas que seriam dirigidas se fosse construída uma responsabilidade objetiva, que aconteceria se se prescindisse daquele nexos de imputação com a violação de deveres de uma pessoa singular que ocupe uma posição de liderança no substrato coletivo. (Sousa, 2019: p. 109-110) Para haver uma

⁷⁶⁵ Como refere Brito, “*assim, releva, já não um domínio directo (corpóreo) do facto por acção ou omissão própria, mas um domínio indirecto (social) por via de um domínio da organização para a execução típica do facto*”. (Brito, 2012b: p. 213) Ressalvando a autora que esta responsabilidade por incumprimento dos deveres de vigilância e controlo não se devem reduzir aos crimes de resultado que sejam praticados pelos subalternos, aqui também se englobando os crimes formais. (Brito, 2012b: p. 211)

responsabilização da pessoa coletiva é então necessário demonstrar se ocorreu ou não a violação daqueles deveres de vigilância e controlo, e se essa violação contrariou ou não as ordens ou instruções expressas de quem de direito. (Silva, 2008: p. 83) Como tal, não existe uma responsabilidade objetiva, porque é preciso delimitar onexo causal, identificar o dever que foi violado e demonstrar que tal comportamento resultou num ilícito criminal, para além do apuramento do elemento subjetivo da pessoa coletiva e culpa. (Mendes, 2015b: p. 115) Os deveres devem ser entendidos como medidas a serem cumpridas com conotação essencialmente pessoal, e por isso a sua especificação deve ser conseguida de forma singular e de acordo com a estrutura funcional da organização. (Feijoo Sánchez, 2012c: p. 136-137) Esta violação do dever de vigilância e controlo por parte do líder da organização, vai ser assim imputada à pessoa coletiva quando tenha sido concretizado dentro do funcionalismo organizativo-funcional atribuído àqueles que detenham o qualitativo da posição de liderança. Em que, o elemento literal ao conexionar a imputação ao ente coletivo de uma específica violação de deveres de supervisão e controlo permite afirmar uma esfera de estrutural da organização resultante da interação entre determinadas linhas comunicacionais e hierárquicas.

É assim, nosso entendimento, para imputação nos termos deste critério, a exigência de um domínio por parte do agente (órgão ou representante) da estrutura organizativa⁷⁶⁶. Este entendimento é sufragado, desde logo, pela articulação entre o artigo 11.º, número 2, alínea b), e número 4, ambos do CP, considerando que quem tem o domínio sobre um determinado setor da organização constitui garante do dever de vigilância⁷⁶⁷. (Brito, 2012b: p. 219) Como tal, é a existência de poderes funcionais que recaem sobre o ente coletivo – de modificar os pressupostos internos da organização e sua estrutura para evitar a prática de factos criminosos –, quando incumpridos, que origina que os líderes da empresa, a quem recai o dever de garante de evitar o resultado típico,

⁷⁶⁶ A autora refere três pontos que demonstram o domínio da organização para a execução do facto típico por parte da pessoa jurídica: a modelação do facto criminoso; o poder sobre a realização típica; e uma posição de garante atribuída à pessoa coletiva. (Brito, 2014b: p. 76)

⁷⁶⁷ Considerando que os deveres das pessoas e entes coletivos devem ser adstritos conforme o funcionalismo interno da pessoa coletiva. Nas palavras da autora, “*certo, mas é verdade é que formalmente tais deveres estão na titularidade da pessoa jurídica (enquanto proprietária do estabelecimento) e apenas atingem os sujeitos individuais na estrita medida da sua efectiva competência de actuação e na sua qualidade de titulares de órgão, representantes ou pessoas com autoridade para controlar a actividade do respectivo titular formal*”. (Brito, 2012b: p. 216)

tomam parte na execução pelo contributo fundamental (que presta) para a prática do facto criminoso. Ou seja, nos casos em que as suas competências funcionais de direção e controlo não são devidamente exercidas para obstar à comissão do facto criminoso, o sujeito com posição de liderança presta um contributo fundamental na fase executiva, através da configuração dos elementos essenciais do tipo que está presente através do domínio sobre a comissão criminosa, permitindo o alfa e o ómega da execução de um facto criminoso. Este domínio sobre o ente coletivo é entendido como um “*domínio social do facto*”, que acaba por exercer uma atribuição fundamental sobre a realização típica quando se comprova que o agente com posição de liderança violou dolosamente os deveres de vigilância e controlo⁷⁶⁸. (Brito, 2012c: p. 246-247) E é esse facto que permite a imputação entre o ilícito típico cometido pelo subalterno e a responsabilidade penal da pessoa coletiva⁷⁶⁹. Com efeito, para se apurar se nos termos deste critério recai uma posição de garante de não verificação da prática de um crime (um resultado criminoso), é necessário atender se aquele apresenta um domínio efetivo da organização sobre as pessoas que se encontram sobre a sua dependência funcional integrados naquela engrenagem coletiva, por terem autoridade de exercer o controlo sobre aquele determinado setor, através da imposição de comandos de obediência sobre os seus subordinados, bem como aplicar determinadas ações e operações que permitam evitar a prática do facto criminoso pelos seus subordinados⁷⁷⁰.

O sustentáculo para a consagração deste artigo parte da noção que à exploração económica são instituídos limites constitucionalmente traçados, respaldando para o substrato coletivo e seus líderes o dever de atuar de forma transparente e de evitar que as suas relações jurídico-económicas sejam contrárias à lei⁷⁷¹. Representando para os entes coletivos o dever de diligenciar, até porque corresponde ao seu próprio interesse, que

⁷⁶⁸ Aqui se englobando os dirigentes intermédios que vão responder pela organização e vigilância quando detenham um domínio funcional sobre o setor no qual foi cometido o crime. Constituindo garantes da não realização do mesmo setor e no desenvolvimento da atividade coletiva dos seus subordinados. (Brito, 2018: p. 219)

⁷⁶⁹ Seguindo este sentido, Mendes (2015b: p. 111).

⁷⁷⁰ É este o entendimento seguido por Teresa Quintela de Brito, que considera que da conjugação dos números 2 e 4 do artigo 11.º, não pode haver outro entendimento quanto ao dever de garante. Quem tem autoridade para exercer o controlo interno da organização nos termos dos seus poderes funcionais internos é garante da vigilância. (2012b: p. 219)

⁷⁷¹ Conferir para maiores desenvolvimentos sobre esta realidade o capítulo 11.

dentro da sua estrutura não sejam praticados ilícitos pelos seus funcionários quando se vise o seu interesse coletivo. Esta realidade assume um maior destaque numa dimensão *ex ante* nos casos de estabelecimento de programas de cumprimento normativo, embora, como veremos mais detalhadamente infra, não se deve entender que a inexistência desse substrato permita sustentar a violação de deveres puníveis nos termos deste critério. Porém, não devemos entender que daqui se institua um modelo defendido pelos autores como de auto-responsabilidade, porque, na verdade, os deveres de controlo firmados na dimensão coletiva são efetivamente dirigidos, não à pessoa coletiva em si, mas sim àquelas pessoas que são considerados como detendo uma posição de liderança. São estes poderes funcionais-organizativos que permitem uma posterior vinculação da vontade da pessoa jurídica ao ato ilícito praticado.

10.1.3 Ordens ou instruções expressas de quem de direito

Visto que a pessoa jurídica só responde nos casos que o facto ilícito tenha sido realizado “*na e através da organização*” – na expressão de Teresa Quintela de Brito –, através de um cunhar de um domínio organizacional do facto, bem como da conexão do autor desse facto com a própria pessoa coletiva e o seu funcionamento organizativo, é de referir que o número 6 do artigo 11.º do CP⁷⁷², estabelece que a possibilidade da responsabilidade das pessoas jurídicas ser afastada quando o agente singular tiver atuado contra ordens ou instruções expressas. Isto porque, no caso de haver ordens ou instruções expressas de quem de direito, não se pode afirmar a existência em concreto do interesse coletivo, portanto não se encontra preenchido o nexo de causalidade entre o facto criminoso e a vontade do ente, afastando a possibilidade de responsabilidade coletiva. Não se podendo entender como verificada a vontade da pessoa coletiva⁷⁷³. Por

⁷⁷² Em linha com o disposto em diversos diplomas do direito penal secundário, como, por exemplo, os artigos 3.º, número 2 do DL n.º 28/84, e artigo 7.º, número 2 do RGIT.

⁷⁷³ A responsabilidade do ente coletivo será excluída: a) no caso de órgão colegial de direção e administração e o agente com posição de liderança tiver ido contra a vontade expressa da maioria dos membros do órgão; b) quando a pessoa em posição de liderança tenha atuado sob erro, causa de justificação ou exclusão da culpa; c) no caso de órgão colegial de administração e direção, a maioria dos membros do órgão tenha atuado sob erro, causa de justificação ou exclusão da culpa; d) atuação do subordinado sobre erro, causa de justificação ou exclusão da culpa, desde que tal situação não tenha sido criada pela pessoa com posição de liderança; e) quanto o subordinado tenha atuado contra ordens ou instruções expressas de

consequente, a responsabilidade penal da pessoa coletiva ou equiparada deve ser afastada quando o sujeito individual tenha realizado tais comportamentos ilícitos depois de devidamente advertido, por quem de direito, que não os executasse. Isto porque não existe aqui nem a violação de um dever de vigilância e controlo, nem, verdadeiramente, o cometimento do facto no interesse coletivo. Por exemplo, quando a um caso de branqueamento, imagine-se que um determinado responsável de um departamento da empresa dá um comando expreso a um colaborador para que não realize uma determinada transação pretendida por um cliente, por ter fortes suspeitas de que corresponde a valores monetários com proveniência ilícita, mas, mesmo assim, esse subordinado vai realizar aquela transação. Mesmo que provenham comissões naturais do negócio jurídico para o ente coletivo (existindo aqui um claro benefício para o ente), tal crime não poderá ser imputado ao mesmo porque não pode ser entendido como realizado no seu nome⁷⁷⁴. Estamos aqui perante uma ordem expressa de quem de direito (o seu superior) para não realizar a dita operação, que o agente individual incumpriu (aliás, mesmo que não existisse este número 6, também não se podia entender a imputação quanto à pessoa jurídica por inexistir a verificação dos elementos em nome e no interesse do ente coletivo). Apenas podendo responder por tal conduta o agente individual que realizou a dita infração (desde que estejam preenchidos os elementos da infração penal).

Segundo o número 6 do artigo 11.º do CP, é excluída a responsabilidade da pessoa coletiva perante três realidades: a) o agente singular tiver atuado contra uma exteriorização expressa e vinculativa; b) as ordens ou instruções devem ser apresentadas de forma perceptível ou inequívoca; c) essas devem ser emitidas por quem de direito (que serão as pessoas que ocupam uma posição de liderança na organização). Assim, o cometimento do crime no interesse coletivo deve ser articulado com este número para concretizar o cometimento nesse próprio interesse.

Todavia, é verdade que a lei não define no que devem constituir as ordens ou instruções expressas para excluir a responsabilidade das pessoas coletivas. Perfilhamos a doutrina maioritária, que estas ordens e instruções expressas podem excluir a responsabilidade das pessoas coletivas quando correspondam a comandos expressos,

quem ocupe uma posição de liderança. (Albuquerque, 2015: p. 139-140) Em sentido semelhante, Silva (2009: 265ss).

⁷⁷⁴ É bom ressaltar que no caso existir uma ordem superior dirigida para uma ocultação ou dissimulação de vantagens ilícitas, a ordem não deve ser levada a cabo sob pena de o agente poder responder criminalmente segundo o artigo 36.º, número 2 do CP.

vinculativos e devidamente perceptíveis pelos destinatários. Não se devendo entender que qualquer recomendação geral⁷⁷⁵, uma simples realização de um ato diário da organização, ou até a simples consagração de um código de condutas sem concretização no substrato coletivo, permita preencher os elementos do número 6 do artigo 11.º do CP, levando a concluir pelo afastamento da responsabilidade da pessoa jurídica. A melhor interpretação jurídica a ser proporcionada a este artigo será então de que as ordens ou instruções expressas podem ser emergentes de um conjunto de medidas concretas e específicas, com particular destaque para a possibilidade de integrar medidas previstas em programas de cumprimento normativo (os designados programas de *compliance*) que tenham sido devidamente implementados e concretizados no substrato interno da organização. Permitindo que se interprete a vontade coletiva como representando uma cultura organizacional explicitamente contrária à comissão daquele específico facto criminoso e demonstrando que o sujeito coletivo mantém uma conduta de conformidade e cumprimento da lei através de uma contingência interna-organizacional específica, com reflexos ao nível de obstar às práticas criminosas. Assim, a mobilização para o estabelecimento de programas de *compliance* especialmente dirigidos para uma explícita concretização de instruções internas, dirigidas a mitigar ou obstar a qualquer falha, parece-nos ajustada para cirurgicamente representar tais orientações contrárias. Podendo tais mecanismos ser consagrados ao nível de um código de condutas, mas sempre partindo do sentido que este deverá ser devidamente concretizado, ajustado e proporcional àquela organização. Contudo, não é obrigatório que os procedimentos dirigidos a demonstrar uma cultura empresarial sejam efetivamente escritos, embora tal se mostre como desejável em termos de demonstração probatória, bem como forma de projetar com maior efetividade os seus pontos para melhor salvaguardar os ativos da empresa. Porém, esta nossa posição, não pode levar à interpretação de que o ente coletivo apenas demonstra o seguimento de uma cultura organizacional consequente com a normatividade, e cumpre os seus deveres de vigilância ou controlo, quando tenha *ex ante* instituindo programas de cumprimento. O que, em sentido inverso, significaria que no caso de não ter instituído tal programa seria

⁷⁷⁵ É acertada a posição de Germano Marques da Silva, de que tais ordens devem ser dadas por quem tem atribuições para tal, serem concretas e representar uma determinada linha de desenvolvimento prático. Só nesse caso se verifica o disposto no número 6 do artigo 11.º. (Silva, 2009: p. 268) Por exemplo, uma simples ordem no sentido de ser seguida uma determinada norma legal não deve significar a possibilidade de exclusão da responsabilidade da pessoa coletiva, por constituir um comando demasiado vago.

automaticamente responsabilizado. Como desenvolveremos mais adequadamente no capítulo 11, a nossa posição sobre estes programas é que permitem demonstrar que a vontade coletiva foi efetivamente contrária à prática do ato criminoso, não se podendo entender que o ato criminoso está incluído num enredo envolvendo o substrato coletivo. De igual forma, a simples existência de um código de conduta ou um programa de *compliance*, sem uma qualquer concretização ou efetividade organizacional no caso *sub judice* não permite sustentar o entendimento que estão preenchidos os elementos do artigo aqui em análise, ou seja, não permitirá entender que a prática criminosa foi realizada contra ordens ou instruções expressas de quem de direito.

Tendo em conta este enquadramento, partilhamos da visão que o disposto deste número permite uma articulação mais concreta com o plasmar do domínio da organização para execução do facto típico (ou domínio da organização para a não comissão do crime), constituindo este o fundamento material específico para a responsabilidade das pessoas coletivas, nos termos propostos por Teresa Quintela de Brito e por nós seguido. Partindo desta posição, as pessoas coletivas só devem responder criminalmente no caso de terem estruturado a sua organização para a execução do facto através daqueles que exercem a devida autoridade (os líderes da organização) quanto ao procedimento coletivo (geral) ou a um dos seus setores (artigo 11.º, número 2 do CP), através de um domínio da organização para a comissão do crime (numa interpretação *à contrário* do número 6). E o domínio da organização para comissão (ou não comissão) do crime está assim dependente das pessoas com posição de liderança, isto é, aquelas que detiverem na sua disponibilidade efetiva, da faculdade de instituírem procedimentos coletivos de organização, gestão e fiscalização adequadas para evitar a prática criminosa. Só, nesse caso, terá sentido falar-se de um domínio efetivo sobre a organização, com possibilidade de fundamentar uma legítima censura jurídico-penal daquela atuação. Isto é, o ente coletivo não pode ser responsabilizado pelo facto criminoso quando tiver emitido ordens ou instruções expressas quanto à prática criminosa (principalmente perante práticas ilegais dos subordinados), correspondendo a procedimentos organizativos, de gestão e vigilância que se mostrem como adequados e proporcionais para evitar aquela prática criminosa. (Brito, 2012c: p. 235, 2014a: p. 169)

A autora vai assim mais longe, considerando que no caso da inexistência das ordens ou instruções do artigo 11.º, número 6 do CP, deve-se considerar que o ente coletivo pautou uma posição de indiferença perante o domínio da organização. Nas palavras da autora, “(...) *na ausência das medidas de organização, gestão e controlo*

adequadas a evitar o facto ilícito cometido – o líder da pessoa jurídica manifestou a própria vontade colectiva ao praticar o crime no exercício das suas funções e no desenvolvimento da actividade efectiva (não necessariamente legal) do ente colectivo”. Segundo a autora, este domínio para a execução do crime é conseguido através dos seus líderes (aqueles que detenham as atribuições de *dominus* da organização), sendo necessário que exista uma atuação em nome e no interesse da coletividade e de que a pessoa natural (que é o elo de conexão) não tenha atuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito. É assim que se faz a ligação entre o domínio da organização por parte da pessoa coletiva, mediado pela conduta dos seus líderes, e pelo ente coletivo não ter exercido os procedimentos organizativos, de gestão ou controlo idóneos para evitar a comissão do facto criminoso. (Brito, 2012b: p. 215) A autora condiciona a imputação do facto criminoso à não emissão de tais ordens ou instruções, por se estar perante a ausência do domínio da organização para a execução do facto típico e ilícito, ou seja, não estando verificada a existência de um facto coletivo próprio que obsta àquela imputação. (Brito, 2012c: p. 245ss)

Na nossa opinião, é esta a melhor interpretação a ser dada ao artigo 11.º, número 6 do CP. Permitindo um postulado que penetra no campo do interesse coletivo, ao nível da própria pessoa jurídica, através de um atender aos próprios fundamentos internos que resultam numa política e cultura própria inerente à organização (uma vontade coletiva). Essa cultura deverá ser procurada ao nível do encaminhamento da sua organização, gestão ou supervisão no sentido de desconformidade com o Direito – com Costa a considerar estar inerente uma posição de garante por domínio social do facto (2018: p. 321). Embora nos pareça ser muito discutível a posição de Teresa Quintela de Brito quando considera que da inexistência de ordens ou instruções expressas podemos inferir que o crime, quando tenha sido praticado por um sujeito suscetível de vincular a responsabilidade da pessoa coletiva (nos termos do artigo 11.º, número 2 do CP) e tenha atuado em nome da mesma, foi cometido também no seu interesse. (Brito, 2012b: p. 204) Entendemos que não se deverá partir, sem mais, para este raciocínio, sob pena de haver uma clara aproximação para uma responsabilidade objetiva – que, diga-se, a própria autora pretende evitar. A inexistência de ordens ou instruções expressas deve constituir um simples indício (até com uma evidência considerável), mas teremos sempre de atender ao funcionalismo-atributivo do substrato coletivo. Novamente encontra-se aqui a possibilidade de ressalvar os programas de *compliance* como edificação de ordens/instruções explícitas no domínio interno para modificação da organização e da

atividade desenvolvida (ou seja, tanto dos *inputs* como dos *outputs*) de forma a articular a atuação coletiva com o melhor desenvolvimento em conformidade normativa.

10.1.4 A culpa da pessoa coletiva

Nos termos que temos vindo a desenvolver, é certo que a imputação à pessoa coletiva necessita da execução de um facto criminoso praticado por um sujeito individual, porém, tal não significa que se sancione os entes coletivos por uma responsabilidade penal por facto de outrem (no caso, das pessoas singulares), mas sim por uma responsabilidade singular e distinta das pessoas singulares que integram aquele substrato coletivo, em virtude da autonomia entre estas duas realidades⁷⁷⁶.

Afastadas as dúvidas sobre se os entes coletivos e entidades equiparadas podem ser alvo de uma imputação jurídica, impõe-se agora uma referência ao apuramento da culpa⁷⁷⁷. Uma vez que não basta para a responsabilização criminal da pessoa coletiva que tenha sido cometido um determinado tipo ilícito, também é necessário que o agente criminoso o tenha realizado com culpa. Conclusão válida também para as pessoas coletivas e entidades equiparadas, por imposição do princípio penal do *nulla poena sine culpa* do artigo 40.º, número 2 do CP, de não poder haver sanção criminal sem culpa, bem como o pressuposto que a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa do arguido – indo a culpa funcionar como fundamento e limite da pena –, que entendemos continuar vigente no domínio da responsabilidade das pessoas coletivas. Em face destes postulados, é necessário afirmar uma personalidade própria que sirva de fundamento axiológico-normativo para fundamentar a sua culpa, uma vez que não é jurídico-constitucionalmente admitida a transmissão da culpa. Outro entendimento corresponderia a uma responsabilidade objetiva do ente jurídico incompatível com os princípios penais e, seria, naturalmente, materialmente inconstitucional (cfr. artigo 18.º, número 2, e artigo 30.º, número 3, ambos da CRP). Aqui as enunciadas perspetivas doutrinárias convergem para aferir o apuramento da culpa face ao direito português.

Em termos sintéticos, segundo a posição de Figueiredo Dias da “culpa pela personalidade”, esta pode ser definida em termos materiais e formais. Ao nível material

⁷⁷⁶ Cfr. entre outros: Albuquerque, 2015: p. 81; e Silva, 2018: p. 155.

⁷⁷⁷ Em sentido mais desenvolvido sobre o conceito jurídico-penal de culpa: Figueiredo Dias, 2011: p. 510ss; Guimarães, 2015: p. 13ss; Taipa de Carvalho, 2016: p. 460.

corresponde a uma atitude interna do agente que se mostra como contrária ao dever-ser jurídico-penal que se exprime no facto típico e ilícito. Quanto à dimensão formal, corresponde ao juízo de censura que é realizado pelo agente ter orientado a sua personalidade para a execução daquele mesmo facto típico-ilícito. Da conjugação destes dois elementos, demonstra-se que a noção de culpa deve ser sustentada na liberdade ético-existencial, apontando uma culpa assente na sua dimensão inerente a uma pessoa humana biológica-ontologicamente fundamentada. (Figueiredo Dias, 2011: p. 510ss⁷⁷⁸) Só com o preenchimento deste dever-ser material fundado na liberdade – de forma a deter capacidade e poder de agir (orientar a sua atuação) –, se poderá dizer que o agente tem capacidade de culpa. (Figueiredo Dias, 2011: p. 514ss; Taipa da Carvalho, 2016: p. 467ss) Ora, se a culpa se traduz num juízo de censura ética fundado numa vontade consciente e livre, não existindo este espaço de liberdade de atuação não é possível reconhecer capacidade de culpa ao sujeito.

Como se demonstra, a construção jurídico-penal da culpa suprarreferida está essencialmente pensada para as pessoas singulares. Isto, pois, o alinhamento do exercício em liberdade da vontade de uma pessoa jurídica de representação e comissão do ilícito é completamente diferenciado das pessoas individuais, em virtude de aqui estamos perante uma entidade que não possui um agir próprio físico, mas sim um agir jurídico. Existe a situação enunciada por Zúñiga Rodríguez, das entidades coletivas não apresentarem a liberdade própria de uma pessoa ontológica⁷⁷⁹, nem capacidade para compreender o alcance da norma, uma vez que não possuem capacidade *per si* para compreender a missão exigida pelo seu cumprimento e atuar de modo diverso. A única vontade existente dentro da organização é a dos membros individuais que a compõe. (Zúñiga Rodríguez, 2009: p. 298) Esta constitui uma das características *sui generis* das pessoas coletivas e entidades

⁷⁷⁸ Acompanhando esta posição: Guimarães (2015: p. 21ss).

⁷⁷⁹ No mesmo sentido, Bacigalupo (1997: 230ss). Optando a autora espanhola por seguir uma teoria de um conceito funcional de culpa, inexistindo uma liberdade de vontade da pessoa coletiva, mas sim uma liberdade de auto-organização e autocondução quanto à sua organização. (1997: 230ss) Esta teoria de conceito funcional da culpa, desenvolvido por Jakobs, permite entender que não deverá ser penalmente responsabilizado aquele que possa lesionar ou ofender um bem jurídico, mas sim deverá ser responsabilizado o sujeito que quebre um papel social. É este o sentido do conceito funcional de culpa, essencialmente dirigido para uma vertente de prevenção geral, e que resulta num alargamento do âmbito da responsabilidade. E isto ocorre porque o autor parte de uma intervenção penal dirigida a assegurar a estabilidade e vigência das normas, afastando-se da nossa posição quanto à defesa de bens jurídico-penais.

equiparadas. Porque, como destaca Fernando Torrão, no caso das pessoas singulares a essência da sua discursividade penal não se compagina com um agir por intermédio de outrem (embora, com algumas diferenças, o possa ser através da figura da representação no âmbito do direito jurídico-civil). Inverso é o caso das pessoas jurídicas que só estabelecem a exteriorização dos seus comportamentos através do agir concreto dos seus órgãos ou representantes, o que leva ao entendimento daquele agir como próprio da entidade coletiva. (Torrão, 2010: p. 318) Então, pode ser dito, que o ente coletivo age no substrato jurídico-existencial através dos seus órgãos e os seus representantes pelo nexó funcional existente.

Daí que se diga ser o critério jurídico tradicional muito limitado quando se pretende aplicar o mesmo a esta realidade. Torna-se necessário atender a outras vertentes jurídicas para se realizar um mais concreto enquadramento desta realidade. No seu devido tempo, já vimos que a pessoa jurídica apenas poder agir por intermédio dos seus representantes, legais ou de facto, ou agentes que ao nível estrutural e organizativo estão enquadrados numa posição de *dominus* funcional, estabelecendo aqui um ponto de conexão para se apurar a vontade da pessoa coletiva⁷⁸⁰, mas, sem que tal signifique, uma transferência daqueles elementos dos indivíduos para a organização. Porque para que a pessoa coletiva possa responder ao nível penal é necessário que a ilicitude e culpa lhe sejam imputadas, sob pena de responder por facto de outrem.

Tal será o caso do elemento subjetivo do dolo, construído a partir dos conhecimentos das pessoas com posição de liderança na organização e que tenham intervenção no facto ilícito-típico⁷⁸¹, mas sempre na perspectiva de um dolo autónomo do ente representado por uma vontade social e normativa. Isto pela realidade própria inerente ao substrato coletivo, pela conjugação de esforços, com vista a atingir um resultado superior ao isoladamente possível por cada uma das partes. Acontece que tal realidade pode ser dirigida para uma prática criminosa, correspondendo a uma atuação em desconformidade com o Direito, o que permite impor uma sanção com fundamento numa censura ético-social. (cfr. com maiores detalhes, Silva, 2009: p. 165ss) Uma vez que, atentando ao próprio domínio interno, pode emergir uma espécie de “cultura criminal

⁷⁸⁰ Próximo: Silva, 2008: p. 92-93, 2009: p. 258ss; Brito, 2014a: p. 153-154.

⁷⁸¹ Nesse sentido, não diferimos muito da posição de Fernando Torrão que alude a entender o dolo de acordo com o “*princípio da agregação*” ressaltando a valoração da vontade de todos aqueles que contribuíram para o resultado típico. (Torrão, 2010: p. 343ss)

coletiva” (como parece querer aludir Schunemann), que absorve os *inputs* individuais ou, pelo menos, associa-os, para uma matização em termos organizativos dirigida para uma desconformidade normativa, com reflexos ao nível da atividade empresarial e laboral (envolvendo dirigentes, funcionários e trabalhadores)⁷⁸². Assim, o elemento intelectual do dolo deve ser apreciado ao nível do plano dos dirigentes do ente coletivo, representada pelos seus órgãos, em virtude da posição cimeira que estes ocupam no substrato organizativo. Dessa forma, o dolo do ente é apurado ao nível da pessoa com posição de liderança (casos da alínea a), ou no plano da direção daquele que tem poderes específicos de direção no setor determinado de que proveio o facto ilícito (alínea b). Um sentido que, naturalmente, não poderá prescindir de uma análise do modo de atuação e funcionamento complexo característico do próprio substrato coletivo. (Brito, 2014a: p. 175) No caso específico do crime de branqueamento é necessário que a pessoa jurídica – através de um agente com posição de liderança atuando em nome e no interesse coletivo –, tenha conhecimento que as vantagens criminosas provenham de um crime do catálogo, e, mesmo assim, de forma consciente e voluntária, tenha praticado as condutas do tipo dos números 2 e 3 do artigo 368.º-A (com a ressalva da necessidade de previsão do dolo específico perante as condutas do número 2).

Mas a que nível se deverá apurar a culpa da pessoa coletiva? A mesma deverá assentar numa base legitimadora material jurídico-penal que permita suportar o juízo de culpa. Entendemos que face ao direito português e aos axiomas dogmáticos fundamentais, a culpa coletiva deverá estar enquadrada na conceção formulada por Teresa Quintela de Brito. Segundo a autora, a culpa deve ser apurada através de dois pontos essenciais. O primeiro correspondente a uma delimitação prévia dos elementos essenciais para o cometimento do crime, a qual deverá incidir no seu particular modo de organização e funcionamento ou na filosofia própria em relação à perseguição do seu objeto social, que deverá estar em conformidade com os padrões fundamentais da comunidade. A autora parte do entendimento que a organização coletiva apresenta um domínio condutor sobre a ação das pessoas naturais que a compõe. É neste âmbito específico que releva o dever do substrato coletivo de ser organizar a articular de forma a obstar ao cometimento de um determinado ilícito concreto. (Brito, 2012b: p. 224-225, 2014b: p. 78⁷⁸³) A este

⁷⁸² Em sentido semelhante, veja-se Brito (2018: p. 68 e ss).

⁷⁸³ No mesmo sentido, Costa (2018: p. 325-326).

elemento é ainda adstrito o suprarreferido domínio da organização⁷⁸⁴, para a execução do facto típico ou para a não execução do facto típico, que permite imputar tal agir à pessoa coletiva, por esta não se ter organizado e vigiado corretamente no âmbito do ilícito concreto, cumpridas que estejam os pressupostos funcionais de imputação em nome e no interesse coletivo, e que o agente singular que serve de conexão não tenha praticado o referido facto contra ordens ou instruções expressas de quem de direito (conjugação dos números 2 e 6, do artigo 11.º do CP). A autora recorre aqui à conexão com a figura daqueles que detém o *dominus* (os líderes) da organização coletiva que conformam o domínio da organização para a execução do facto típico, tanto podendo representar um domínio “corpóreo” nos termos do artigo 11.º, número 2, alínea a) do CP, ou um domínio “social” nos termos do mesmo número alínea b). Todavia, sem que se confundam totalmente as duas esferas de atuação, porque “*o domínio da organização para a execução do facto, que subjaz à imputação de responsabilidade à pessoa jurídica tem sempre uma dimensão colectiva, que vai para além do mero domínio da organização e vigilância do sector em que se deu o crime e que pode bastar para a responsabilização do dirigente*”. (Brito, 2012b: p. 225) Esta posição permite entender a culpa da pessoa coletiva como não sendo trasladada da culpa dos agentes singulares que servem como ponto de conexão, o que existe é uma alternidade ao nível do ilícito individual para o coletivo que é conseguida através daquela dupla hélice, permitindo um enquadramento da atuação destes no domínio do substrato coletivo, através da configuração organizativa para execução do facto típico (não necessitando de ter o domínio total da organização para que detenha o domínio do facto). (Brito, 2012b: p. 215ss) Existindo aqui a alternidade do ego e alter-ego referida por Fernando Torrão, em que a autora parte do ego (pessoa singular) e associa-o ao alter-ego (pessoa coletiva) através da modelação própria do facto pelos seus elementos organizativos-funcionais.

Para a autora a culpa não pode relevar de uma organização própria deficiente que se bastasse *per si* para afirmar a culpa do ente coletivo, como defendido por alguns autores já analisados. O poder-dever de vigilância e controlo que a pessoa coletiva detém para orientar na dimensão criminológica os seus pressupostos de organização e exercício da

⁷⁸⁴ Um sentido que entendemos igualmente compartilhado por Zúñiga Rodríguez quando refere que a responsabilidade da pessoa coletiva deve ser própria e direta de acordo com o seu modo particular de atuação. Mostra-se necessário que o ente detenha o domínio da organização e capacidade para evitar os delitos. (Zúñiga Rodríguez, 2009: p. 317-318)

sua atividade económica, permitem afirmar a comissão (ou não) do crime. No caso de omissão da configuração desse poder-dever, a pessoa jurídica não vai responder simplesmente por ter incumprido os seus deveres de vigilância e controlo, mas sim porque essa específica omissão de disposições de gestão, controlo ou vigilância por parte da pessoa coletiva, se atualizaram na execução do facto típico, através de uma modelação da organização tendo em vista os paradigmas que esta contém e o seu poder-dever de funcionalmente se organizar e orientar, de modo a configurarem as condições de surgimento do resultado típico. Refere que é ao nível do domínio da organização pela imputação de uma norma infringida por uma pessoa singular que se permitirá afastar as carências das teses suprarreferidas, não se podendo entender a prática do crime como uma condição objetiva de punibilidade. (Brito, 2012b: p. 221ss) Nas palavras da autora, “(...) *as condições criminógenas da organização e funcionamento e/ou cultura empresarial da pessoa colectiva não só têm de modelar a organização para a prática do crime, determinando os elementos essenciais deste, como essa modelação se deve repercutir na execução típica por via da informação detida e do poder-dever do concreto ente colectivo de supervisão, organização e direcção da actividade colectiva*”. (Brito, 2012b: p. 225) A culpa da pessoa coletiva é então aferida ao nível daqueles que detêm o *dominus* da organização, ou seja, os que se enquadram no conceito normativo de posição de liderança, pois são estes que detêm o domínio da direção empresarial, organizativa, indicação dos recursos humanos, entre outros. Não podendo, no domínio jurídico, a culpa da pessoa coletiva ser confundida com a culpa das pessoas individuais que a integram (que vão responder de forma autónoma quando preenchem os elementos de infração penal). O juízo de censura da pessoa coletiva terá de ser diferenciado face a de uma pessoa singular, uma vez que este vai ser construído normativamente, ao contrário do juízo de censura realizado à pessoa singular que apresenta ao nível naturalístico uma esfera de liberdade própria. Não podem então os agentes individuais e coletivos ser punidos por uma culpa idêntica, mas sim devendo ser formulado um juízo de culpa autónoma para cada um deles, cumprindo-se os mandamentos jurídicos-penais de impossibilidade de aplicação de uma pena sem culpa e de responsabilização por facto de outrem. A pessoa coletiva responde então por facto e culpa própria. Tal realidade deverá ser interpretada à luz do artigo 11.º, número 7 do CP, onde se estatui que a responsabilidade das pessoas coletivas e equiparadas não exclui a responsabilidade dos respetivos agentes individuais nem

depende da responsabilização destes⁷⁸⁵ – podendo mesmo existir uma cumulação da culpa entre o sujeito coletivo e os sujeitos individuais que podem responder nos termos do artigo 12.º do CP. Ora, sendo a responsabilidade penal da pessoa coletiva autónoma e distinta da responsabilidade das pessoas singulares que a integram, estaremos perante uma imputação jurídico-penal também diferenciada ao nível do facto e da culpa – como maioritariamente aceite pela doutrina. É certo que a legitimidade para realizar o juízo de censura autónomo sobre uma pessoa coletiva ou equiparada pressupõe que aquelas constituam entes diferenciados dos sujeitos individuais que a compõe. O que se mostra necessário é que exista, de direito e de facto, a separação patrimonial-normativa. Como tal, é pressuposto que exista um património autónomo daqueles sujeitos individuais que integram o substrato coletivo, de modo a que sejam um verdadeiro sujeito das relações jurídicas e, assim, constituam um verdadeiro centro de imputação jurídico-penal⁷⁸⁶.

Esta posição permite dar relevância a um poder-dever organizativo da pessoa coletiva, que atualizou e configurou concretamente na execução do facto típico e ilícito. Este enquadramento permite traçar uma relevância ao nível específico da dimensão do substrato coletivo, pela configuração concreta das condições para o surgimento do facto típico-ilícito. A culpa nas pessoas coletivas corresponde então a um juízo de censura pela desconformidade organizativo-interna contrária ao dever-ser jurídico penal que se exprime no ato ilícito. É pela decisão organizativa-interna do ente, conseqüente do domínio da direção empresarial e complexidade interna, que permite dizer que aquela decisão organizativo-funcional é fruto de uma decisão ou opção fundamental daquele ente, que se repercutiu na atualização e configuração funcional para a execução do facto típico e ilícito. Estamos perante um ser-organizativamente livre, que, num momento

⁷⁸⁵ Esta possibilidade de o ente coletivo responder por facto e culpa própria, apresenta notórias manifestações pela possibilidade de punir o ente coletivo mesmo que não seja determinar em concreto qual o sujeito individual responsável pelo facto criminoso (Silva, 2009: p. 275ss, 2008: p. 155) – embora se tenha sempre de determinar a sua ligação tendo em conta o seu funcionalismo em concreto, por exemplo, que foi um determinado membro do conselho de administração que praticou o respetivo facto típico e ilícito do branqueamento.

⁷⁸⁶ Assim, é legítimo fazer responder, entre outras, as sociedades unipessoais. Por outro lado, em relação às sociedades de “falhada” e “espantinho” que sejam criadas especificamente para a prática de crimes de branqueamento, estas não podem ser entendidas como um sujeito de direito, porque constituem um mero instrumento de camuflagem do real proprietário ou de produtos criminosos (um instrumento do crime), por não se diferenciarem jurídico-penalmente dos seus reais “detentores”, devendo ser alvo da pena de dissolução do artigo 90.º-F e de confisco dos seus bens.

concreto, representou pela configuração organizativo-funcional uma deslealdade comunicativa (aludindo à posição sufragada por Silva Dias), que pode ser entendido como uma espécie de “personalidade organizativa” (aproximado da posição de Figueiredo Dias de “culpa pela personalidade”), e que se projetou sobre o facto jurídico-penal. É esta realidade que será alvo de censura jurídico-penal consistente na prática culposa⁷⁸⁷.

Embora não se entenda o apuramento da culpa por uma organização defeituosa, como pretende remeter Teresa Quintela de Brito, é possível entender esta configuração em termos concretos como representando uma conformação exteriorizada da sua atividade empresarial como seguimento da normatividade vigente, uma atitude interno-organizativa contrária ao Direito. Ou seja, que a pessoa coletiva deve orientar a sua atividade interna e externa de forma a seguir as normas jurídicas, e, quando não o realizar, podemos estar perante uma atitude de indiferença face ao bem jurídico ofendido (lesado ou colocado em perigo) através da comissão daquele delito. Esta atitude pode relevar juridicamente desde que associada à verificação da comissão de um facto típico concreto. Em que o juízo de censura é realizado pela configuração da organização que se exprimiu na prática de um facto ilícito do catálogo. Por maioria de razão, é também de admitir o sentido contrário, podendo ser demonstrado que foram criadas ao nível interno regras e procedimentos adequados e eficientes destinados a evitar aquele ilícito específico que estavam comumente entranhadas e desenvolvidas na política interna da pessoa coletiva, bem como inexistindo quaisquer procedimentos suscetíveis a induzir a prática da comissão do crime (uma espécie de “política empresarial”), então, a atitude ético-organizativa da pessoa jurídica obsta a qualquer entendimento sobre a existência de uma atitude de contrariedade ou indiferença perante o bem jurídico ofendido. Poderá então surgir uma vertente positiva, já não de uma organização deficiente que pode permitir sustentar e imputar a responsabilidade coletiva⁷⁸⁸, como seria o caso de se seguir um modelo de auto-organização, mas de configuração do ente coletivo e entidades equiparadas para cumprimento do normativo.

⁷⁸⁷ Como se vê, não nos afastamos muita da posição de culpa análoga de Figueiredo Dias perspetivada para uma culpa pela personalidade do ente coletivo.

⁷⁸⁸ Como a autora refere esta poderá ser entendível, desde que sempre associada ao domínio da organização que lhe acresce.

Do exposto, resulta como legítimo realizar um juízo de censura face a um ente coletivo⁷⁸⁹. Para que estes possam responder, é necessária a imputação do facto típico a um (ou mais líderes), e a partir daí os elementos constitutivos do crime como o elemento subjetivo, a ilicitude e a culpa, deverão ser apurados quanto à pessoa coletiva, dessa forma cumprindo o paradigma da autonomia da responsabilidade coletiva⁷⁹⁰. (Brito, 2014a: p. 166)

Para concluir, podemos dizer que os entes coletivos são realidades sociais com clara capacidade para orientar as suas ações em conformidade com a normatividade vigente. Como tal, a responsabilidade penal das pessoas coletivas pode ser entendida como uma forma de condicionar essa mesma para a conformidade normativa. Segundo Teresa Quintela de Brito, este circunstancialismo pesará assim ao nível da própria estrutura organizacional interna, correspondendo a um impulsionar de um controlo estatal sobre os substratos coletivos e equiparados. (Brito, 2018: p. 73) Uma espécie de espada de Dâmocles, de forma a projetar sobre as pessoas coletivas e equiparadas uma necessidade de se organizarem internamente para prosseguirem o seu objeto social em conformidade normativa, sob pena de, em caso de incumprimento, originar que a “espada deslize sobre a sua cabeça”, e, portanto, seja alvo de uma sanção punitiva. Será agora sobre esta vertente que nos referiremos a seguir.

⁷⁸⁹ É, porém, de rejeitar a posição de Germano Marques da Silva, referindo que o legislador ao admitir a responsabilidade penal das pessoas coletivas, e atendendo a toda a construção jurídico-penal da culpa no domínio da responsabilidade individual – veja-se o artigo 40.º, número 2 do CP e os princípios constitucionais –, estaria, de forma implícita, a admitir que estes entes atuam com culpa. (Silva, 2009: 164ss) Na verdade, esta será uma afirmação muito difícil de ser negada, contudo, parece-nos muito simplista afirmar tal realidade nestes termos. O legislador assume tal realidade porque parte de um substrato ao nível constitucional e penal que lhe confere essa realidade. Assim, tal como toda a construção ao nível da responsabilidade das pessoas singulares, também aqui teremos de apreciar a possibilidade de realizar esse juízo de culpa.

⁷⁹⁰ No mesmo sentido, ao considerar que o elemento subjetivo deve ser apurado tendo em conta o conhecimento organizativo. (Gómez-Jara Díez, 2006a: p. 40ss; Zúñiga Rodríguez, 2009: p. 239)

11. Compliance no ordenamento jurídico português

11.1 Noção do enquadramento de compliance

A crescente complexidade das pessoas jurídicas no mundo empresarial e social originou um conjunto de fragilidades, revelando a exigibilidade de alteração dos cânones regulatórios com a conseqüente modificação do olhar sobre a atuação empresarial, impulsionado pelos princípios neoliberais e com reflexos concretos em diversos escândalos financeiros. Passou-se a retirar conseqüências para a construção de um novo relacionamento entre o mercado (e as empresas que atuam no mesmo) e o poder público, emergindo uma vertente de uma maior proatividade (abandonando a tradicional posição reativa), perante a qual, a procura dos proveitos lucrativos não deve deixar de estar associada aos fundamentos éticos, dirigidos tanto para o domínio empresarial como para os sujeitos individuais que o compõe. (Ferreira, 1999: p. 307) Foi assim desenvolvida uma “responsabilidade social corporativa”, que deve estar inerente à atividade empresarial, vinculando-a a uma maior sustentabilidade, eficiência e produtividade. (Brito, 2018: p. 66-67)

Estamos perante um dinamismo cunhado por Braithwaite⁷⁹¹ como “*Estado regulatório*” (“*regulatory state*”) (2000: p. 224ss), em que o intervencionismo estatal se transfigurou para uma *praxis* de comando indireto (à distância), com reflexos na integração entre linhas desenvolvidas por autoridades privadas e públicas⁷⁹², decorrente do estabelecimento de medidas de privatização e desregulamentação de determinadas empresas. (Souza, 2015: p. 118-119; Sousa, 2019: p. 125) Em que o próprio ente estadual reconheceu a sua incapacidade, ao nível dos recursos e competências técnicas, para exercer um controlo regulatório efetivo em diversas áreas económicas e corporativas, e, para mitigar ou ultrapassar tais efeitos, tenta desenvolver uma cooperação com as autoridades privadas para o âmbito da prevenção de crimes⁷⁹³ – com as entidades privadas

⁷⁹¹ O início do estudo sobre as medidas de autorregulação deveu-se muito à obra de Braithwaite de 1982 (p. 1466ss).

⁷⁹² Neste sentido, Rodrigues (2019: p. 46). Refere Vilela a existência de um movimento descentralizador dirigido para entidades reguladoras independentes, as quais procuram a convergência com as próprias entidades privadas. Existindo uma articulação na prevenção dos riscos entre as entidades públicas e privadas (Vilela, 2018: p. 102-103) – onde o branqueamento é caso paradigmático.

⁷⁹³ Referindo este ponto, Costa (2018: p. 336). Como sublinha Susana Aires de Sousa, o estabelecimento dos programas de cumprimento está associado à uma espécie de “cooperação público-

a constituírem uma espécie de “*longa manus*” do Estado. Como afirma Anabela Miranda Rodrigues, “(...) *não se trata mais da ausência do Estado, mas sim de garantir a sua presença eficaz, através de uma forma de controlo mais sofisticada*”⁷⁹⁴. (Rodrigues, 2019: p. 46) Estamos perante uma clara mudança estratégica de rumo interventivo (direto) do Estado para uma dimensão inteiramente reguladora (Coca Vila, 2013: p. 46), com uma lógica consequente de uma regulamentação indireta.

Neste cenário têm sido elaborados diversos diplomas, correspondente a uma clara evolução cronológica, precursora e impulsionadora de diversas medidas regulatórias dirigidas para os entes coletivos⁷⁹⁵. Estes momentos históricos apresentam como gênese

privada” representada nos critérios de atuação das pessoas jurídicas. Mas também se pode reconhecer a existência de uma colaboração nos casos em que as informações reconhecidas na dimensão interna em cumprimento das linhas dos programas de cumprimento podem ser externalizadas para entidades reguladoras ou de supervisão. (Sousa, 2019: p. 124-125)

⁷⁹⁴ No mesmo sentido, veja-se: Nieto Martín (2008: p. 4).

⁷⁹⁵ De forma mais desenvolvida, enunciando os prós e os contras da “*self-regulation*”, veja-se Braithwaite. O autor acaba por concluir pela importância desta linha regulatória (embora reconheça a sua viabilidade mais acentuada para o caso das grandes organizações). Assinalando um conjunto de vantagens destes procedimentos, que sumariamente descrevemos: permite uma padronização específica para aquela empresa; bem como um acerto mais rápido dos normativos face à realidade concreta envolvente; permite a adoção de medidas regulatórias inovadoras; as medidas organizativas mostram-se mais facilmente compreensíveis para os seus destinatários, bem como os entes coletivos estarão mais comprometidos para seguir essa padronização normativa por terem tido uma intervenção na concretização dos procedimentos; permite uma resposta unificada, ao nível do controlo social, entre os interesses privados e públicos e do Estado; possibilita um controlo mais efetivo a nível sancionatório e com menores custos (quando comparado com uma intervenção direta); proporciona uma modificação ao nível de decisões internas para seguir com conformidade normativa. Por outro lado, também não deixa de assinalar certas limitações: como os custos que poderá representar para as autoridades públicas, ao nível do acompanhamento e criação de uma legislação própria para cada área económica regulada (embora reconheça que tais custos são menores de que uma intervenção direta); esta vertente, em sentido inverso, pode resultar no enfraquecimento da legislação universal; por representar uma atribuição de um maior poder às empresas, até lhes permitindo “selecionar” a legislação que pretendem ver aplicada (uma crítica que o autor entende ser liminarmente de afastar); impossibilidade de conseguir a independência dos responsáveis pela *compliance*, novamente uma crítica que entende não poder vingar, defendendo que a melhor solução é instituir para o responsável pelo cumprimento normativo da empresa uma responsabilidade penal por falhas na sua função (que entende dever ser extensível à cúpula diretiva do ente coletivo), desde que, a este sujeito sejam conferidos poderes específicos internos para levar a cabo as exigências que lhe são adstritas. (Braithwaite, 1982: p. 1474ss)

a necessidade de criar uma maior transparência no mercado⁷⁹⁶, através do estabelecimento para as empresas da necessidade de instituir medidas aptas para impedir o cometimento de infrações, projetando-se, em primeira linha quanto à própria empresa, mas, numa dimensão mais ampla para o setor económico. Tudo isto partindo do reconhecimento do massivo poder que os entes empresariais alcançaram a partir da metade superior do século XX e da sua importância na sociedade. Não é por acaso que foi, principalmente, no seio do direito anglo-saxónico que se foi corporizando estas medidas, quer decorrente do poder económico representados pelos Estados desta família jurídica, quer pelo substrato jurídico mais “mutável” da sua natureza.

Com a criação da *Securities and Exchanges Commission* (SEC), agência federal dirigida a regular o mercado de valores mobiliários, iniciou-se no mercado a exigibilidade de estabelecer uma política empresarial interna que obstasse à crimes contra a economia, e, especificamente, quanto ao crime de abuso de infrações privilegiadas. Neste particular, foi desenvolvido um marco regulatório específico orientado para a criação de mecanismos internos de controlo, formação específica e supervisão de atividades suspeitas. Estamos perante um esforço empreendido pelo próprio Estado para construir uma maior regulação no mercado. Segundo Gómez-Jara Díez, o ente estatal percebeu que o fenómeno da autorregulação empresarial se mostra mais efetivo e superior a um estabelecimento regulatório direto. (2005: p. 254, 2006: p. 76) No nosso entender, não foi esta a justificação que modificou o entendimento daquele ente, mas sim o paradigma económico-financeiro vigente, pugnando por uma limitação da interferência do Estado em determinados campos económicos, que representou esta forma de regulamentação diferenciada – isto depois de perceber que era impossível não haver regulação vertida sobre aquelas entidades.

Outro marco regulatório da autorregulação foi desenvolvido no quadro da legislação frente à corrupção, no *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977, instituído nos EUA. Este diploma teve por finalidade evitar condutas criminosas de corrupção por parte de empresas norte-americanas face a entidades públicas estrangeiras, quando aquelas atuassem com a finalidade de obter vantagem patrimonial. Para tal, veio estabelecer um pilar duplo: por um lado, criminalizando o crime de corrupção sobre as autoridades públicas estrangeiras, quando exista a finalidade de corromper ou influenciar a realização de negócios; por outro, criando mecanismos para a prestação de elementos concretos das

⁷⁹⁶ Cfr. Busato (2018b: p. 23).

transações através da prestação de contas e das transações realizadas, com a finalidade de evitar danos reputacionais e uma distorção na livre concorrência entre empresas. Para atingir tal realidade, foi projetada para as empresas uma política preventiva ao nível da corrupção, matéria que envolvia o próprio sistema de responsabilidade criminal dos entes coletivos por estas práticas. A legislação também ampliou os seus efeitos para uma dimensão extraterritorial, de forma a abranger as pessoas físicas e coletivas que procedam a práticas corruptivas de funcionários públicos de autoridades estrangeiras, quando realizadas através de uma intermediação de empresas norte-americanas ou de outros países que realizem negócios ou detenham ativos no ordenamento jurídico norte-americano. Aqui estando subjacente a ideia fundamental da integridade económico-empresarial, no qual sobressaem as medidas específicas de *compliance*, permitindo um firmar de uma reflexão empresarial concreta de probidade, com efeitos na determinação da medida concreta da pena a aplicar aos entes coletivos. E cujos critérios foram atualizados e desenvolvidos no âmbito do seu *Resource Guide* de 2012⁷⁹⁷, de que resulta a necessidade de aplicação de um programa que se mostre como proporcional aos trâmites concretos da pessoa jurídica, embora acabe por elencar um conjunto de exemplos-padrão entendidos como um sistema mínimo que os entes coletivos devem implementar como forma de constituir um programa eficiente.

Ainda no âmbito do direito norte-americano, temos de salientar as *US Sentencing Guidelines*, que vieram estabelecer no seu capítulo VIII⁷⁹⁸, uma orientação mais efetiva ao nível da determinação das penas por parte do órgão judiciário. Segundo este modelo, são instituídos uma espécie de exemplos-padrão que orientem o julgador ao nível da determinação da moldura penal em concreto no processo judicial, de certa forma limitando a discricionariedade judiciária na atribuição da sanção. Aqui ressalva-se certos elementos “atenuantes” da responsabilidade criminal dos entes coletivos, desde que estejam previstos dois pressupostos que podem ser cumulativos ou alternativos: a instituição prévia à prática criminosa de medidas de cumprimento efetivas; e a possibilidade de a pessoa jurídica cooperar com as autoridades de investigação criminal

⁷⁹⁷ Cfr. <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>. (Acesso 07/09/2019).

⁷⁹⁸ Cfr. https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/CHAPTER_8.pdf (Acesso 07/09/2019). Para um maior desenvolvimento sobre o surgimento destas Diretrizes, cfr. Gómez-Jara Díez (2006a: p. 63ss).

norte-americanas⁷⁹⁹. Estamos perante uma análise que ressaltará ao nível da culpabilidade da organização quanto à atuação prévia e posterior à realização de delitos, com reflexos ao nível da determinação concreta da pena a ser aplicada ao ente coletivo. Partindo destas *Sentencing Guidelines*, no plano sancionatório, parte-se da constatação que não se mostraria legítimo e proporcional, se punir ao mesmo nível, mesmo que ocorrendo um facto típico e ilícito, as organizações que tivessem instituído na sua dimensão interna um conjunto de procedimentos para evitar práticas delituosas, e as outras que tivessem uma posição inócua sobre esta vertente. Ou seja, nestes casos entende-se que deve haver uma diferente apreciação por parte do julgador. Quanto às medidas de *compliance* considera-se os programas éticos instituídos no §8B 2.1 (“*effective compliance and ethics programs*”) – e, de forma mais precisa, na alínea f) do §8B2.5 e alínea c), do número 1, §8D1.4 – consistindo um conjunto de procedimentos que devem ser admitidos nos códigos de autorregulação. Por conseguinte, ao analisar a responsabilidade penal dos entes coletivos, o julgador deve apreciar se existem procedimentos organizacionais internos ou programas de cumprimento normativo, que sejam eficazes e eficientes para a instituição de uma cultura organizativa dirigida para a prevenção de uma prática da mesma natureza à cometida pelo substrato coletivo. E, em caso afirmativo, desde que os mesmos consigam concretizar internamente uma cultura de fidelidade normativa, podem ser tidos em conta aquando do momento da determinação da culpa e moldura das pessoas coletivas. São ainda instituídos um conjunto de exemplos-padrão jurídico-materiais nestas *sentencing guidelines* de forma a orientar (quase que de forma “matemática”) o julgador nesta tarefa. Desde logo, parte-se da necessidade de a organização instituir/delegar, para um determinado responsável, as funções essenciais referentes ao cumprimento da execução dos respetivos programas de cumprimento normativo. Aqui emergindo a figura do *compliance officer*, que deve deter os recursos idóneos, autoridade, e a acessibilidade imediata aos órgãos da empresa (os detentores do domínio da organização). A organização deve então dotar o CCO dos poderes funcionais necessários, de forma a que este consiga cumprir (devidamente) os deveres que lhe estão adstritos, como reportar ao conselho de administração ou a outros elementos da direção quanto ao programa ético e respetivo cumprimento. Para além desta criação funcional,

⁷⁹⁹ Como destaca Gómez-Jara Díez, os programas de cumprimento normativo naquele ordenamento jurídico foram verdadeiramente impulsionados com o advento destas diretrizes. (2006a: p. 76)

também ao nível da seleção e recrutamento de colaboradores é instituído um dever específico para a organização, realizando uma *due diligence*, de forma a evitar recrutar sujeitos que sejam conhecidos – ou a organização deveria ter conhecido se tivesse realizado uma diligência devida – estar envolvidos em atividades criminosas ou condutas que sejam contrárias ao programa ético. Outra vertente é a necessidade de dotar na organização procedimentos internos de comunicação (de acordo com as suas funções e responsabilidades), alvo de análise periódica, para detetar os casos desviantes do programa de cumprimento e ético – onde estão incluídos os membros da administração; aqueles que exerçam uma autoridade na organização; os colaboradores da organização; e, em determinados casos, os próprios representantes da organização. Desta linha de deveres mais específicos, cabe para a organização um conjunto de linhas mais gerais para cumprimento daquele programa ético: podendo estabelecer controlos e auditorias para identificar e detetar práticas criminosas; fazer uma avaliação periódica do programa; instituição de procedimentos de comunicação internos, anónimos e confidenciais, permitindo aos membros da organização informar determinados casos de incumprimento interno, sem medo de represálias; emanação de um programa de cumprimento que seja possível de ser modificado e melhorado em face dos riscos que se confrontará na organização; estabelecimento de um sistema sancionatório no interior da organização, com ações disciplinares proporcionais ao incumprimento de medidas preventivas internas, que, inversamente, pode mesmo admitir a criação de um projeto de incentivos internos para alinhar as práticas com o seguimento do programa de cumprimento. (Gómez-Jara Díez, 2006a: p. 125ss)

Das *sentencing guidelines* pode-se entender um alinhamento específico, correspondente a uma maturação, implementação e sancionamento eficaz e eficiente, para prevenção e deteção das práticas criminosas no seio das pessoas coletivas. Este programa deve estar em consonância com a atividade desenvolvida pela organização; o tamanho do ente coletivo; e as práticas criminosas. (Gómez-Jara Díez, 2006a: p. 125ss) Como se comprova, pela interposição dos vetores essenciais, esta instituição de procedimentos busca a sua génese na legislação contra o branqueamento (cfr. as conclusões do capítulo 8), não diferindo muito daquele “pacote” legislativo. Pode-se mesmo dizer que os procedimentos de cumprimento normativo contra o branqueamento constituem o “alfa e o ómega” da *compliance* em geral. As *sentencing guidelines* apresentaram uma grande inovação jurídica porque expressamente representam a possibilidade conferida aos tribunais de valorar os procedimentos organizacionais do ente coletivo. E, no caso destes

procedimentos internos serem efetivos, tal apresentar efeitos na determinação da moldura penal concreta do ente coletivo porque se considera que a culpa da pessoa coletiva ou equiparada é menor. Porém, só é admitida uma atenuação da pena concreta, não se admitindo a possibilidade de uma isenção da responsabilidade das pessoas coletivas ou equiparadas mesmo quando se comprove que esta tinha implementado um eficaz e eficiente programa de *compliance*. Já quando o estabelecimento dos programas de *compliance* seja parcial, tal terá efeitos ao nível da atenuação da sanção a que a pessoa coletiva seja sancionada. (Gómez-Jara Díez, 2006a: p. 156-157)

Porém, os efeitos da *compliance* nos EUA não se esgotam nesta realidade, podendo ainda conter efeitos ao nível processual (direito penal adjetivo). Nestes casos, pode o ente coletivo conseguir um acordo com as autoridades públicas (de investigação criminal) para paralisar o respetivo processo – os designados *non prosecution agreements* ou os *deferred prosecution agreements* –, tendo como pressuposto a colaboração da empresa ou a criação interna de um programa de *compliance*. Estamos perante o domínio do princípio da oportunidade em toda a sua extensão, permitindo, na dimensão do *plea bargaining* do processo penal norte-americano, que o titular do respetivo processo tenha a possibilidade de promover ou não a ação penal, adotando a estratégia como melhor considere e de acordo com as finalidades que estejam representadas no caso *sub judice*, que podem ser finalidades jurídicas, económicas, sociais, entre outras. Neste caso, o ente coletivo, pela posição económica e social que colhe na comunidade, pode ver o seu processo a não ser promovido desde que cumpra os requisitos estabelecidos naquele “acordo”. Pretende-se então evitar os efeitos danosos que podiam ocorrer no caso de ser promovido penalmente esse processo.

A *Sarbanes-Oxley Act*⁸⁰⁰ de 2002 veio estabelecer deveres gerais e específicos de gestão que devem ser cumpridos pelos dirigentes de todas as empresas, com domicílio ou

⁸⁰⁰ Firmada a 30 de julho de 2002. A lei pretendeu responder a um conjunto de fraudes ocorridas ao nível contabilístico, com o objetivo de restaurar a confiança dos investidores. De facto, este diploma veio proceder a alterações ao nível do regulamento do *governance* das empresas, contribuindo para uma atividade empresarial (mais) conforme ao Direito. As maiores mudanças introduzidas foram, entre outras: a exigência de que os responsáveis financeiros certifiquem os relatórios enviados para a SEC; novos formalismos a ser cumpridos pelos comités de auditoria e exigibilidade da independência dos auditores; maiores compromissos para validação das contas; estabelecimento de mecanismos de proteção de denunciadores internos; maior sanção para os delitos económicos. Cfr. em maior detalhe sobre os pontos

não nos EUA, e desde que estejam registados junto da *US Securities and Exchange Commission (SEC)*. Assim, de entre outras inovações, foram impostas às empresas a necessidade de estabelecimento de sistemas de controlo interno, verificação de deficiências internas, e publicação de registos financeiros de forma a permitir o cruzamento de dados sobre a organização desenvolvida, como tal assegurando uma maior transparência entre os operadores no mercado, só para citar as mais relevantes. No âmbito específico das medidas de *compliance*⁸⁰¹, é estabelecida uma atenuação da pena quando as organizações tenham aplicado ou reformulado devidamente um seu programa de regulamento normativo.

Posteriormente, a *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* de 2010 veio fortalecer este pilar regulatório, quando se começaram a notar os efeitos da crise financeira global iniciada no ano de 2008, visando uma reafirmação da confiança no mercado económico-financeiro⁸⁰². Para atingir tais objetivos, foram estabelecidas medidas dirigidas para criar uma maior transparência quanto às instituições financeiras, pretendendo evitar futuras crises económico-financeiras. Foram desenvolvidos novos deveres de vigilância e controlo a ser seguidos pelas instituições financeiras e restringido os critérios para a conceção de capital para as instituições bancárias. Além disso, também se otimizou a necessidade de criação de procedimentos de *whistleblowing*, que devem ser adstritos aos programas de cumprimento da organização, devendo mesmo ser estimuladas tais denúncias por parte dos colaboradores e subalternos de uma determinada entidade, com a garantia de anonimato, quanto à existência de potenciais infrações normativas dentro da atividade empresarial desenvolvida. Ao nível sancionatório, reconhece-se que esses sujeitos podem beneficiar de uma atenuação ou mesmo isenção da pena, ou até receber uma recompensa monetária, por terem auxiliado as instâncias de investigação na perseguição de infrações criminais.

essenciais da legislação, *A Guide to the Sarbanes-Oxley Act*, disponível em: <http://www.soxlaw.com/>. (Acesso 07/09/2019).

⁸⁰¹ Cfr. nesta matéria com maior detalhe as secções 302, 401, 404, 409, e 802.

⁸⁰² Como se estabeleceu no seu título: “*An Act to promote the financial stability of the United States by improving accountability and transparency in the financial system, to end "too big to fail", to protect the American taxpayer by ending bailouts, to protect consumers from abusive financial services practices, and for other purposes*”.

A estes diplomas deve ainda se trazer à colação as medidas já analisadas impulsionadas pelo Comité de Basileia⁸⁰³, numa dimensão de proteção do sistema financeiro ao nível da UE⁸⁰⁴, instituições internacionais como a OCDE, GAFI ou Grupo Wolfsberg, e do próprio Banco de Portugal, correspondendo a uma introdução de procedimentos prudenciais para a sua atuação empresarial.

Estamos perante um sentido evolutivo que começou a ser estabelecido com maior incidência a partir da década de 90, mas, na verdade foi imensamente impulsionado na década seguinte, principalmente com o defraudar da crise económica do *subprime* de 2008 – pela existência de um massivo mercado especulativo imobiliário nos EUA, que foi criado pelas entidades bancárias que concediam crédito hipotecário a processos em que o risco de incumprimento era elevado, o que veio a ser demonstrado pelo incumprimento em vários casos aquando da elevação das taxas de juro. A que se associaram outros escândalos financeiros, com reflexos na desagregação de diversas empresas do mercado económico, em face de práticas de má gestão empresarial ou mesmo de práticas criminosas, com as naturais consequências devastadoras que se conhecem ao nível dos efeitos laborais ou ao nível económico nas jurisdições onde prestam a sua atividade económica.

Foi em face deste cenário que surgiu o forte impulso para o fortalecimento do modelo de governação, através da definição dos vetores fundamentais que podem desempenhar a respetiva atividade, da sua natureza e classificação da posição empresarial

⁸⁰³ Nos célebres procedimentos regulatórios ao nível do setor financeiro na medida de estabelecimentos de requisitos mínimos de capital e conjunto de procedimentos de supervisão, que foi iniciado com o acordo Basileia I em 1988 (e que foi desenvolvido e melhorada através dos acordos Basileia II em 2004, e Basileia III em 2010, com uma posterior modificação de algumas das suas medidas para conformar uma atuação frente às limitações verificadas pela crise económica vigente na altura).

⁸⁰⁴ Veja-se a título de exemplo a preocupação de estabelecimento de uma responsabilidade social a ser seguida pelas pessoas coletivas, vide: <https://ec.europa.eu/growth/industry/corporate-social-responsibility_pt>. (Acesso 12/03/2019). Ou as Orientações do *European Banking Authority* (EBA) sobre o governo interno (EBA/GL/2017/11), instituídas em conformidade com o artigo 16.º do Regulamento (EU) n.º 1093/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho. Um alinhamento que deve ser cumprido pelas autoridades competentes do setor, as instituições financeiras e entidades envolvidas no mercado. Cfr. para maiores desenvolvimentos o seguinte diploma:

https://eba.europa.eu/documents/10180/2164689/Guidelines+on+Internal+Governance+%28EBA-GL-2017-11%29_PT.pdf. (Acesso 12/03/2019).

no domínio do setor⁸⁰⁵. Estamos assim perante um sentido de uma política pública dirigida para as empresas, de que se podem dimensionar e organizar internamente como bem entenderem, desde que sigam uma exteriorização e atuação empresarial de conformidade jurídico-normativa. Vindo aqueles diplomas promover um claro vetor de autorregulação⁸⁰⁶, que se imprimiu na responsabilidade empresarial quanto à sua dimensão global (após ter como epicentro os ordenamentos jurídicos anglo-saxónicos) e instituindo os primeiros passos para uma revisão do enquadramento legal para um modelo de *corporate governance*⁸⁰⁷. (Barreiros, 2018: p. 148; Bastos, 2018: p. 208-210) Esta

⁸⁰⁵ Aqui se podendo destacar o relatório “*Relatório Cadbury*” que foi instituído no Reino Unido como uma resposta aos escândalos financeiros existentes na época. (Rodrigues, 2019: p. 50ss)

⁸⁰⁶ Salientando este ponto, veja-se, entre outros: Gómez-Jara Díez, 2005: p. 267; Sieber, 2008: p. 3; Nieto Martín, 2008: p. 4-5; Coca Vila, 2013: p. 45-46; Bandeira, 2015: p. 641; Ferreira, 2018: p. 43-44; Barreiros, 2018: p. 148; Bastos, 2018: p. 208-210.

⁸⁰⁷ Ao nível do direito norte-americano considera-se que uma gestão empresarial parte de um triunvirato: *governance*, *risk management* e *compliance*. (Rodrigues, 2019: p. 54) Barreiro identifica os seguintes vetores da *corporate governance*: aplicação de uma estruturação interna diligente; desenvolvimento de procedimentos de transparência; instituição de mecanismos de controlo; criação de mecanismos de reporte através de programas de *compliance*, bem como procedimentos sancionatórios internos. (Barreiros, 2018: p. 157) O autor assinala três vetores na qual incide a componente da governação corporativa: o cumprimento das normas jurídicas; o estabelecimento de pressupostos de gestão de natureza económica; a instituição de recomendações e orientações eticamente fundadas para o domínio interno. (2018: p. 157) Para maiores desenvolvimentos sobre o conceito de *corporate governance* e seu impacto no tecido económico-social, veja-se: Barreiros (2018: p. 148ss) e Bastos (2018: p. 207ss). Em Portugal, entrou em vigor a 1 de janeiro de 2018, o Código de Governo das Sociedades do Instituto Português do *Corporate Governance*. O diploma corresponde ao primeiro código de autorregulação estabelecido no nosso ordenamento jurídico. Este passa a assentar no princípio do *comply and explain*, possibilitando que as entidades empresariais possam adequar as suas práticas de governação face ao seu circunstancialismo concreto. Ou seja, impulsiona-se uma prática flexível de conformidade e transparência, mas, no caso de existirem situações de inobservância, as sociedades devem explicar a razão do seu incumprimento na vida prática. Para maiores desenvolvimentos ao nível do direito português, veja-se o respetivo código de autorregulação setorial seguido por diversas entidades, disponível no seguinte endereço eletrónico: <https://cgov.pt/images/ficheiros/2018/codigo_de_governo_das_sociedades_ipcg_vf.pdf>. (Acesso em 10/08/2019). Também no domínio europeu tem sido seguida com particular atenção esta matéria. O Mecanismo Único de Supervisão designa o governo interno como: “(...) *internal organisation of an institution and the way it conducts and manages its business and risks. As part of the overall corporate governance, internal governance includes the definition of the roles and responsibilities of the relevant people, functions, bodies and committees within an institution and how they interact*”. Diploma emitido pelo Banco Central Europeu, em Junho de 2016, disponível no seguinte endereço:

imposição por parte do Estado entronca em diversos deveres para as respetivas instituições, com o objetivo de instituir e aplicar procedimentos que permitam prevenir e conter a ocorrência de atos ilegítimos no ambiente empresarial, de forma indireta, limitando os efeitos das crises financeiras. (Fonseca, 2018: p. 236) Passa-se uma imagem que este paradigma é um investimento que vale a pena, evitando ou limitando que a pessoa jurídica se veja envolvida numa realidade que a impacte negativamente. (Bernardino, 2018: p. 285)

Este enquadramento de uma linha de organização, em conformidade com as exigências legais e regulamentares, parte do reconhecimento dos entes coletivos como sistemas sociais autopoieticos⁸⁰⁸, apresentando uma complexidade organizativa própria (especialmente, as que apresentam uma grande dimensão e complexidade), na qual o ente estatal, acaba por modelar indiretamente a organização através da instituição de exigências específicas de autorregulação. Existe aqui uma convergência entre os interesses da sociedade representados pelo Estado e os interesses das próprias organizações coletivas, quanto ao cumprimento das disposições normativas, o que permite falar da existência de um sistema de “*autorregulação regulada*”⁸⁰⁹. (Sieber,

<https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm_supervisory_statement_on_governance_and_risk_appetite_201606.en.pdf>. (Acesso 10/03/2019). Esta trata-se de uma referência para o setor bancário, mas que pode ser reconhecida como detendo princípios fundamentais que podem ser “exportados” para outras áreas económicas. (Fonseca, 2018: p. 237)

⁸⁰⁸ Sobre a organização empresarial como sistema autopoietico, ver com maiores desenvolvimentos: Gómez-Jara Díez (2006b: p. 3ss) e Coca Vila (2013: p. 47-48).

⁸⁰⁹ Ao nível doutrinário é apresentada uma distinção, muito devida a Ulrich Sieber, quanto a três metodologias de regulamentação económica: a primeira correspondente à “autorregulação voluntária” da economia, com uma valência de maior discricionariedade quanto às medidas a aplicar; regulamentação puramente estatal, em que é o próprio poder político-administrativo que vai estabelecer os procedimentos obrigatórios a ser seguidos; e a “autorregulação regulada” (ou “co-regulação”) que constitui um sentido intermédio em que são estabelecidas determinadas linhas que permitem uma certa margem de liberdade na sua aplicação. (Sieber, 2008: p. 10; Coca Vila, 2013: p. 49ss; Souza, 2015: p. 126) Na “*autorregulação regulada*”, o Estado apresenta uma intervenção mais vinculada ao nível do estabelecimento de um regulamento normativo que tem de ser seguido pelas instituições coletivas. Nestes casos, o Estado impõe claramente, baseado no interesse público, a forma e o objetivo que deve ser alcançado pelas medidas de regulamentação, podendo mesmo sancionar o seu incumprimento (ou cumprimento defeituoso). Uma posição que o autor entende como mais benéfica quando comparada com uma regulamentação geral realizada por parte do Estado (Sieber, 2008: p. 10-12, 23ss) – ou seja, quando comparada com uma regulamentação direta. Porém, tal posição não é isenta de críticas na doutrina. Em certa medida, Paulo

2008: p. 23ss; Nieto Martín, 2008, 4-5, 2013: p. 23-24; Souza, 2015: p. 126; Geraldo, 2018: p. 271; Rodrigues, 2019: p. 48) Uma vertente regulatória do Estado que é realizada de forma mediata, através da projeção sobre um ente privado de um nível de organização subordinado a interesses públicos pré-configurados. (Costa, 2018: p. 323-324) Estes novos tempos representam uma reconfiguração positiva das empresas para se comportarem como um “*bom cidadão corporativo*” (um “*good corporate citizen*”, como reconhecido no ordenamento jurídico norte-americano), através da instituição de valores eticamente fundados na organização que devem guiar as condutas internas dos membros e da própria sociedade⁸¹⁰. (Gómez-Jara Díez, 2006a: p. 79; Nieto Martín, 2008: p. 2ss; Brito, 2018: p. 67; Barreiros, 2018: p. 140, 155-156) A instituição de interesses valorativos está assente numa ideia de responsabilidade social no substrato organizativo, apresentando uma dimensão multifacetada, aqui abrangendo os interesses dos designados *shareholders*⁸¹¹ e dos *stakeholders*⁸¹², como reconhecido no direito empresarial. É assim possível articular estes interesses com a perseguição do lucro (correspondente ao objetivo central da empresa e os procedimentos para o alcançar) (Barreiros, 2018: p. 141),

Sousa Mendes considera que a definição de “autorregulação regulada” constitui uma *contradictio in adjecto*, por estabelecer uma junção dos procedimentos do Estado àqueles que tenham sido firmados por parte dos entes privados (Mendes, 2018: p. 13), e com críticas mais contundentes, vão Nieto Martín (2013, p. 48) e Busato (2018a: p. 98ss, 2018b: p. 23ss). Este segundo autor, refere que este tipo de autorregulação acaba por corresponder ao “lobo a cuidar do gado” (ou, na versão portuguesa, do “lobo a cuidar das ovelhas”), uma vez que fica no próprio entendimento do ente coletivo as situações que deve reportar às autoridades públicas, os casos de desconformidade, para além de poderem apresentar o caso do modo como mais lhes convém. Também salienta as limitações existentes ao nível da denúncia interna, porque no final de contas estamos perante sujeitos que se integram dentro da complexidade organizativa o que implica sempre um nível de sujeição interno. É certo que se promove o estabelecimento de interdependência do departamento ou responsável pela *compliance*, mas o autor entende que as funções particulares são limitadas por outros interesses, desde logo, os interesses contratuais. Não vê assim vantagens num modelo de autorregulação face a um modelo de hetero-regulação imposto por entidades reguladoras. (Busato, 2018a: p. 98ss, 2018b: p. 23ss)

⁸¹⁰ Referindo esta vertente no âmbito específico da *criminal compliance* (Rotsch, 2015: p. 25).

⁸¹¹ Correspondentes aos acionistas do ente coletivo (os titulares/proprietários da organização).

⁸¹² Estes podem ser entendidos como os sujeitos, grupos ou organizações, que possuem uma ligação específica com a sociedade em virtude de poderem afetar ou ser afetados pela atuação empresarial. Estão aqui diretamente integrados trabalhadores, fornecedores, credores, clientes, entre outros. Podendo estes ser variáveis de acordo com a qualidade e natureza da entidade empresarial. Em sentido mais desenvolvido quanto ao significado dos *stakeholders*, veja-se: Barreiros (2018: p. 141).

conseguindo atingir uma integridade empresarial, e evitando consequências nefastas para as próprias empresas. Houve o reconhecimento que a empresa não projeta os seus efeitos só para criação de valor aos acionistas, mas também para outros, como os agentes internos da empresa (como sejam os administradores, direção ou empregados) ou até mesmo para o ambiente, os cidadãos e, em última linha, o próprio Estado. E, para salvaguardar os interesses destes todos sujeitos, é necessário o estabelecimento de mecanismos de *governance* que se mostrem como cristalinos, os quais devem constituir uma linha coerente, perceptível, com responsabilidades claras, e onde emergjam processos de gestão e controlo adequados, com procedimentos de remuneração e auditoria que se mostrem como proporcionais. (Duarte & Passaradas, 2018: p. 194) Estamos perante um catalisador de um perseguinto empresarial equilibrado, com a finalidade de incutir uma maior transparência na atuação da empresa e assumida como um *business ethics* ou *codes of conduct* das empresas⁸¹³. (Sieber, 2008: p. 3)

Em suma, a sociedade civil é então chamada para “auxiliar” o ente estatal no controlo social através de metas compatíveis com a sua realidade. A pedra angular na atuação frente aos novos fenómenos criminais passa a exigir o envolvimento de todos os membros de uma comunidade, singulares ou coletivos, conseguida através de uma conjugação de esforços entre entidades públicas e privadas, através de um *input/output* de informações sobre a gestão empresarial e limitação dos riscos. Diante desta perspetiva, estamos perante um específico controlo social para as entidades vinculadas, que incide sobre duas vertentes: ao nível preventivo, através da concretização de ferramentas

⁸¹³ Os códigos de conduta correspondem a *guidelines* orientadoras dos procedimentos a serem seguidos pelos entes coletivos nos seus diversos pontos de interação, ou seja, a nível interno e externo. Nomeadamente, ao nível da atuação dos seus colaboradores, para que estes saibam como proceder em determinadas situações através de uma predefinição das práticas. Para tal é necessário que este código interno de conduta seja concreto e objetivo, impulse os exigíveis valores que devem ser estipulados no substrato organizativo, e, naturalmente, seja compreendido por todos os membros internos. Quando devidamente aplicado, estes passam a exteriorizar uma cultura própria da empresa, estabelecida para si como ente coletivo e para os sujeitos ontológicos que a integram. (Barreiros, 2018: p. 142-143) Aqui se estabelecendo para as empresas o princípio (empresarial) do “cumpra ou explica”, em que no caso de incumprimento devem os sujeitos coletivos explicarem tal situação. (Brito, 2018: p. 63-64) Estes deverão ser aplicados de forma concreta face às especificidades da pessoa jurídica, daí que aluda Anabela Miranda Rodrigues a procedimentos “*feitos à medida*” (“*tailor made*”). Indo mais longe e considerando que a instituição destes códigos permite incorporar, por um lado as valências normativas, e, por outro, permitindo afirmar uma cooperação entre os entes privados e públicos. (Rodrigues, 2019: p. 60)

próprias em conformidade com a prevenção de ilícitos; e, quando tal não se mostre como possível, sancionando-se essas mesmas práticas. Pode-se mesmo dizer que a organização coletiva passa a ser entendida como constituindo um centro de decisão-prática a quem compete seguir diretivas de responsabilidade social. Em que talvez o caso mais particular da cooperação entre atores públicos e privados acaba por ser em matéria de prevenção e detenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, tendo em conta a legislação desenvolvida, que foi alvo de uma reflexão ponderada quanto às expectativas jurídico-sociais a ser atingidas.

Estes princípios representam um conjunto de quadrantes fundamentais que permitem assegurar uma política responsável na organização⁸¹⁴: a integridade ética que deve estar presente em todo o sistema da organização (nas relações interna e externa); transparência ao nível da auditoria interna e contabilidade; cumprimento com as disposições normativas (o *compliance*)⁸¹⁵. Esta tem vindo a acompanhar o desenvolvimento do ambiente legislativo e sociológico e vindo a florescer⁸¹⁶, em áreas fundamentais como a financeira, a ambiental ou bancária⁸¹⁷, tendo-se desenvolvido

⁸¹⁴ Bandeira refere os casos que no mercado pode ser imposto uma “ética profissional do mercado”, vocacionada numa *praxis* ética fundada em valores que devem orientar o comportamento dos sujeitos no mercado para o alcance de um bem comum, porém sem decair para um cotejo simplesmente moralista. (Bandeira, 2015: p. 719ss) Uma *praxis* que entendemos dever conter as já referidas valências fundamentais no seio da sociedade para ultrapassar os afrontamentos do racionalismo calculador. E, na legislação portuguesa, pode citar-se o caso do artigo 36.º do Estatuto do Gestor Público (DL n.º 71/2007, de 27 de março, com a redação dada pelo DL n.º 39/2016, de 28 de julho), dispondo que os gestores públicos devem seguir as normas éticas do setor de atividade em que se insere a empresa que gerem. Assim, os membros do conselho de administração das empresas públicas estão adstritos legalmente ao cumprimento de deveres éticos, sob pena de violação de normas disciplinares. A norma requer que os gestores das empresas públicas sigam os princípios éticos tradicionais do setor, mas, em face da importância deste postulado, não vemos nenhum impedimento de reconhecer uma interpretação analógica também para os gestores das empresas privadas – parâmetro de gestão que, em certa medida, o próprio artigo 64º do CSC já consagra.

⁸¹⁵ Uma vertente de uma boa gestão societária proporcionada pelos programas de cumprimento. Cfr. entre outros: Rotsch, 2012: p. 2; Duarte & Passaradas, 2018: p. 200-201; Rodrigues, 2019: p. 56.

⁸¹⁶ Cfr. Mendes (2018: p. 12).

⁸¹⁷ De acordo com o anteriormente refletido, este tipo de políticas nasceu no âmbito das entidades financeiras e bancárias, mas cedo se passou a generalizar para outras áreas jurídicas, através de um impulso derivado de um conjunto de premissas: permitindo uma vinculação mais concreta do nível interno das organizações ao cumprimento normativo; pela maior dificuldade das autoridades públicas em detetar as infrações praticadas no seio da organização; o ganho em eficiência processual e dos custos preventivos dos

inicialmente nos sistemas de *common law*, mas, nos últimos anos, tem recebido um maior acolhimento no direito continental romano-germânico. Esta vertente representa uma arqueologia normativa para atenuar a diferença entre os sistemas tradicionais.

Os procedimentos de *compliance* podem ser entendidos como um conjunto de políticas e procedimentos internos no substrato organizativo pautados por um estrito respeito e conformidade com princípios, leis ou regulamentos. Como reconhece o Comité de Basileia de Supervisão Bancária, no seu relatório de 2005⁸¹⁸, estes procedimentos vão permitir a difusão de elevados padrões ético-valorativos para a organização, que devem vincular a administração e os seus colaboradores, havendo um comprometimento da pessoa jurídica para seguimento de diretrizes em conformidade com o Direito, na medida de interiorização de uma cultura ética própria da empresa, com a finalidade de prevenir a comissão de ilícitos no interior da organização⁸¹⁹, e com reflexos ao nível da sua atividade exterior. É assim concebida como um poliedro dirigido à pessoa jurídica⁸²⁰, estabelecendo um projeto preventivo idóneo dirigido para prevenção da ocorrência de factos ilícitos

delitos, porque o ente estatal acaba por projetar a maioria deles para a própria organização; traduz uma linguagem interna para as pessoas jurídicas direcionando-as para a prevenção dos delitos. (Brito, 2018: p. 64)

⁸¹⁸ Disponível em: <<https://www.bis.org/publ/bcbs103.pdf>>. (Acesso 10-10/2019) No qual são desenvolvidos um conjunto de elementos de *compliance* que deve ser adotado pelas entidades bancárias.

⁸¹⁹ Cfr. entre outros: Sieber, 2008:p. 4; Lascurain, 2015: p. 99; Souza, 2015: p. 117-118; Bastos, 2018: p. 228; Júnior & Medeiros, 2018: p. 124-125; Sousa, 2019: p. 128. Para Ivó Coca Vila, uma organização estaria em *compliance* sob o prospeito de sete pilares: uma cultura de cumprimento instituída na organização e interiorizada por todos os membros da empresa; o estabelecimento de objetivos empresariais a ser atingidos; avaliação dos riscos; medidas de contenção dos riscos detetados; uma concreta e clara delimitação das funções de competência de cada indivíduo dentro da organização; instituição de sistemas internos de comunicação, com a circulação da informação, tanto para o nível superior (*bottom-up*), como inferior (*bottom-down*); e, por fim, a instituição de sistemas de supervisão e sancionamento adequados, onde se deve prescrever a necessidade de criação de um órgão específico para centralizar a informação recolhida através de um canal de denúncias anónimo – o sistema de *whistleblowing*. (Coca Vila, 2013: p. 56ss) O autor absorve aqui o núcleo dos procedimentos que são desenhados ao nível da atuação frente ao branqueamento e financiamento do terrorismo.

⁸²⁰ Certa doutrina individualiza, em virtude da finalidade que se pretende atingir, a existência de dois sistemas de *compliance*: um primeiro modelo dirigido à materialização de um conjunto valorativo e de princípios éticos que devem vigorar na pessoa jurídica; e outro dirigido ao estabelecimento de um procedimento de autovigilância por parte da pessoa jurídica face aos seus subordinados. (Nieto Martín, 2013: p. 33; Souza, 2015: p. 118; Sousa, 2019: p. 126) Será no espetro do primeiro caso que o nosso estudo se vai desenvolver.

através de uma consolidação normativa e procurando, ao nível da vigilância, controlo e efetividade, a limitação dos riscos da organização, na medida interna e externa, quanto as relações de negócio estabelecidas⁸²¹.

Seguimos aqui a perspetiva ampla de Rotsch quanto ao conceito de *compliance*, porque o autor enquadra neste conceito jurídico-penal não só o cumprimento normativo (que este entende como correspondendo a uma visão formalista restringida às normas jurídicas), mas também um conjunto regulatório que conclua numa melhor organização empresarial, através de uma modificação do próprio substrato coletivo para seguimento dessa projeção normativa. (2015: p. 15) Por conseguinte, a instituição destes formalismos autorreferenciais na dimensão empresarial (Gómez-Jara Díez, 2005: p. 267; Mendes, 2018: p. 13; Busato, 2018a: p. 97), pressupõem a instituição e promoção de uma atividade coletiva ajustada à observância das normas jurídicas, tanto a nível interno como externo, bem como identificar casos de desconformidade interna, procedendo à devida sanção (disciplinar) dessas desconformidades⁸²². Representando a instituição de um sistema de *checks and balances* para os *shareholders* e *stakeholders* (Sieber, 2008: p. 6, 25; Nieto Martín, 2013: p. 23-24; Bernardino, 2018: p. 288; Rodrigues, 2019: p. 52ss). É de referir, como por vezes invocam certos setores doutrinários críticos, que não se pode entender que o objetivo da instituição dos programas de cumprimento normativo corresponde a uma forma de legitimação da prática de comportamentos de riscos pela organização, para

⁸²¹ Embora não se deva cair no erro de considerar como regra que a organização tem obrigatoriamente de constituir regras de *compliance*. Como destaca Teresa Quintela de Brito, embora frequentemente haja uma interceção entre estas duas realidades, deve-se destacar uma diferença entre as medidas de organização da pessoa jurídica que são dirigidas para uma perseguição otimizada de desenvolvimento da atividade económica, e a *compliance* que pressupõe o estabelecimento de uma padronização valorativa, que resulte num substrato alinhado com os fundamentos de um “bom governo corporativo”, de forma a evitar que na organização se criem riscos para os bens jurídicos por condutas praticadas pelos agentes singulares naquele seio. (Brito, 2018: p. 83-84) Aqui pode ser referida a crítica de Ivó Coca Vila, quando considera que os programas de *compliance* não correspondem a um sistema de autorregulação, pois o poder configuração da organização é preexistente à aplicação deste mecanismo, ou seja as organizações coletivas já estão *ab initio* vinculadas a um seguimento normativo dos padrões jurídico-penais, que acaba por ter uma natureza pública, o que se pretende é incorporar as finalidades de prevenção dos delitos pelas pessoas jurídicas porque a realidade das pessoas coletivas – conforme já referimos no ponto 9.1 – faz com que sejam mais difícil o entranhar das obrigações do direito penal. (Coca Vila, 2013: p. 70-72)

⁸²² Neste sentido: Nieto Martín, 2013: p. 23; Kuhlen, 2013: p. 51; Geraldo, 2018: p. 274-275; Baptista, 2018: p. 364-365; Sousa, 2019: p. 124-125.

depois se poder “escudar” na prévia instituição destas medidas internas, ou seja, para sustentar uma limitação da sua responsabilidade coletiva ou até uma possível isenção da responsabilidade (ou até para afastar a responsabilidade individual). Estes procedimentos devem ser entendidos e enquadrados numa clara vertente de prevenção quanto a uma materialização dos riscos na dimensão organizativa que conduza a factos típicos ilícitos⁸²³, evitando assim graves custos materiais e reputacionais para a organização. Com efeito, os mecanismos de *compliance* contêm na sua génese material a ideia de uma vertente preventiva de comportamentos internos desconformes com a normatividade, para evitar o impacto de sanções, perdas financeiras ou mesmo reputacionais. O que permite afirmar que esta vai constituir um primeiro “reduto defensivo”, a ser “construído” no interior do ente coletivo para evitar práticas ilícitas, com o subsequente reflexo ao nível das sanções civis, administrativas ou penais.

Para que se entendam como devidamente aplicados, estes procedimentos devem ser acompanhados por um enquadramento interno que visa instituir um conjunto valorativo no desenvolvimento da política económica empresarial, geralmente associado ao sufragar de um código ético de conduta⁸²⁴ (Vilela, 2018: p. 105), o que significará, quando devidamente aplicado, a impulsão de uma cultura ética interna dominante e transversal no substrato organizativo (Rodrigues, 2019: p. 57), que deverá constituir uma cultura de cumprimento interno⁸²⁵, que se projeta tanto ao nível interno mas também no

⁸²³ Confira-se, entre todos: Rotsch, 2012: p. 6-7; Nieto Martín, 2013: p. 27; Brito, 2014b: p. 80; Mendes, 2018: p. 13; Júnior & Medeiros, 2018: p. 124-125; Costa, 2018: p. 328-329; Baptista, 2018: p. 365; Rodrigues, 2019: p. 47. O que leva Nieto Martín a dizer que os programas de cumprimento se aproximam das técnicas de neutralização do risco – ou um *risk assessment* mais próximo do direito administrativo (2013: p. 29). Já Rui Patrício fala de um “*risk based approach*” (Patrício, 2016: p. 105).

⁸²⁴ Cfr. Sousa (2019: p. 123). Os códigos de governo societário constituem enunciações de comportamentos a ser seguidos pelos recetores internos, que devem ser impulsionados para os diversos estratos e membros da organização. (Júnior & Medeiros, 2018: p. 141) Porém, sem constituir comandos imperativos (Ferreira, 2018: p. 45).

⁸²⁵ Teresa Quintela de Brito considera existir três domínios que devem estar verificados numa cultura corporativa: o estabelecimento de um código ético que lhe permita afirmar vetores inerentes à organização; a aplicação efetiva desse código (um *enforcement* efetivo), dessa forma projetando o padrão valorativo para os diversos membros da organização, criando um conjunto de vasos comunicacionais de reporte, ou sanções para desconformidades no cumprimento daquele código de condutas; e, em virtude de corresponder a uma responsabilidade social, permite discernir pelo enquadramento do ente perante as circunstâncias do dever-ser. (Brito, 2018: p. 68) Para Anabela Miranda Rodrigues, os programas de cumprimento assentam sobre o “*modelo das três colunas*” correspondente: à “*formulação, implementação*

estabelecimento das relações face a terceiros (Brito, 2018: p. 65; Rodrigues, 2019: p. 54-55), o que pressupõe uma valoração a partir da dimensão da atuação da pessoa coletiva ou equiparada e da sua motivação para a prática do ilícito-típico. (Brito, 2018: p. 69)

Para conseguir cumprir com estas exigências de *comply with the law*⁸²⁶ (em tradução livre, um comprometimento normativo), é necessária uma evolução permanente para perseguir a adoção de medidas para manutenção de um comportamento empresarial em conformidade com o Direito. Dessa forma, muitos dos seus pontos vão variar de acordo com a atividade desenvolvida pelo ente privado. Na verdade, as medidas de cumprimento normativo não apresentam uma concretização estoica de um programa com validade universal, caracterizando-se sim por apresentar um nível de incerteza e porosidade, em virtude do seu conteúdo ser mutável de acordo com a realidade concreta de um ente coletivo⁸²⁷, variando em face dos casos particulares da atividade e objeto

e aperfeiçoamento do programa". No primeiro pilar, estaremos perante uma fase prévia de identificação dos riscos; a que se segue o estabelecimento dos códigos éticos de condutas, para evitar concretização daqueles mesmos riscos; e, por fim, a criação de canais específicos de denúncia para reportar os comportamentos internos desconformes. Na sua implementação, existe uma prospeção dos comportamentos a ser adotados e as medidas internas concretas para todos os membros do ente coletivo, onde emerge, desde logo, o valor fundamental da formação e a criação de controlos internos. Em suma, será daqui que se mostra como mais relevante a afirmação da cultura empresarial de cumprimento. Por fim, o último ponto versa sobre uma capacidade interna reativa face a desconformidades internas (realizadas na organização, contra ou através da mesma), podendo ser adotados procedimentos de investigação interna ou um regime sancionatório. Por tudo, o programa deve ser constantemente avaliado e atualizado de forma a manter sempre uma dinâmica efetiva face às modificações da realidade interna e externa. (Rodrigues, 2019: p. 58-59) Para Bermejo e Palermo, um programa de *compliance* pode ser desconstruído em três momentos: o estabelecimento do programa; a sua implementação; e a verificação de funcionamento conforme aos trâmites estabelecidos. Na primeira fase, o departamento responsável pelo cumprimento normativo deve desenvolver os mecanismos internos dirigidos ao cumprimento da normatividade em vigor para prevenir práticas criminosas. Num segundo ponto, o departamento deve pugnar por uma execução efetiva do programa na organização empresarial, para que o mesmo seja cumprido pelos diversos membros da empresa, pugnando pelo estabelecimento da formação adequada para executarem em conformidade o dito programa. Por fim, temos a obrigação de um acompanhamento direto do departamento de *compliance* sobre os diversos membros da organização, a fim de identificar deficiências e reportar à administração os casos de incumprimento. (Bermejo & Palermo, 2013: p. 182)

⁸²⁶ Que, na sua génese, representa a base do paradigma de *compliance*. (Rotsch, 2015: p. 14-15)

⁸²⁷ Com este entendimento: Gómez-Jara Díez, 2006a: p. 77; Bermejo & Palermo, 2013: p. 177; Coca Vila, 2013: p. 61; Júnior & Medeiros, 2018: p. 135; Bastos, 2018: p. 228; Sousa, 2019: p. 124-126; Rodrigues, 2019: p. 57-58.

social perseguido, tamanho ou estrutura organizativa concreta⁸²⁸. No entanto, em alguns campos regulados, existe um apontar de determinados “alvos” a ser seguidos, como é o caso paradigmático da legislação preventiva do BC/FT, no qual é estabelecido um padrão mínimo obrigatório a ser seguido para evitar os riscos que podem advir das atividades internas da organização ou dos atos dos seus participantes (cfr. o capítulo 7). Embora não se possa dizer que estes mecanismos não correspondam, em sentido estrito, a um verdadeiro programa de *compliance*, uma vez que constituem um conjunto de adoção de procedimentos internos consistentes em institutos que devem ser representados pelas entidades obrigadas para evitar a sua instrumentalização para práticas de legitimação de vantagens com origem ilícita. No nosso entendimento, a projeção deste conjunto de medidas quando devidamente articuladas e aglutinadas num domínio interno concreto, podem dar contornos à forja daquele programa, representando uma aplicação efetiva daquelas medidas num sistema de controlo interno devidamente concretizado. Dentro deste conjunto de medidas, podem ser referidos como seus procedimentos estruturais comuns um conjunto de exemplos-padrão (com um maior desenvolvimento no capítulo 7, aqui realizando uma exposição sumária): a) análise dos riscos específicos da organização; b) criação de procedimentos para uma gestão de riscos relativamente às áreas funcionais, instituída por órgãos hierárquicos superiores, e geralmente dirigido por um *compliance officer* ou um departamento em concreto – devendo existir uma separação entre aquele setor específico e o conselho da administração, de modo a ser efetuada uma análise independente quanto à verificação do cumprimento com os objetivos, limites e requisitos previstos, naturalmente, com os necessários recursos para levar a cabo aquela função em consonância com o sentido eticamente fundante; c) monitorização interna quanto ao sistema de controlo de riscos, com a necessária intervenção interna de forma a permitir assegurar a conformidade dos procedimentos internos⁸²⁹, frequentemente realizada através de uma auditoria interna (ou outros *gatekeepers*⁸³⁰) para atingir uma governança devida; d) verificação dos relatórios produzidos pela função da gestão de riscos e instituição de uma formação específica; e) instituição de um sistema interno no qual se inclui um canal de comunicação e colaboração efetivo, em que as comunicações

⁸²⁸ O já citado sentido *tailor made* dos seus pressupostos. (Patrício, 2016: p. 105)

⁸²⁹ Neste sentido, Nieto Martín (2013: p. 24-25).

⁸³⁰ Assim salientados por: Nieto Martín, 2008: p. 8; Brito, 2014b: p. 80; Rodrigues, 2019: p. 60-

devem ser realizadas de forma anónima e confidencial de forma a evitar represálias, através do designado fenómeno do *whistleblower* da prática de uma atuação cívica corporativa, podendo mesmo ser internamente premiados os denunciantes⁸³¹; f) estatuir linhas comportamentais a serem seguidas, em certas ocasiões pré-concebidas no relacionamento empresarial, através de uma abordagem regulatória interna; g) instituição de medidas de controlo interno e externo; h) possibilidade de sancionamento de comportamentos desconformes aos programas de cumprimento normativo⁸³² – criando assim um *enforcement* sancionatório. Para além destas observações, deve ser realizado um acompanhamento firme do programa, nomeadamente da revisão, atualização e análise periódica sobre a efetividade dos procedimentos na sua realidade intrínseca. (Mendes, 2018: p. 17)

Como se vê, os procedimentos de *compliance* tradicionais comungam claramente das linhas normativas que foram desenvolvidas no âmbito material dos instrumentos preventivos e repressivos do branqueamento e financiamento de terrorismo. Foi partido deste âmbito que se desenvolveu a *compliance* como forma de resposta às novas exigências sociais, e, posteriormente, se alargou para outros domínios. Daí que se possa afirmar que estes aspetos estão umbilicalmente relacionados desde o momento do estabelecimento destas linhas jurídicas. Tendo em conta a íntima relação existente entre estas duas realidades, afigura-se que uma análise dos procedimentos específicos da *compliance* no domínio do branqueamento permite chegar a conclusões que também abrangem outras áreas de projeção desta realidade. Atualmente, a *compliance* é entendida como um mecanismo que não pode ser desconsiderado ao nível jurídico-científico. Desde logo, por representar um magnetismo jurídico, pela possibilidade de abranger de forma obrigatória vários setores de atividade. Depois, pela sua própria natureza, porque representa uma forma de prevenção das práticas criminosas e defesa do ente coletivo face a processos de natureza judicial, ao nível do direito administrativo sancionador ou penal. (Patrício, 2016: p. 104-105). Por fim, por corresponder a uma forma de promoção e reforço de uma cultura *sui generis* da organização, com reflexos ao nível das relações empresariais com a dinamização de entidades conforme à normatividade⁸³³.

⁸³¹ Cfr. para maiores desenvolvimentos: Nieto Martín, 2008: p. 7; Coca Vila, 2013: p. 59; Brito, 2014b: p. 80.

⁸³² Assim, Sieber (2008: p. 7ss) e Nieto Martín (2013: p. 33-35)

⁸³³ Desde logo, pense-se no caso de estabelecimento de relações negociais com empresas conhecidas no mercado por não seguir práticas legais.

A última reflexão aqui desenvolvida tem por núcleo identificador o conceito jurídico de *criminal compliance*⁸³⁴, correspondente à introdução de uma vertente de prevenção criminal quanto à materialização de diversos riscos em matérias específicas de criminalidade económica, como o âmbito do branqueamento de capitais⁸³⁵ e financiamento do terrorismo, para evitar a ocorrência e materialização de riscos penais das atividades da organização e dos comportamentos dos seus participantes, através da instituição dos procedimentos internos desenvolvidos ao nível da identificação e sancionamento⁸³⁶. Segundo Thomas Rotsch, a “(...) *criminal compliance comprende la totalidad de las medidas, necesarias ex ante y ex post no contrarias a derecho penal, normativas, institucionales y técnicas de una organización que están dirigidas a sus miembros, el Estado o el público, ya sea para a) minimizar preventivamente el riesgo de que mediante la organización o un miembro de la organización se cometa un delito de derecho penal económico relacionado con la organización contra el derecho interno o extranjero o que la correspondiente sospecha inicial de dicha comisión llegue a originarse, o b) represivamente aumentar las posibilidades de influenciar positivamente, en consenso con la autoridad en materia de persecución penal, la posibilidad de una sanción penal en sentido amplio y, con ello, finalmente c) aumentar el valor de la empresa*”. (Rotsch, 2015: p. 26) Parafraseando Teresa Quintela de Brito, na *criminal compliance* “(...) *pretende-se que a pessoa jurídica capte a mensagem pública (na forma de risco jurídico-penalmente relevante), reflecta sobre o que pode ou não suceder no exercício da sua atividade, e o transmita claramente aos seus membros*”. (Brito, 2018: p. 61) Estamos perante um axioma que auxilia as entidades empresariais na gestão dos riscos que podem advir da sua atividade, permitindo afirmar um ambiente corporativo que é projetado em toda a sua atividade. Por conseguinte, é aberto um novo sentido no direito penal clássico, uma vez que estes mecanismos se movem numa perspetiva preventiva, essencialmente *ex ante*, enquanto o direito penal tradicional se centrou historicamente, pelo menos até há pouco tempo, numa perspetiva mais marcadamente *ex post*, incidindo

⁸³⁴ Um conceito atribuído a Rotsch, embora, como o próprio autor refira, este tem uma abrangência mais ampla, situando-se mesmo num momento qualitativo anterior ao direito penal (até pela natureza deste como *ultima ratio*). (2012: p. 4)

⁸³⁵ Salientando a estreita correlação entre a *compliance* e o branqueamento de capitais, cfr. Nieto Martín (2008: p. 7ss) e Souza (2015: p. 118).

⁸³⁶ Para Rotsch é fundamental a conjugação deste binómio prevenção e repressão (2015: p. 19-21)

na análise de uma conduta ilícita, por ação ou omissão, contra um bem jurídico-penal, ou seja, tem o seu cerne de atuação depois da infração ter sido realizada.

E, como veremos mais detalhadamente nos capítulos seguintes, para se afirmar os efeitos da ética valorativa do cumprimento normativo é necessário que a sua instituição se reflita na dimensão organizativa, pois só assim se pode afirmar uma cultura própria da organização que se traduza na existência de um ambiente corporativo no qual são incorporados padrões elevados valorativos orientados para a condução das finalidades negociais e de convivência social. Em face desta realidade, este sistema de controlo interno deve ser afirmado de “cima para baixo” na dinâmica organizativa, ou seja, deve ser impulsionado pelo órgão de administração da empresa e propagado por toda a dimensão empresarial, através de uma estratificação sob os diversos departamentos e devidamente conhecida pelos vários membros da organização coletiva⁸³⁷. É com base no cumprimento normativo e na estratégia seguida em cada momento pelo órgão da administração executiva que se define as orientações para as políticas estruturais na gestão operacional. Ao qual cabe ainda a necessidade de supervisão e uma autorreflexão no interior da instituição quanto à avaliação de riscos para posteriores promoções de alterações que relevam para o objeto da comissão, assim se orientado as diversas variáveis para um cumprimento ético-valorativo que assegure a reputação externa e integridade interna da própria empresa.

Esta realidade acaba por originar um conjunto de questões jurídicas que se colocam quanto ao programa de cumprimento, ao nível da produção dos seus efeitos quanto à culpa da pessoa jurídica ou da própria prática criminosa. Ressalva Anabela Miranda Rodrigues, que, para vincular as entidades coletivas a uma regulação efetiva da sua atividade empresarial, o Estado emprega uma pressão assente na estratégia da *carrot and stick approach*, na qual as pessoas jurídicas são estimuladas a delinear e estabelecer programas de controlo interno, de forma a poder receber como “benesse” uma possível isenção ou atenuação da pena, que, como iremos ver nos próximos pontos deste trabalho, é o caso existente em vários ordenamentos jurídicos. (Rodrigues, 2019: p. 49-50) Porque o cumprimento dos mecanismos de *compliance* não é só um interesse da empresa para evitar os prejuízos resultantes de uma prática ilícita, mas também do próprio Estado na vertente mais global do sentido suprarreferido. (Rotsch, 2015: p. 21)

⁸³⁷ Cfr. Nieto Martín, 2008: p. 7; Rotsch, 2012: p. 6ss; Bastos, 2018: p. 226.

Entendemos que as medidas de cumprimento normativo são entendidas como um paradigma fundamental ao nível da definição da responsabilidade das pessoas coletivas⁸³⁸, ou seja ao nível do direito penal da empresa, pois, embora não se possa desvalorizar que lhe são dirigidas algumas limitações na ciência jurídica⁸³⁹, como veremos detalhadamente nos pontos seguintes, este desenvolve-se e conforma-se ao nível do direito penal liberal (assente na proporcionalidade e com sentido de *ultima ratio*, que comungamos)⁸⁴⁰. Só perante a concretização daqueles pontos específicos, que entendemos como a concretização mínima para se poder afirmar uma eficiente aplicação de um programa de cumprimento normativo, se pode afirmar a aplicação concreta, para que possa produzir efeitos ao nível da configuração penal. Pelo contrário, uma simples existência formal, mas sem uma verdadeira aplicação prática, corresponde apenas a uma simples “ilusão”, uma aparência de uma cultura organizativa, e que é totalmente redundante ao nível penal. Os programas de cumprimento normativo ao serem dirigidos para os líderes da organização em função do seu cargo de gestão e administração da pessoa jurídica, estabelecem uma especial obrigação de atuação para evitar resultados ilícitos, no âmbito do setor da sua competência, e tal axioma deverá ser configurado no domínio interno.

⁸³⁸ Seguindo este entendimento: Nieto Martín (2008: p. 14ss, 2013: p. 30).

⁸³⁹ Paulo de Sousa Mendes distingue determinados perigos ao nível da aplicação dos mecanismos de *compliance*. Desde logo, no âmbito de um grupo económico, poderá originar que as empresas que detenham um controlo acionista sobre outras, no caso de terem estabelecido um programa imperfeito ao nível do seu desenho ou aplicação, podem sofrer uma sanção mais vincada. Por outro lado, os programas de *compliance* podem ser entendidos como uma simples transladação das responsabilidades por parte dos líderes da organização quanto ao cumprimento normativo para um determinado responsável, o designado *head of compliance ou compliance officer*. Como último risco existe uma preocupação sobre justificação para uma intrusão íntima no dinamismo interno que projete uma ofensividade para os próprios direitos dos trabalhadores ao nível da execução de uma vistoria executiva rígida. (Mendes, 2018: p. 15ss) Rotsch enuncia outras críticas como a transferência da responsabilidade dos órgãos de direção para os subalternos; o segundo é a extrema dificuldade ao nível da própria concretização de um programa de cumprimento normativo, pois não lhe pode ser adstrito um domínio cognoscível perfeito para evitar totalmente práticas criminosas; e ao domínio da relação com os programas de *compliance* e a responsabilidade das pessoas jurídicas. (Rotsch, 2012: p. 5ss) Isto leva outros autores a enunciarem os casos em que os programas de cumprimento podem representar como um “íman” para transladar a responsabilidade penal dos líderes da pessoa coletiva para os subordinados a nível inferior (Busato, 2018b: p. 23ss), o caso do *risk shifting*, que não pode ser tolerado. (Nieto Martín, 2008: p. 8)

⁸⁴⁰ Neste sentido, Nieto Martín (2013: p. 26).

Ainda podemos referir que, embora os procedimentos de cumprimento normativo sejam principalmente vocacionados para a responsabilidade penal das pessoas coletivas, também podem conter relevância jurídica para auxiliar na atribuição da responsabilidade individual realizada no interior da empresa, como seja o domínio da teoria da instigação-autoria de Figueiredo Dias, permitindo uma densificação quanto aos deveres impostos aos membros de um ente coletivo evitando os casos da “*irresponsabilidade organizada*”, ou os casos da responsabilidade dos membros da cúpula da empresa⁸⁴¹. (Souza, 2015: p. 136-137) Tal realidade permite concretizar um fortalecimento da responsabilidade individual, através da instituição de uma estrutura organizativa mais “corporizada” na dimensão interna quanto a procedimentos de organização e vigilância dos seus membros (Martínez, 2017: p. 268), correspondendo um “*reflejo de la intención de la corporación*”, quanto à manutenção da sua atividade dentro das margens comportáveis do risco. (Gómez-Jara Díez, 2005: p. 255) Em que através da mesma se pode apontar que o ente coletivo demonstre o seu comprometimento com uma responsabilidade ético-social, relevando no enquadramento dos deveres de vigilância e controlo⁸⁴², em que se dinamiza o espaço funcional de controlo dos superiores sobre os seus subordinados, permitindo estabelecer procedimentos internos que comprovem o cumprimento desses deveres. Assim, demonstrando a cultura interna da empresa, de acordo com a sua estruturação e funcionalismo, permitindo aferir o grau de controlo, mas, que ressalva também na dimensão individual ao demonstrar a atribuição e poderes funcionais que cada sujeito tem na estrutura. Todavia, esta última temática extravasa o âmbito deste estudo.

Como vimos, o Estado através de uma promoção de meios regulatórios e de cumprimento normativo vem instituindo uma clara política de incentivos e promoção de medidas de cumprimento normativo para determinadas entidades privadas. A questão que

⁸⁴¹ A título exemplificativo podemos referir os casos onde uma pessoa coletiva opta pelo não estabelecimento de um programa de *compliance*, na medida que a lei expressamente o exija, em que se pode colocar a questão de atribuição de responsabilidade ao dirigente que omitiu tal comportamento. Nestes casos, pode colocar-se a questão se estamos perante uma posição de garantia? Outros casos serão aqueles em que o estabelecimento do programa permite personalizar uma distribuição da responsabilidade entre dirigentes, o responsável pelo cumprimento normativo interno, e os demais colaboradores. Pode o empregado responder como executor direto por ter o domínio da ação, o responsável pela *compliance* pode responder como autor por não ter cumprido de forma adequada as suas funções de supervisão ou vigilância, e o dirigente pode responder como autor por ter procedido a uma “delegação defeituosa” das funções ao autor responsável? (Souza, 2015: p. 140) Estas serão questões que iremos desenvolver no seu devido tempo.

⁸⁴² Cfr. também neste sentido, Coca Vila (2013: p. 66-67).

merece reflexão será quanto aos efeitos que a instituição destes procedimentos pode conter ao nível do nosso direito penal. Em que alguns autores consideram, na medida de comprovação do ilícito-típico coletivo, que a falha da organização é decorrente de o ente coletivo não ter executado um programa de cumprimento efetivo ou de o ter realizado de forma defeituosa. Para outros, o programa de cumprimento deverá ressaltar para o âmbito da culpa da pessoa coletiva, permitindo tal cumprimento demonstrar que a empresa representa um cidadão fiel ao Direito, orientando-se por uma postura de fidelidade normativa, e que aquela prática corresponde a um simples ato singular e inusitado. Será esta matéria que será desenvolvida nos próximos subcapítulos.

11.2 Algumas propostas legislativas em torno dos processos de compliance no direito comparado

Em face do que desenvolvemos nos diversos pontos anteriores, a realidade dos procedimentos de *compliance* encontra-se em clara expansão, com reflexos ao nível das medidas aprovadas em diversos ordenamentos jurídicos, do qual enunciámos quatro, que, ao nível da sua *lege data*, consagram estes vetores fundamentais e atribuí-lhes um conjunto de efeitos jurídicos ao nível da responsabilidade das pessoas coletivas, quanto aos critérios da imputação e culpa da pessoa jurídica.

11.2.1 O sistema de common law do Reino Unido

Iniciando esta análise por um ordenamento jurídico de *common law*, no domínio específico do setor financeiro e na matéria de prevenção da corrupção, foi instituído no *UK Bribery Act*, aprovado em 2010 no Reino Unido, um conjunto de medidas de cumprimento normativo. Este diploma veio estabelecer uma maior efetividade na prevenção e repressão dos crimes de corrupção, em linha com as obrigações internacionais assumidas pelo Reino Unido.

Quanto à matéria das pessoas coletivas desenvolve este diploma no seu artigo 7.º que as pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas por práticas corruptivas, realizadas por algum dos seus membros, em seu benefício ou nos casos em que o substrato organizativo tenha incumprido com as medidas de prevenção dos ilícitos de corrupção, quer por não ter consagrado um programa preventivo interno de práticas corruptivas, quer

quando o tenha realizado mas de forma deficiente para evitar aqueles atos criminosos. (Santana Vega, 2015: p. 2)

Estamos perante a afirmação de um compromisso ético dirigido para os entes coletivos, impulsionando uma cultura organizativa para as empresas do Reino Unido ou aquelas que atuem nessa mesma área geográfica, para eliminar as práticas de suborno, e mantendo uma prudente e sã gestão empresarial. (Santana Vega, 2015: p. 4-5) Um entendimento regulatório que apresenta como finalidade atingir uma vantagem competitiva das entidades coletivas no mercado, demonstrando seguimento da sua política económica de forma íntegra, não obstante o desfazamento representado pela conduta de suborno.

A referência específica aos processos de *compliance* está prevista no artigo 7.2 daquele diploma, aqui se instituindo a necessidade de o ente coletivo fundar procedimentos internos adequados para prevenir práticas corruptivas (ou seja, atuar sobre o risco de práticas corruptivas no seio da organização). Para tal, a lei atribui a possibilidade das pessoas jurídicas demonstrarem que executaram um procedimento interno idóneo para prevenir aquela prática criminosa por parte do sujeito particular, e que a cadência da prática do subordinado tenha ocorrido de forma singular iludindo aqueles freios preventivos. É o próprio normativo que correlaciona uma configuração da estrutura organizativa da empresa – no caso de esta ter aplicado uma devida estrutura organizativa e demonstrando concretamente essa realidade no processo penal –, para um “procedimento adequado”, na expressão legal, com o resultado a ser a que a pessoa jurídica não será responsabilizada penalmente pelo tipo legal de crime praticado. Todavia, a própria lei não concretiza no que consistem estes “procedimentos adequados”, acabando a sua corporização a ser realizada num guia conexo ao *Bribery Act* (materializando o disposto no artigo 9.º desta lei), onde são estatuídos um conjunto de procedimentos mínimos que devem estar verificados para que se possa falar em procedimentos adequados. Desde logo, é reconhecido que não existem mecanismos e procedimentos perfeitos para os entes coletivos seguirem, com capacidade de evitar todos os tipos de delitos de corrupção (limitando totalmente o risco de ocorrerem práticas do tipo legal de crime de corrupção). Concordando com Santana Vega, teremos sempre de olhar para a dimensão concreta e verificar se os procedimentos foram adequados para prevenir as práticas corruptivas, tendo em conta a qualidade do sujeito coletivo, atividade económico-financeira desempenhada, e a realidade envolvente aquando do momento da prática do crime – novamente, a ideia de uma construção interna singular face às características da

organização. Partindo deste procedimento, *ab initio* devem ser analisados os riscos internos e externos assumidos pela organização, e da forma como a criação de procedimentos de diligência se “ajustam” a tal realidade. A sua imposição deverá envolver os estratos superiores da pessoa jurídica, de forma a que se possa afirmar o desenvolvimento de uma cultura organizativa ampla e adequada para todo o ente coletivo, correspondendo a uma linha de perseguição das suas atividades económicas com seguimento de valores éticos próprios, e, especificamente, na qual esteja firmado um forte afastamento de práticas corruptivas. Será então pelo estabelecimento de uma dinâmica comunicativa, com dimensão interna e externa, que deverá assumir uma projeção total, podendo ser exteriorizada através de diversas metodologias, como sejam critérios específicos de seleção dos colaboradores, procedimentos frente a atos corruptivos, códigos de conduta, entre outros procedimentos similares. Não desvalorizando a necessidade de estabelecimento de procedimentos e mecanismos comunicativos internos, garantindo a anonimidade, para que os membros internos possam transmitir falhas na organização quanto a práticas corruptivas – o designado “*speak up*” –, e, naturalmente, desenhando uma adequada gestão interna após o conhecimento destas denúncias – ou seja, ter em conta o tratamento interno que será dado a estes procedimentos. Por um lado, temos a necessidade de dar o devido seguimento ao incumprimento interno, mas, para além disso, a exigibilidade para a realização interna de ajustes e melhorias sob a performance da organização. (Santana Vega, 2015: p. 19ss)

Da análise deste regime específico, podemos entender que o estabelecimento de procedimentos de *compliance* neste sistema de *common law* deve ser entendido como um dos meios – embora não o único – para evitar práticas corruptivas, seguindo-se aqui uma linha de um interesse público a salvaguardar. Estamos perante uma orientação marcadamente preventiva em diplomas com natureza criminal, em que, no caso de se verificar que o programa foi efetivamente dirigido para um cumprimento normativo e só por mero ardil (do agente individual) ele foi superado (por um membro interno da organização), é possível isentar de responsabilidade (civil e penal) o ente coletivo.

11.2.2 A reforma de 2015 do Código Penal Espanhol

A legislação espanhola foi, até há pouco tempo, contrária à possibilidade de fazer responder penalmente a pessoa coletiva. A mudança de paradigma só começou a ser desenhada a partir de 2003, com a Ley Orgánica 15/2003, passando a partir desse

momento, o CP espanhol a admitir a aplicação de sanções acessórias à pessoa coletiva (artigo 129.º do CP espanhol). Porém, sem que tal resultasse na afirmação de uma verdadeira responsabilidade criminal das pessoas coletivas. A “revolução” apenas ocorreu com a Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junho, com esta alteração legislativa a estabelecer a responsabilidade criminal das pessoas coletivas no artigo 31-bis do CP espanhol, mantendo nos seus artigos 128.º e 129.º as medidas acessórias sancionatórias agora para o caso de atuações criminosas realizadas através de entes empresariais, organizações ou outros grupos, que não estejam compreendidas na punição pelo artigo 31-bis por carecerem de personalidade jurídica. Tal como no nosso ordenamento jurídico, a opção legislativa foi no sentido da introdução de um *numerus clausus* nos crimes que lhes podem ser imputados – com especial relevância para o caso do crime de branqueamento p.p. no artigo 302.º do CP espanhol – e mantendo a autonomia entre a responsabilidade individual e coletiva. Optando o legislador espanhol pela instituição de um modelo de hetero-responsabilidade, na qual a responsabilidade irá operar com a identificação de interesses de conexão entre a atuação de um determinado sujeito individual e a pessoa coletiva, em linha com o desenvolvido no direito europeu (González Cussac, 2015: p. 107), especialmente com o nosso.

A posterior Ley Orgánica 1/2015, de 31 de março, veio incorporar no ordenamento jurídico espanhol a previsão específica do estabelecimento de um programa de cumprimento e prevenção de delitos por parte do ente coletivo. Em relação aos traços mais importantes desta alteração legislativa, a lei veio expressamente credibilizar as políticas de cumprimento, ao referenciar o estabelecimento dos procedimentos de controlo que devem ser aplicados pelas empresas para evitar o incumprimento dos deveres de supervisão, vigilância e controlo da atividade, bem como estabelecendo critérios de isenção da responsabilidade para as pessoas coletivas. A legislação instituiu para as pessoas coletivas obrigações de adoção de controlos internos com a finalidade de prevenir determinadas infrações. Estamos perante o reconhecimento legislativo da evolução do mundo globalizado, erigindo uma blindagem de procedimentos de governança global⁸⁴³.

⁸⁴³ Embora tal evolução seja alvo de diversas críticas, como podemos referir as dirigidas por Teresa Quintela de Brito da afirmação de uma vaga de “administrativização” da responsabilidade penal das pessoas coletivas, em que o ordenamento jurídico espanhol aquando reforma de 2015 é um exemplo. Considerando que estamos perante um modelo que se aproxima de uma “culpa por defeito de organização”, que converte o facto punível numa condição objetiva de punibilidade. (Brito, 2018: p. 74-75) A autora parte dos

Os critérios de imputação do facto criminoso às pessoas coletivas e equiparadas encontram-se no artigo 31-bis⁸⁴⁴, parágrafo 1, assentando numa dupla forma de

pergaminhos de influência que a lei administrativa italiana exerceu sobre a legislação espanhola (cfr. o ponto 11.2.3).

⁸⁴⁴ Artigo 31-bis: “1. *En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.*

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª. En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos: 1.º Identificarán las actividades en cuyo

imputação àqueles entes: a) os factos ilícitos que tenham sido cometidos em nome ou por conta das pessoas coletivas, em seu benefício direto ou indireto, por seus representantes legais ou por aqueles que atuando individualmente ou como integrante de um órgão, estão autorizados a tomar decisões em seu nome ou ostentam faculdades de organização e controlo dentro da mesma; b) ou os delitos cometidos, no exercício das atividades sociais e por conta ou benefício direto ou indireto das mesmas, por quem, estando submetido à autoridade das pessoas físicas anteriormente mencionadas, só puderam realizar os factos ilícitos pela existência de um incumprido grave por parte dos líderes daqueles deveres de supervisão, vigilância e controlo de sua atividade, atendidas às concretas circunstâncias do caso. Estamos assim perante dois critérios de imputação, um primeiro correspondente a uma atuação direta por parte dos órgãos ou os representantes com poder na organização; e o segundo por défice de vigilância e controlo daqueles líderes na atuação dos seus subordinados. Na verdade, estamos perante um regime de imputação que se diferencia muito pouca da solução adotada pelo legislador português⁸⁴⁵.

A maior inovação desta lei acaba por ser no sentido de densificar um conjunto de procedimentos e os seus respetivos efeitos sobre a responsabilidade das pessoas coletivas. Neste sentido, o legislador espanhol adotando um regime diferenciado para a isenção da

ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.”

⁸⁴⁵ Nestes termos é preciso atender às conclusões da Circular 1/2016, *sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal*: “La LO 1/2015 mantiene el fundamento esencial de atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica de tipo vicarial o por representación en las letras a) y b) del art. 31 bis 1º. Ambos títulos de imputación exigen, como antes de la reforma, la previa comisión de un delito por una persona física en las concretas circunstancias que se establecen. (...) No obstante, la reforma avanza en el reconocimiento de la responsabilidad autónoma de la persona jurídica por medio de la regulación de los programas de organización y gestión, a los que atribuye valor eximente bajo determinadas condiciones”. (Circular 1/2016, *sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal*, p. 58ss)

responsabilidade da pessoa coletiva, um para os delitos que tenham sido cometidos pelos seus administradores ou dirigentes e outro para os delitos cometidos pelos seus subordinados em virtude da existência de uma violação dos deveres de controlo e vigilância por parte dos líderes da organização.

Assim, dispõe o artigo 31-bis parágrafo 2, a possibilidade da isenção da responsabilidade pela atuação dos órgãos de poder, quando estiverem verificadas determinadas condições, designadamente: a) quando o órgão de administração tiver aplicado e executado com eficácia, em momento anterior do delito, modelos de organização e gestão que incorporam medidas de vigilância e controlo adequados para prevenir os delitos da mesma natureza do cometido ou para reduzir significativamente o risco de seu cometimento; b) no caso da supervisão do funcionamento e do cumprimento do modelo de prevenção implantado quando tiver sido confiada a um órgão da pessoa jurídica com autonomia e controlo ou que lhe tenha sido dirigida a função de supervisionar a eficácia dos controles internos da pessoa jurídica; c) os autores individuais que tenham cometido o delito fizeram-no de forma a ilidir os modelos de organização e prevenção previamente instituídos; e d) não tenha existido omissão ou cumprimento deficiente das suas funções de supervisão, vigilância e controle. Para beneficiar desta isenção é necessário estabelecer um devido sistema interno de prevenção da criminalidade, sendo que no caso de algum destes requisitos tiver sido cumprido apenas de forma parcial estaremos perante uma diminuição da pena aplicada, considerando-se que a culpa do ente é mais reduzida.

O artigo 31-bis parágrafo 4 estabelece a isenção de pena, agora no caso de deficiências de vigilância que permitiram aos subordinados a comissão de um crime. Abre-se aqui o escopo dos procedimentos de *compliance*, aplicado em momento anterior à prática do delito, que deve ter adotado e aplicado de forma eficaz num modelo organizativo idóneo para a prevenção de delitos da mesma natureza dos cometidos, ou, pelo menos, que tenha reduzido de forma significativa o risco do seu cometimento. Também com a ressalva de que havendo um cumprimento parcial por parte da organização tal resultar uma diminuição da pena aplicada.

A questão sempre controversa é quanto ao que deve constituir o sistema de prevenção jurídico-penal dentro da empresa segundo o disposto no ordenamento jurídico espanhol? Primeiro, deve existir uma apreciação sobre os riscos que podem ressaltar da atividade da empresa e a favor da mesma. Esta deverá ser realizada partindo de uma “probabilidade abstrata” da projeção de atos criminosos (porque se fosse uma projeção

concreta, significaria que o ente coletivo, desde logo, deveria “eliminar” essa deficiência), incidindo sobre o concreto substrato empresarial e seu dinamismo, para depois desenhar um “sistema de controlo” efetivo. Porque, como refere Lascurain Sánchez, existem duas dimensões de risco: os riscos estruturais que são transversais a todas as empresas (v.g. os crimes tributários); e os riscos conjunturais emanados pela concreta atividade económica desenvolvida pelo ente coletivo. Com efeito, podendo o ente coletivo estabelecer estratégias preventivas racionais para os evitar, através de uma distribuição equitativa das suas capacidades para atingir essa finalidade. (Lascurain Sánchez, 2015: p. 106) Segundo Souto, a gestão do risco através da avaliação e monitorização conseguida pelo estabelecimento de programas de cumprimento normativo para a determinação da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas não se basta com a simples instituição de um protocolo de boas práticas internas, para que possa existir a exclusão da sua responsabilidade. O alinhamento do artigo 31-bis, números 2 e 4, é claro, para que as pessoas jurídicas beneficiem de uma isenção da sua responsabilidade é obrigatório que adotem e executem de forma eficiente um modelo organizativo interno adequado e proporcional para prevenção ou redução do risco da comissão do facto ilícito. (Souto, 2017: p. 25-26) É transparente o propósito de o putativo programa de cumprimento normativo constituir uma concretização efetiva e adequada para que verdadeiramente resultem efeitos preventivos de delitos, não sendo suficiente uma mera existência formal de um conjunto de medidas desajustadas ou aplicadas de forma deficiente, mas sim uma clara vigência material como forma de configurar o substrato coletivo.

Este artigo vai ainda mais longe, uma vez que a lei espanhola refere mesmo a instituição de determinadas medidas que devem ser tidas em conta para a conversão num efetivo programa de *compliance* e a necessidade da instituição de um órgão de supervisão dedicado ao funcionamento e cumprimento do modelo de prevenção (abrindo aqui o espectro de um *compliance officer*). Este último deverá corresponder a um órgão específico para supervisionar e coordenar o cumprimento destas obrigações preventivas⁸⁴⁶, com poderes funcionais delegados pelo conselho de administração. Por conseguinte, a este órgão devem ser adstritos poderes autónomos quanto à instituição das medidas e controlo interno. (Lascurain Sánchez, 2015: p. 112-113) Estas medidas estão

⁸⁴⁶ Com a ressalva, segundo o artigo 31-bis parágrafo 3, que no caso dos entes coletivos com menor capacidade organizativa (pequena e média dimensão) podem tais funções ser exercidas pelo seu órgão de administração. Uma vertente entendia também no domínio da legislação preventiva do branqueamento.

estabelecidas no artigo 31-bis parágrafo 5, incorporando um conjunto de elementos: a identificação de atividades com elevado risco penal; a adequação do modelo quanto à medida dos protocolos de decisão da pessoa jurídica sindicado neste programa; a gestão dos recursos deve ser adequado à previsão de delitos; instituição de deveres de informação quanto aos órgãos de vigilância; introdução de um sistema sancionatório interno pela desconformidade de procedimentos; atualização periódica do próprio modelo, especialmente quando existam metodologias revelantes, ou quando ocorram mudanças importantes das organizações. Este sistema deve estar incorporado num determinado código ético, ser ao nível interno devidamente seguido, e deve representar uma cultura própria da empresa e dos seus diversos membros⁸⁴⁷. Na qual deverá estar incluído a construção de canais de denúncia pelo departamento encarregado da *compliance*, de forma a serem comunicados possíveis riscos e incumprimentos internos, mas garantindo sempre a confidencialidade de quem denuncie com boa-fé⁸⁴⁸. (Lascurain Sánchez, 2015: p. 108-110)

O Código Penal Espanhol vai ainda mais longe ao estabelecer no seu artigo 31-quater⁸⁴⁹, um conjunto de circunstâncias atenuantes da responsabilidade penal do ente coletivo, em momento posterior à prática do tipo legal. Com maior particularidade mostra-se a alínea d), considerando-se como atenuante a aplicação de um programa de cumprimento normativo após a prática do delito, mas anteriormente ao início do juízo

⁸⁴⁷ O autor faz aqui um paralelismo com a prevenção geral positiva, “(...) *unas normas penales justas y que se hacen valer, un sistema penal decente y vigente, hace que los ciudadanos se sientan orgullosos de cotener a su sociedad y que estén dispuestos a observar las normas*”. (Lascurain Sánchez, 2015: p. 108)

⁸⁴⁸ A exigência de um dever de denúncia causa algumas questões no ordenamento jurídico espanhol, principalmente por confrontar com o segredo profissional aquando dos processos de denúncia. O autor acaba por rejeitar este dever geral. (Lascurain Sánchez, 2015: p. 112)

⁸⁴⁹ Artículo 31 quater: 1. “*Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades; b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos; c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito; d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*”.

oral, de forma àqueles procedimentos internos ressalvarem para a prevenção de futuras práticas ilícitas dentro do ente coletivo. Neste caso, a pessoa jurídica irá demonstrar que, após a prática criminosa, teve um fundamental interesse próprio a instituir procedimentos (que, naturalmente, deverão ser eficazes e efetivos) para evitar futuras desconformidades internas. Teve assim uma conduta após o cometimento do crime de “voltar” a seguir uma política empresarial em conformidade legislativa, e que será considerado uma circunstância atenuante – diga-se não ser mais do que a ideia fundamental que está subjacente ao artigo 71.º, número 2, alínea e) do CP português, para o agente individual.

Por todo o exposto, temos aqui uma linha legislativa a admitir expressamente a *compliance* como um mecanismo com relevância no substrato organizacional, numa clara vertente preventiva, tanto no momento anterior à comissão do delito, como, nos casos em que o delito tenha sido cometido, à contribuição para a descoberta da verdade material ao colaborar com a identificação e reporte ou a implementação destas medidas para prevenir delitos futuros. Assim, nos casos em que a empresa tenha demonstrado que adotou todos os meios que lhe podem ser exigidos para prevenir o cometimento do delito por um membro da organização, representado pela efetivação de um programa de cumprimento normativo, poderá ser isenta de pena ou, no mínimo, ver esta atenuada. Com a ressalva, das pessoas coletivas deverem conter um fundamento organizativo-material suficiente para que possam ser alvo da aplicação deste regime (Circular 1/2016, *sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal*, p. 60-61). Aludindo ao caso específico do branqueamento, o disposto dos procedimentos de *compliance* só será aplicável às pessoas jurídicas que operem uma atividade coletiva idónea no mercado e que podem ser envolvidas em operações branqueadoras de modo accidental (tendo em conta o seu planeamento social), ou através de um condicionalismo das suas atividades, o que será conseguido através de uma mistura entre fundos lícitos e ilícitos para mascarar a real proveniência. Porém, outro será o caso daquelas pessoas coletivas onde a atividade ilegal de branqueamento supere largamente o prosseguimento da atividade legal, acabando esta segunda vertente por constituir uma prática meramente residual e acessória para mascarar a atividade criminosa. Este será o caso das sociedades de fachada e “espantalho”, onde já não se mostra como possível aplicar estes mecanismos específicos da *compliance*, porque, neste caso, não estaremos perante um verdadeiro substrato organizativo, mas sim perante a criação de uma simples camuflagem para servir, quer como uma forma de dissimulação do proprietário ou das atividades desenvolvidas, quer para evadir consequências penais, aplicando-se o disposto no artigo 129.º do CP

espanhol, que corresponde a um regime sancionatório diferenciado face aos casos suprarreferidos, e devendo-se socorrer do instituto jurídico do “levantamento do véu” corporativo. Também a doutrina espanhola considera que nos casos de inexistir nas pessoas jurídicas uma estrita identificação entre o administrador e sociedade, ou seja onde não é possível individualizar uma vontade diferenciada entre ambos, não é possível a aplicação deste instituto, só se podendo imputar uma responsabilidade individual sob pena de ocorrer uma dupla punição, que seria inconstitucional. (Souto, 2017: p. 31)

Das indicações estabelecidas pela legislação espanhola⁸⁵⁰, é permitido recolher determinados sinais que podem ser transportados para o nosso trabalho, como uma vertente relevante que pode ser alargada para a legislação portuguesa. Isto porque a legislação espanhola apresenta um conjunto de características muito importantes para um entendimento português. Desde logo, por corresponder a um sistema jurídico romano-germânico que admite a aplicação de mecanismos de *compliance* ao nível da responsabilidade criminal das pessoas coletivas. Bem como um conjunto de pressupostos quanto ao seu próprio desenvolvimento, que permite atender à própria natureza dos mecanismos exigidos pela regulamentação espanhola; a existência de procedimentos que materializem o modo de formação da vontade da pessoa coletiva e das decisões dentro da organização interna para obstar ao cometimento de factos criminosos; instituição de linhas internas de comunicação de riscos; sancionamento disciplinar interno proporcional para o incumprimento das linhas seguidas pelo modelo de cumprimento adotado; avaliação periódica do modelo e respetiva efetivação, desde que enquadrado nas vicissitudes da pessoa coletiva.

⁸⁵⁰ Neste escopo, também podemos citar o ordenamento jurídico chileno que adotou um modelo muito similar ao da legislação espanhola, na ley n.º 20.393/2009 (Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho que Indica). De acordo com o disposto no artigo 3.º (atribución de responsabilidad penal): “*Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1º que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión. (...) Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementados modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.*”

11.2.3 Decreto Legislativo Italiano n.º 231/2001, de 8 de junho

De acordo com as ideias já anteriormente desenvolvidas, o ordenamento jurídico italiano sempre pugnou por um sentido de rejeição da responsabilidade penal das pessoas coletivas, em virtude do artigo 27.º da Constituição Italiana expressamente apenas admitir a responsabilidade penal de uma pessoa singular. Todavia, face às obrigações internacionais que se projetaram sobre esta jurisdição, bem como as próprias necessidades político-criminais em linha com o desenvolvimento empresarial, não foi possível para o legislador se manter numa posição imóvel quanto ao reconhecimento sancionatório das pessoas coletivas.

A solução foi o Decreto Legislativo n.º 231/2001, de 8 de junho, que veio possibilitar o sancionamento das pessoas jurídicas, mas a um questionável título “administrativo”. Isto porque o ilícito imputado à pessoa jurídica é qualificado formal e literalmente como uma responsabilidade administrativa (“*amministrativa*”), mas acaba por se aproximar de um enquadramento de imputação e de garantias mais vocacionado para o sistema penal⁸⁵¹.

No artigo 5.^º⁸⁵² são estabelecidos os critérios de imputação dos factos ilícitos à pessoa jurídica. Nos termos do seu número 1, alínea a), são imputáveis os factos que tenham sido cometidos por pessoas singulares que desempenhem função de representação, administração, direção, ou de uma sua unidade orgânica desde que carregada de autonomia financeira e funcional, ou exerçam de facto a gestão e controlo na entidade organizacional com autonomia financeira e funcional. Já nos casos da alínea b), a pessoa jurídica irá responder quando o facto ilícito é realizado por uma pessoa subordinada à direção e supervisão das pessoas mencionadas nos termos da alínea anterior. Para tal o facto deve ter sido cometido no interesse da organização ou tenham resultado vantagens para esse mesmo ente. Apesar de o ente coletivo não ser

⁸⁵¹ Originando um debate sobre se estamos verdadeiramente perante uma responsabilidade administrativa, criminal ou um modelo misto. Veja-se num sentido mais desenvolvido sobre esta questão, Sousa (2019: p. 86).

⁸⁵² Segundo o artigo 5.º “*Responsabilita' dell'ente: 1. L'ente e' responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unita' organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonche' da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a).* 2. *L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi*”.

responsabilizado se as pessoas suprarreferidas tiverem atuado no seu interesse exclusivo ou de terceiros (número 2 do respetivo artigo).

Em relação à correlação entre o facto cometido e as medidas de *compliance*, estabelece o artigo 6.^o⁸⁵³, que quando o facto for cometido no interesse ou no benefício de uma pessoa jurídica por um sujeito funcionalmente qualificado nos termos do artigo anterior, a pessoa jurídica não responderá em quatro casos particulares: quando o órgão dirigente tiver estabelecido e eficazmente implementado, em momento anterior à comissão do delito, modelos de organização e gestão idóneos a prevenir delitos da mesma natureza do cometido; quando os responsáveis tenham cumprido a sua função de vigiar o fundamento e observância do modelo e de cuidar da sua atualização a um organismo dotado de autónomos poderes de iniciativa e de controlo; o sujeito singular tiver cometido o facto iludindo fraudulentamente os modelos de organização e gestão aplicados; e não tiver sido omitida a vigilância do organismo de controlo, revisão e atualização. Mas recaindo o ónus da prova sobre a aplicação de um programa normativo específico sobre o ente coletivo. Neste sentido, quando estejam verificados todos estes requisitos, e desde

⁸⁵³ Dispõe o artigo 6.º: “*Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente: 1. Se il reato e' stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento e' stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi e' stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).* 2. *In relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, i modelli di cui alla lettera a), del comma 1, devono rispondere alle seguenti esigenze: a) individuare le attivita' nel cui ambito possono essere commessi reati; b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire; c) individuare modalita' di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.* 3. *I modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, puo' formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneita' dei modelli a prevenire i reati.* 4. *Negli enti di piccole dimensioni i compiti indicati nella lettera b), del comma 1, possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente.* 5. *E' comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente”.*

que o programa seja efetivo e eficaz face à realidade concreta, será excluída a imputação da pessoa jurídica pelo ilícito típico.

Uma decisão paradigmática foi o caso *Impregilo* (*Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2013 (dep. 30 gennaio 2014), n. 4677, Pres. Ferrua, Rel. Fumo, ric. Impregilo SpA*), em que a *Corte di Cassazione* italiana concretizou a definição de “*elusione fraudolenta*” do modelo de organização, gestão e controlo do ente coletivo que deve ser idoneamente e adequadamente aplicado. Segundo o caso, fazendo uma retrospeção temporal, o Tribunal de Milão, através de uma sentença de 2012, tinha absolvido a empresa arguida por considerar que o seu programa de cumprimento era eficaz para prevenção do crime imputado de manipulação do mercado que teria sido cometido pelos seus dirigentes – o sistema de controlo aplicado pela entidade empresarial estava sustentado num procedimento de supervisão de toda a informação revelada ao mercado por parte de uma comissão interna. De acordo com o douto Tribunal, este sistema era suficiente para uma efetiva vigilância interna na organização, mostrando-se como idóneo para excluir a imputação à pessoa coletiva do crime em questão. Porém, desta decisão houve um recurso para a *Corte di Cassazione*, com este tribunal a considerar que para beneficiar da exclusão da imputação da pessoa coletiva é necessária uma ilusão fraudulenta de um controlo interno da organização por parte do autor singular (neste caso um diretor da organização), para a prática do crime em questão. Não é suficiente para beneficiar daquela isenção que o ente coletivo demostre uma violação de deveres que eram atribuídos aos líderes funcionais das empresas, mas sim que o programa efetivo de *compliance* seja “burlado” por aqueles, pois só esta atuação fraudulenta permite sustentar a absolvição da pessoa coletiva.

O posicionamento da lei é ainda diferente quando o agente seja uma pessoa sujeita à direção ou vigilância de um representante ou dirigente, dispondo o artigo 7.^o⁸⁵⁴, número

⁸⁵⁴ Segundo o artigo 7.º: “*Soggetti sottoposti all'altrui direzione e modelli di organizzazione dell'ente: 1. Nel caso previsto dall'articolo 5, comma 1, lettera b), l'ente e' responsabile se la commissione del reato e' stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza. 2. In ogni caso, e' esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi. 3. Il modello prevede, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonche' al tipo di attivita' svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attivita' nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio. 4. L'efficace attuazione del modello richiede: a) una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono*

2, que a deficiência de cumprimento da obrigação de direção e vigilância é excluída quando a pessoa jurídica tiver, em momento anterior à infração, implementado eficazmente um modelo de organização, gestão ou controlo, para prevenção de infrações daquela natureza.

Este último ponto é de elevada importância no nosso trabalho, pois estamos perante a consagração de um programa de cumprimento normativo que exclui a possibilidade da pessoa jurídica ser responsabilizada (embora no domínio administrativo). Para além disso, este instrumento legislativo estabelece os principais vetores que devem ser instituídos como conteúdo material destes programas, para que os mesmos sejam qualificados como eficazes, e tenham a possibilidade jurídico-penal de excluir a possibilidade de a empresa responder nos termos do disposto neste artigo. E, como já vimos, exerceu uma forte influência sobre a legislação espanhola. Paralelamente são admitidas estas medidas como atenuantes das sanções pecuniárias nos termos do artigo 12.º da mesma lei.

11.2.4 O enquadramento jurídico na legislação brasileira

Também no ordenamento jurídico brasileiro foram instituídos um conjunto de diplomas que vieram atribuir um maior dinamismo quanto aos efeitos de *compliance* em várias matérias jurídicas. Aqui podemos referir um conjunto de diplomas, composto pelas seguintes leis: n.º 12.529/2011 de 30 de novembro (que estabelece a prevenção e repressão das infrações contra a ordem económica); a lei n.º 12.683/2012, de 9 de julho⁸⁵⁵

scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività'; b) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello".

⁸⁵⁵ A Lei 12.683/2012, de 9 de julho de 2012, veio alterar a anterior Lei 9.613/98, de 3 de março, para tornar mais eficiente a perseguição penal dos crimes de branqueamento de capitais, passando a admitir a possibilidade de punição por dolo eventual. Ao nível do tipo objetivo, a legislação brasileira estabelece as três condutas de branqueamento adotadas ao nível da Convenção de Viena, situação que foi mantida com a revisão de 2012 que, no entanto, veio a admitir no catálogo de crimes precedentes todos os ilícitos, aqui se admitindo tanto os crimes como contravenções penais. Na matéria que aqui nos interessa, esta lei veio, nos termos do seu artigo 10.º, ponto III, estabelecer para as entidades que operam em determinados setores (entidades descritas no artigo 9.º da mesma lei) um conjunto de “políticas, procedimentos e controles internos” para cumprimento das obrigações previstas na lei, os quais devem ser seguidos sob pena de responsabilização administrativa. Estamos perante a edição de normas de *due diligence*, cabendo para as

(Lei de lavagem de dinheiro); e lei n.º 12.846/2013, de 1 de agosto (a designada lei anticorrupção). Da análise destas leis, pode-se referir uma nova estratégia preventiva assentando em deveres de fiscalização, incentivos à denúncia de infrações, e possibilidade de estabelecimento de medidas de atenuação ou extinção da punibilidade dos agentes criminosos envolvidos na criminalidade económica.

Mas o mais particular instrumento legislativo neste domínio do cumprimento normativo acaba por constituir a lei 12.846/2013, de 1 de agosto. Esta versa sobre a positivação da punição administrativa e civil das pessoas jurídicas que tenham sido praticados contra a administração pública, de forma direta ou indireta, nacional ou estrangeira. A esta lei podemos estabelecer as anteriores considerações que deixamos expressas quanto ao ordenamento jurídico italiano, porque embora a lei pretenda desenvolver um sentido principal de uma responsabilidade administrativa para a pessoa jurídica (através do direito administrativo sancionador) – até por admitir a responsabilidade objetiva, isto é, uma responsabilidade sem culpa –, acaba por ter uma tendência de aproximação material de medidas com natureza penal, quanto a alguns dos seus institutos e efeitos. Afinal, uma reflexão, igualmente, derivada da própria lei fundamental ser restrita quanto à responsabilidade das pessoas coletivas ou equiparada, neste caso com a diferença que a Constituição brasileira admite que as pessoas jurídicas respondam só para os casos dos crimes ambientais – artigo 225.º, parágrafo 3 da lei fundamental⁸⁵⁶ – o que, inevitavelmente, conduz a diversas dificuldades dogmáticas na imposição de sanções às pessoas coletivas.

A legislação, com uma vertente marcadamente preventiva, no seu disposto no artigo 7.^o⁸⁵⁷, inciso VIII, faz a formulação específica dos programas de cumprimento

autoridades setoriais competentes a verificação do cumprimento destes procedimentos (que se foram alargando a partir das entidades bancárias) quando se confrontem com operações consideradas como atípicas ou suspeitas.

⁸⁵⁶ Que veio a ser concretizada no disposto no artigo 3.º da lei 9.605/98 quanto aos crimes ambientais, consagrando um modelo de hetero-responsabilidade do ente coletivo. Para maiores desenvolvimentos sobre a legislação brasileira, ver Lois (2015: p. 210).

⁸⁵⁷ Segundo o artigo 7.º desta lei, “*serão levados em consideração na aplicação das sanções: I - a gravidade da infração; II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; III - a consumação ou não da infração; IV - o grau de lesão ou perigo de lesão; V - o efeito negativo produzido pela infração; VI - a situação económica do infrator; VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; IX -*

normativo, possibilitando que esta realidade possa ser levada em linha de conta na aplicação da sanção. Todavia, esta apresenta um carácter demasiado indefinido quanto aos elementos que vão ser associados na criação de mecanismos deste tipo. Estes parâmetros da avaliação dos mecanismos de integridade acabaram por ser regulados dois anos depois por intermédio do Decreto Federal n.º 8.420, de 18 de março de 2015⁸⁵⁸. A ideia

o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e X - (VETADO). Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal”.

⁸⁵⁸ Com maior importância é o capítulo IV desta lei (“do programa de integridade”). “Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV -

fundamental subjacente a este diploma é o dever das pessoas jurídicas evitar comportamentos ilícitos dos seus membros individuais. O disposto neste artigo permite entender que, para fins de estabelecimento da sanção à pessoa jurídica, deve ser avaliada a adoção de medidas de *compliance*, permitindo mesmo admitir os designados “*acordos de leniência*”⁸⁵⁹.

verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos. § 1º Na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, serão considerados o porte e especificidades da pessoa jurídica, tais como: I - a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores; II - a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores; III - a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais; IV - o setor do mercado em que atua; V - os países em que atua, direta ou indiretamente; VI - o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; VII - a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; e VIII - o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte. § 2º A efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o caput. § 3º Na avaliação de microempresas e empresas de pequeno porte, serão reduzidas as formalidades dos parâmetros previstos neste artigo, não se exigindo, especificamente, os incisos III, V, IX, X, XIII, XIV e XV do caput. § 4º Caberá ao Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União expedir orientações, normas e procedimentos complementares referentes à avaliação do programa de integridade de que trata este Capítulo. § 5º A redução dos parâmetros de avaliação para as microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o § 3º poderá ser objeto de regulamentação por ato conjunto do Ministro de Estado Chefe da Secretaria da Micro e Pequena Empresa e do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União.”

⁸⁵⁹ Estes correspondem à faculdade da pessoa jurídica, que tenha cometido uma infração nos termos desta lei, celebrar acordos com as autoridades estatais, com a “contraprestação” de facultar informações e documentos comprovativos da infração, e, no caso de haver outros sujeitos (individuais) envolvidos, também os deve identificar. (Souza, 2015: p. 133) A própria lei estabelece um conjunto de pressupostos para a celebração destes acordos: que deve partir da pessoa coletiva o desejo de contribuir e colaborar com a investigação; deve a mesma suspender qualquer envolvimento numa prática criminosa aquando da celebração do acordo; deve reconhecer a sua culpa na infração e cooperar com todo o processo de investigação. Desde que seja cumprido este acordo, a pessoa jurídica irá beneficiar da isenção de determinadas penas (cfr. artigo 16.º do diploma). Os programas de cumprimento podem ser acervados no núcleo deste procedimento, estabelecendo neste acordo um prosseguimento de política empresarial conforme o regime normativo, representando assim um esforço do próprio ente coletivo.

Em conclusão, o ordenamento jurídico brasileiro admite a relevância do cumprimento normativo em torno de dois regimes legais, com uma diferenciação entre eles, pois a lei de lavagem de dinheiro estabelece a obrigatoriedade do estabelecimento de programas de cumprimento, enquanto a lei anticorrupção admite a criação destes processos como facultativos, embora premiando quem os estabelece e aplica concretamente de forma eficaz. Diferenciação que entendemos ser consequente da materialidade e formalismo inerente aos dois regimes. Porque as normas dirigidas para evitar práticas branqueadoras são dirigidas a entidades específicas – como na lei portuguesa – em setores relevantes, o que pressupõe uma maior coesão normativa. No segundo caso, estamos perante um regime em geral aplicável ao mercado económico para evitar práticas criminosas, uma dimensão mais abstrata. Seja como for, estamos perante efeitos relevantes ainda ao nível do direito administrativo, em linha com a legislação italiana.

11.3 Efeitos jurídico-penais dos programas de compliance na responsabilidade penal das pessoas coletivas do direito penal português

De acordo com o supra afirmado, existe uma tendência clara na legislação internacional para impulsionar a implementação de medidas de cumprimento, para os quais se pode afirmar um conjunto de elementos gerais que devem ser contidos para uma devida efetividade e concretização interna. Um sentido que vem sendo absorvido por diversos ordenamentos jurídicos, embora tal não apague a ainda existente variabilidade quanto à sua inserção concreta e respetivos efeitos.

Como se viu no ponto específico deste trabalho, o ordenamento jurídico português ao nível do regime preventivo do BC/FT atribui relevância às medidas de cumprimento normativo. Porém, só prescreve a necessidade de estabelecimento normativo de medidas de *compliance* no âmbito da legislação do branqueamento com força obrigatória para determinadas entidades específicas. Ou seja, pela natureza assumida por determinadas instituições, mais sujeitas a serem envolvidas em práticas criminosas, o legislador constitui um especial dever de cuidado para estas pessoas jurídicas ou equiparadas.

Como refere Costa, o programa de cumprimento normativo deve constituir um pilar fundamental de boas práticas empresariais com a finalidade de limitar o risco da projeção de atos ilícitos que possam acionar a responsabilidade da pessoa coletiva. Este deverá constituir uma realidade agregadora e amplamente projetada para todos os

departamentos da organização, demonstrando uma vontade da pessoa jurídica centrada num “*dever-ser normativo*”, onde claramente estarão incluídas (e constituirão o seu núcleo fundamental) as medidas de cumprimento normativo da prevenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo. (Costa, 2018: p. 330) Assim, pode ser afirmado que as medidas de *compliance* vão ser agregadas num “bolo” mais amplo dirigido para conformação identitária da pessoa jurídica. O programa deve, figurativamente, ser considerado como uma espécie de “coração” que bombeia para toda a organização os princípios valorativos que lhe são intrínsecos, através do estabelecimento de uma instrução sobre as normas e procedimentos de organização, e focando o agir em linha com os procedimentos recomendados com natureza idónea, dessa forma modelando e demonstrando a atividade e política coletiva em conformidade com o Direito.

Todavia, na lei portuguesa, de forma diversa dos ordenamentos jurídicos anteriormente analisados, não é previsto qualquer procedimento específico que exclua a responsabilidade da pessoa coletiva nos casos em que esta tenha instituído e executado adequadamente um modelo de organização e gestão do risco ou que diminua a sua responsabilidade. Como é sabido, apenas vem o número 6 do artigo 11.º do CP (no mesmo sentido encontramos o artigo 162.º do regime preventivo do BC/FT) excluir a responsabilidade das pessoas coletivas e entidades equiparadas no caso de o agente singular ter atuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito. Por conseguinte, o ditame normativo faz questionar se é possível atender os efeitos na *compliance* no domínio do direito penal? Seja para reduzir a sanção do ente coletivo? Ou mesmo para excluir a sua responsabilidade? Tendo em conta esta interrogação, levanta-se então a questão dos efeitos da *compliance*, quando tenha sido criado e executado um programa de cumprimento normativo de forma eficaz e eficiente, no domínio do direito interno. É sobre esta questão que iremos incidir a nossa análise, nomeadamente se os mecanismos de *compliance* podem ser entendidos como “instruções expressas de quem de direito” nos ditames legais?

As observações anteriores deixam antever que a implementação de um programa de *compliance* terá maior relevo nos ordenamentos jurídicos que apliquem um modelo de responsabilidade e culpabilidade de auto-responsabilidade das pessoas coletivas⁸⁶⁰,

⁸⁶⁰ Salientando este ponto: Sousa (2019: p. 128) e Rodrigues (2019: p. 66). Nas palavras desta última autora, existirá uma imputação criminal porque “(...) a empresa não se preocupou suficientemente

porque a imputação jurídica parte completamente do ente coletivo. Em que se relaciona o estabelecimento do programa normativo como uma forma de auto-organização interna que seja devidamente dirigida na prevenção e identificação de factos delativos, existindo uma demonstração de um sentido concreto organizativo de prevenção de infrações. Esta permite demarcar a imputação à pessoa coletiva ou equiparada quando os agentes singulares tenham iludido aquele sistema, só podendo a infração ser imputada à pessoa singular que cometeu o facto. Por outro lado, chama-se a atenção para os casos em que ao ente coletivo sejam adstritas a incumbência de um programa de *compliance*, e, ou não o realize, ou só o faça parcialmente, tal apresenta efeitos quanto ao seu juízo de censurabilidade por um facto próprio da pessoa coletiva⁸⁶¹. (Sousa, 2019: p. 128-129) Significando a imputação jurídico-penal ao ente coletivo.

Podemos então dizer que a importância dos programas de *compliance* na responsabilidade penal das pessoas coletivas depende do entendimento do modelo de imputação à pessoa coletiva. Como refere Teresa Quintela de Brito, a variação doutrinária costuma ser pela defesa de dois amplos sistemas. Para aqueles que defendam um sistema de responsabilidade por facto e culpa próprios da pessoa coletiva ou equiparada, será facilmente admitida a exclusão do ilícito típico coletivo ou da culpa da pessoa jurídica pela implementação efetiva e eficaz do programa de *compliance*. Por outro lado, para quem defende um modelo de transladação do facto da pessoa singular, a existência de um programa deste tipo apenas terá relevância ao nível da atenuação da responsabilidade do ente (ao nível das *sentencing guidelines* aplicadas no ordenamento jurídico norteamericano de *common law*), ou, em casos muito mais restritos, se possa mesmo admitir a impossibilidade de imputação do facto ao ente coletivo, pelo delito ser entendido como um pormenor ou revés quanto à política e atuação coletiva. (Brito, 2018: p. 71-72) Ora, a opção do legislador português é um modelo a que chamamos de “hetero-responsabilidade impuro”, mas que não se torna incipiente determinar a própria vontade coletiva, que deve

em contrariar o efeito criminógeno que comportam os benefícios que para os seus administradores, diretores e empregados advêm de favorecerem a empresa num mercado como é o atual, altamente competitivo”. (Rodrigues, 2019: p. 66)

⁸⁶¹ Com efeito, os pontos de conexão entre a *compliance* e o direito penal da empresa são destacados como precedentes de dois grandes planos: um primeiro, assinalando que a instituição das regras de condutas permite conferir uma materialização mais evidente quanto ao apuramento do risco permitido (Lascuraín, 2015: p. 96; Sousa, 2019: p. 127); em sentido contrário, o estabelecimento de um programa incerto e inconsequente incrementa a complexidade da imputação do facto penalmente relevante.

estar prevista para responsabilizar penalmente aquele ente, relacionada com os seus poderes funcionais para se organizar e atuar em conformidade com o Direito.

Perante o que já deixamos patente, entendemos que as políticas de *compliance*, para além dos aspetos normativos que contém para a dinâmica interna, permitem uma exteriorização dos fundamentos éticos difundidos para toda a organização, na medida que se espera transcender e difundir na dimensão da atividade económica e empresarial, ao nível eticamente fundado e projetado na responsabilidade social, que deve ser valorada na análise da responsabilidade dos entes coletivos ou equiparados. Dito por outras palavras, os programas de cumprimento normativo constituem um paradigma de uma autorregulação interna, podendo estar a montante ou a jusante de um facto criminoso, e, quando estabelecidos e executados de forma expressa e contundente, permitem estabelecer um ponto de conexão com a matéria do direito penal da empresa.

11.3.1 Ao nível da exclusão da imputação do facto à pessoa jurídica

A legislação não estabelece quais os efeitos que a *compliance* produz no nosso sistema jurídico, ao contrário de alguns ordenamentos jurídicos anteriormente analisados, nomeadamente se esta releva na atenuação de uma possível sanção ou na medida da isenção da responsabilidade da pessoa jurídica. A única nota que podemos avançar nesta matéria é a cláusula geral do artigo 11.º, número 6 do CP, de que a culpa das pessoas jurídicas é afastada quando o agente tiver atuado “*contra ordens ou instruções expressas de quem de direito*”. Mas, como vimos, o desenho do conceito normativo não permite concretizar totalmente a amplitude do que constituem essas ordens ou instruções, concedendo espaço à assunção de novas figuras, como áreas privilegiadas a representar aquele conteúdo contrário à atuação do agente. É aqui sobre este âmbito, com maior ou menor efeito, que consideramos poder ser atribuído relevância aos mencionados programas de cumprimento normativo ao nível da fundamentação da responsabilidade da organização, o que se analisa em seguida.

Entre nós, é colocada a tónica por Teresa Quintela de Brito, que as “*ordens ou instruções expressas*” devem ser interpretadas (e referindo mesmo que devia existir uma alteração legislativa) em função das medidas aplicadas no substrato organizativo, de administração ou controlo idóneas para evitar a prática criminosa. (Brito, 2012c: p. 241, nota 32) Aqui se concedendo espaço para as práticas de cumprimento normativo para evitar a censurabilidade ou punibilidade da pessoa jurídica, demonstrando que a prática

ilícita não apresenta capacidade de vincular a vontade da pessoa coletiva. A questão será no que constituirá o critério da ordem e instrução em contrário quando interpretado ao nível do programa de *compliance*?

Em termos jurisprudenciais, foi reconhecido no domínio norte-americano aquando do caso *Holland Furnace Co. v. United States*, 158 F.2d 2 (6th Cir. 1946), a possibilidade da pessoa coletiva ou equiparada não ser responsabilizada por ter sido comprovado no respetivo processo que o facto praticado por aquele agente individual foi realizado sem o conhecimento e em expressa violação das instruções específicas que lhe foram dirigidas. Isto porque se deu como provado que o ente coletivo dirigiu expressamente ao agente individual instruções para que este agisse conforme a normatividade em vigor, o que não veio a acontecer. Aqui se podendo entender uma interação entre o agente individual e a organização, na qual esta segunda configurou a sua atividade para o cumprimento do Direito, e o agente criminoso singular ilidiu as ordens expressas que recebeu. Neste caso, só o agente individual respondeu pelo ilícito praticado. Deste arresto podemos retirar um conjunto de conclusões. É certo que não estamos perante um verdadeiro procedimento de *compliance*, que o próprio ordenamento jurídico norte-americano acaba por relevar só ao nível da atenuação da pena, mas sim perante uma linha de atuação da pessoa individual que é desconforme à da pessoa coletiva. Não se pode assim entender que o agente individual tinha capacidade de conexionar a vontade do ente coletivo. E, como tal, não é legítimo punir o ente coletivo quando inexista esta conexão organizativa-funcional, sob pena de aí estarmos a punir por uma responsabilidade objetiva.

Nos termos do ordenamento jurídico português, a implementação de programas de cumprimento normativo, no entendimento de Teresa Quintela de Brito, que subscrevemos na sua plenitude, apresenta a possibilidade de contribuir em dois eixos fundamentais face ao Código Penal português. O primeiro ao nível da verificação do ilícito-típico coletivo, em que a afirmação de um programa de *compliance* pode permitir afastar a comissão do facto punível como tendo sido cometido no interesse coletivo, atendendo à organização e funcionamento do ente coletivo e finalidades da pessoa coletiva que daí emergem – desvinculando aquele comportamento da “vontade coletiva”. A esta luz aquando da atuação coletiva, iluminada por aquele programa e procedimentos específicos, pode-se entender um paradigma que permita representar a sua contrariedade perante o facto criminoso, desse modo não se podendo considerar tal facto cometido no interesse coletivo, mas sim que o mesmo foi cometido (precisamente de forma contrária)

contra o sentido coletivo, só se mostrando legítimo punir o agente individual. Esta exclusão está sustentada na atuação do agente singular contra ordens ou instruções expressas de quem de direito (artigo 11.º, número 6 do CP), ou quando tenham sido observados os deveres de vigilância e controlo sobre os atos desempenhados pelos subalternos mesmo que estes últimos tenham praticado um facto punível. Mas, num segundo momento, também ressalvam ao nível da culpa da pessoa jurídica, em que mesmo ocorrendo um ilícito-típico coletivo, não poderá ser efetuado o juízo de censura sobre a pessoa jurídica porque, aquele ato criminoso, representará simplesmente um percalço incipiente e pontual da política e atividade coletiva face às particularidades da sua cultura de conformidade normativa, não se podendo entender que estamos perante uma atitude desvaliosa do ente perante as funções do seu dever-ser social jurídico penalmente relevante. Não se podendo demonstrar que a pessoa coletiva revelou uma atitude de contrariedade (tendo em conta o seu livre arbítrio a organizar-se e a levar a cabo a sua atuação) face à normatividade jurídico-penal relevante. Neste caso, dá-se a exclusão da culpa da pessoa jurídica. (Brito, 2014b: p. 82; 2018: p. 89ss)

É certo que para o tipo legal não ser imputado à pessoa jurídica, de acordo com a previsão do número 6 do artigo 11.º do Código Penal, não basta demonstrar que existe uma simples transmissão de instruções para os seus membros, no sentido daqueles procederem a uma prática conforme quanto às operações económicas, o que se tem de demonstrar é que houve um comando direito e compreensível que constitua uma representação vinculativa para os destinatários, para que se entenda a atuação do agente singular como contrária às ordens ou instruções. Como tal, o crime praticado deve ser apurado ao nível organizativo-funcional de forma a analisar se as considerações internas demarcam uma postura que permita enquadrar o desvalor ético-social e suas finalidades no desiderando organizativo-funcional da organização. No caso de a resposta ser negativa, isto é, de inexistir essa “comunhão” com o interesse coletivo, não é possível considerar aquele ilícito-típico como sendo “coletivo”. Em suma, a melhor interpretação a dar ao artigo 11.º, número 6 do CP, é que a sua aplicação só acontecerá no caso da ordem ou instrução em contrário à prática do facto punível primar por corresponder a um comando direto, concreto, eficiente e eficaz, devendo ser apurado na dimensão do específico modo de organização e funcionamento da pessoa jurídica. (Brito, 2014b: p. 83; Costa, 2018: p. 331; Baptista, 2018: p. 369)

Este sentido de atuação foi acolhido na nossa jurisprudência (embora não especificamente no domínio dos programas de cumprimento normativo). No Acórdão do

Tribunal da Relação do Porto, de 6 de Junho de 2012, proc. n.º 4679/11.0TBMAI.P1, foi entendido pelo douto Tribunal que um manual de cumprimento de procedimentos internos para os seus trabalhadores – no caso, o “*Manual de Passageiros para o Aeroporto do Porto*”⁸⁶² –, no qual estavam expressas as respetivas ordens e instruções internas, não se coadunariam com o facto sancionado com uma contraordenação que foi praticado por um agente singular que até cumpriu ordens de uma pessoa com posição de liderança, entendendo o arresto, mesmo neste caso, a possibilidade de exclusão da responsabilidade da pessoa coletiva. Existe uma delimitação negativa da responsabilidade contraordenacional face àquelas ordens ou instruções expressas de quem de direito, em que as orientações expressadas no respetivo manual constituem instruções expressas do ente coletivo contrárias à comissão da infração contraordenacional, não se podendo afirmar que essa infração possa ser atendida como cometida no interesse coletivo. Estamos assim perante uma falta de alinhamento entre a vontade da pessoa coletiva e atuação do agente do facto que o realizou através de uma violação daquelas específicas ordens e instruções expressas, mesmo que sob a ordem de outro sujeito, por consequência não estando verificada a prática de um ilícito-típico da pessoa jurídica representando uma exclusão da sua responsabilidade. (Brito, 2018: p. 91; Baptista, 2018: p. 367)

Também o Acórdão da Relação do Porto de 27 de junho de 2012, proc. n.º 7402/11.5TBMAI.P1, embora ainda navegando no domínio do Regime do Ilícito de Mera Ordenação Social, no qual não consta uma norma da exclusão da responsabilidade da pessoa jurídica como o do artigo 11.º, número 6 do CP, as suas conclusões são claramente relevantes para responder a esta questão⁸⁶³. Foi entendido neste aresto que a responsabilidade contraordenacional da pessoa coletiva só se pode considerar como verificada quando o seu colaborador “*tivesse agido de acordo com instruções da sua entidade patronal ou, pelo menos, num quadro de acção previamente traçado e delineado pelos órgãos sociais*”, ou quando atue sobre o escopo das ordens emanadas por esses órgãos – estando aqui subjacente a ideia do domínio da organização. O douto tribunal

⁸⁶² Como refere Baptista, no domínio organizativo das maiores entidades empresariais em face das linhas de desenvolvimento e atuação da organização, frequentemente, não se mostra como compatível elaborar para cada departamento da empresa, a afirmação de um específico comando por parte de um dirigente a um subordinado. Muitas vezes, originando que as regras e instruções sejam matizadas em determinados manuais ou programas de regras de conduta ou procedimentos numa dimensão global sobre a empresa. (2018: p. 368)

⁸⁶³ Também, Brito (2014b: p. 83).

estabelece uma associação com a dimensão corporativa da organização e os poderes funcionais que delas emergem. Indo mais além, considera que, no caso de o agente criminoso ter agido fora do cumprimento de “(...) *ordens genéricas, ou num quadro de acção previamente definido pelos órgãos da sociedade (...)*”, só a este se poderá imputar a responsabilidade pelo facto. Estamos perante um critério de imputação que parte do entendimento que o facto criminoso, quando praticado por um subalterno, só se mostra como imputável à pessoa jurídica, pelas pessoas com posição de liderança não terem cumprido os seus deveres de vigilância ou controlo, ou quando tenha agido no cumprimento de ordens dos líderes (pessoas com posição de liderança).

Face a esta realidade jurisprudencial vemos logo a importância acrescida da *compliance* no domínio da responsabilidade dos entes coletivos. Atendendo aqui à posição de domínio da organização para a comissão (ou não comissão) do facto criminoso, desenvolvida por Teresa Quintela de Brito, uma espécie de “domínio organizativo do facto”, o estabelecimento de um programa de *compliance*, que seja proporcional e eficaz na sua aplicação na pessoa jurídica, pode produzir efeitos quanto à comprovação concreta de uma carência interna que promova a prática criminosa dentro da organização, tanto atendendo ao nível do critério do 11.º, número 2, alínea b) do CP, como da cláusula do número 6. Ao nível do primeiro ponto, podem os procedimentos de *compliance* permitir uma concretização e densificação mais efetiva do que constitui estes deveres de controlo e vigilância, bem como permitindo a correlação entre essa corporização e o seu cumprimento/incumprimento na realidade concreta⁸⁶⁴. Ou seja, o programa de *compliance*, desde que devidamente aplicado face à realidade organizativa em concreto (“o fato à medida”), permite identificar e cunhar o dinamismo funcional-interno, dessa forma materializando no que devem constituir aqueles deveres de vigilância e controlo que incumbiam aos líderes. Por um lado, corporizando esses encargos funcionais-internos, e, por outro, os poderes funcionais que os líderes detêm no substrato coletivo. Ao nível da cláusula do artigo 11.º, número 6 do CP, o programa de cumprimento normativo pode permitir demonstrar que a comissão do ilícito por parte de um agente individual mostrou-se contrária às ordens e instruções englobadas naquele concreto procedimento de *compliance*. Aqui, Teresa Quintela de Brito vai mais longe, referindo que a exclusão da responsabilidade deve estar condicionada à percetibilidade,

⁸⁶⁴ Um sentido também admitido na legislação espanhola (*Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal*: p. 61).

efetividade e efeito das respectivas ordens ou instruções em contrário, apuradas perante a específica forma de funcionamento e atuação da pessoa jurídica. Não sendo suficiente uma simples exigência formal de um programa de *compliance* ou a emissão de ordens ou instruções expressas para se afirmar aquela contrariedade da pessoa coletiva ou equiparada ao facto ilícito cometido. (Brito, 2018: p. 85ss) Em sentido próximo vai Rui Patrício, defendendo que um adequado sistema de *compliance* pode concretizar especificamente ordens ou instruções expressas com capacidade de produzir efeitos ao nível da exclusão da responsabilidade da pessoa coletiva. (Patrício, 2016: p. 105) Em suma, esta relação entre o estabelecimento de ordens ou instruções expressas e os programas de *compliance* pode permitir, no caso de o programa representar um conjunto de orientações concretas e específicas de rejeição daquela prática (criminosa), e que seja efetivamente aplicado, que não se verifique, *in concreto*, o interesse coletivo que liga o facto criminoso ao substrato jurídico. Pelo contrário, no caso da criação de um programa que não seja capacitado para instituir aquelas ordens ou instruções contrárias ao interesse coletivo ou a sua implementação seja insuficiente, será mais concretizável atender ao funcionalismo-organizativo daquele elemento na medida de um processo penal.

Mas, para além dos efeitos ao nível da imputação do ilícito-típico coletivo, e até com maiores evidências do que este, deve ser afirmado que os efeitos mais relevantes dos programas de *compliance* acabam por ser quanto à apuração da culpa da pessoa jurídica, o que pode permitir uma causa de inexistência da pessoa jurídica. (Brito, 2018: p. 84, 94-95) Acaba por ser neste escopo que os elementos de cumprimento normativo demonstram uma maior correlação com a responsabilidade da pessoa jurídica, pela capacidade que demonstram ao nível da exteriorização de uma cultura própria de cumprimento normativo⁸⁶⁵. Em que estas medidas permitem estabelecer um equilíbrio, entre a posição que a pessoa jurídica representa dentro de uma sociedade devidamente tutelada e a concretização dos seus principais pontos de atuação empresarial.

Para efeitos de apuramento da culpa da pessoa coletiva deve-se atender na existência ou não de uma cultura organizativa e dinâmica interna em conformidade com o Direito. É necessário apurar se esta pode ser entendida como implicando uma vertente de regulação própria das pessoas jurídicas, através da modelação da sua atividade para um seguimento de uma prática consequente à normatividade jurídica. É pelo livre arbítrio conferido ao substrato coletivo, ao nível da sua atuação e organização, que se deverá

⁸⁶⁵ Cfr. Gómez-Jara Díez (2005: p. 271-272), Brito (2018: p. 89), e Costa (2018: p. 333).

apurar a culpa da pessoa jurídica pelo facto cometido na sua dimensão. Nos casos em que esta tenha na sua esfera um espaço de liberdade que deverá prover uma ética empresarial responsável e limitar os seus defeitos organizativos internos. (Costa, 2018: p. 326) Uma dimensão dos programas de cumprimento normativo que não pode ser meramente limitada para um simples seguimento das normas (que se diga é uma projeção para todos os sujeitos, individuais e coletivos), mas sim demonstrar uma verdadeira proatividade coletiva instituída naquele programa de prevenção de ofensas a bens jurídicos fundamentais. (Busato, 2018a: p. 100)

Ora, é ao nível desta personalidade coletiva que os mecanismos de cumprimento normativo podem significar um instrumento necessário para a orientação da atuação da pessoa jurídica convergente com as suas finalidades jurídico-económicas, que, no final de contas, justificam a sua existência de acordo com o princípio civilístico da especialidade da pessoa coletiva – em virtude de serem um real normativamente construído, ao contrário das pessoas singulares que apresentam uma existência ontológica pela pedra basilar da sua dignidade humana como um verdadeiro ser ético. Estes mecanismos de cumprimento normativo, quando devidamente desenhados e efetivamente aplicados, corporizam um dispositivo na organização que orienta a sua atividade através de regras e disciplina interna que pode representar uma cultura coletiva própria de conformidade normativa (não desviante das exigências ético-sociais). Devendo aplicar um comportamento de precaução, ajustado segundo critérios racionais para evitar a verificação dos factos criminosos. Uma atitude coletiva de conformidade ético-social do ente, em que mesmo no caso de ter ocorrido uma falha na organização interna, não se pode responder de forma afirmativa pela sua contrariedade ou indiferença perante os bens jurídicos, porque tal não corresponde a uma personalidade (coletiva) incongruente com os valores jurídicos violados (com a normatividade vigente). É aqui que entendemos os programas de cumprimento normativos como adquirindo um reflexo jurídico-penal na determinação da censurabilidade inerente à culpa. Preconiza-se que não existe uma personalidade dolosa do ente coletivo. Considerações que se aproximam da teoria da associação criminal⁸⁶⁶, referenciada pela criminologia, e aqui interpretada à luz de um

⁸⁶⁶ Segundo esta teoria explicativa do comportamento criminal, o ser humano no decorrer do seu desenvolvimento a nível físico e psicológico, vai recolher da realidade existente (o envolvente social) as aptidões sociais para conviver na comunidade. Na duração desta evolução podem ocorrer falhas e desconformidades com uma orientação em linha com os padrões ético-sociais, mas que lhe são imputadas devido a componentes de desajustamento social e não a processos inatos que lhe sejam inerentes. Assim, é

substrato coletivo – como Teresa Quintela de Brito acaba por reconhecer –, numa dimensão que o comportamento desviante (individual) realizado numa pessoa jurídica e que lhe seria imputável acaba por não constituir um desajuste social que legitime uma personalidade dolosa que deve ser censurada. Em que no caso de ocorrência do desvio, tal não se deve considerar como reveladora de dimensão interna censurável, mas sim representar uma conduta desviante da própria dinâmica da organização interna, que foi devidamente construída e implementada em linha com a normatividade jurídica. Este desfazamento fundamenta a exclusão da culpa da pessoa coletiva, porque se encontra demonstrado o esforço da atuação coletiva perante a construção de uma dinâmica e política interna de conformidade normativa representada no seu modo de ser-ético (Brito, 2018: p. 86) Até porque, não obstante o esforço que deve ser empreendido pelas organizações coletivas (e devidamente demonstrado num determinado processo penal) a *criminal compliance* não pode ter por finalidade uma total eliminação dos riscos de práticas de operações de branqueamento, porque pode sempre conceber-se que, mesmo instituindo eficazmente tais mecanismos de cumprimento, é possível aos indivíduos os ilidirem ou aproveitarem algumas pequenas vulnerabilidades (derivadas na aplicação pelos sujeitos humanos) no sistema de controlo.

Vista que está a possibilidade da relevância do programa de *compliance* em matéria de culpa criminal, também aqui os seus efeitos deverão ser apurados na dimensão concreta e devidamente aplicada, não sendo suficiente a simples existência interna (Gómez-Jara Díez, 2005: p. 255; Coca Vila, 2013: p. 62; Brito, 2014b: p. 81, 2018: p. 85; Baptista, 2018: p. 371) A sua mera existência apenas pode ser entendida como um assinalar de forma indiciária que existiu uma articulação da atividade do ente coletivo com o cumprimento das exigências sociais (Baptista, 2018: p. 369), mas é preciso ir mais além, e elevar o valor do apuramento deste instrumento. Este entendimento é conferido pela cláusula do artigo 11.º, número 6 do CP, devendo ser apurada a inexistência de culpa no caso em apreço, ao contrário das soluções de alguns dos ordenamentos jurídicos já analisados que admitem a isenção da responsabilidade em termos abstratos. Como refere Teresa Quintela de Brito, para os casos do estabelecimento dos códigos de ética – mas entendemos que o seu sentido pode ser projetado para uma dimensão mais ampla –, estes

perante o fenómeno da interação social que o agente individual aprende e se constrói como “criminoso”. Para maiores desenvolvimentos sobre esta teoria, veja-se: Barra da Costa (2013: p. 37).

só se mostrarão como relevantes do ponto de vista da ciência jurídico-penal⁸⁶⁷ ao excluir a culpa da pessoa e seus defeitos próprios reflexionados ao ilícito-típico coletivo quando tenham sido promovidos para os diversos níveis do procedimento coletivo, estabelecendo um constante procedimento de revisão e atualização, e que sejam projetados ao nível comunicativo interno e externo da pessoa jurídica. (Brito, 2014b: p. 84) Dito por outras palavras, para se afirmar que o ente coletivo teve uma resoluta intencionalidade de observar a normatividade jurídica, no caso do branqueamento, este deve primar pela aplicação de um programa de *compliance* efetivo e eficaz, permanentemente atualizado e fiscalizado, representando uma implementação de padrões de condutas que limitem o risco da verificação de operações branqueadoras a um nível tolerável. Só no caso desta afirmação específica, se poderá defender que a posição do ente coletivo é contrária a atuação ilícita de um colaborador. Com efeito, nestes casos se poderá dizer que aquela prática ilícita, que a título indiciário poderia apontar para uma ineficiência do respetivo programa instituído, constituiu simplesmente uma realidade accidental conseguida através de um desvio comportamental dos padrões firmados na organização. (Busato, 2018a: p. 100) Naturalmente, devendo a cultura de cumprimento ser dirigida e transversal para todos os membros da organização. (Costa, 2018: p. 334-335) É bom voltar a ressaltar que não se deve entender que um destes programas se mostra como “à prova de bala”, pela possibilidade de conter uma capacidade de eliminar completamente o risco da ocorrência de factos criminosos (Júnior & Medeiros, 2018: p. 135; Costa, 2018: p. 328), pois, pode uma pessoa coletiva ou equiparada ter estabelecido um sistema interno de cumprimento normativo, devidamente organizado e seguindo as melhores práticas possíveis, e tal não representará, em termos concretos, uma prevenção total de evitar qualquer ato desconforme de um membro da organização, uma vez que já referimos pode o agente singular ter agido de forma a evadir tais controlos. Daí que tenhamos de julgar se a pessoa jurídica deve ser responsabilizada por aquele facto ou este é meramente accidental. (Brito, 2014b: p. 80, 2018: p. 86) Inversamente, a inexistência de um programa de cumprimento normativo não implica necessariamente deficiências ao nível organizativo⁸⁶⁸. (Brito, 2018: p. 84-85; Vilela, 2018: p. 111) Isto porque embora se reconheça os claros efeitos

⁸⁶⁷ É de afirmar que o simples estabelecimento de códigos de boas condutas pode ser relevante para outros ramos do direito, mas não para o direito penal.

⁸⁶⁸ Porém, segundo alguns autores, a sua existência defeituosa poderá mesmo representar uma deficiente estruturação interna através da corporização de determinados fatores de risco. (Patrício, 2016: p. 105) Em sentido similar, Brito (2018: p. 85).

que a *compliance* pode conter no domínio do direito jurídico-penal, devemos deixar destacado que não decaímos para uma visão totalitária e enviesada, entendendo que os procedimentos de cumprimento normativo não devem ser confundidos como constituindo os únicos mecanismos para uma auto-organização da pessoa jurídica, uma vez que a *compliance* é tendencialmente construída sobre os alicerces do modo particular da organização coletiva, correspondendo sim a uma exteriorização da vontade de uma determinada pessoa jurídica para atuar e orientar as suas políticas em conformidade com o Direito⁸⁶⁹. (Costa, 2018: p. 332-333) Entendemos sim, que quando estes programas de cumprimento normativo forem devidamente implementados numa dimensão preventiva, originam uma contenção ou diminuição dos riscos de comissão de infrações (Vilela, 2018: p. 107), pela “construção” de uma cultura ética de cumprimento normativo (Costa, 2018: p. 333), que representa um vetor fundamental para apreciação da dinâmica de funcionamento da atividade desenvolvida pela organização, carreando uma orientação externa devidamente organizada e eliminando as desconformidades com bens jurídicos.

Digamos, então, que a sua capacitação, para que possa fundamentar a exclusão da responsabilidade e da culpa, deverá representar um esgotamento da fonte de risco para a produção de resultado típico, reduzindo ou limitando a possibilidade de incremento do risco por parte de um facto praticado por um subordinado, tal como o seguimento daquele procedimento interno com capacidade para obstar à comissão do facto punível. (Baptista, 2018: p. 370-371) O nosso entendimento parte do sentido que os programas de *compliance*, embora não servindo como uma muralha totalmente eficaz para evitar que na pessoa jurídica ou equiparada se cometam crimes, acaba por representar, no mínimo, quanto à sua afirmação um sistema de controlo e projeção de uma cultura transversal à organização. O que permitirá (desde que devidamente aplicada) uma gestão de riscos adequada na organização. São também de afastar as críticas doutrinárias dirigidas quanto a admitir os efeitos de isenção da responsabilidade coletiva por poder levar a representar um “álibi” para que a pessoa coletiva se possa eximir desde que aprovado (e aplicado de forma eficiente e eficaz) nos termos do CP. O recurso a uma análise do caso concreto, no

⁸⁶⁹ Referindo-se mesmo que a pessoa jurídica pode estar devidamente organizada sem um programa de compliance, ou pode ter realizado esse programa e, mesmo assim, apresentar deficiências organizativas. (Brito, 2018: p. 84; Costa, 2018: p. 332-333) Com efeito, os modos de organização correspondem a funções, encargos ou competências, que não se identificam de forma mediata com aqueles programas. (Brito, 2014b: p. 79)

domínio da organização, permite desde logo rejeitar tal entendimento⁸⁷⁰. De forma taxativa, não se pode conceber tais mecanismos como uma forma dos responsáveis máximos da organização coletiva se eximirem às suas próprias responsabilidades, ou transmitirem para outros sujeitos um conjunto de funções que lhes seriam inerentes como líderes da organização (como para os designados *compliance officers*). Ou seja, não se deve entender este pressuposto como dirigindo uma nova forma de responsabilização jurídica “para cima”, nem “para baixo”.

Em suma, para que se possa conceber a relação entre os referidos programas e a responsabilidade da pessoa jurídica é necessário que a sua implementação deve ser concretamente (perante aquele facto criminoso) dirigida para espelhar o empenho da organização, de modo a que não lhe possa ser censurado tal comportamento. (Brito, 2014b: p. 80; Vilela, 2018: p. 111) Devendo tais ordens e instruções representadas naquele enquadramento ser entendidas como um emanar de uma cultura própria da organização que constitua uma dimensão de rejeição expressa da comissão de processos criminosos, ser concretas, eficientes, e consolidadas em face do nível da organização e finalidade da pessoa jurídica. (Brito, 2018: p. 88-89; Costa, 2018: p. 331) Para assegurar esta modificação alternativa ao nível da organização, é necessário que exista o comprometimento ao mais alto nível na instituição, para que então se matize a cultura organizacional projetada sobre todos os níveis (horizontais e verticais) do ente. No sentido expresso de Duarte & Passaradas, “(...) *a cultura organizativa deve promover-se na organização e caracterização da atividade profissional do controlo interno como algo que está além do interesse próprio, mas que é parte de um processo ideológico comprometido com o interesse social e enquadrado por uma ética própria da profissão*”. (2018: p. 226-227) Devendo as medidas serem obrigatórias para todos os seus membros, não sendo tolerada a prática de quaisquer atos ou omissões que constituam violação ou incumprimento de tais valores. Desse modo, se conseguindo associar o englobar dos atos dos membros da organização como uma prática unitária do agir empresarial, que estará alicerçada num clima de cumprimento normativo, representadas por práticas e técnicas endógenas que limitem ou eliminem qualquer favorecimento ou incentivo de violações ao Direito⁸⁷¹. Só nesses casos se poderá afirmar categoricamente a intolerância perante a

⁸⁷⁰ Expressamente rejeitando um entendimento daquele tipo. (Júnior & Medeiros, 2018: p. 135)

⁸⁷¹ Quanto ao favorecimento interno, imagine-se que os administradores de uma determinada empresa, pela política administrativa e organizacional que vêm aplicando ao longo dos tempos, apresentam

prática de qualquer tipo de atos ilícitos por parte do ente coletivo, em consonância com as disposições nacionais e internacionais, como demonstrado na implementação das medidas de prevenção, deteção e controlo do branqueamento de capitais. Aliás, é este claramente o sentido seguido pelas diversas linhas da legislação preventiva e repressiva do branqueamento e financiamento do terrorismo (de acordo com o disposto no capítulo 7), que pretendem criar uma configuração *tone from the top*⁸⁷², que se mostre efetiva face à realidade e especificidades concretas e eficazes para criar o sentido defensivo no interior da organização.

Vista que se encontra a importância que os procedimentos de *compliance* podem conter nesta dimensão, coloca-se agora outra questão complexa em relação a realidade que o programa deve conter para ser entendido como idóneo para introduzir essa cultura preventiva transversal à organização que permita eximir a responsabilidade da pessoa coletiva? Numa dimensão geral, já vimos que os programas de cumprimento normativo não podem ser entendidos de forma estanque, porque estes não podem obedecer a um modelo geral e fechado que se aplica a todas as organizações, mas sim representando um modelo multifacetado que deve ser adequado, equilibrado e proporcional, face às características próprias da organização. Porém, tal não significa que não se possa entender um conjunto de vetores fundamentais que o mesmo deverá conter, constituindo assim pressupostos essenciais. Nesta particularidade, temos de atender aos específicos procedimentos preventivos e repressivos do branqueamento como uma fonte interpretativa para ir buscar a corporização dos procedimentos de *compliance*. Isto porque através deste regime material, se pode absorver as linhas gerais e específicas que deve conter um programa de cumprimento normativo que se pretende como eficaz e efetivo. Foi claramente neste sentido que o legislador (português, comunitário e internacional) cunhou este conjunto de medidas. Assim, partindo desta realidade, conseguimos afastar algumas críticas doutrinárias que invocam a incapacidade de determinação deste tipo de procedimentos, o que conduziria a uma paralisação quanto à definição do que constitui estes procedimentos. Podendo o intérprete ultrapassá-las facilmente através do recurso às medidas específicas previstas neste domínio, conseguindo a corporização dos

uma dinâmica interna pouco sensível ao seguimento da legislação, e potenciando práticas ilícitas dentro da organização. E que um determinado subalterno procede a condutas de ocultação e dissimulação, conhecendo da política interna emitida pelos níveis hierárquicos superiores, e da sua falta de sensibilidade para limar uma atuação empresarial em conformidade normativa.

⁸⁷² Cfr. neste sentido, Duarte & Passaradas (2018: p. 226).

procedimentos de *compliance*. E não se colocando nenhum problema ao nível da aplicação analógica, porque a analogia só é proibida no direito penal no caso de ser prejudicial aos interesses do arguido. Ora, aqui estaríamos perante uma aplicação por analogia que seria claramente benéfica ao arguido, porque permitiria que o facto criminoso não fosse imputado ao ente coletivo ou, como veremos mais detalhadamente no capítulo 11.3.2, relevando num sentido de diminuição da culpa, com posteriores reflexos ao nível da medida da pena. Daqui se retira, a vertente preventiva que orienta estes programas, no qual estão previstos a identificação dos riscos próprios da organização, mecanismos para lidar com os riscos ou deficiências internas identificadas, e o estabelecimento de um padrão impulsionador do cumprimento de regras através de procedimentos internos. A cultura coletiva promovida pelos programas de *compliance* deve assentar em elevados padrões éticos e o desenvolvimento de uma cultura intolerante com o tipo legal de crime praticado, corporizada pelo estabelecimento de mecanismos dirigidos para evitar essas práticas. Tornando um equilíbrio entre, por um lado, o estabelecimento de uma maior coesão ao ente coletivo, e, por outro, instituindo um aspeto essencial de resistência a práticas desconformes dentro da instituição. Sendo que a conceção de culpa que perfilhamos ao nível da determinação do substrato coletivo, permite entender a *compliance* como constituindo um fator para a avaliação do grau de culpa⁸⁷³.

Por conseguinte, no âmbito específico do branqueamento, partindo do caso das entidades sujeitas às medidas específicas a determinados procedimentos de *compliance*, entendemos que a sua configuração e concretização num programa idóneo e transversal a toda a organização, devidamente atualizado e aplicado, permite sustentar a exclusão da responsabilidade coletiva, tanto por poder demonstrar que a comissão de um determinado ilícito de branqueamento não foi realizada no interesse coletivo, por faltar um ponto de conexão para afirmar a responsabilidade do ente coletivo, ou quando não tenha sido evitada a prática do branqueamento, podendo o mesmo ser imputado ao nível objetivo e subjetivo ao ente coletivo, tal realidade não lhe pode ser censurada em sede de culpa

⁸⁷³ Também admitindo a importância que as medidas de cumprimento legal poderão ter no seio das pessoas coletivas ou equiparadas, especialmente no caso das maiores pessoas coletivas, referindo mesmo o caso dos departamentos de *compliance*, embora considere que os mesmos deverão ir mais longe quanto ao cumprimento legal. (Bandeira, 2015: p. 224)

porque a pessoa coletiva sempre se pautou ao nível do seu dever-ser jurídico-penal por uma atitude de conformidade perante o Direito.

Concluimos que um programa efetivo de *compliance* pode produzir efeitos tanto na medida da afirmação (ou não) do crime coletivo, bem como ao nível da censura jurídico-penal através da demonstração de uma atitude organizativa de conformidade com o Direito, o que não permite a sua censura por uma personalidade dolosa⁸⁷⁴. Pelo exposto, os procedimentos de *compliance* (quando devidamente aplicados) apresentam-se como um eixo fundamental para a avaliação da cultura corporativa, constituída por um modo de atuação empresarial transversal ao próprio ente coletivo, do qual sobressai a sua personalidade ético-social que deve ser articulada com as suas finalidades normativas, representando uma entidade com capacidade de elevar o seu modo de atuação e gestão. Como é expressamente referido na lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, onde se dispõe a necessidade de a administração promover uma cultura organizativa contrária à prática de condutas que possam abranger o branqueamento de capitais ou o financiamento do terrorismo, edificada sobre um sustentáculo baseado em elevados padrões éticos e de integridade, podendo mesmo serem desenhados e aplicados códigos de conduta – artigo 13.º, número 2, alínea d), da suprarreferida lei. E, no número 2 do artigo 7.º do Aviso do Banco de Portugal n.º 2/2008, onde é referida a exigência específica para as entidades bancárias de estabelecimento de uma cultura organizacional assente em elevados padrões

⁸⁷⁴ Em sentido contrário, entende Busato a impossibilidade de se admitir este sentido, sob pena de violar o princípio da igualdade entre pessoas físicas e jurídicas, porque não seria admissível permitir às pessoas jurídicas ou equiparadas isentarem-se da sua responsabilidade pelo cumprimento de medidas de boa gestão organizativa e não para as pessoas singulares. Considerando que um sentido de autorresponsabilidade apenas atribuída para os entes coletivos causa uma desigualdade material (2018: p. 46ss). Para além de rejeitar as invocações quanto aos argumentos favoráveis ao estabelecimento dos programas de cumprimento normativo, nomeadamente por estamos perante uma complexidade organizativa furto da dinâmica empresarial (Bermejo & Palermo, 2013: p. 176), ou pelos elevados custos associados (Nieto Martín, 2013: p. 47), e porque se podem implicar estes efeitos para outros casos de aparatos organizados de poder. (Busato, 2018b: p. 48-49) Ora, partindo da assunção básica que os mecanismos de *compliance* pressupõem uma orientação organizativa preventiva conforme o Direito (Nieto Martín, 2013: p. 28-29), entendemos que esta crítica não deve vingar. Desde logo, o entendimento da pessoa jurídica como um real construído normativamente, mas equiparado à pessoa singular, com uma vontade e organização própria, atendendo à sua verdadeira autonomia face aos membros que a incorporam, é que sustenta a ordenação de uma boa organização. Enquanto a própria pessoa singular como sujeito ontológico ao nível psicológico, *per si*, já apresenta a possibilidade de articular a sua atuação conforme a legislação. Aliás, é esta realidade que lhe pode ser censurada em sede de culpa.

éticos e de integridade no âmbito empresarial, com correspondência em códigos de conduta que devem ser aplicados a todos os seus colaboradores⁸⁷⁵, e que devem ser promovidos pelo próprio órgão de administração quanto ao ambiente de controlo – artigo 9.º, número 1, alínea c) do aviso.

11.3.2 Na determinação da medida concreta da pena

Na concretização deste percurso, não deve deixar de ser considerado, para além da matéria de imputação do facto ao ente coletivo, que o estabelecimento de uma cultura organizativa eticamente fundada na linha de cumprimento do Direito e projetada sobre a sua atuação e política organizativa, também releva em termos jurídicos quanto à determinação da medida concreta da pena que seja aplicável ao ente coletivo.

Este efeito dos programas de cumprimento normativo, ao contrário dos anteriores, é amplamente aceite sem grandes reservas ao nível doutrinário⁸⁷⁶, ao nível mais próximo do seguido pelas *sentencing guidelines* norte-americanas. Assim, a instituição dos procedimentos de *compliance* poderá contribuir para a determinação da medida da pena aplicável ao ente coletivo, nos termos das circunstâncias do artigo 71.º do CP, principalmente inserido como uma circunstância do número 2 que depunha a favor da pessoa da pessoa jurídica, quanto à alínea a) de consideração do “*grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente*”, a alínea c) “*os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram*”, e alínea e) “*a conduta anterior ao facto e a posterior a este (...)*”, interpretados aqui à luz do substrato coletivo (uma vez que estas normas estão desenhadas para os agentes individuais). Ressalvando-se que a maior projeção corresponderá ao nível da implementação de procedimentos de cumprimento normativo quando realizados antes da prática da infração apreciada nos autos processuais.

Assim, a instituição *ex ante* dos programas de cumprimento pode produzir efeitos ao nível da determinação da sanção, agora como atenuante da pena (determinação da medida de multa ou até de outra sanção acessória aplicável aos entes coletivos), que deve

⁸⁷⁵ Também neste sentido, Duarte & Passaradas (2018: p. 200).

⁸⁷⁶ Admitindo claramente estes efeitos, entre outros: Busato, 2018b: p. 33; Brito, 2018: p. 95; Vilela, 2018: p. 112; Sousa, 2019: p. 134. E ao nível do direito penal alemão. (Sieber, 2008: p. 20-21)

ser reduzida proporcionalmente dentro dos limites enunciados para o crime em questão, de acordo com a efetividade e eficácia dos procedimentos internos; como mesmo podem-se verificar efeitos de uma implementação *ex post*, com a finalidade de prevenir um futuro evento criminoso a partir do ente coletivo, dessa forma demonstrando claramente uma conformidade posterior em relação ao Direito, uma orientação para a licitude, que mais não é um princípio da prevenção especial⁸⁷⁷.

11.3.3 Na suspensão provisória do processo e injunção judiciária

Para além destes efeitos que entendemos vigentes perante o quadro contemporâneo do direito português, devemos referir ainda um sentido que vem sendo afirmado no direito comparado ao nível dos efeitos do cumprimento normativo no direito processual penal enquadrado no domínio de soluções de diversão. Esta realidade vigora com efeitos mais pronunciados nos ordenamentos jurídicos onde vigora o princípio da oportunidade, como nos países de *common law*. No caso dos EUA estas medidas de diversão – os *out-of-court settlements* –, dirigidos para promoção ou não do processo penal, através dos já referidos *non prosecution agreements* ou *deferred prosecution agreements*, que estabelecem como pressuposto para a sua aplicação o estabelecimento de um programa de *compliance* eficiente e efetivo e a respetiva colaboração da pessoa jurídica no processo respetivo. (Sousa, 2019: p. 132) Mas este tipo de solução não se restringe só ao ordenamento jurídico norte-americano, outros países vêm abrindo este escopo ao nível do direito penal adjetivo, passando a atribuir à aplicação de medidas de *compliance* efeitos sobre o processo penal. Como meros exemplos podemos citar os casos do Reino Unido e da França. Neste último caso, a Lei Sapin II (lei n.º 2016-1691, de 9 de dezembro, versando sobre “*transparence, à la lutte contre la corruption et la modernisation da vie économique*”), veio através do seu artigo 22.º proceder a uma alteração ao artigo 41-1-2 do *Code de Procédure Penal*, passando a prever um acordo para a extinção do processo e da responsabilidade penal da pessoa coletiva. Para poder beneficiar deste acordo – *convention judiciaire d’interêt public* –, o ente coletivo reconhece a existência de uma prática criminosa e colabora com as autoridades de investigação criminal, sendo sujeito a determinados pressupostos (nos quais se inclui o pagamento de uma multa e a implementação interna de um “*programme de mise en*

⁸⁷⁷ Referindo este ponto: Busato (2018a: p. 105, 2018b: p. 33, 50).

conformité”) – estando aqui vigente uma linha claramente fundamental a impulsionar esta afirmação de um programa de cumprimento normativo, agora para prevenir factos criminosos futuros. (Sousa, 2019: p. 133; Souza, 2015: p. 131)

Ultrapassados estes breves apontamentos sobre o sentido seguido ao nível do direito comparado, e numa proposta de *lege ferenda* para o nosso ordenamento jurídico⁸⁷⁸, não nos repugna que o legislador português possa dar relevo à instituição de mecanismos de cumprimento normativo como uma injunção atendível para o estabelecimento de uma suspensão provisória do processo especificamente para as pessoas coletivas ou equiparadas, isto através de uma modificação do atual artigo 281.º do CPP. Esta proposta seria correspondente a uma alteração do número 2 daquele artigo, quanto à necessidade de pagamento de um valor pecuniário por incumprimento da lei (de acordo com as circunstâncias da pessoa coletiva, mas, regra geral, com um limite máximo mais agravado por corresponder a um ente coletivo) e instituir como injunções e regras de conduta a necessidade de adoção de procedimentos de cumprimento normativo que evitam possíveis práticas criminosas do ente coletivo. Assim, a nossa proposta vai para uma alteração da alínea m), do número 2 do artigo 281.º do CPP (passando esta para uma alínea n) a ser criada) e densificar os processos de organização interna das pessoas coletivas, passando a conter literalmente a seguinte redação: «m) No caso específico das pessoas coletivas ou equiparadas, devem estas adotar modelos idóneos e concretos de gestão das suas atividades para impedir a comissão de crime da mesma natureza».

Isto mais não é do que afirmação e promoção de finalidades claramente preventivas que constituem um pilar do direito penal de um Estado de Direito Democrático. Como refere Nieto Martín (2013: p. 48-49), a incorporação de uma condicionante processual mostra-se como legítima no direito penal, embora não seja possível admitir uma solução de uma ação penal tão ampla como a seguida no ordenamento jurídico norte-americano. Assim, nesta nossa proposta, a aceitação pelo arguido do regime de suspensão provisória do processo importa a afirmação de uma alternidade ao nível da organização coletiva para uma orientação conforme o Direito. Evitando os efeitos perversos do procedimento de um processo penal tanto para uma pessoa coletiva ou equiparada e com a projeção para terceiros (os *stakeholders*). Até porque, na verdade, este paradigma, não é mais, nem menos, que a confirmação das exigências de prevenção referidas na parte final da alínea f), do número 1, deste artigo

⁸⁷⁸ Um sentido que Susana Aires de Sousa parece seguir (2019: p. 135).

281.º do CCP. Aqui interpretado à luz das características *sui generis* que as pessoas jurídicas apresentam quando comparadas com as pessoas humanas.

É certo que o instituto da suspensão provisória do processo é aplicado à pequena e média criminalidade, e não à grande criminalidade onde se inclui o branqueamento (ultrapassando o limite de cinco anos para aplicação deste regime), por conseguinte, na aplicação deste procedimento estar-se-ia sempre a falar de delitos de menor monta. Quanto ao branqueamento em específico a sua aplicação seria muito condicionada pelo disposto no artigo 368.º-A, número 10 do CP. Para além, de não negarmos que face ao catálogo admitido para sustentar a responsabilidade penal, estar-se-ia, no plano prático, a falar de um leque reduzido de crimes.

Porém, não esgotamos a nossa proposta de modificação legislativa só ao nível do direito penal adjetivo. Também ao nível do direito penal substantivo, entendemos no domínio das penas aplicáveis às pessoas coletivas ou equiparadas, quanto à injunção judiciária prevista no artigo 90.º-G do CP, que o tribunal deve poder ordenar ao ente coletivo a consagração de procedimentos de *compliance*. Dessa forma, se articulando estes mecanismos de cumprimento normativo a um artigo com uma teleologia expressamente preventiva. A nossa proposta vai então pela alteração do número 1 deste artigo, que passaria a conter a seguinte redação: «O tribunal pode ordenar à pessoa coletiva ou entidade equiparada que adote certas providências, designadamente as que forem necessárias para cessar a atividade ilícita ou evitar as suas consequências, onde se devem incluir modelos de gestão das suas atividades idóneos e concretos para impedir a comissão de crime da mesma natureza». Estar-se-ia, assim, perante a afirmação de um tradicional efeito preventivo que se encontra conexionado às penas e constituem, no final, a finalidade de punição das condutas criminosas. Permitindo ao nível da pessoa coletiva demonstrar o princípio de que o crime não deve compensar e ao mesmo tempo evitar um caso de reincidência através do cumprimento daquele programa. É certo que a atual descrição da pena acessória do artigo 90.º-G do CP, admite uma caracterização jurídico-penal ampla, que permite incluir os procedimentos de *compliance* desde que o tribunal os considere como necessários face à realidade *sub judice*. Porém, face às exigências de lei estrita e escrita, e para um melhor cumprimento do vetor da segurança jurídica, entendemos ser mais vantajoso a tipificação expressa desta realidade no CP. É ainda de referir que o incumprimento desta pena acessória é cominado com uma sanção, nos termos do artigo 353.º do CP.

Pelo exposto, entendemos que estas duas propostas de alteração do direito positivo, em face dos princípios político-criminais anteriormente desenvolvidos e pela impulsão de uma cada vez maior dinâmica jurídico-social ao nível de regulamentação dos entes coletivos, se mostra como necessária e constitucionalmente adequada e proporcional. Nessa medida, e inspirados nas soluções que vem sendo assumidas no direito comparado, entendemos que com as nossas propostas se conseguiria um equilíbrio normativo entre o direito substantivo e adjetivo, mantendo o ente estatal a sua função de controlo social das condutas intoleráveis na sociedade e orientando no mercado económico o exercício subsequente de um seguimento em conformidade com o Direito.

11.4 A responsabilidade penal da pessoa coletiva por incumprimento dos programas de compliance

Após esta análise sobre os efeitos do cumprimento normativo no direito português, é necessário que se interrogue se o ente coletivo pode ser responsabilizado penalmente por não ter aplicado o conjunto de procedimentos de *compliance* ou por o ter executado de forma defeituosa, nos termos do disposto no regime de BC/FT. O que está em causa é a possibilidade de ser exercido sobre o ente coletivo um juízo de culpa por existir uma deficiente organização interna em virtude da inaplicação dos mecanismos exigidos pela legislação preventiva e que pode originar uma situação de tangibilidade para a prática de crimes de branqueamento. Trata-se de um sentido que está a fazer caminho ao nível do direito espanhol, pugnando por uma alteridade para um modelo de auto-responsabilidade⁸⁷⁹ (Brito, 2018: p. 74-75), mas que, salvo melhor opinião, entendemos que no direito português a resposta a esta interrogação deverá ser negativa. Dito de outra maneira, embora sobre determinadas entidades seja imposto um dever de esclarecimento sobre a origem de determinados bens e a sua proveniência, a violação dos deveres de *compliance* do BC/FT, que incumbe às entidades obrigadas aplicar de acordo com o referido preceito legal, não é suficiente para potenciar uma responsabilidade jurídico-penal da pessoa coletiva.

⁸⁷⁹ Cfr. Lascuráin Sánchez (2015, p. 95ss). Em certo sentido parece também ser seguido por Anabela Miranda Rodrigues quando refere, na medida dos efeitos da *compliance*, a responsabilidade da pessoa jurídica assentando no defeito da sua organização não prevenindo internamente o cometimento de crimes, embora a autora não se referia à matéria específica do branqueamento. (Rodrigues, 2015: p. 65-66)

Conforme o entendimento plasmado no número 2 do artigo 11.º do CP, a pessoa coletiva ou equiparada apenas responde penalmente por factos puníveis que foram dirigidos a um concreto bem jurídico-penal. Não em caso de desobediência à aplicação de um programa de *compliance* idóneo para a sua atividade e dos procedimentos que deverá seguir. Citando Teresa Quintela de Brito, “*só se tratará de verdadeira responsabilidade penal se o ente for responsabilizado e censurado pelo concreto facto punível que irrompe da organização coletiva*”. (Brito, 2018: p. 76)

Ora, como se entendeu na decisão da *Financial Conduct Authority* do Reino Unido contra a o Deutsche Bank AG, de 30 de janeiro de 2017⁸⁸⁰, a entidade bancária foi sancionada com uma contraordenação pelo incumprimento das disposições legais de diligências quanto ao controlo do branqueamento de capitais, no período compreendido entre janeiro de 2012 e 31 de dezembro de 2015, que deveria ter sido realizado na sua divisão específica da *Corporate Banking & Securities*, domiciliada no Reino Unido. Considerou esta autoridade, que o sistema de controlo AML adotado pela entidade bancária era inadequado, em virtude da desconformidade com os padrões estatuídos das diversas diretrizes preventivas do branqueamento (que não são muito diferentes das nossas), não tendo a divisão *Corporate Banking & Securities* cumprido com as medidas de *due diligence* e *know your customer* a que estava obrigada. Para tal contribuiu um elevado nível de complexidade da estrutura interna e de falta de recursos necessários para cumprir com aqueles procedimentos (como foi reconhecido nos próprios relatórios internos da entidade de crédito). Acontece que mesmo em face daquele incumprimento, demonstrado em concreto, tal só relevou ao nível da responsabilidade contraordenacional, sem que acarretasse responsabilidade penal pelo tipo legal de branqueamento⁸⁸¹. Isto num sistema jurídico de *common law* que, em princípio, se apresenta como menos garantístico que o nosso⁸⁸²!

Também convém precisar, de acordo com o anteriormente visto quanto à nossa legislação, que o incumprimento dos deveres preventivos desta legislação origina uma responsabilidade contraordenacional – em que a pessoa coletiva ou equiparada é

⁸⁸⁰ Disponível em: <<https://www.fca.org.uk/publication/final-notices/deutsche-bank-2017.pdf>>. (Acesso 29/08/2019).

⁸⁸¹ No mesmo sentido, Brito (2018: p. 80).

⁸⁸² E, no caso particular do enquadramento do branqueamento no direito inglês, que admite mesmo a cominação penal para a violação de determinados deveres (atos ou omissões de determinados profissionais). (Machado, 2018: p. 90)

sancionada com elevadas coimas, estamos assim perante um ilícito contraordenacional. É este o efeito expressamente previsto na legislação para a violação daqueles deveres, admitindo o legislador a responsabilidade penal, mas só para condutas específicas. Com efeito, o regime de prevenção do BC/FT distancia-se materialmente do regime repressivo do branqueamento estabelecido no CP. Estamos perante dois regimes materialmente diferenciados que não podem ser confundidos. Como refere Pedro Caeiro, “(...) *esta difusão não tem que ser corrigida por meio de uma infundada extensão da intervenção penal, à custa da racionalidade do discurso de criminalização, mas sim de uma libertação do sistema de prevenção fundada na sua própria razão de ser*”. (Caeiro, 2018: p. 285) *Uma razão de ser que é unitária para cada regime, até porque o regime preventivo engloba condutas mais amplas do que as estabelecidas para o regime punitivo, em virtude dos seus interesses a proteger serem diferenciados, por estar quanto ao segundo associada a proteção do sistema económico-financeiro europeu*⁸⁸³. (Rodrigues, 2019: p. 143) Em virtude de as proibições contraordenacionais serem dirigidas a campos relevantes da atividade económica ou social, em que é admitida uma censura jurídica a um comportamento que não devia ter sido realizado ou que o foi de forma deficiente ao que era socialmente esperado. Um sentido claramente diferenciado das finalidades do direito penal de proteção dos bens jurídicos, que necessitam do *plus* material diferenciador – uma diferenciação qualitativa.

Concluindo, não se podendo punir a título de um facto omissivo doloso pelo resultado típico de branqueamento que venha a ter lugar em virtude de uma simples violação de um dever de *compliance*. Não é possível transladar os mesmos critérios de responsabilidade administrativa para a responsabilidade penal, porque esta última deve pressupor uma reprovação ético-social mais ampla para sustentar a sua responsabilidade. Estamos perante uma esfera jurídica singular que não pode ser confundida com a esfera jurídica penal, não se podendo decair para uma ótica de administrativização do direito penal para alcançar uma maior esfera sancionatória, que em si apresenta completos contornos de simbolismo (segundo os pontos delineados na parte I). É certo que para determinadas entidades é imposto um dever de esclarecimento sobre a origem de certos valores e proveniência, porém, não se pode partir de uma visão que entenda *ab início* o seu incumprimento como cominado pelo direito penal. A punição pelo tipo legal de

⁸⁸³ A autora fala mesmo de um sistema dual no ordenamento jurídico português. (Rodrigues, 2019: p. 144)

branqueamento apenas pode ter lugar quando estejam previstas as modalidades típicas previstas no CP, de conversão, transferência, ocultação ou dissimulação. Para além de ser juridicamente indefensável uma equiparação entre o fiel da balança de ambos os regimes – quando se sancione com uma cominação penal um comportamento sem o respetivo qualitativo de dignidade penal – que acarretaria uma inconstitucionalidade por violação do princípio da proporcionalidade e *ultima ratio* do direito penal (artigo 18.º, número 2 da CRP).

11.5 Os efeitos da compliance ao nível da responsabilidade penal das pessoas singulares

Após a esfera da análise dos efeitos que os procedimentos de cumprimento normativo representam para os entes coletivos, impõem-se, de modo sumário, referir alguns efeitos que a instituição de procedimentos de *compliance* poderá originar ao nível da transformação do dever de garante dos dirigentes empresariais.

Tendo em conta tudo o que afirmamos, a aplicação efetiva e concreta de um programa de cumprimento normativo conduz (ou deve conduzir) a uma própria alternância nos termos da promoção de um modo de atuação interno para exteriorização de comportamentos de conformidade normativa. É por essa via que os procedimentos de *compliance* representam uma nova configuração ao nível dos deveres internos – quando devidamente aplicados – para os membros internos que atuam no contexto da organização com a finalidade de os orientar para um prosseguimento em conformidade com a dimensão normativa, substituindo os focos de atuação em desconformidade⁸⁸⁴, para uma atuação em linha com a normatividade. (Geraldo, 2018: p. 277)

A questão que devemos responder neste ponto é a determinação sobre se aos líderes da organização (diretores, administradores ou gerentes) é dirigido, na medida das funções desenvolvidas, uma posição de garante pelos crimes cometidos na empresa? Partindo da multidimensionalidade do ente coletivo como uma realidade com capacidade de agir sobre diversos vetores, entende-se que na perseguição da sua atividade empresarial podem advir riscos para terceiros. Embora não se entendendo a empresa como constituindo, por si própria, uma fonte de perigo – como parece remeter a posição de K. Tiedemann –, o que resultaria num entendimento da pessoa jurídica como um ente

⁸⁸⁴ Cfr. Silva Sánchez (2013: p. 195).

eminentemente perigoso do qual só emergem riscos que é necessário evitar. Como refere Zúñiga Rodriguez, regra geral, as pessoas coletivas ou equiparadas são constituídas para fins lícitos que devem cumprir com o seu funcionalismo social próprio, não sendo legítimo que as entenda como um estado de perigosidade permanente⁸⁸⁵. (Zúñiga Rodriguez, 2009: p. 315-317) O que sucede, no exercício de atividades económicas, é que no perseguimento destas atividades económicas, industriais ou sociais, podem surgir determinados factos que constituem a concretização de um perigo (ofensivo) para o bem jurídico⁸⁸⁶, que cabe evitar a quem detém o domínio organizacional. A ideia está em consonância com o entendimento maioritário da doutrina, que a pessoa jurídica assume uma posição de garantia originária em consequência do desenvolvimento da sua atividade, subjacente à ideia de quem gera os riscos em seu benefício encontra-se na obrigação de evitar a materialização dos mesmos face a terceiros (Zúñiga Rodriguez, 2009: p. 306), que, porém, em face dos poderes-deveres internos de controlo de uma fonte de perigo, será exercido pelos os seus dirigentes⁸⁸⁷, porque são estes a quem incumbe, em primeira linha, criar os mecanismos funcionais-organizativos em que se inserem os substratos inferiores, recaindo sobre os mesmos um domínio funcional organizativo, pois são-lhes dirigidos os poderes executivos na organização, na medida, que são destes que emanam as linhas estratégicas ou fundamentais para alcançar as ambições da pessoa jurídica.

Para justificar esta posição, embora exista um conjunto diverso de posições doutrinárias, entendemos a que melhor se coaduna é o pensamento de Schünemann de “*domínio do garante sobre a causa do resultado*”⁸⁸⁸. Face a certas limitações que eram

⁸⁸⁵ Concordamos com a autora quando refere que tal entendimento só seria admissível para o caso de uma montagem de um substrato coletivo para finalidades ilícitas ou quando as mesmas vão ser instrumentalizadas para aquelas finalidades criminosas, como é o caso do crime organizado. (Zúñiga Rodriguez, 2009: 317)

⁸⁸⁶ Como maioritariamente seguido no seio doutrinário, a enumeração das principais fontes de garante neste domínio são os casos da “*responsabilidade pelo produto*” ou as relações de domínio sobre as pessoas de onde provém o perigo. Cfr. para maiores desenvolvimentos, Figueiredo Dias (2011: p. 946-949) e Taipa de Carvalho (2016: p. 568-569).

⁸⁸⁷ Sobre o tema, por todos: Silva, 2009: p. 322ss; Zúñiga Rodríguez, 2009: p. 229ss; Figueiredo Dias, 2011: p. 946ss; Feijoo Sánchez, 2012c: p. 139; Lascuraín Sánchez, 2014: 8ss; Taipa de Carvalho, 2016: p. 568-569; Geraldo, 2018: p. 278ss.

⁸⁸⁸ Para o autor teutónico a equiparação da ação à omissão, sustenta-se no domínio do dirigente da empresa, podendo resultar tanto de um domínio fático sobre os elementos materiais perigosos da

endereçadas na medida da responsabilidade penal dos dirigentes em estruturas organizacionais complexas, o autor veio configurar o seu pensamento para uma conformação delimitada face à função que compete ao sujeito dentro do substrato organizativo. De acordo com o princípio deste domínio, a posição de garante é representada de acordo com a esfera funcional representada pelos órgãos da empresa. Noutras palavras, o dever de garantia deve então ser fixado na medida da esfera de competência funcional dirigida a um órgão da organização. A posição de garantia que permite a responsabilidade penal por um facto comissivo por omissão depende da existência de uma relação material entre o sujeito e o bem jurídico. Aludindo à posição de Silva Sánchez, este nível permite afirmar que dentro do seu quadro de competências funcionais o agente tem um compromisso de controlo de riscos para bens jurídicos. Refere Susana Aires de Sousa, que a obrigação de evitar o resultado deve ser ponderada de acordo com dois pressupostos: por um lado, analisando o âmbito de competências funcionais atribuído ao respetivo cargo, correspondendo a atribuições que possibilitando a delimitação da posição de garantia; por outro lado, é preciso atender à possibilidade de cumprimento desses deveres através de um “domínio” dos factos que existam na sua dimensão de responsabilidade – “*um espaço individual de responsabilidade*” –, com capacidade de ofender o bem jurídico-penal. (Sousa, 2019: p. 72ss)

No âmbito da delimitação da autoria por omissão, o domínio potencial do facto omissivo permite delimitar as relações de autoridade para fundamentar o dever jurídico de ação (o dever que o agente tinha que o obrigava a atuar) e a atribuição que este tinha para intervir para obstar à verificação do resultado. Em consequência, devem ser apurados os dois momentos cumulativos: primeiro se o facto criminoso é inserido dentro da “*esfera da responsabilidade do agente*” atendendo à dimensão empresarial, para tal sendo de aferir o enquadramento das atribuições e funções internas que lhe sejam conexas; e o segundo correspondente à capacidade de cumprir essa mesma obrigação, através de um domínio dos factos sobre os quais este possa adequadamente atuar para evitar a comissão do resultado (novamente, a ideia do domínio da organização para a prática do facto típico, correspondente à possibilidade fática de ação). Não se podendo entender uma

organização (mais próximo das fontes de perigo), como do próprio poder hierárquico, legalmente fundado, que estes detêm sobre os seus colaboradores. (Figueiredo Dias, 2011: p. 944ss; Taipa de Carvalho, 2016: p. 568-569; Sousa, 2019: p. 70-71) Estes poderes funcionais de direção fundamentados na hierarquia orgânica-funcional, e que são primariamente dirigidos para os diretores, administradores e gerentes, podem ser alvo de uma delegação para terceiros.

configuração automática da posição de garante decorrente das funções que lhe são dirigidas. (Sousa, 2019: p. 68ss) Como refere Susana Aires de Sousa, só através da verificação destes pressupostos cumulativos se pode afirmar legitimamente o juízo de culpa subjetiva do agente por omissão (assim se evitando uma inconstitucional responsabilidade objetiva). (2019: p. 73) São esses poderes-deveres funcionais que representam um dever jurídico pessoal para aqueles aos quais seja atribuída autoridade, através de um *facere*, para obstar que a pessoa jurídica, sujeita à sua autoridade, cometa uma conduta criminosa ou para evitar que o resultado se produza. (Taipa de Carvalho, 2016: p. 569) Não se podendo entender que simples deveres funcionais possam fundamentar uma posição de garante.

Assim, como comumente aceite, os líderes da organização ao assumirem os seus cargos na organização empresarial adquirem um conjunto de poderes de organização, coordenação e execução, de evitar que, do domínio que controlam, fruto do perseguição da sua atividade, surjam lesões de bens jurídico a terceiros⁸⁸⁹. E serão de acordo com o estabelecido na atribuição e disposição de competências funcionais – a autoridade para controlar a atividade – que deverão ser apuradas a afirmação de risco concreto que o agente tem por dever evitar. É a aceitação individual do cargo específico e os poderes concretos inerentes que ostenta, que implicam no domínio da organização uma relação de maior proximidade com o risco que se imputa evitar. É certo que este dever de vigilância deve ser perspectivado na medida da criminalidade de empresa, porque é esta que se relaciona ao nível da atividade específica, do qual podem surgir situações de desconformidade normativa⁸⁹⁰. Permitindo, dessa forma, um recortar do compromisso de impedir que um determinado facto lesivo para bens jurídicos se produza, identificando os riscos concretos que deve controlar, tal como as medidas que deve adotar para obstar a um resultado desvalioso sob pena de cometer um delito omissivo. (Sousa, 2019: p. 72-73) Dito por outras palavras, ao órgão de direção será dirigido um dever de garante pelo controlo e vigilância dos riscos para bens jurídicos, desde que seja apurado face aos seus poderes e quadro de competências funcionais para delimitar a sua esfera de responsabilidade, quanto esteja em cumprimento das suas funções próprias face ao estatuto e estrutura de empresa. Dessa forma, se evitando uma assunção automática do dever de garante pela mera posição de autoridade ocupada na pessoa jurídica, o que

⁸⁸⁹ Referindo este sentido ao nível do direito alemão, Sieber (2008: p. 13).

⁸⁹⁰ Cfr. Geraldo (2018: p. 282).

corresponderia a uma responsabilidade penal objetiva desconforme ao princípio constitucional da culpa. (Sousa, 2019: p. 74) Sem desvalorizar a possibilidade de delegação destes poderes para outros membros internos⁸⁹¹. Por efeito, a responsabilidade do líder não resulta apenas da violação de deveres de vigilância, mas do nível de controlo fático por parte do líder quanto à atuação do subordinado e dos poderes que o primeiro possui para executar medidas contraditórias ao cometimento do facto criminoso. (Albuquerque, 2015: p. 138) Estamos perante uma validação da teoria do domínio da organização firmada por Teresa Quintela de Brito, admitindo a autora tanto um domínio direto da organização realizado através de uma ação, ou de um domínio indireto da organização através de uma omissão. Todavia, é de reconhecer que o domínio organizacional que pende sobre os líderes da organização pode ser esbatido no âmbito das grandes entidades empresariais, em face da complexidade organizativa interna, em termos do conjunto direcional com várias ramificações e estratos hierárquicos e com departamentos diferenciados, por vezes, não se mostrando como totalmente exequível aos líderes de organização exercerem com a devida adequação e atenção, o dever de controlo e o seu poder de domínio sobre todos os setores da organização – impossibilitando o exercício daquele *dominus* efetivo. Acontece que no caso de empresas com um nível estrutural mais amplo, os seus dirigentes apenas dirigem a aplicação de medidas hierárquicas genéricas, e acabam por ser os quadros intermédios, que apresentam uma proximidade mais relevante e nível de informação relativa ao risco para os bens jurídicos, que apresentam uma certa capacidade para organizar a empresa. Nestes casos, “*os órgãos superiores da direção apenas se ocupam de políticas genéricas da empresa e realizam trabalhos de coordenação muito genéricos*”. (Feijoo Sánchez, 2012c: p. 146-147) Daí que seja frequente a delegação do dever empresarial de garante para determinados estratos inferiores, aos quais são instituídos poderes de domínio organizacional interno (pois, sem estes poderes não se pode entender a existência de um dever de garante), que passa a ter um poder de coordenação e execução de tarefas em diversos setores da organização. Nestes casos, não deverão ser atendíveis só os membros do conselho de administração, mas também os diretores ou até subdiretores de vários departamentos. O que é importante é determinar o sujeito com autoridade para exercer o controlo sobre a atividade, o que pressupõe a autonomia decisória sobre aquele setor individualmente considerado (ou seja, as suas atribuições sobre o mesmo). Face ao anteriormente afirmado, é de afastar um

⁸⁹¹ Neste sentido, Feijoo Sánchez (2012c: p. 150-151) e Geraldo (2018: p. 291-292).

sujeito que não comungue destes poderes funcionais, e que se limite a executar ordens superiores no exercício da atividade económica⁸⁹². (2012c: p. 143)

No entanto, esta delegação não implica uma isenção da responsabilidade dos dirigentes empresariais em virtude da delegação da posição de garantia para o delegado. O que a delegação possibilita é uma alternância ao nível de alguns dos pressupostos do dever primário de garantia (instituídos para os líderes da organização), mantendo ainda o dirigente na sua esfera de competência alguns dos fundamentos daquele dever jurídico. Em consequência, com a delegação das funções e de um certo domínio organizativo interno para o delegado, este passa a exercer as suas novas competências nos termos do próprio domínio funcional, o que lhe permite adquirir uma posição de garantia. Como destaca Susana Aires de Sousa, “*funciona neste contexto o princípio da confiança como delimitador do risco proibido inerente a uma omissão penalmente relevante por parte do dirigente empresarial. Quanto maior e fundada se revela a confiança no delegado, menor será a necessidade de controlo e supervisão, diminuindo-se a abrangência do risco proibido pela omissão do trabalhador*”⁸⁹³. (Sousa, 2019: p. 136)

Para chegarmos à resposta à dita questão, reconhecemos que a maioria da doutrina e jurisprudência acaba por concluir pela admissão da existência de um dever de garante para os quadros superiores da organização, com a finalidade de vigiarem e controlarem a atuação dos seus subordinados⁸⁹⁴, em face das competências funcionais que lhes são dirigidas, no qual está subjacente o domínio funcional organizativo. Como é reconhecido pelo desenvolvimento de novas diligências que recaem sobre os administradores, em que no próprio artigo 64.º do CSC, estão previstos deveres fundamentais de lealdade e cuidado

⁸⁹² Este será, por exemplo, o caso do designado *Chief Compliance Officer* quando não detenha aquelas atribuições funcionais específicas. Para maiores desenvolvimentos sobre esta figura, cfr. Geraldo (2018: 283ss) e Costa (2018: 312ss).

⁸⁹³ Invoca-se o princípio jurídico da confiança, de que se pode interpretar que cada membro da organização deve cumprir com os papéis e funções que lhe são dirigidos no interior da organização. (Zúñiga Rodríguez, 2009: p. 204)

⁸⁹⁴ Cfr. entre outros: Brito, 2014b: p. 86; Lascurain Sánchez, 2014: 8ss; Mendes, 2015a, p. 73; Mendes, 2018: p. 16; Busato, 2018b: p. 40. Como refere Silva Sánchez, “(...) *los superiores jerárquicos tienen deberes de garante sobre la conducta de sus subordinados. Ello vale para cualesquiera organizaciones, pero, de modo particular, para la empresa. Así, se considera que los superiores jerárquicos de la estructura empresarial (por ejemplo, el administrador o los integrantes del consejo de administración de una sociedad mercantil) se encuentran en una posición de garantía, que integra un deber de vigilancia*” (2013: p. 79)

que recaem sobre os administradores da empresa. Por conseguinte, para os administradores da empresa estão previstas exigências de organização da pessoa jurídica, devendo estes ser responsabilizados por resultados criminosos quando tenham omitido os comportamentos exigíveis para evitar a lesão de bens jurídicos causados pela atividade da empresa ou pela atuação dos seus colaboradores. Para além de serem também responsabilizados por omissão nos casos dos factos criminosos que tenham sido praticados pelos seus colaboradores quando esses atos lhes possam ser imputados pela violação dos deveres de vigilância e controlo (artigo 11.º, número 2, alínea b) do CP). Estamos aqui perante, nada mais, nada menos, que o reconhecimento de um conjunto de riscos que pode advir da atividade empresarial executada, representando, para os responsáveis pelo ente coletivo, o dever de vigiar e controlar a atividade⁸⁹⁵. Teresa Quintela de Brito é taxativa a referir que a conjugação do artigo 11.º, números 2 e 4, representa para quem detém autoridade para exercer o controlo da sua atividade (ou seja, o domínio funcional sobre aquele setor), a incumbência de um dever de vigilância sobre aquele setor específico. (Brito, 2012b: p. 219) O critério de imputação estabelecido no artigo 11.º, número 2, alínea b) do CP, representa uma regulamentação especial importante nesta temática, permitindo uma atribuição da necessidade de realização de um *facere* (o cumprimento dos deveres de vigilância e controlo) aos dirigentes, que, em caso de incumprimento (*non facere*), pode ser imputado à empresa nos termos do disposto no CP. Um exemplo que a autora invoca, no domínio dos órgãos da organização, constitui o caso de o conselho de administração ter atuado com o objetivo último de aumentar as receitas da empresa através do cometimento de crimes. O conselho fiscal, detendo conhecimento desta situação, ou pelo menos dela suspeitando, não atua, mesmo tendo capacidade funcional para o fazer, por entender que o agir (ilícito) da administração é legítimo desde que vocacionado com o fim de aumentar as receitas. Ora, o conselho fiscal tem a obrigação legal de agir em casos deste tipo, competindo-lhe um dever de garante por constituir um órgão da pessoa jurídica com poderes funcionais. Assim, como já vimos, a omissão deste órgão realizada no interesse coletivo dentro das suas atribuições funcionais, permite a afirmação de uma vontade coletiva que legitima a imputação do crime ao ente coletivo. (Mendes, 2015a: p. 74-75)

⁸⁹⁵ Por todos, veja-se: Brito, 2012b: p. 219; Mendes, 2015b: p. 109-111; Geraldo, 2018: p. 291-292.

Neste cenário, a instituição de mecanismos internos de *compliance* permite solidificar o enquadramento funcional-organizativo próprio da organização, que ao mesmo tempo, tem capacidade de modificar (em termos formais) e concretizar a posição de garante na organização da exigência de uma ação contrária à materialização do facto criminoso. (Geraldo, 2018: p. 283⁸⁹⁶) Ou seja, esta dinâmica autorregulatória, do qual já tecemos os principais pontos, permite dentro do substrato coletivo uma maior dinamização dos vasos comunicacionais que permite aclarar, na medida interna, as exigências da atuação e agir para evitar a materialização de factos puníveis⁸⁹⁷.

Ultrapassada a possibilidade de os líderes da organização poderem responder por uma omissão imprópria, no caso de terem poderes que lhes confere um domínio funcional sobre a fonte de perigo, estando-lhes instituído um dever de garante de vigilância e controlo, importa agora precisar os efeitos que a legislação preventiva do BC/FT poderá conter nesta temática, nomeadamente, na imposição de um dever de proteção⁸⁹⁸. Isto é, torna-se agora necessário apurar se a responsabilidade dos administradores (ou, no caso de ocorrer uma delegação de funções, determinados funcionários), pela violação dos deveres preventivos de branqueamento pode envolver a responsabilidade penal por comissão omissiva imprópria do crime de branqueamento⁸⁹⁹. Deve ser realçado que estes deveres resultantes da lei BC/FT correspondem a normas de cuidado dirigidas para limitar os riscos que podem emanar da organização, constituindo assim uma tutela indireta de bens jurídico-penais, evitando a ocorrência de uma materialização de um resultado danoso. (Rodrigues, 2019: p. 70) Porém, e como já tecemos as devidas notas, estamos perante dois regimes materialmente diferenciados, em que não se pode comprimir ambos os sistemas para sustentar uma repressão penal. (Caeiro, 2018: p. 282ss) O incumprimento de um dever preventivo não representa, pelo menos de forma imediata, um ataque frente a um bem jurídico-penal. Tal releva ao nível contraordenacional, mas não, sem mais, ao nível penal. De acordo com o assinalado, ambos os regimes apresentam

⁸⁹⁶ Em certa medida, Sieber (2008: p. 17).

⁸⁹⁷ Com entendimento próximo, Brito (2014b: p. 86).

⁸⁹⁸ Pois, como já vimos anteriormente no estudo do branqueamento, este só revelará ao nível da omissão impura correspondendo como necessário afirmar um dever de garante. É necessário ir mais além e partir da própria realidade organizacional, e, no caso concreto, relevar o dolo, autoria ou participação, no facto criminoso por omissão.

⁸⁹⁹ Questão colocada por Rodrigues (2019: p. 141). Em resposta taxativamente contrária. (Lascurain Sánchez, 2014: 10-11)

diferenças dogmáticas, nomeadamente ao nível da ofensividade e proteção de bens jurídicos. Da simples desobediência de instituição de medidas de *compliance* apenas se extrai uma responsabilidade contraordenacional, não existindo aqui um poder fundamental⁹⁰⁰ – o *plus* jurídico – que *ab initio* constitua um dever jurídico de atuar, que possa representar uma fonte de responsabilidade penal. Na verdade, entendemos que as dúvidas acabam por ser dissipadas quando o próprio legislador sanciona a violação (dolosa ou negligente) de um qualquer destes deveres como conduzido à responsabilidade contraordenacional⁹⁰¹ (segundo o artigo 169.º da n.º 83/2017, de 18 de agosto; como no Aviso do BdP nos termos do artigo 210.º, alínea m), do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras). Uma vez que a realidade penal pressupõe, para além do incumprimento do dever, que o agente (criminoso) pretenda ocultar ou dissimular os proveitos criminosos e que da sua atuação se permita afirmar uma contrariedade ou indiferença pelo bem jurídico tutelado pelo branqueamento. É este o sentido firmado pelo CP. Assim, o seu incumprimento ou cumprimento defeituoso, apenas pode relevar ao nível penal nos casos em que essa omissão também releva ao nível da realização típica do crime de branqueamento. Segundo Anabela Miranda Rodrigues, é possível “(...) *verificar a imputação da responsabilidade penal pela omissão ou cumprimento defeituoso do dever de compliance ao administrador ou empregado passa por ter em atenção que a formação da intensão – a vontade – da prática de um crime ou da representação da sua realidade como possível se liga ou pode ligar-se ao cumprimento de deveres de compliance. (...) E, assim, no caso de crimes dolosos, a prova de que o agente, com a sua omissão, atuou com a intensão/vontade de realizar a prática ou a possível prática do crime, conforme os casos do dolo ou dolo eventual*”. (Rodrigues,

⁹⁰⁰ Mesmo ao nível do direito comparado no ordenamento jurídico germânico, o anteriormente referido parágrafo 130 da OWiG, prescreve a infração de um dever de vigilância e controlo dos líderes da organização. No caso de uma infração praticada ao nível da dimensão empresarial, por violação dolosa ou negligente destes deveres, para além da responsabilidade direta pela comissão do facto do agente individual, também responderá o próprio ente coletivo e os líderes da organização, quando a infração pudesse ter sido dificultada ou evitada através de uma vigilância devida. Estamos aqui perante uma posição de garante do empresário dentro do contexto empresarial para que este tome todas as diligências necessárias para controlar e vigiar todos os riscos que podem ser produzidos dentro da empresa – embora se trate de um regime mais concretizador do dever de vigilância, quando comparado com a lei portuguesa. Mas, no final de contas, a sua violação é ainda contida no nível da dimensão contraordenacional. Porém, sem que seja um regime geral aplicável para toda a componente organizativa que atua no mercado.

⁹⁰¹ Cfr. Geraldo (2018: p. 290-291), e se bem entendemos também Machado (2018: p. 90).

2019: p. 71) Ora, os crimes contra a realização da justiça apresentam um caráter doloso, não se podendo considerar a simples violação de deveres de informação, exame ou comunicação, como contendo um desvalor ético-social que ofenda o bem jurídico. Tal se aproximaria de considerações de negligência (por violação do dever objetivo de cuidado), que o legislador não acompanhou neste ilícito específico. Não desvalorizados a importância jurídica destes deveres preventivos, até porque estes podem ser úteis ao nível do apuramento jurídico-penal, quando devidamente cumpridos, da identificação da circulação de proveitos ilícitos dentro da organização, mas para uma imputação criminosa do branqueamento por omissão impura será sempre necessário demonstrar que o agente com a sua omissão tenha representado as circunstâncias da factualidade que preenche o tipo ilícito. Esta omissão exige um reflexo na medida do dolo do tipo representando por uma intencionalidade do agente ao representar a possibilidade de proveniência ilícita dos proveitos sobre os quais vai atuar, e, no caso dessa conformação do agente pelo risco contido pelo incumprimento ou cumprimento defeituoso, revelar uma intensão de ocultar ou dissimular (os processos centrais ao branqueamento) em virtude da total indiferença que o bem jurídico lhe mereceu⁹⁰². (Rodrigues, 2019: 71-72, 142-143) Aqui se referindo a possibilidade de haver branqueamento a título de dolo eventual pelo agente, por este através da sua omissão ter representado a possibilidade de estar perante uma situação em que tinha de atuar para evitar uma prática branqueadora, e, mesmo assim, decidiu não o fazer, dessa forma, incumprindo com o dever jurídico de atuar e conformando-se com o risco da sua conduta acabar por determinar um resultado típico. Por exemplo, pense-se nos casos do dirigente da organização perspetivando que uma determinada operação interna da organização pode envolver proveitos ilícitos e, estando obrigado a cumprir o dever de exame (artigo 52.º, da lei n.º 83/2017, de 16 de agosto), não o executa, demonstra uma atitude de total indiferença quanto ao risco de as vantagens terem proveniência criminosa. Esta possível prática por dolo eventual será encontrada, não ao nível de incumprimento do dever *per se*, mas sim perante a representação como possível de um

⁹⁰² Para evitar tais situações o cumprimento dos deveres de *compliance* deve ser devidamente documentado – como a própria legislação exige, como são exemplos o artigo 20.º, número 5; o artigo 43.º, número 3; artigo 47.º, número 7; artigo 52.º, número 5; todos da mesma lei – permitindo às autoridades obrigadas demonstrar a sua atuação conforme o Direito. O que em termos provatórios apresenta inegáveis vantagens, através da reconstituição de todo o raciocínio empreendido naquela situação de tempo e lugar, mas, igualmente, permitindo uma demonstração que, no caso de existir uma prática branqueadora, não agiu com uma finalidade de ocultar ou dissimular a proveniência ilícita das vantagens. (Rodrigues, 2019: p. 141)

risco e a sua conformação com o resultado típico. Existindo uma articulação entre a atuação do agente, a previsão que realizou e a verificação do resultado. Nestes termos, em tese geral, estas vertentes preventivas permitem densificar as regras de experiência comum para um sentido de conformação do agente. Como seja o caso de após o cumprimento de determinados deveres se apresentar como bastante previsível que a realização de uma operação constituirá a realização do facto típico de branqueamento, e o agente se conforma com esse risco, porque não se absteve de praticar a operação, apesar de aquela representação ter sido impulsionada pela averiguação de deveres preventivos.

Em suma, para que se comprove se sobre determinado dirigente impedia o dever jurídico de evitar o resultado do tipo legal do branqueamento nos termos do artigo 10.º, número 2 do CP, é necessário recorrer à valorização jurídica da conduta do agente, a estrutura da empresa em causa, os deveres funcionais do agente e o nexo entre a omissão de um comportamento exigível e o resultado verificado. A aplicação concreta para a verificação do dever de garante deve então partir do *dominus* funcional-organizativo que os responsáveis hierárquicos da organização detêm sobre os seus colaboradores, que os obriga a executar um determinado comportamento para evitar a materialização de uma comissão criminosa por uma pessoa sujeita à sua autoridade hierárquica-funcional que se encontram ao nível hierárquico inferior⁹⁰³.

⁹⁰³ Ou seja, encontra-se sustentada numa relação de autoridade sobre as pessoas singulares de onde provém o perigo. (Taipa de Carvalho, 2016: p. 569)

Conclusões Finais

Ao nível do nosso estudo, tentamos sempre abordar os pontos principais e mais controversos, evitando apresentar uma visão fechada e monolítica, mas sim enveredando por uma visão crítica e argumentativa. Como fomos demonstramos ao longo deste trabalho, estamos perante uma complexidade e relevância própria do tema desenvolvido e que, na nossa opinião, permite verdadeiramente justificar a nossa escolha. Em devido momento desta exposição, deixamos já expressas várias conclusões, que devem ser entendidas como trazidas à colação nesta ocasião, embora por razões de “economia processual”, optamos por não voltar a reproduzir em toda a sua extensão – conferir tudo o que já dissemos nas conclusões parciais.

Perante o domínio vigente da sociedade de risco, onde impera uma razão calculadora sustentada no progresso científico e tecnológico, tem surgido uma progressiva ocorrência de novos riscos para a atividade humana, que acabam, em face da globalização, por ver impulsionados os seus impactos em todos os cantos do mundo. Vigorando uma espécie de “efeito dominó”, que a todos pode atingir, independentemente da sua globalização geográfica.

Com a globalização passou-se a verificar uma degradação dos processos de cariz económico-financeiro, em virtude da ocorrência de um novo espaço de ação (com dimensão geográfica mundial), que criando um novo dinamismo para um mercado que supera a dimensão territorial nacional se projeta para além das fronteiras do Estado. Esta faceta acaba por ser mais visível no domínio económico, porque vivemos numa era em que a atividade económica passou a ser central, possibilitando um maior poder às sociedades financeiras e, de forma mais geral, de pessoas coletivas ou equiparadas, que criam a possibilidade de elevar a sua atuação e os interesses dos sujeitos para um plano macro que lhes era de todo inalcançável numa simples dimensão singular. Porém, tal realidade não foi acompanhada de um devido sentido regulatório, verificando-se uma degradação dos seus processos de natureza económica, por existir um movimento de desregulação, que impulsionou os ordenamentos jurídicos *offshores*, redes informais e paralelas.

Para obstar a esta realidade tem sido exigido um papel mais ativo do Estado na avaliação e gestão desses novos riscos, alterando a sua posição de neutralidade e produzindo um reflexo no campo da segurança para solucionar estas necessidades comunitárias. Foi introduzido um crescente intervencionismo do Estado de bem-estar na proteção de novos interesses, não só com natureza individual, mas também alargando o

seu reconhecimento a interesses coletivos que se emancipam face aos primeiros, e que vêm reclamando um paradigma de proteção de igual magnitude. Este movimento é decorrente da dupla faceta atribuída ao sujeito: em que se destaca o seu valor unitário como indivíduo (um corpo humano); mas também a sua integração num espaço social que o caracteriza, igualmente, enquanto pessoa humana e de onde emerge um dever-ser com os outros. Uma realidade que é reconhecida pela sua inserção num sistema democrático onde existem extensas linhas de interceção comunicacionais pela participação dos cidadãos como membros diversos da comunidade, cada um com os seus interesses particulares, mas que, envolvidos numa rede mais ampla, também subsistem interesses mais alargados com igual relevância, que são alvo de referências particulares de proteção.

Estes pressupostos da sociedade acabaram por influenciar nas práticas criminosas, alterando a dinâmica da criminalidade, que também passou a conter um domínio transnacional e calculador. As práticas marginais passam a ser entendidas como forma de aumentar o estatuto socioeconómico, sem olhar aos meios adotados para atingir aqueles desígnios, onde o relevante acaba por ser o fim pretendido de atração de proventos lucrativos (criminosos). Tudo se conjuga, afinal, com aquele paradigma da razão calculadora potencialmente desvirtuadora dos vetores essenciais para a convivência humana e social, onde quanto mais os homens obtém proveitos lucrativos, independentemente da sua proveniência lícita ou não, não cessa a sua aptidão e pulsar, pelo contrário, este cada vez aumenta mais, numa escalada até ao infinito – ou melhor, no caso de terem origem ilícita até a sua deteção e confisco por parte das autoridades de investigação criminal.

No campo do direito penal os seus reflexos consistiram: tanto na dimensão de um processo de expansão; como no exacerbamento dos contornos dos tipos legais ou das suas sanções. Tal representou no debate doutrinário o questionamento sobre se os seus paradigmas tradicionais conseguem responder aos novos desafios da sociedade de risco? Este epílogo apresenta notórias manifestações quanto à apreciação se o critério tradicional do bem jurídico, orientador e limitador da intervenção punitiva, deve ser mantido? Esta questão fundamental tem de ser respondida, no nosso entender, em sentido afirmativo. O critério da proteção do bem jurídico é um dos pontos essenciais para delimitação da intervenção penal num Estado de Direito Democrático, no que concerne à consolidação da sua intervenção frente aos direitos, liberdades e garantias e a todos os princípios constitucionais consagrados. Não se podendo pugnar por um direito penal meramente

centrado numa finalidade de atingir uma maior eficácia, que se entendia construído sobre uma exagerada percepção social subjetiva de insegurança, e resultaria numa corrente de expansão legislativa ou até “rasgando” com a ideia da necessidade de tutelar um bem jurídico ou princípios constitucionais fundamentais, afastando-se o direito punitivo das suas funções clássicas. Esses princípios têm vindo a ser ampliados com a evolução do Estado Social Democrático, mas, pelas razões expostas, a sua proteção deverá ser feita em linha com uma Constituição Democrática. Assim, a exigência social tem de ser reconhecida pela referência ao Estado de Direito Democrático, em que os seus membros apresentam capacidade de elevar determinados interesses que consideram como fundamentais à categoria de bens jurídicos e pela capacidade evolucionista que está incutida no paradigma da sociedade atual. Por conseguinte, os bens jurídicos individuais são os essenciais ao livre desenvolvimento ético da pessoa, como por exemplo são os casos da vida, integridade física, ou liberdade. Já os bens jurídicos coletivos constituem os essenciais à subsistência e fundamento da sociedade democraticamente organizada. É certo que os bens jurídicos coletivos apresentam uma maior flexibilidade no seu substrato jurídico-penal, especialmente se os comparamos com os interesses antropológicos com maior sedimento histórico, nomeadamente quanto à identificação dos respetivos bens jurídicos ou até a construção da própria imputação criminal. No entanto, tal não significa uma rejeição destes valores axiológicos, mas sim a necessidade de se fazer uma análise casuística sobre cada incriminação, de forma a apreciar a sua legitimidade ou não. Aqui torna-se necessário discernir o que efetivamente constitui um perigo concreto para a sociedade, ou seja, que apresente os efeitos de repercussão negativa incomensurável e constitua um risco penal juridicamente desvalioso; dos que não merece essa qualidade, e pelos princípios fundamentais da subsidiariedade e *ultima ratio*, podem ser remetidos para campos jurídicos não-penais. Então é de rejeitar uma expansão do direito punitivo quando a mesma seja efetivada de forma vaga e imprecisa, descontextualizada da proteção de bens jurídicos fundamentais e contra o seu substrato jurídico garantista, mantendo o direito penal a sua legitimação de último mecanismo sancionatório e eticamente fundado de proteção de bens jurídicos fundamentais. Em linha com a dimensão valorativa personalista, fundamentada na dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da CRP), que é o núcleo fundamental da hierarquia normativa. Isto porque a punição do Estado não pode ser exercida a todo o custo, devendo ser respeitados certos limites ético-jurídicos que são elevados a princípios constitucionais, com o seu cerne a constituir a dignidade da pessoa humana.

Olhando para o processo da razão subjetiva dominante e instrumentalizadora na criminalidade, que apresenta talvez os seus contornos mais vinculados no domínio do branqueamento, verifica-se uma associação aos riscos económico-financeiros, tão caros na atualidade, que, confrontando interesses supraindividuais, projeta os seus efeitos ofensivos para além de um simples detentor individual. Em traços gerais, o branqueamento é um processo dirigido a criar uma artificialidade com a finalidade de obscurecer a proveniência ilícita de determinados valores/vantagens, permitindo que os criminosos continuem a desenvolver as práticas ilegais e gozem dos lucros obtidos das mesmas. Temos assim uma camuflagem de algo que, do ponto de vista originário, é “sujo”, para passar a conter uma aparência à vista da sociedade como “limpo” (como legal), para que depois essas vantagens possam ser naturalmente usufruídas por aqueles.

Embora se possa referir que o branqueamento pode ser realizado através de condutas inusitadas e singulares, a realidade prática tem-nos demonstrado que o grande volume de valores branqueados é realizado através de determinadas organizações (criminosas e coletivas). Isto porque é de mencionar que quanto maiores os volumes a necessitar de ser branqueados, maior detalhe e sofisticação terá de ser empregado para o efeito, aqui sendo frequente o emprego de entidades coletivas e equiparadas, através de uma instrumentalização das suas práticas, ou mesmo sendo criadas pessoas coletivas destinadas especificamente para práticas branqueadoras, como sejam empresas “de fachada” domiciliadas em paraísos fiscais, *holdings*, *sub-holdings*, ou “*offshores*”, para criar operações “fictícias” ou complexas, para criar aquele sentido de “legitimação”. Para além disso, sem olhar a custos, são “requisitados” serviços de funcionários especializados no mercado económico-financeiro, para que consigam, através de diversas fases, estabelecer um conjunto de barreiras para diluir a já “fina” linha de continuidade sobre a origem daqueles proveitos.

Neste cenário, verifica-se uma fonte inesgotável das metodologias que podem ser aplicadas para aquela finalidade, que se mostram impossíveis de englobar na sua total extensão, pela contínua evolução técnica e tecnológica, que os agentes branqueadores absorvem e tramitam em termos práticos. Pense-se, por exemplo, numa tecnologia muito recente como as criptomoedas que já é utilizada para branquear lucros de uma atividade criminosa prévia, através de determinadas carteiras de pagamento que são associadas para realizar transações económico-financeiras. Face a esta amplitude, temos a projeção de efeitos nefastos para diversas dimensões, como seja o campo económico, político e social. Este conjunto de interesses coloca em causa o regular funcionamento da sociedade de um

Estado Democrático de Direito e do seu próprio sistema económico. Daí que não seja de estranhar o forte impulso para a sua erradicação, que é, sem sombra de dúvida, o caminho a ser traçado. Com esta realidade em mente, o nosso legislador tem vindo a acolher um conjunto de medidas internacionais vocacionadas para dotar de uma maior efetividade os efeitos repressivos. Como é demonstrativo do próprio desenvolvimento deste trabalho, em que, desde o seu início, podemos referir que existiu um conjunto de modificações legislativas que levou à instituição de duas Diretivas da UE e da revisão da própria lei de prevenção do branqueamento, em linha com os diplomas comunitários.

Estamos perante um crime abrangente do ponto de vista da ciência jurídica e dos efeitos que lhe são associados, o que permite sustentar a sua natureza como crime composto pela exigência obrigatória do agente criminoso do branqueamento atuar perante vantagens provenientes de um facto típico ilícito prévio (integrado no respetivo catálogo). Este corresponde a um interesse social que exige intervenção penal, mas onde é nebuloso qual o bem jurídico protegido pela sua criminalização. No nosso entendimento, a sua arquitetura legal no direito português aponta que o bem jurídico constitui a administração da justiça. Assim, o legislador ao tutelar este interesse, atuou frente a condutas com capacidade de gerar uma camuflagem e artificialidade sobre a proveniência de determinadas vantagens ilícitas, visando proteger os interesses da realização da justiça e da máquina repressiva estatal, numa vertente de prevenir um bloqueio para a pretensão punitiva do Estado de detetar e punir os agentes criminosos e os proveitos derivados das suas práticas criminosas graves. Permanecendo válida a ideia de evitar que os agentes criminosos possam livremente esconder os seus proventos criminosos, mantendo-os intactos e protegidos de uma possível posterior investigação criminal, obstar ao seu usufruto, ou até impossibilitando que esses recursos possam ser investidos para financiarem mais ambiciosos projetos criminosos ou dotar a organização de uma maior satisfação (criminosa), que a máquina repressiva estatal tem dificuldade em acompanhar. E, esta nossa opção pela administração da justiça na sua dimensão de abranger o interesse judiciário, não constitui um obstáculo para o entendimento que a utilização destas vantagens criminosas pode constituir um ato de branqueamento desde que ofenda um bem jurídico.

A descrição típica do crime de branqueamento permite ainda colocar o problema do concurso de crimes quando o agente deste crime seja o mesmo do facto típico ilícito – ou seja, quando o agente ao nível abstrato preenche os dois tipos legais de crime. Entendemos, em linha com o sentido literal e da jurisprudência fundamental, que é

legítimo punir por concurso efetivo de crimes. Porém, para que não se viole o princípio constitucional do *non bis in idem*, é necessário que exista uma pluralidade de sentidos sociais de ilicitude, atendendo ao comportamento global do agente, e representando, em concreto, que a sua conduta preencheu efetivamente os dois tipos legais de crime (precedente e branqueamento), atingindo de forma efetiva o bem jurídico subjacente a esses tipos legais de crimes. Quanto tal não seja possível, e, no domínio concreto, apenas se demostre que o agente violou o bem jurídico do crime primário, apenas deverá ser punido por esse mesmo crime. Não se pode dizer que se estaria a desvalorizar todo o que dissemos neste trabalho, quanto à singularidade da gravidade do crime de branqueamento, porque, na verdade, nestes casos não estamos sequer perante uma ofensa ao bem jurídico (a colocação em perigo do bem jurídico do crime de branqueamento), porque apenas existe a violação do bem jurídico tutelado pelo crime precedente (e, como se sabe, os tipos legais de crime só existem face à necessidade de tutela do bem jurídico fundamental), sendo contido nele todo o desvalor ético-social.

Como ponto de ordem, esta oposição política ao branqueamento pode ser entendida como validada em duas abordagens fundamentais, a que se encontra subjacente uma concreta evolução legislativa nacional e internacional. Uma primeira constituída por uma abordagem confrontacional pelo aumentar da punibilidade criminosa, em consonância com as alterações legislativas seguidas, no sentido de criar uma maior efetividade de confrontação ao fenómeno criminoso do branqueamento, através do alargamento do espectro de crimes primários geradores de vantagens, com o objetivo de tutelar a administração da justiça através da deteção e perda das vantagens criminosas, ou o aumento da moldura penal abstratamente aplicável (a moldura penal do crime). Mas, também existe uma segunda abordagem fundamental, passando a ser projetados mecanismos e estratégias de ação sustentadas numa otimização do desenvolvimento dos meios preventivos, sua deteção e recolha probatória. Pode-se assim dizer que no afrontamento do tipo legal de branqueamento, estamos perante um impulsionar de uma estruturação legislativa para prevenir e detetar aquela prática criminosa, uma medida de contenção de riscos, que também se arquiteta para uma lógica de um ente coletivo em que se devem evitar riscos internos e manter a sua regulação no mercado. Isto porque para se atingir um efetivo afrontamento do branqueamento, torna-se necessário alcançar novas alternativas e soluções com o mesmo detalhe de criatividade com que os agentes branqueadores despendem nas suas práticas delituosas. Daí que se possa referir a associação entre o crime de branqueamento – especialmente quando estejam envolvidos

montantes elevados ou práticas mais sucessivas –, e uma atuação através de pessoas coletivas, a que a legislação portuguesa não é indiferente, tendo em conta o disposto no número 6 do artigo 368.º-A, por se entender, neste caso, o grau de ilicitude e culpa como mais elevado face ao circunstancialismo concreto, como é demonstrado pela solução legal de agravação da pena. O que entendemos ser o caso de práticas sistemáticas em organizações coletivas.

Existe uma linha contínua entre as práticas de branqueamento e a atuação dos entes coletivos, com a execução desses factos criminosos pelos segundos a permitir uma maior dinâmica lesiva através de uma prática continuada, especializada e de muito difícil deteção. É certo, regra geral, que as pessoas jurídicas ou equiparadas são criadas para atingir objetivos com natureza lícita, mas em virtude da existência de uma vontade coletiva que lhe está inerente, mesmo sendo normativamente construída, pode a mesma ser dirigida para a prática de atos ilícitos. Em face desta realidade, o legislador português admitiu a possibilidade destas entidades poderem ser alvo de uma responsabilidade penal, segundo o disposto no artigo 11.º do CP. Aqui, de forma expressa, o legislador admite que a pessoa coletiva ou equiparada irá responder por facto e culpa própria, ao considerar que esta responsabilidade não se encontra dependente da punição de um agente singular – artigo 11.º, número 7 do CP. Como tal, é expressamente de rejeitar aqueles autores que pretendem ver a responsabilidade dos entes coletivos como uma responsabilidade objetiva. Ou seja, damos como cristalizado neste trabalho que a responsabilidade penal das pessoas coletivas ou equiparadas é autónoma e diferenciada da responsabilidade do agente singular, por existir uma vontade (coletiva) que é distinta da vontade dos sujeitos individuais que a integram, como tal não estamos perante uma responsabilidade por facto de outrem (que seria inadmissível de acordo com os princípios constitucionais e do nosso direito penal), mas sim perante uma responsabilidade por facto e culpa próprios que podem ser imputados aos entes coletivos (desde que se verifiquem os elementos da infração penal). Ao nível da responsabilidade da pessoa coletiva são então afastadas as críticas de inconstitucionalidade material que iam deste a invocação do princípio *non bis in idem*; princípio da culpa; ou o princípio da intransmissibilidade das penas.

Assim, nos casos em que as competências funcionais de direção e controlo do ente coletivo não são devidamente exercidas para obstar à comissão do facto criminoso, o sujeito com posição de liderança presta um contributo fundamental na fase executiva do crime, através da configuração dos elementos essenciais do tipo legal que se encontra presente, através do domínio sobre a comissão criminosa, permitindo o alfa e o ómega da

execução do facto criminoso. Esta posição permite dar relevância a um poder-dever organizativo da pessoa coletiva ou equiparada, que se atualizou e configurou concretamente na execução do facto típico e ilícito. Este enquadramento permite traçar uma relevância ao nível específico da dimensão do substrato coletivo, pela configuração concreta das condições para o surgimento do facto típico-ilícito. A culpa nas pessoas coletivas ou equiparadas corresponde então a um juízo de censura pela desconformidade organizativa interna contrária ao dever-ser jurídico penal (coletivo) que se exprime no ato ilícito. É pela decisão organizativa-interna do ente coletivo, conseqüente do domínio da direção empresarial e complexidade interna, que permite dizer que aquela decisão organizativo-funcional é fruto de uma decisão ou opção fundamental daquele ente, que se repercutiu numa atualização e configuração funcional, para a execução do facto típico e ilícito. Estamos perante um ser-organizativo livre, que, em momento concreto, representou pela configuração organizativo-funcional uma deslealdade comunicativa (aludindo à posição sufragada por Silva Dias), que pode ser entendida como uma espécie de “personalidade organizativa” (aproximada da posição de Figueiredo Dias de “culpa pela personalidade”), conseqüente do seu livre-arbítrio de atuação e organizativo, e que se projetou sobre o facto jurídico-penal. É esta realidade que será alvo de censura jurídico-penal consistente na prática culposa.

A constatação social da associação entre ocorrências criminosas e entes coletivos, com reflexos em diversos escândalos no mercado económico-financeiro, impulsionou uma vertente específica quanto aos procedimentos de autorregulação dos entes coletivos, com um claro impulso do Estado, mas também que não deixam de estar associadas preocupações da iniciativa privada. Tal não deixa de ser uma constatação da importância das entidades empresariais no contexto mundial, o que lhes confere um objetivo público importante para orientar as suas práticas numa linha de conformidade normativa. É então afastada a ideia de procura de uma maximização lucrativa com uma neutralidade ao nível axiológico, revertendo para um novo substrato uma reconfiguração (positiva) própria das organizações no qual se destaca o “bom governo corporativo”, que pode corresponder a um certo *business ethics* ou *codes of conduct*. Também ao nível do direito português tem sido impulsionado um conjunto de pressupostos nesta linha, nos quais se inclui um conjunto de deveres especificamente dirigidos para as pessoas jurídicas ou equiparadas, como constitui exemplo o artigo 64.º do CSC. Vem o Estado, através da promoção de meios regulatórios e de cumprimento normativo, instituindo uma clara política de incentivos e difusão das medidas de cumprimento normativo por parte de determinadas

entidades privadas. Que se enquadra numa estratégia político-criminal mais ampla, onde se pode aferir a relevância aos “denunciadores cívicos”, as declarações dos “arrepentidos”, ou, de forma mais ampla, o direito premial. Pode-se dizer não ser só no domínio do ser humano que devem ser projetados valores como a vida, paz, a dignidade humana, a liberdade e solidariedade, como enunciados na Parte I, mas também para os domínios em que se exprime em liberdade e se desenvolve socialmente, como o caso dos entes coletivos, passando para estas o surgimento de uma *praxis* eticamente fundada que deverá então conter as já referidas valências fundamentais no seio da sociedade para ultrapassar os afrontamentos do racionalismo calculador. Nesta lógica emerge o domínio do *corporate governance* dirigido a uma estruturação das medidas de ética empresarial, que passam a assumir uma espécie de imperativo categórico no mundo globalizado da sociedade de risco. O impulso passa por uma crescente importância ao nível do desenvolvimento e aperfeiçoamento dos sistemas de controlo e gestão dos riscos internos, alicerçados num conjunto de recomendações formuladas a nível nacional e internacional, pretendendo-se articular os interesses dos administradores executivos, com os dos acionistas e os *stakeholders*. Neste domínio específico da *corporate governance*, dentro da autorregulação empresarial, surgem os mecanismos de *compliance* como instituidores de uma cultura de fidelidade ao Direito, exigida pelas características da sociedade contemporânea e pelo reconhecimento que o Estado não apresenta capacidade para regular todos os vetores de onde podem emergir riscos. Estes mecanismos contêm na sua génese material a ideia de uma vertente preventiva de comportamentos internos desconformes com a normatividade, para evitar o impacto de sanções, perdas financeiras ou mesmo reputacionais. O que permite afirmar que corresponde a um primeiro “redução defensivo”, instituído no ente coletivo para evitar ser alvo de sanções civis, administrativas ou penais. Tudo isto origina uma clara tendência, ao nível da política criminal nacional e estrangeira, quanto à criação deste tipo de mecanismos, permitindo o estabelecimento de condições internas de organização da pessoa coletiva ou equiparadas destinadas a limitar a desconformidade normativa (civil, administrativa ou penal) das pessoas jurídicas. Conseguindo uma densificação do afrontamento do branqueamento como forma de limitar os riscos dos substratos organizativos e instituir uma adesão alargada com os diversos *players* no mercado para o seguimento de uma integridade empresarial própria. Que nem mesmo as particularidades ligadas aos vários sistemas jurídicos internacionais tem obstado à sua transposição para países com culturas jurídicas e contextos económicos diferenciados.

Os programas de *compliance* apresentam como fundamento a instituição de ordens/instruções explícitas no domínio interno para modificação da organização e da atividade desenvolvida (ou seja, tanto dos *inputs* como dos *outputs* da organização). A instituição de programas de cumprimento vai conduzir à alteração para um clima empresarial que institua valores de uma dinâmica empresarial responsável, que balanceará um cenário de perseguição empresarial centrada na procura de benefícios económicos, mas sem decair para um caminho de desconformidade ao Direito. A *compliance* corresponde assim a mais um vetor de compromisso de cooperação entre as entidades públicas e privadas, como uma forma de prevenção do branqueamento quando realizado no domínio de um ente coletivo ou entidade equiparada, de forma a impossibilitar um aproveitamento criminoso do fundamento coletivo.

Quanto aos seus elementos inexistente no direito penal uma afirmação de um regime geral. Porém, temos de referir que os procedimentos de *compliance* tradicionais comungam claramente das linhas normativas que foram desenvolvidas no âmbito material dos instrumentos preventivos e repressivos do branqueamento e financiamento de terrorismo. Foi partido deste âmbito que se desenvolveram os procedimentos de *compliance* como forma de resposta às novas exigências sociais, e, posteriormente, se alargou para outros domínios. Daí que se possa afirmar que estes aspetos estão umbilicalmente relacionados desde o momento do estabelecimento destas linhas. Tendo em conta esta íntima relação entre estas duas realidades, afigura-se que uma análise dos procedimentos específicos da *compliance* no domínio do branqueamento, permite chegar a conclusões que também abrangem outras áreas de projeção desta realidade. Como tal, numa “arqueologia” legal, podemos referir que a *compliance* tem a sua génese na matéria do branqueamento (que ainda constitui o seu corpo de atuação primordial, mas, passa a ser projetado para outros domínios do direito, principalmente na criminalidade económica). Com efeito, podemos socorrer do regime preventivo edificado pela conjugação das disposições da lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, com o disposto no domínio das entidades bancárias dos dois avisos do BdP, a que se deve conexionar o trabalho doutrinário e jurisprudencial sobre esta matéria, e afirmar que o seu núcleo deve apresentar um conjunto de quatro princípios e eixos fundamentais: prevenção, intervenção, formação e investigação. Que devem convergir no desenvolvimento de uma atuação integrada de promoção de cumprimento normativo no substrato coletivo. Ou seja, uma das vias teoricamente possíveis para se concluir pela construção de um programa de *compliance* em Portugal seria o recurso ao cerne das medidas instituídas na legislação

preventiva do branqueamento e financiamento do terrorismo. Com efeito, partindo desta realidade, conseguimos afastar algumas críticas doutrinárias que invocam a incapacidade de determinação deste tipo de procedimentos, podendo o intérprete ultrapassá-las facilmente através do recurso às medidas específicas, conseguindo a corporização dos procedimentos de *compliance*.

Da conjugação destes elementos significa que devemos entender a *compliance* de forma dinâmica, como um substrato que se deve adotar à complexidade e realidade interna do ente coletivo, não podendo ser entendido como um molde ossificado aplicável sempre da mesma forma a qualquer caso em concreto. Cada programa de cumprimento normativo deve ser *sui generis*, em face da realidade da organização concreta a que se pretende aplicar, para se poder afirmar uma cultura organizacional que deve ser seguida por todos os estratos internos. Pretende-se então a construção de uma cultura organizativa própria sustentada numa articulação integral e sem reservas na dimensão interna, em que, na linha com o que alguma jurisprudência norte-americana vem afirmado, deve-se entender o ente coletivo como uma espécie de “órgão vivo”, em que o ato de uma pessoa singular, com os correspondentes poderes de vinculação, constitui um músculo movido na realização de uma atividade própria. Ora, os procedimentos de *compliance* vão assim constituir um dirigir próprio da organização enquanto aquele “órgão vivo” para a sua conformidade com o Direito. Em suma, este conjunto deverá estar em consonância com critérios de racionalidade e proporcionalidade, orientado pela organização coletiva e atividade desempenhada pela empresa, permitindo um ajuste proporcional à realidade económico-financeira da empresa.

Na nossa modesta opinião, não tem qualquer sentido apontarem-se rejeições ao nível da aplicação de procedimentos de *compliance*, não existindo qualquer obstáculo constitucional ou penal. Aliás, o próprio regime da responsabilidade penal das pessoas coletivas ou equiparadas apresenta uma finalidade preventiva, e não só punitiva, deixando por evidência que este deve conter uma fixação própria de um regime como aquele. A própria exigência de uma atuação de uma organização coletiva em conformidade com a lei já pende sobre os administradores de acordo com o suprarreferido artigo 64.º do CSC. Aliás, pode mesmo entender-se que a instituição de conformidade perante a normatividade que impede sobre os administradores pode ser transposta para uma vertente da sua atuação no mercado que é mediada pela própria entidade coletiva, porque, verdadeiramente, é através desta segunda que os primeiros agem. Refira-se que estamos

perante uma função preventiva que constitui a base do direito penal e assim se mostra como legítima dentro da sua estrutura dogmática.

No momento presente entendemos que, face à atual lei portuguesa, e até onde o direito positivo do CP nos permitiu ir, os procedimentos de compliance apresentam a possibilidade de produzir determinados efeitos. Para tal, *ab início*, é obrigatório que estes mecanismos concludentes num programa de *compliance*, sejam efetivos e eficientes, para que se consiga afirmar a emergência de uma cultura organizativa própria de rejeição das práticas delituosas do branqueamento (ou outros crimes) ao nível da empresa. Entendemos que embora o CP não prescreva a sua relevância de forma imediata, este é um pressuposto fundamental para a efetividade de produção dos efeitos de *compliance*. Afirmando-se este qualitativo como forma de orientar o substrato coletivo para uma atuação em conformidade com a normatividade, podemos referir que estes procedimentos produzem efeitos em três dimensões essenciais. Ao nível do primeiro ponto, podem os procedimentos de *compliance* permitir uma concretização e densificação mais efetiva do que constituem estes deveres de controlo e vigilância, bem como permitindo a correlação entre essa corporização e o seu cumprimento (ou incumprimento) na realidade concreta. Ou seja, o programa de *compliance*, desde que devidamente aplicado face à realidade organizativa em concreto (o designado “fato à medida”), permite identificar e cunhar o dinamismo funcional-interno, dessa forma materializando no que devem constituir aqueles deveres de vigilância e controlo que incumbiam aos líderes. Por um lado, corporizando esses encargos funcionais-internos, e, por outro, os poderes funcionais que os líderes detêm no substrato coletivo. Assim, apresentam efeitos ao nível do artigo 11.º, número 2, alínea b) do CP, ao permitir a comprovação (ou não) de que todos os deveres foram cumpridos pelos líderes da organização, e permitindo rejeitar uma invocação de uma política interna instigadora da prática de diversos crimes. Para além desta realidade, ao nível da cláusula do artigo 11.º, número 6 do CP, o programa de cumprimento normativo pode permitir demonstrar que a comissão do ilícito por parte de um agente individual se mostrou contrária às ordens e instruções englobadas naquele concreto procedimento de *compliance*. Ou seja, que existe um comportamento criminoso que se mostra como desconforme ao funcionalismo organizacional concreto. Por fim, temos de referir os efeitos ao nível do apuramento da culpa do ente coletivo, demonstrando que inexistente a vontade coletiva, o que significa a impossibilidade de o ente coletivo ser alvo de um juízo de culpa, ou a possibilidade de diminuição da medida concreta da pena de uma sanção penal (contribuindo para a determinação da medida da pena da pessoa

coletiva ou equiparada nos termos das circunstâncias do artigo 71.º do CP, nomeadamente como uma circunstância do número 2, aqui adaptada aos entes coletivos). Isto porque a instituição efetiva e eficiente destes programas significará que o ente terá um menor grau de culpa. Podendo ainda existir uma vertente de criação modificativa interna do ente coletivo após a prática do crime, mas antes da decretação da sentença judicial, que pode ressalvar como uma circunstância atenuante – diga-se, não ser mais do que a ideia fundamental que está subjacente ao artigo 71.º, número 2, alínea e) do CP português, para o agente individual –, demonstrar que, após a prática criminosa, teve um fundamental interesse próprio (ou seja, desprovido de uma valência “interesseira” da organização, que seria apenas pretender sofrer uma sanção menor) a instituir procedimentos, que, obrigatoriamente, deverão ser eficazes e efetivos (para afastar aquela vertente “interesseira”⁹⁰⁴), para evitar futuras desconformidades internas, e permitindo seguir uma política empresarial em conformidade legislativa. Um quadro que o tribunal deverá ter em conta no momento da decretação da sanção.

Num espectro mais amplo, ainda entendemos, a necessidade de melhorar a legislação portuguesa, e, como tal, apresentamos duas propostas de *lege ferenda*. A primeira, ao nível da suspensão provisória do processo, pois entendemos que o legislador deve corporizar os procedimentos de *compliance* como uma injunção e regras de condutas atendível para o estabelecimento de uma suspensão provisória do processo quanto à pessoa jurídica, através de uma modificação do (atual) artigo 281.º do CPP. De igual forma, ao nível do artigo 90.º-G do CP, deve ser estabelecida a exigência de consagração dos procedimentos de *compliance* como providências ordenadas pelo tribunal à pessoa coletiva ou entidade equiparada. Nesse sentido, corporizando a vertente preventiva do direito penal de evitar futuras ofensas criminais.

Por tudo o que foi mencionado, entendemos que os mecanismos de *compliance* constituem um epicentro fundamental no domínio material da responsabilidade penal das pessoas coletivas no século XXI. Detendo um papel chave no apuramento da responsabilidade penal da organização, tanto quanto ao ponto de conexão entre a comissão de um injusto penal e o ente coletivo, bem como um elemento “reconfigurador”

⁹⁰⁴ São assim de rejeitar, como por vezes invocam certos setores doutrinários críticos, o entendimento que os procedimentos de *compliance* constituem uma forma de legitimação da prática de comportamentos de risco pela organização, para que depois esta se possa “escudar” na prévia instituição destas medidas internas para sustentar uma limitação da sua responsabilidade coletiva ou até uma possível isenção da sua responsabilidade.

do seu substrato coletivo, com efeitos na culpa da pessoa jurídica. Matéria que entendemos que o legislador irá desenvolver nos próximos anos ao nível de uma concretização mais efetiva dos deveres que devem ser estabelecidos para os entes coletivos ou entidades equiparadas. Uma solução que seria de aplaudir em face da necessidade de concretização jurídico-penal destas questões.

Assim, quanto à questão subjacente ao nosso trabalho, de quais serão os efeitos jurídicos do branqueamento de capitais ao nível do direito português e se os modelos de atuação preventivos e repressivos são articulados para garantir uma efetividade quanto a este crime no caso das pessoas coletivas? Face a todo o exposto, entendemos que a resposta deve ser positiva, desde que tais elementos estejam de acordo com os princípios constitucionais e penais, e aqui surgindo os mecanismos de *compliance* como um eixo fundamental para determinação da responsabilidade das pessoas jurídicas. Pois se entendemos a natureza e complexidade do crime de branqueamento como uma espécie de “*leviathan*” no domínio da criminalidade contemporânea, com a sua projeção mais destruidora a ser evidenciada no domínio de práticas onde envolvam entes coletivos, neste último caso, podemos entender que os procedimentos de *compliance* se apresentam – recorrendo a uma figura mitológica – como um grifo⁹⁰⁵, que agora se eleva face ao outro monstro destruidor mitológico, e incorporando um conjunto de sustentáculos fundamentais com múltiplas dimensões – como o grifo é constituído por partes de diversos animais, como o corpo do leão, e as asas e rosto de uma águia –, que permitem chegar a uma construção jurídica fundamental neste tipo de criminalidade.

Fechamos este estudo por referir, tal como começamos, que o Direito não se pode constituir de forma anacrónica do ponto de vista científico e jurídico-criminal, sob pena de se situar completamente desfasado da realidade e de automaticamente rejeitar a sua pretensão como uma ciência viva!

⁹⁰⁵ Figura mitológica que é tradicionalmente considerada como um guardião do divino.

Bibliografia

Aiolfi, G., & Bauer, H.-P. (2012). *The Wolfsberg Group*. 'Collective Action: Innovative Strategies to Prevent Corruption', Mark Pieth (ed.), 2012, Dike Zurich/St. Gallen. Obtido em 10 de Julho de 2018 de: <<https://www.wolfsberg-principles.com/sites/default/files/wb/pdfs/The-Wolfsberg-Group.pdf>>

Albrecht, H.-J. (2010). Criminalidade organizada na Europa: perspectivas teórica e empírica. In (Coord.) Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, & Paulo de Sousa Mendes, *2º Congresso de Investigação Criminal* (pp. 73-99). Coimbra: Almedina.

Albuquerque, P. P. (2006). *A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas*. Revista da Ordem dos Advogados, ano 66, Vol. II, Setembro, p. 627-651. Obtido em 10 de Junho de 2018 de: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/paulo-pinto-de-albuquerque-a-responsabilidade-criminal-das-pessoas-colectivas-ou-equiparadas/>>

Albuquerque, P. P. (2015). *Comentário do código penal : à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 3ª Edição atualizada*. Lisboa: Universidade Católica.

Almeida, C. P. (2010). Cooperação judiciária europeia e internacional. In (coord.) Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, & Paulo de Sousa Mendes, *2º Congresso de Investigação Criminal* (pp. 100-113). Coimbra: Almedina.

Almeida, J. M. (2004). O mercado bolsista e o branqueamento de capitais. In AAVV, *Polícia e Justiça, III Série, Número Especial Temático - Branqueamento de Capitais* (pp. 39-48). Coimbra: Coimbra Editora.

Alves, N. N. (2015). As Exceções de Punibilidade Referidas no Artigo 11º do Código Penal Português e o caso das Entidades Prestadoras de Cuidado de Saúde. In (coord. Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa), *Participação, pessoas coletivas e responsabilidade* (pp. 119-156). Coimbra: Almedina.

Andrade, J. d. (2010). Breves considerações sobre a unidade e pluralidade de crimes enquanto problema relevante na análise do crime de Branqueamento. In (coord.) L. Silva, & G. S. Bandeira, *Branqueamento de Capitais e Injusto Penal - Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira* (pp. 291-322). Lisboa: Editorial Juruá.

Andrade, J. d. (2005). O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação em direito penal (elemento diferenciador entre o direito penal económico e o direito penal de justiça). In *Temas de Direito Penal Económico* (pp. 9-64). Coimbra : Coimbra Editora.

Arana, R. P. (2007). *El derecho penal "moderno"*. Revista Penal, n.º 20, p. 155-166. Obtido em 10 de Agosto de 2010:

<<http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12155/Derecho.pdf?sequence=2>>

Bacigalupo, S. (1997). *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* (Tesis Doctoral, de Bajo lá dirección del D. Gonzalo Rodriguez). Barcelona. Obtido em 20 de Agosto de 2019 de: <https://repositorio.uam.es/handle/29501_bacigalupo_saggese_silvina>

Bandeira, G. N. (2010). O Crime de "Branqueamento" e a Criminalidade Organizada no Ordenamento Jurídico Português no contexto da União Europeia: novos desenvolvimentos e novas conclusões. In (coord.) L. Silva, & G. S. Bandeira, *Branqueamento de Capitais e Injusto Penal - Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira* (pp. 555-668). Lisboa: Editorial Juruá.

Bandeira, G. N. (2015). *Abuso de informação, manipulação do mercado e responsabilidade penal das "pessoas colecticas": "tipos cumulativos" e bens jurídicos colectivos na "globalização"*. Lisboa: Editorial Juruá.

Bandeira, G. N., & Fachin, Z. (2015). *Responsabilidade Criminal por Dinheiros Públicos, Branqueamento de Capitais/Lavagem de Dinheiros e Direitos Sociais*. Revista Internacional Consinter de Direito, Ano I, nº 1, 2º Sem. 2015, p. 537-559. Obtido em 10 de Junho de 2018, de: <<https://editorialjuruia.com/revistaconsinter/wp-content/uploads/2015/10/ano-i-numero-i-responsabilidade-criminal-por-dinheiros-publicos-branqueamento-de-capitais-lavagem-de-dinheiro-e-direitos-sociais.pdf>>

Bandeira, G. N. (2016). *Criminalidade Económica e Lavagem de Dinheiro: Prevenção pela Aprendizagem*. Revista Internacional Consinter de Direito, Ano II, Nº II, 1º Sem, p. 15-38. Obtido em 10 de Junho de 2018 de: <<https://editorialjuruia.com/revistaconsinter/wp-content/uploads/2016/09/ano-ii-numero-ii-criminalidade-economica-e-lavagem-de-dinheiro-prevencao-pela-aprendizagem.pdf>>

Baptista, A. L. (2018). Compliance em processo contra-ordenacional: da alegação à decisão através da prova . In (Coord.) Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes, *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2.^a edição (pp. 345- 384). Coimbra: Almedina.

Barra da Costa, J. M. (2013). *Perfis Psicocriminais - Do Estripador de Lisboa ao Profiler*. Lisboa: Pactor.

Barreiros, F. (2018). Ética Empresarial e Responsabilidade Social: Desafios, Perspectivas e Contributos do Corporate Governance. In (Coord.) José Costa Pinto, *A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal, Volume II* (pp. 137-163). Coimbra: Almedina.

Basel Committee on Banking Supervision. (2001). Customer due diligence for banks. Bank for International Settlements. Obtido em 12 de Abril de 2019, de <<https://www.bis.org/publ/bcbs85.pdf>>

Basel Committee on Banking Supervision. (Abril de 2005). de Compliance and the compliance function in banks. Obtido em 29 de Maio de 2019, <<https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>>

Bastos, N. M. (2018). Corporate Governance, Compliance e a Função Compliance nos Setores Bancário e Segurador. (Coord.) José Costa Pinto, *A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal, Volume II* (pp. 207-233). Coimbra: Almedina.

Beck, U. (1998). *"Que es lá globalización?": falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. (Trad. Bernardo Moreno, M^a Rosa Borràs). Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.

Beck, U. (2002). *A Sociedade Global de Risco (uma discussão entre Ulrich Beck e Danilo Zolo)*. Obtido em 7 de Março de 2017, de <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/viewFile/4245/3195>>

Beck, U. (2016). *Sociedade de Risco Mundial - Em busca da Segurança Perdida*. (Trad. Marian Toldy e Teresa Toldy). Lisboa: Edições 70.

Beck, U. (2017). *A metamorfose do mundo*. (Trad. Pedro Duarte). Lisboa: Edições 70.

Bermejo, M. G., & Palermo, O. (2013). La Intervención Delictiva del Compliance Officer. In (ed. Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel, Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno), Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.

Bernardino, P. (2018). Corporate Governance no Sector Segurador: Level Playing Fiel das Práticas de Gestão e Controlo Interno. In (Coord.) José Costa Pinto, *A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal, Volume II* (pp. 285-315). Coimbra: Almedina.

Berti, E. (2010). Aristóteles. In J.-F. Pradeau, *História da Filosofia*. (trad. Jorge Pires). (pp. 50-67). Alfragide: D. Quixote.

Blanco Cordero, I. (2004). *El Derecho Penal y El Primer Pilar de la Unión Europea*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n.º 06-05, p. 1-26. Obtido em 24 de Maio de 2019, de <<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-05.pdf>>

Blanco Cordero, I. (2009). *Eficacia del Sistema de Prevención del Blanqueo de Capitales Estudio del Cumplimiento Normativo (Compliance) desde una Perspectiva Criminológica*. Eguzkilore: cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, número 23, p. 117-138. Obtido em 25 de Maio de 2019, de <<https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/24515/11-Blanco.indd.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

Borges, A. (2000). O Crime Económico na Perspectiva Filosófica-Teológica. In J. d. Dias, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 10, Janeiro-Março* (pp. 7-35). Coimbra: Coimbra Editora.

Bottke, W. (1998). *Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinheiro en Alemania*. (trad. Soledad Alfonso e Teresa Correa), Revista Penal Número 2. Obtido em 3 de Março de 2019, de <<http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/13223/Mercado.pdf?sequence=2>>

Braguês, J. L. (2009). *O Processo de Branqueamento de Capitais*. Edições Húmus e OBEGEF. Obtido em 7 de Outubro de 2018, de: <<https://www.gestaodefraude.eu/wordpress/wp-content/uploads/2009/02/wp0021.pdf>>

Brahmi, F. (2010). A ciência da natureza humana. In J.-F. Pradeau, *História da Filosofia*. (trad. Jorge Pires). (pp. 313-329). Alfragide: D. Quixote.

Braithwaite, J. (1982). *Enforced Self-Regulation: a New Strategy for Corporate Crime Control*. Michigan Law Review, vol. 80, n.º 7, p. 1466-1507. Obtido em 20 de Julho de 2019, de:

<https://www.researchgate.net/publication/270033308_Enforced_Self-Regulation_A_New_Strategy_for_Corporate_Crime_Control>.

Braithwaite, J. (2000). *The New Regulatory State and the Transformation of Criminology*. British Journal of Criminology, vol 40, n.º 2, p. 222-238. Obtido em 20 de Agosto de 2019, de:

<https://www.researchgate.net/publication/31208037_The_New_Regulatory_State_and_the_Transformation_of_Criminology>.

Brandão, N. (2002). *Branqueamento de Capitais: O Sistema Comunitário de Prevenção*. Coimbra: Coimbra Editora.

Brandão, N. (2008). O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas na Revisão do Código Penal. In AAVV, *Revista do CEJ, 1.º Semestre* (pp. 41-54). Coimbra: Almedina.

Brandão, N. (2015). Bens Jurídicos Colectivos e Intervenção Penal Cumulativa. In Direção Jorge de Figueiredo Dias, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 25, Janeiro-dezembro* (pp. 9-94). Coimbra: Coimbra Editora.

Bravo, J. d. (2010). Fraude Fiscal e Branqueamento: prejudicialidade e concurso. In (Coord.) L. Silva, & G. S. Bandeira, *Branqueamento de Capitais e Injusto Penal - Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira* (pp. 351-383). Lisboa: Editorial Juruá.

Bravo, J. d. (2013). *Para um modelo de segurança e controlo da criminalidade económico-financeira - Um contributo judiciário*. Edições Húmus e OBEGEF. Obtido em 30 de Janeiro de 2018, de: <<https://obegef.pt//wordpress/wp-content/uploads/2013/01/wp018.pdf>>

Braz, J. (2010a). *Investigação Criminal: a organização, o método e a prova: os desafios da nova criminalidade*. Coimbra: Almedina.

Braz, J. (2010b). Um novo paradigma metodológico na investigação do crime organizado. In (Coord.), M. F. Palma, A. S. Dias, & P. d. Mendes, *2º Congresso de Investigação Criminal* (pp. 331-347). Coimbra: Almedina.

Brito, J. d. (2007). O Inimigo no direito penal. In *Revista da Universidade Lusíada, n.º 4/5* (pp. 77-85). Lisboa: Editora Universidade Lusíada.

Brito, T. Q. (2012a). Domínio do Facto, Organizações Complexas e Autoria dos Dirigentes. In (coord.), Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, & Paulo de Mendes, *Direito penal económico e financeiro : conferências do curso pós-graduado de aperfeiçoamento* (pp. 163-200). Coimbra: Coimbra Editora.

Brito, T. Q. (2012b). Fundamento da Responsabilidade Criminal dos Entes Colectivos: Articulação com a Responsabilidade Individual. In (coord.), Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, & Paulo de Mendes, *Direito penal económico e financeiro : conferências do curso pós-graduado de aperfeiçoamento* (pp. 201-225). Coimbra: Coimbra Editora.

Brito, T. Q. (2012c). Responsabilidade Criminal dos Entes Colectivos (algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal). In (coord.), Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, & P. d. Mendes, *Direito penal económico e*

financeiro : conferências do curso pós-graduado de aperfeiçoamento (pp. 227-253). Coimbra Editora: Coimbra.

Brito, T. Q. (2014a). Questões de Prova e Modelos Legais de Responsabilidade Contra-Ordenacional. In (Coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes), *Direito de Investigação Criminal e da Prova* (pp. 131-182). Coimbra: Almedina.

Brito, T. Q. (2014b). Relevância dos mecanismos de Compliance na responsabilização penal das pessoas coletivas e seus dirigentes". In (Dir.) Maria Fernanda Palma, *Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais, n.º 0, Julho-Dezembro* (pp. 75-91). Coimbra: Almedina.

Brito, T. Q. (2018). Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica. In (Coord.) Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal, 2.ª edição* (pp. 57- 100). Coimbra: Almedina.

Bryans, D. (2014). *Bitcoin and Money Laundering: Mining for an Effective Solution*. Indiana Law Journal: Vol. 89: Issue 1, p. 441-472. Obtido em 20 de Dezembro de 2018, de: <<https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol89/iss1/13>>

Busato, P. C. (2018a). Criminal Compliance: Relevância e Riscos. In (Coord.) Cândido de Agra e Fernando Torrão. *Criminalidade organizada e económica : perspectivas jurídica, política e criminológica* (pp. 87-112). Lisboa: Universidade Lusíada Editora.

Busato, P. C. (2018b). O que não se diz sobre o criminal compliance. In (Coord.) Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal, 2.ª edição* (pp. 21- 55). Coimbra: Almedina.

Cabral, A. M. (2017). *Crime de Branqueamento de Capitais. Enquadramento Jurídico, Prática e Gestão do Inquérito*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. p. 123-153. Obtido em 20 de Dezembro de 2018, de: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_30CursoMP_TomoII.pdf>

Cabana, P. F. (2006). *Los autores del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal Español de 1995. Especial alusión a los proveedores de bienes y/o servicios: el caso de los Abogados y Asesores Fiscales*. de Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales, Vol. LIX, p. 135-179. Obtido em 9 de Março de 2019 de: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2006-10013500180>

Caeiro, P. (2002). Legalidade e oportunidade : a perseguição penal entre o mito da justiça absoluta e o fetiche da gestão eficiente do sistema. In *Sindicato dos Magistrados do Ministério Público* (pp. 45-61). Lisboa: SMMP.

Caeiro, P. (2003). 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 AAVV, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (pp. 1067-1132). Coimbra: Coimbra Editora.

Caeiro, P. (2010). A Consumação do Branqueamento pelo Facto Precedente. In (Org. Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III* (pp. 187-222). Coimbra: Coimbra Editora.

Caeiro, P. (2015). Algumas considerações sobre a dimensão substantiva do chamado "direito penal do inimigo" e a sua incidência na investigação criminal. In *III Congresso de Investigação Criminal* (pp. 125-136). Lisboa: ASFIC / PJ.

Caeiro, P. (2018). *Contra uma Política Criminal "à Flor da Pele": a Autonomia do Branqueamento Punível em face do Branqueamento Proibido*. Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, vol. I, p. 267-301. Obtido em 17 de Julho de 2019, de:

<<https://www.fd.uc.pt/~pcaeiro/2018%20Contra%20uma%20pol%c3%adica%20criminal%20c3%a0%20flor%20da%20pele.pdf>>.

Caires, J. G. (2012). O Regime Processual Especial Aplicável ao Crime Organizado (Económico-Financeiro): Âmbito de Aplicação da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, O Regime do Sigilo e do Registo de Voz e Imagem. In Maria Fernand Palma, Augusto Silva Dias, & Paulo Sousa Mendes, *Direito Penal Económico e Financeiro* (pp. 453-547). Coimbra: Coimbra Editora.

Campbell-Verduyn, M. (2018). Bitcoin, crypto-coins, and global anti-money laundering governance. In *Crime, Law and Social Change*, vol. 69, Issue 2. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10611-017-9756-5> (pp. 283-305). Springer.

Campos, A. d. (1990). Luta contra a «Lavegem de Dinheiro», Participação do Sistema Financeira nessa Luta. In Associação Profissional dos Bancos, *Revista da Banca*, n.º 15, Julho-Setembro (pp. 127-155). Lisboa: Bertrand.

Canas, V. (2004). *O Crime de Branqueamento: Regime de Prevenção e de Repressão*. Coimbra: Almedina.

Canas, V. (2008). *As Medidas de Natureza Preventiva Contra o Branqueamento e Financiamento do Terrorismo*. Revista da Ordem dos Advogados, ano 68, Vol. II/III, Janeiro-Março, p. 207-216, p. 811-900. Obtido em 22 de Outubro de 2018 de: <<https://portal.oa.pt/upl/%7B0ec99367-bbe0-49a3-8cbd-7580be2e6a16%7D.pdf>>

Carapineiro, G. (2001). A globalização do risco social. In B. S. Santos, *Globalização: fatalidade ou utopia?* (pp. 197-227). Porto: Afrontamento.

Castanheira Neves, A. (1979). A Unidade do Sistema Jurídico: o seu Problema e o seu Sentido. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro* (pp. 73-184). Coimbra: Coimbra Editora.

Castanheira Neves, A. (2012). *Uma Reconstituição do Sentido do Direito - Na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas*. Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto, Volume I, n.º1, Setembro 2012. Obtido em 1 de Fevereiro de 2017, de <<http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/2965>>

Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal. (s.d.). Obtido de Fiscalía General del Estado. Espanha: <<https://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2016/09/Circular-sobre-la-Responsabilidad-Penal-de-las-Empresas.pdf>>

Coca Vila, I. (2013). *¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?* Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas, in AAVV (org. Jesús María Silva Sánchez), Atelier, Barcelona, p. 43-76. Obtido em 10 de Outubro de 2019, de <https://www.researchgate.net/publication/235935350_Programas_de_cumplimiento_como_forma_de_autorregulacion_regulada>.

Colliot-Thélène, C. (2010). Filosofia política: poder e democracia. In J.-F. Pradeau, *História da Filosofia*. (trad. Jorge Pires). (pp. 606-623). Alfragide: D. Quixote.

Conceição, A. R. (2017). *O branqueamento de capitais e o estatuto do arrependido colaborador : as novas exigências investigatórias no (ainda) admirável mundo novo*. (Tese de Doutoramento). Universidade Lusíada Norte - Porto.

Conde, F. M. (2005). *De nuevo sobre "el derecho penal del enemigo"*. Revista penal, n.º 16, p. 123-137. Obtido em 29 de Julho de 2017, de <<http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12379/De%20nuevo.pdf?sequence=2>>

Corella, Á. S. (2016). *Una reflexión iusfilosófica y política sobre las fronteras*. Anuario de filosofía del derecho, nº 32, p. 145-184. Obtido em 20 de Junho de 2019, de <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5712438.pdf>>

Costa Andrade, M. (1998). A Nova Lei dos Crimes Contra a Economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro) à Luz do Conceito de «Bem Jurídico». In AAVV, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Vol. I - Problemas Gerais* (pp. 387-411). Coimbra: Coimbra Editora.

Costa Andrade, M. (2009). *"Bruscamente no Verão Passado", a Reforma do Código Processo Penal, Observações Críticas sobre uma Lei que Podia e Devia ter sido Diferente*. Coimbra: Coimbra Editora.

Costa, J. N. (2018). Responsabilidade penal das instituições de crédito e do Chief Compliance Officer no crime de branqueamento. In (Coord.) Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal, 2.ª edição* (pp. 303-341). Coimbra : Almedina.

D'Ávila, F. R. (2010). Aproximações à Teoria da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos no Direito Penal Contemporâneo. In (Org.) Manuel da Costa Andrade, Susana Aires de Sousa e Maria João Antunes, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias* (pp. 185-205). Coimbra: Coimbra Editora.

Davin, J. (2002). O Branqueamento de Capitais - Breves Notas. In AAVV, *Revista do Ministério Público, Ano 23, Julho/Setembro, n.º 91* (pp. 95-115). Lisboa: Editorial Minerva.

Davin, J. (2007). *A Criminalidade Organizada Transnacional. A Cooperação Judiciária e Policial na UE. 2ª edição*. Coimbra: Almedina.

Dias, A. S. (2003). *¿Y si todos lo hiciéramos? Consideraciones acerca de la "(in)capacidad de resonancia" del Derecho penal con la figura de la acumulación*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 56, Fasc/Mes 1, p. 433-470. Obtido em 29 de Julho de 2018, de:

<<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1217139>>

Dias, A. S. (2009). Os Criminosos são Pessoas? Eficácia e Garantias no Combate ao Crime Organizado. In AAVV, *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (pp. 687-708). Coimbra: Coimbra Editora.

Dias, A. S. (2010). Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In (coord.), Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, & Paulo de Sousa Mendes, 2º Congresso de Investigação Criminal (pp. 23-47). Coimbra: Almedina.

Díaz-Maroto Y Villarejo, J. (2010). La Normativa Española sobre El Blanqueo de Capitales. El GAFI y Las Directivas Europeas. In (Org.) Manuel da Costa Andrade, Susana Aires de Sousa e Maria João Antunes, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III* (pp. 253-287). Coimbra: Coimbra Editora.

Díez Ripollés, J. L. (2010). La Política Legislativa Penal IberoAmericana a Principios del siglo XXI. In (Org.) Manuel da Costa Andrade, Susana Aires de Sousa e Maria João Antunes, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume I* (pp. 255-299). Coimbra: Coimbra Editora.

Duarte, D. P., & Passaradas, F. (2018). Gestão de Risco, Compliance e Auditoria Interna. In (Coord. António Menezes Cordeiro) *Estudos de Direito Bancário I* (pp. 193-227). Coimbra: Almedina.

Duarte, J. M. (2002). *Branqueamento de Capitais - O Regime do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e a Normativa Internacional*. Porto: Publicações Universidade Católica - Porto.

Duarte, J. M. (2004). Lei n.º 11/2004, de 27 de Março, o Novo Crime de Branqueamento de Capitais, consagrado no artigo 368º A do Código Penal. In AAVV, *Revista Ministério Público, ano 25, Abril-Junho, n.º 98* (pp. 129-144). Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público .

Duarte, J. M. (2010). Branqueamento de Vantagens de Proveniência Ilícita. In (Coord.) L. Silva, & G. S. Bandeira, *Branqueamento de Capitais e Injusto Penal - Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira* (pp. 333-350). Lisboa: Editorial Juruá.

European Bank Authority (2014). *EBA Opinion on 'virtual currencies'*. Obtido em 28 de Dezembro de 2018, de:

<<https://eba.europa.eu/documents/10180/657547/EBA-Op-2014-08+Opinion+on+Virtual+Currencies.pdf>>

European Central Bank. (2012). *Virtual Currency Schemes*. Obtido em 20 de Dezembro de 2018 de:

<<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>>

Europol. (2015). *Why Cash is Still King? A Strategic Report on the Use of Cash by Criminal Groups as a Facilitator for Money Laundering*. European Police Office. Obtido em 6 de Junho de 2018, de: <<https://www.europol.europa.eu/publications-documents/why-cash-still-king-strategic-report-use-of-cash-criminal-groups-facilitator-for-money-laundering>>

Europol. (2017). *From Suspicion to Action. Converting financial intelligence into greater operation impact*. European Union Agency for Law Enforcement Cooperation. Obtido em 5 de Junho de 2018, de:

<<https://www.europol.europa.eu/publications-documents/suspicion-to-action-converting-financial-intelligence-greater-operational-impact>>

FATF. (2014). *Key Definitions and Potencial AML/CFT Risks*. Obtido em 20 de Dezembro de 2018, de: <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf>>

FATF. (2015). *Guidance For a Risk - Based Approach Virtual Currencies*. Obtido em 20 de Dezembro de 2018, de <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-RBA-Virtual-Currencies.pdf>>.

Faria Costa, J. d. (1998). A Responsabilidade Jurídico-Penal da Empresa e dos seus Órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas à luz do direito penal). In AAVV, *Direito Penal Económico e Europeu, Vol. I* (pp. 501-517). Coimbra: Coimbra Editora.

Faria Costa, J. d. (1999). O Branqueamento de Capitais (Algumas Reflexões à Luz do Direito Penal e da Política Criminal). In AAVV, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Vol. II* (pp. 301-320). Coimbra: Coimbra Editora.

Feijoo Sánchez, B. (2012a). ¿Transformación del derecho penal por la protección de la estabilidad financiera internacional como bien jurídico global? In AAVV, *AFDUAM 16* (pp. 108-136). Boletín del Estado; Universidad Autónoma de Madrid.

Feijoo Sánchez, B. (2012b). Sobre a "Administrativação" do Direito Penal na "Sociedade de Risco". Notas sobre a Política Criminal no Início do século XXI. In (Coord.), Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, & Paulo de Sousa Mendes, *Direito penal económico e financeiro : conferências do curso pós-graduado de aperfeiçoamento* (pp. 25-65). Coimbra: Coimbra Editora.

Feijoo Sánchez, B. 2012c. Autoria e Participação em Organizações Empresariais Complexas. (trad. Vânia Ramos) In (Coord.), Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias,

& Paulo de Sousa Mendes, *Direito penal económico e financeiro : conferências do curso pós-graduado de aperfeiçoamento* (pp. 123-162). Coimbra: Coimbra Editora.

Fernandes, L. A. (2009). *Teoria Geral do Direito Civil, I, 5ª edição*. Lisboa: Universida Católica Editora.

Fernandes, P. S. (2001). *Globalização, "Sociedade de Risco" e o Futuro do Direito Penal*. Coimbra: Almedina.

Fernández Bermejo, D. (2016). *En Torno al Concepto del Blanqueo de Capitales*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, n.º 1, p. 211-276. Obtido em 4 de Março de 2019, de:

<https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2016-10021100276>

Ferré Olivé, J. C. (2007). El Crimen Organizado en el Marco de la Corrupción pública y privada. In *Revista da Universidade Lusíada, n.º 4/5* (pp. p. 87-101). Lisboa: Editora Universidade Lusíada.

Ferreira, A. S. (2018). Transição e futuro do Governo das Sociedades no quadro atual do mercado de capitais português. In (Coord.) José Costa Pinto, *Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portuga, Volume II* (pp. 13-54). Coimbra: Almedina.

Ferreira, D. N., & Krohing, A. (2015). *Do Paradigma Da Racionalidade Moderna à Era da Complexidade: As Trilhas da Ética na Sociedade Moderna*. Revista Internacional Consinter de Direito, Ano I, nº 1, 2º Sem. 2015, p. 131-148. Obtido em 10 de Julho de 2018, de <<https://editorialjurua.com/revistaconsinter/wp-content/uploads/2015/10/ano-i-numero-i-do-paradigma-da-racionalidade-moderna-a-era-da-complexidade-as-trilhas-da-etica-na-sociedade-moderna.pdf>>

Ferreira, E. P. (1999). O Branqueamento de Capitais. In AAVV, *Estudos de Direito Bancário* (pp. 303-319). Coimbra: Coimbra Editora .

Figueiredo Dias, J. d. (1983). *Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português*. Revista da Ordem dos Advogados, Vol. I, Jan-Abr 1983. Obtido em 22 de Julho de 2017, de: <<http://www.oa.pt/upl/%7B9bfc39be-eecd-485b-8df3-fc17d2921948%7D.pdf>>

Figueiredo Dias, J. d. (1998). Para uma dogmática do direito penal secundário. Um Contributo para a Reforma do Direito Penal Económico e Social Português. In AAVV, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Vol. I - Problemas Gerais* (pp. 35-73). Coimbra : Coimbra Editora.

Figueiredo Dias, J. d. (2001). O Direito Penal entre a "Sociedade Industrial" e a "Sociedade do Risco". In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares* (pp. 583-613). Coimbra: Coimbra Editora.

Figueiredo Dias, J. d. (2011). *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição*. Coimbra : Coimbra Editora.

Filipkowski, W. (2008). *Cyber Laundering: An Analysis of Typology and Techniques*. *Internacional Journal of Criminal Justice Sciences*, Vol. 3, Issue 1 January-June, p. 15-27. Obtido em 5 de Maio de 2019, de <https://www.researchgate.net/publication/222099776_Cyber_Laundering_An_Analysis_of_Typology_and_Techniques>

Firmo, E. H. (2017). *Crime de Branqueamento de Capitais. Enquadramento Jurídico, Prática e Gestão do Inquérito*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. p. 177-203. Obtido em 20 de Dezembro de 2018, de <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_30CursoMP_TomoII.pdf>.

Foffani, L. (2001). *Criminalidad Organizada y Criminalidad Económica*. (trad. María de Monet). *Revista Penal*, n.º 7. Obtido em 21 de Fevereiro de 2019, de: <<http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/13013/Criminalidad.pdf?sequence=2>>

Folgado, A. (2004). Cooperação Internacional no Combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo - Perpectivas. In AAVV, *Polícia e Justiça, série III - Número Especial Temático - Branqueamento de Capitais* (pp. 69-82). Coimbra: Coimbra Editora.

Fonseca, H. D. (2005). Direito Penal Económico: da autonomia dogmática à integridade nos princípios (ou para uma cosmovisão: do Big Bang na dogmática à radiação fóssil dos princípios) . *Temas de Direito Penal Económico* (pp. 147-202). Coimbra: Coimbra Editora.

Fonseca, J. C. (2010). O crime de "lavagem de capitais": uma perspectiva crítica dogmática e de política criminal, em especial a partir da experiência legislativa cabo-verdiana. In (coord.), Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, & Paulo de Sousa Mendes, *2º Congresso de Investigação Criminal* (pp. 263-294). Coimbra: Almedina.

Fonseca, P. A. (2018). As Novas Orietações da EBA em Matéria de Governo Interno. In (Coord.) José Costa Pinto, *A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal, Volume II* (pp. 235-254). Coimbra: Almedina.

Franco, A. d. (2010). Na Expectativa de um Novo Paradigma. (Org.) Manuel da Costa Andrade, Susana Aires de Sousa e Maria João Antunes, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias* (pp. 323-345). Coimbra: Coimbra Editora.

Geraldo, T. (2018). A responsabilidade penal do compliance officer: fundamentos e limites do dever de auto-vigilância empresarial. In (Coord.) Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal, 2.ª edição* (pp. 267-302). Coimbra: Almedina.

Giddens, A. (2000). *As Consequências da Modernidade*. (Trad. Fernando Machado, Maria Rocha) (4ª ed). Lisboa: Celta. (Obra Original publicada em 1990).

Godinho, J. A. (2001). *Do Crime de «Branqueamento» de Capitais*. Coimbra: Almedina.

Godinho, J. A. (2010). Sobre a Punibilidade do Autor de um Crime pelo Branqueamento das Vantagens dele Resultantes. (Org.) Manuel da Costa Andrade, Susana Aires de Sousa e Maria João Antunes *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III* (pp. 363-399). Coimbra: Coimbra Editora.

Gomes Canotilho, J., & Moreira, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa, Volume I*. Coimbra: Coimbra Editora.

Gomes Canotilho, J. (2009). Terrorismo e direitos fundamentais. In M. M. (coord.), *Criminalidade Organizada e Criminalidade de bases: interferências e ingerências mútuas* (pp. 19-30). Coimbra: Almedina.

Gomes, J. C. (2009). *Lições de Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina.

Gómez-Jara Díez, C. (2005). *La Culpabilidad Penal de la Empresa*. Madrid: Marcial Pons.

Gómez-Jara Díez, C. (2006a). *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.* Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

Gómez-Jara Díez, C. (2006b). *Autoorganización Empresarial y Autorresponsabilidad Empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las*. Revista Electrónica de Ciencia, n.º 08-05. Obtido em 20 de Julho de 2018, de: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>>

Guedes Valente, M. M. (2004). Evolução Sócio-Jurídica da Criminalidade. In *Arquipélago. História, 2ª Série, vol. VIII* (pp. 281-308). Universidade dos Açores.

Guedes Valente, M. M. (2009). A Investigação do Crime Organizado. *Criminalidade Organizada e Criminalidade de bases: interferências e ingerências mútuas* (pp. 159-184). Coimbra: Almedina.

Guimarães, H. (2015). Sob o signo de Ariadne: da aplicabilidade do conceito de culpa às pessoas coletivas. In Pinto), (coord. Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa, *Comparticipação, pessoas coletivas e responsabilidade* (pp. 11-48). Coimbra: Almedina.

Hassemer, W. (1992). Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno. In *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (pp. 235-250). Ministerio de Justicia. Tomo 45, Fasc/Mes 1.

Hassemer, W. (1998). *Perspectivas del Derecho penal futuro*. (trad. Enrique Barralo). Revista Penal, n.º 1, p. 37-42. Obtido em 11 de Agosto de 2017, de: <<http://rabida.uhu.es/bitstream/handle/10272/13245/Perspectivas.pdf?sequence=2>>

Hassemer, W. (2007). Limites da intervenção penal em termos de terrorismo. In *Revista da Universidade Lusíada*, n.º 4/5 (pp. 189-200). (Trad. Nuno Casal). Lisboa: Editora Universidade Lusíada.

Hefendehl, R. (2001). *¿Debe Ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros? Bienes Jurídicos Colectivos y Delitos de Peligro Abstracto*. Anales de Derecho. n.º 19. Universidad de Murcia. Obtido em 20 de Julho de 2017, de <<http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/56531/54501>>

Herzog, F. (1999). *Algunos riegos del Derecho penal del riesgo*. Revista Penal, n.º 4, p. 54-57. Obtido em 20 de Fevereiro de 2017, de: <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/65/60>>

Hespanha, A. M. (2012). A Revolução Neoliberal e a Subvenção do "modelo político". Crise, Direito e Argumentação Jurídica. In *Revista do Ministério Público*, n.º 130, ano 33, Abril-Junho (pp. 9-77). Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público.

Hespanha, P. (2001). Mal-estar e risco social num mundo globalizado: Novos problemas e novos desafios para a teoria social. In B. S. Santos, *Globalização: fatalidade ou utopia?* (pp. 163-196). Porto: Afrontamento.

Horkheimer, M. (2015). *O Eclipse da razão*. Lisboa: (trad. João Proença). Antígona. (Obra originalmente publicada em 1947).

Jiménez, J. M. (2017). *Actas de las X Jornadas de Seguridad, Defensa y Cooperación, Coordinación Foro por La Paz en el Mediterráneo*, p. 62-88. Universidad Internacional de Andalucía. Obtido em 17 de Março de 2019, de: <https://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/3783/2017_X_Jornadas_978-84-7993-329-6.pdf>.

Júnior, D. L., & Paula, M. A. (2010). Da inexigibilidade de conduta diversa no crime de lavagem de dinheiro praticado pelo mesmo autor do crime antecedente. In (Coord.) L. Silva, & G. S. Bandeira, *Branqueamento de Capitais e Injusto Penal - Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira* (pp. 59-71). Lisboa: Editorial Juruá.

Júnior, F. M., & Medeiros, J. (2018). A elaboração de programas de compliance. In (Coord.) Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal, 2.ª edição* (pp. 123-148). Coimbra: Almedina.

Kolarov, T. (2013). *Confronting Money Laundering In the European Union*. Obtido em 21 de Agosto de 2018, de:

<https://ejournal.vfu.bg/bg/pdfs/todor_kolarov_confronting_money_laundering_in_the_european_union.pdf>

Kuhlen, L. (2013). Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal . In J. P. (ed. Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel, Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno) *Compliance y teoría del Derecho penal* (pp. 51-78). Madrid: Marcial Pons.

Landrove Díaz, G. (2010). El Blanqueo de Bienes de Procedencia Delictiva. In (Org.) Manuel da Costa Andrade, Susana Aires de Sousa e Maria João Antunes, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III* (pp. 401-415). Coimbra: Coimbra Editora.

Lascuráin Sánchez, J. A. (2014). *Salvar al Oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)*. AA. VV. (dir. S. Mir, M. Corcoy, V. Gómez), “Responsabilidad de la empresa y compliance”, Buenos Aires – Montevideo. Obtido em 7 de Outubro de 2019, de: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/06/doctrina41220.pdf>>.

Lascuráin Sánchez, J. A. (2015). Los Programas de Cumplimiento como Programas de Prudencia Penal. In (Coord.) Jorge Figueiredo Dias, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 25* (pp. 95-115). Coimbra: Coimbra Editora.

Lascuráin Sánchez, J. A. (2017). *El Blanqueo: Concepto y Lesividad*. Revista Internacional Transparencia e Integridad, n.º 3, Enero-Abril: Obtido de Academia Edu. Obtido em 29 de Março de 2019, de: <<https://revistainternacionaltransparencia.org/wp-content/uploads/2017/04/Juan-Antonio-Lascurain.pdf>>

Leite, A. L. (2013). Do crime antecedente e do delito de branqueamento praticado pelo mesmo agente : regresso ao passado? In (Coord.) José Neves Cruz et al, *Infrações*

económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito (pp. 461-477). Coimbra: Coimbra Editora.

Leite, A. L. (2018). O crime de branqueamento na redacção da lei n.º83/2017, de 18/8 : a importância de ver para além das aparências. In (Coord.) Cândido de Agra e Fernando Torrão, *Criminalidade organizada e económica : perspectivas jurídica, política e criminológica* (pp. 65-85). Lisboa: Universidade Lusíada Editora.

Leite, I. F. (2010). "Arrependido": a colaboração processual do co-arguido na investigação criminal. In (Coord.), Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, & Paulo de Sousa Mendes, *2º Congresso de Investigação Criminal* (pp. 381-410). Coimbra: Almedina.

Levi, M., Reuter, P., & Halliday, T. (2018). Can the AML system be evaluated without better data? In *Crime, Law and Social Change*, vol. 69, Issue 2. Disponível em: <<https://doi.org/10.1007/s10611-017-9757-4>>. (pp. 307-328). Springer.

Liszt, F. V. (2003). *Tratado do Direito Penal, Vol. I*. (Trad. José Higinio Duarte Pereira, actualização e notas de Ricardo Rodrigues Gamas). São Paulo: Russell Editores.

Lois, L. (2015). A Escolha Legislativa na Responsabilização Penal das Pessoas Coletivas. In (Coord.) José Costa Pinto, *Comparticipação, pessoas coletivas e responsabilidade* (pp. 191-225). Coimbra: Almedina.

Lourenço Martins, A. (1994). *Droga e Direito*. Lisboa: Aequitas – Editorial Notícias.

Lourenço Martins, A. (1999). Branqueamento de capitais: Contra-medidas a nível internacional e nacional. In (Coord.) Jorge de Figueiredo Dias, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 9, n.º 3, Julho-Setembro* (pp. 449-487). Coimbra: Coimbra Editora.

Machado, M. d. (2018). 4G na prevenção do branqueamento de capitais: problemas, paradoxos e principais deveres. In (Coord.) António Menezes Cordeiro, *Estudos de Direito Bancário I* (pp. 77-127). Coimbra: Almedina.

Maquieira, C. d. (1999). El Fenómeno de la Globalización como Consecuencia del Neoliberalismo. In *Anuario de la Facultad de Derecho*, v. 17 (pp. 447-468). Extremadura: Universidad de Extremadura.

Marian, O. (2013). *Are Cryptocurrencies "Super" Tax Havens?* 112 Michigan Law Review First Impressions 38, p. 38-48. Obtido em 20 de Dezembro de 2018, de: <<https://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/358>>

Marques, P. S. (2012). O Confisco Ampliado no Direito Penal Português. In (Dir.) José Artur Anes Nogueira, *Revista Universalidade Lusíada Lisboa, n.º 10* (pp. 293-317). Lisboa: Universidade Lusíada Editora.

Martínez, J. C. (2017). *El Delito de Blanqueo de Capitales (Tesis Doctoral)*. Universidad Complutense Madrid, Bajo la Dirección de Enrique Gimbernat Ordeig. Obtido em 22 de Abril de 2019, de: <<https://eprints.ucm.es/41080/1/T38338.pdf>>

Martins, A. C. (2010). Branqueamento de capitais e jurisdição - Inevitabilidade versus Desafio. In (Coord.) L. Silva, & G. S. Bandeira, *Branqueamento de Capitais e Injusto Penal - Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira* (pp. 155-192). Lisboa: Editorial Juruá.

Meireles, M. P. (2008). A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas ou Entidades Equiparadas na Recente Alteração ao Código Penal Ditada pela Lei 59/2007, de 4 de Setembro: Algumas Notas. In (Dir.) José Mouraz Lopes, *Julgar n.º 5, Maio-Agosto* (pp. 121-138). Coimbra: Almedina.

Mendes, M. (2015a). A Imputação Formal da Pessoa Coletiva I: A Responsabilidade Criminal da Pessoa Coletiva pelos Atos Praticados pelos seus Órgãos. In (Coord.) Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda de Costa Pinto, *Comparticipação, pessoas coletivas e responsabilidade* (pp. 49-86). Coimbra: Almedina.

Mendes, M. (2015b). A Imputação Formal da Pessoa Coletiva II: a Responsabilidade Criminal da Pessoa Coletiva pelos Atos Praticados pelos seus Trabalhadores. In (Coord.) Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda de Costa Pinto, *Comparticipação, pessoas coletivas e responsabilidade* (pp. 87-117). Coimbra : Almedina.

Mendes, P. d. (2003). *La responsabilidad penal de las personas jurídica en el ámbito de la criminalidad informática en Portugal*. Obtido em 7 de Julho de 2019, de: <<https://www.uoc.edu/in3/dt/20078/20078.pdf>>.

Mendes, P. d. (2018). Law Enforcement & Compliance. In (Coord.) Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal, 2.ª edição* (pp. 11-20). Coimbra: Almedina.

Mendes, P. d., Reis, S., & Miranda, A. (2008). *A Dissimulação dos Pagamentos na Corrupção Será Punível Também como Branqueamento de Capitais?* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 68, Vol. II-III, p. 795-810. Obtido em 20 de Junho de 2018, de:

<<https://portal.oa.pt/upl/%7Bb7e7cebf-2bbd-44ed-9588-7b892228fa79%7D.pdf>>

Miguez Garcia, M., & Castela Rio, J. (2014). *Código penal : parte geral e especial : com notas e comentários*. Coimbra: Almedina.

Militão, R. (2012). A progressão do securitarismo. In *Revista do Ministério Público, n.º 130, ano 33, Abril-Junho* (pp. 137-155). Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público.

Miranda, J., & Medeiros, R. (2010). *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*. Coimbra : Coimbra Editora.

Mitsilegas, V., & Vavoula, N. (2016). *The Evolving EU Anti-Money Laundering Regime: Challenges for Fundamental Rights and the Rule of Law*. *Maastricht journal of European and comparative law*, April, p. 261-293. Disponível em ResearchGate. Obtido em 25 de Fevereiro de 2019, de: <DOI: 10.1177/1023263X1602300204>

Moreira, V. (2015). A "cláusula de direitos humanos" nos acordos internacionais da União Europeia. In AAVV, *Para Jorge Leite Escritos Jurídicos - Volume II* (pp. 379-443). Coimbra: Coimbra Editora.

Nance, M. (2018a). The regime that FATF built: an introduction to the Financial Action Task Force. In *Crime, Law and Social Change, vol. 69, Issue 2*. Disponível em: <<https://doi.org/10.1007/s10611-017-9747-6>>. (pp. 109-129). Springer.

Nance, M. (2018b). Re-thinking FATF: an experimentalist interpretation of the Financial Action Task Force. In *Crime, Law and Social Change, vol. 69*. Disponível em: <<https://doi.org/10.1007/s10611-017-9748-5>> (pp. 131-152). Springer.

Nieto Martín, A. (2008). *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa*. *Política criminal*, nº 5, ano 3-5, p. 1-18. Obtido em 2 de Julho de 2019, de <http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_3_5.pdf>.

Nieto Martin, A. (2013). Problemas Fundamentales del Compliance y el Derecho Penal. In (ed. Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel, Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno), *Compliance y teoría del Derecho penal* (pp. 21-50). Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.

Oliveira Ascensão, J. d. (1999). Branqueamento de Capitais: Reacção Criminal. In AAVV, *Estudos de Direito Bancário* (pp. 337-358). Coimbra: Coimbra Editora.

Oliveira e Silva, E. S. (2005). Direito Penal Preventivo e os Crimes de Perigo: uma apreciação de critérios de prevenção enquanto antecipação de agir no Direito. In *Temas de Direito Penal Económico* (pp. 251-307). Coimbra: Coimbra Editora.

Osborne, C. (2010). O nascimento da filosofia. In J.-F. Pradeau, *História da Filosofia*.(trad. Jorge Pires). (pp. 13-34). Alfragide: D. Quixote.

Pais, J. M. (2004). Cooperação internacional - Perspectivas. AAVV, *Polícia e Justiça, III Série, Número Especial Temático - Branqueamento de Capitais* (pp. 27-38). Coimbra: Coimbra Editora.

Paiva, V. (2014). Fraude Fiscal (e branqueamento): Notas esparças sobre a investigação das "Carrosseis Internacionais do IVA". In AAVV, *Investigação Criminal, n.º 7, Junho* (pp. 96-129). Lisboa: ASFIC/PJ.

Patrício, R. (2016). *Compliance é prevenção, mas também é defesa*. Revista Exame. Obtido em 17 de Julho de 2019, de <https://www.mlgs.pt/xms/files/v1/Comunicacao/Imprensa/2016/Compliance_e_preve_ncao__mas_tambem_e_defesa.pdf>.

Paúl, J. P. (1993). A banca perante o branqueamento de capitais. In (Dir.) Luís Braz Teixeira, *Revista da Banca, Associação Portuguesa de Bancos, n.º 26, Abril-Junho* (pp. 41-71). Lisboa: Bertrand.

Paúl, J. P. (1999). A legislação Portuguesa sobre branqueamento de capitais e as suas repercussões no exercício da actividade bancária. In AAVV, *Estudos de Direito Bancário, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* (pp. 321-336). Coimbra: Coimbra Editora.

Paz, I. S., & Blanco Cordero, I. (2000). *Principais instrumentos internacionais (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crime organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio*. Revista Penal, n.º 6, p. 3-14. Obtido em 25 de Fevereiro de 2019, de: <<http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/13037/Principales.pdf?sequence=2>>.

Pereira, M. B. (1996). Informática, Apocalíptica e Hermenêutica do Perigo. In *Revista Filosófica de Coimbra. Ano 9, Vol. 5* (pp. 3-52). Coimbra: Estudos Filosóficos da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra.

Pereira, M. M. (2003). Bens jurídicos coletivos e bens jurídicos políticos. In AAVV, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (pp. 293-316). Coimbra: Coimbra Editora.

Pereira, V. d., & Lafayette, A. (2014). *Código penal : anotado e comentado : legislação conexa e complementar*. Lisboa: Quid Juris.

Pinheiro, L. G. (2002). O Branqueamento de Capitais e a Globalização (Facilidades na reciclagem, obstáculos à repressão e algumas propostas de política criminal). In (Coord.) Jorge de Figueiredo Dias, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 12, n.º 4, Outubro-Dezembro* (pp. 603-648). Coimbra: Coimbra Editora.

Pinto, I. H. (2010). Os Efeitos do "Direito Penal Europeu" nos Sistemas Sancionatórios dos Estados-Membros da União Europeia. In (Org.) Manuel da Costa Andrade, Susana Aires de Sousa e Maria João Antunes, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume I*, (pp. 821-852). Coimbra: Coimbra Editora.

Pogge, T. (2004). *La incoherencia entre las teorías de la justicia de Rawls* . (trad. David Álvarez García) *Revista Internacional de Filosofía Política*. Obtido em 20 de Junho de 2019, de: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:filopoli-2004-23-8B40F2B7-ABB0-9BBC-C818-675E0162F39F/incoherencia_entre.pdf>

Portela, I. M. (2010). O Combate ao Branqueamento e Capitais e o Financiamento do Terrorismo à luz do "Usa Patriot Act 2001". In (Coord.) L. Silva, & G. S. Bandeira, *Branqueamento de Capitais e Injusto Penal - Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira* (pp. 255-290). Lisboa: Editorial Juruá.

Porto, T. M. (2011). *El Blanqueo de Capitales entre lá Dogmática y la Política Criminal Internacional: Resultados desde una Perspetiva de Derecho Comparado*. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, p. 305-324. Obtido em 20 de 12 de 2018, de: <<http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/142>>

Prieto del Pino, A. M., García Magna, D. I., & Martín Pardo, A. (2010). *La deconstrucción del concepto de blanqueo de capitales*. *Indret n.º 3/2010 Revista para el análisis del Derecho*, Julio. Obtido em 25 de Março de 2019, de: <http://www.indret.com/pdf/747_es.pdf>

Quadros, F. d. (2013). *Direito da União Europeia*. 3ª Edição, Coimbra: Almedina.

R. Nahum, M. A. (2010). Globalização: É Preciso "Separar o Joio do Trigo". In (Org.) Manuel da Costa Andrade, Susana Aires de Sousa e Maria João Antunes, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias* (pp. 433-448). Coimbra: Coimbra Editora.

Ramos, M. C. (2004). Desenvolvimento Recentes em Matéria de Prevenção do Branqueamento de Capitais GAFI e União Europeia. In AAVV, *Polícia e Justiça, série*

III - Número Especial Temático - Branqueamento de Capitais (pp. 55-68). Coimbra: Coimbra Editora.

Rawls, J. (2017). *Uma Teoria da Justiça*. (trad. Carlos Pinto Correia) (4ª edição) Barcarena: Editorial Presença. (Obra Original publicada em 1971).

Reale Júnior, M. (2010). Figura Típica e Objeto Material do Crime de "Lavagem de Dinheiro". In (Org.) Manuel da Costa Andrade, Susana Aires de Sousa e Maria João Antunes, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III* (pp. 559-575). Coimbra: Coimbra Editora.

Reis, C. S. (2017). *Crime de Branqueamento de Capitais. Enquadramento Jurídico, Prática e Gestão do Inquérito*. Centro de Estudos Judiciários. Lisboa: p. 155-176. Obtido em 20 de Dezembro de 2018, de <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_30CursoMP_TomoII.pdf>

Reis, J. (2001). A globalização como metáfora da perplexidade? Os processos geo-económicos e o «simples» funcionamento dos sistemas complexos. In B. S. Santos, *Globalização: fatalidade ou utopia?* (pp. 108-136). Porto: Afrontamento.

Ribeiro de Almeida, A. (2011). Sociedade de Risco - Uma perspectiva jurídico-filosófica. In *Lusíada Direito Porto. n.º 4 - 2º semestre* (pp. 159-177). Porto: Editora Universidade Lusíada.

Ribeiro, A. S. (2001). A retórica dos limites. Notas sobre o conceito de fronteira. In B. S. Santos, *Globalização: fatalidade ou utopia?* (pp. 463-488). Porto: Afrontamento.

Rivas, N. G. (1998). *Criminalidad Organizada y Tráfico de Drogas*. Revista Penal, número 2. Obtido em 7 de Março de 2019, de: <<http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/13225/Criminalidad.pdf?sequence=2>>

Rocha, M. A. (1998). A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas - Novas perspectivas. In AAVV, *Direito Penal Económico e Europeu* (pp. 431-486). Coimbra: Coimbra Editora.

Rodrigues, A. M. (2005). Política Criminal - Novos Desafios, Velhos Rumos. In *Lusíada Direito. n.º 3* (pp. 13-37). Lisboa: Universidade Lusíada 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. In (Coord.) Jorge de Figueiredo Dias, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 25, n.º 1 a 4, Janeiro-Dezembro* (pp. 213-241). Coimbra: Instituto de Direito Penal Económico e Europeu.

Rodrigues, A. M. (2019). *Direito Penal Económico. Uma Política na Era Compliance*. Coimbra: Almedina.

Rodrigues, B. S. (2010). *Da Prova Penal Tomo II Bruscamente... A(s) Face(s) Oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal*. Rei dos Livros.

Rodríguez, C. V. (2015). *El Fenomeno Asociativo como Actividad Delictiva Previa al Delito de Blanqueo de Capitales*. Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXXV, pp. 87-123. Obtido em 20 de Dezembro de 2018, de: <<http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/2332>>.

Rotsch, T. (2012). *Criminal Compliance*. InDret 1/2012. Obtido em 10 de Julho de 2019, de: <www.indret.com>.

Rotsch, T. (2015). *Sobre las Preguntas Científicas y Prácticas del Criminal Compliance*. Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa, n.º 3, p. 13-29. Obtido em 10 de Janeiro de 2019, de: <<http://www.adpeonline.com/web/>>.

Roxin, C. (trad.) (1997). *Derecho penal : parte general : fundamentos, la estructura de la teoria del delito, Tomo I, 2ª edición*. Madrid: Civitas.

Roxin, C. (2013). O Conceito de Bem Jurídico Como Padrão Crítico da Norma Penal Posto à Prova. In (Coord.) Jorge de Figueiredo Dias, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 23, n.º 1, Janeiro-Março* (pp. 7-43). Coimbra: Coimbra Editora.

Santana Vega, D. M. (2015). *El Delito Corporativo de Incumplimiento en la Prevencion de Sobornos (Bribery Act 2010)*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n.º 17-15, p. 1-32. Obtido em 12 de Agosto de 2019, de: <<http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-15.pdf>>

Santiago, R. (1999). O «Branqueamento» de Capitais e de outros Produtos do Crime: Contributo para o Estudo do Art. 23º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, e do Regime da Prevenção da Utilização do Sistema Financeiro no «Branqueamento» . In AAVV, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários, Vol. II* (pp. 363-408). Coimbra: Coimbra Editora.

Santos, B. S. (1999). *Pela Mão de Alice. O Social e o Político na Pós-modernidade, 7ª edição*. Porto: Afrontamento.

Santos, B. S. (2001). Os Processos da Globalização. In B. S. Santos, *Globalização: fatalidade ou utopia?* (pp. 31-108). Porto: Afrontamento.

Santos, C. (2003). A Corrupção (da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador). In AAVV, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (pp. 963-991). Coimbra: Coimbra Editora.

Santos, H. L. (2015). A Criminalidade Económico-Financeira na Região Administrativa Especial de Macau e em Portugal. Perspectivas e Prospectivas. In (Coord.) Jorge de Figueiredo Dias, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 25, n.º 1 a 4, Janeiro-Dezembro* (pp. 335-409). Coimbra: Instituto de Direito Penal Económico e Europeu.

Santos, P. P. (2010). Apontamentos acerca da origem e Evolução Histórica, terminologia e evolução Legislativa do injusto penal da lavagem de capitais. In (Coord.) (Coord.) L. Silva, & G. S. Bandeira, *Branqueamento de Capitais e Injusto Penal - Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira* (pp. 105-123). Lisboa: Editorial Juruá.

Schneider, F. (2010). *Money Laundering: Some Preliminary Empirical Findings*. Obtido em 12 de Dezembro de 2018, de: <<https://www.uibk.ac.at/economics/bbl/bblpapierews0708/schneider.pdf>>

Schott, P. A. (2013). *Guia de referência Anti-Branqueamento de Capitais e de Combate ao Financiamento do Terrorismo*. Segunda Edição e Suplemento sobre a Recomendação Especial IX, Banco Mundial, Washington DC. Obtido em 19 de Março de 2019, de:

<http://siteresources.worldbank.org/INTAML/Resources/2454_WB_Portuguese.pdf>

Schünemann, B. (2002). Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. In AAVV, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. IV* (pp. 9-38). Madrid: Ministerio de Justicia.

Sieber, U. (2008). *Programas de "Compliance" en el Derecho Penal de la Empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*. (trad. Manuel A. Abanto Vásquez). Obtido em 10 de Agosto de 2019, de: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38834.pdf>>

Silva Sánchez, J. M. (2011). *La Expansión del Derecho Penal. Asoectis de ka Política Criminal en las Sociedades Postindustriales, 3ª edición*. Buenos Aires: Euros Editores.

Silva Sánchez, J.-M. (2013). Deberes de Vigilancia y Compliance Empresarial. In (ed. Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel, Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno), *Compliance y teoría del Derecho penal* (pp. 79-106). Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.

Silva, D. T. (2015). *Criminalidade Organizada Económico-Financeira. Conceitos e Regimes Fundamentais: ONU, Conselho da Europa, União Europeia e Portugal*. Lisboa: Universidade Lusíada Editora.

Silva, G. M. (2008). Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas. Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro. In *Jornadas sobre o Código Penal, Revista do CEJ, n.º 8* (pp. 69-97). Coimbra: Almedina.

Silva, G. M. (2009). *Responsabilidade Penal das pessoas sociedades e dos seus administradores e representantes*. Lisboa: Verbo.

Silva, G. M. (2010). O crime de branqueamento de capitais e a fraude fiscal como crime pressuposto. In (Coord.) L. Silva, & G. S. Bandeira, *Branqueamento de Capitais e Injusto Penal - Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira* (pp. 239-253). Lisboa: Editorial Juruá.

Silva, G. M. (2018). Questões processuais da responsabilidade penal das pessoas colectivas. In (Coord.) Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal, 2.ª edição* (pp. 151-170). Coimbra: Almedina.

Silva, M. I. (2017). *Crime de Branqueamento de Capitais. Enquadramento Jurídico, Prática e Gestão do Inquérito*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. p. 205-224. Obtido em 20 de Dezembro de 2018, de: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_30CursoMP_TomoII.pdf>.

Simões, E. D. (2007). Prova Indiciária, (contributos para o seu estudo e desenvolvimento em dez sumários e um apelo premente). In AAVV, *Revista Julgar, n.º 2* (pp. 203-215). Coimbra: Coimbra Editora.

Simões, P. C. (2005). A Supra-Individualidade como Factor de Superação da Razão Moderna. In *Temas de Direito Penal Económico* (pp. 285-308). Coimbra : Coimbra Editora.

Sloterdijk, P. (2008). *Palácio de Cristal - Para uma Teoria Filosófica da Globalização*. (Trad. Manuel Resende). Santa Maria da Feira: Relógio D' Água Editores.

Soto Navarro, S. (2003). *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Albolote: Comares.

Soto Navarro, S. (2005). *Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Núm. LVIII-3, Núm. LVIII-3, Septiembre. p. 887-918. Obtido em 29 de Julho de 2017, de: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2281533.pdf>>

Sousa, S. A. (2012). *Societas Publicas (non) Delinquere Potest: reflexões sobre a irresponsabilidade dos entes públicos no ordenamento jurídico português*. Actas do XV Encuentro AECA "Nuevos Caminos para Europa: El papel de las empresas y los gobiernos, 20-21 de Setembro. Obtido em 7 de Agosto de 2019, de: <<https://apps.uc.pt/mypage/files/susanaas/675>>

Sousa, S. A. (2019). *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*. Coimbra: Almedina.

Souto, M. A. (2013). *El Blanqueo de Dinero como Innovador Instrumento de Control Económico y Social*. Revista Penal México, núm. 5, septiembre de 2013-febrero de 2014. Obtido em 4 de Maio de 2019, de <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/14326/el_blanqueo_de_dinero.pdf?sequence=2>

Souto, M. A. (2017). *Las Reformas Penales de 2015 sobre el Blanqueo de Dinero*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n.º 19-31, p. 1-35. Obtido em 9 de Março de 2019, de: <<http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-31.pdf>>.

Souza, A. d. (2015). Programas de Compliance e a Atribuição de Responsabilidade Individual nos Crimes Empresariais. In (Coord. Jorge de Figueiredo Dias), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 25* (pp. 117-143). Coimbra: Coimbra Editora.

Stratenwerth, G. (2005). A Luta contra o Branqueamento de Capitais por Meio do Direito Penal: o Exemplo da Suíça. In *Revista da Universidade Lusíada, n.º 3* (pp. 69-81). (Trad. Augusto Silva Dias). Lisboa: Universidade Lusíada Editora.

Svenson, G. (2010). Branqueamento de capitais e os fatos precedentes: Análise do Acórdão de 22 de março de 2007 do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. In (Coord.) L. Silva, & G. S. Bandeira, *Branqueamento de Capitais e Injusto Penal - Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira* (pp. 73-84). Lisboa: Editorial Juruá.

Taipa de Carvalho, A. (2016). *Direito Penal, Parte Geral - Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime, 3.ª Edição*. Porto: Universidade Católica Editora. Porto.

Terra de Oliveira, W. (2016). *Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo (Tesis Doctoral)*. Bajo la Dirección de M^a Pilar Hernández, Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad Complutense Madrid. Obtido em 19 de Maio de 2018, de: <<https://eprints.ucm.es/41033/1/T38325.pdf>>

Tiedemann, K. (1991). *Constitución y Derecho penal*. (Trad. Luís Zapatero). Revista española de derecho constitucional. Año nº 11, Nº 33, 1991. p. 145-174. Obtido em 10 de Outubro de 2017, de <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79445>>

Torrão, F. (2003). Os Novos Campos da Aplicação do Direito Penal e o Paradigma da Mínima Intervenção (Perspectiva Pluridisciplinar). In AAVV, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (pp. 331-362). Coimbra: Coimbra Editora.

Torrão, F. (2010). *Societas Delinquere Potest?: da responsabilidade individual e colectiva nos crimes de empresa*. Coimbra : Almedina.

Torrão, F. (2014). *Crise da razão no mundo contemporâneo: As (pós-modernas) tendências de superação da razão tecno-instrumental e do paradigma liberal universalista (olhar para trás é olhar para o futuro?)*. Foro, Nueva época, vol. 17, núm. 2, p. 223-269. Obtido em 1 de Fevereiro de 2017, de: <<http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/48153/45036>>

Torrão, F. (2016a). *Intervenção punitiva em tempos de crise: a paradigmática questão da punibilidade do "autobranqueamento"*. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXVI, p. 527-552. Obtido em 7 de Julho de 2018, de: <<http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/3291/3853>>

Torrão, F. (2016b). Princípio da oportunidade no quadro da criminalidade organizada e económico-financeira. Em especial, a figura do "arrependido-colaborador". In (Coord. Manuel Guedes Valente), *IV Congresso de Processo Penal* (pp. 157-174). Coimbra: Almedina.

Touraine, A. (1994). *Crítica da Modernidade*. (Trad. Fátima Gaspar e Carlos Gaspar). Lisboa: Instituto Piaget.

Veloso da Silva, A. (2010). A justiça material e o material da justiça no branqueamento de vantagens de proveniência ilícita em Portugal. In (Coord.) L. Silva, & G. S. Bandeira, *Branqueamento de Capitais e Injusto Penal - Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira* (pp. 125-138). Lisboa: Editorial Juruá.

Vilela, A. (2018). A responsabilidade contra-ordenacional da pessoa colectiva no contexto do "Estado Regulador". In (Coord.) Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2.ª edição (pp. 101- 122). Coimbra: Almedina.

Vleek, W. (2018). *Global Financial Governance and the Informal: Limits to the Regulation of Money*. Crime, Law and Social Change, volume 69, Issue 2, Springer, p.

249-264. Obtido em 1 de Abril de 2019, de <<https://doi.org/10.1007/s10611-017-9754-7>>

White, D. L. (2010). *The Anti-Money Laundering Complex in the Modern Era*. The Banking Law Journal, Vol. 133, No. 10; Thomas Jefferson School of Law Research Paper No. 2912458: Available at SSRN. Obtido em 1 de Maio de 2019, de <<https://ssrn.com/abstract=2912458>>.

Zúñiga Rodríguez, L. (2009). *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas, 3ª edición*. Pamplona: Aranzadi.

Zúñiga Rodríguez, L. (2016). *El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas*. Nuevo Foro Penal 12 (86), p. 62-114, Universidad EAFIT. Obtido em 20 de Dezembro de 2018, de <<https://doi.org/10.17230/nfp.12.86.2>>

Jurisprudência

Tribunal Constitucional

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 20 de abril de 1995, processo n.º 213/95 (Relator Conselheiro Monteiro Diniz), disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950213.html>>. (Consultado 10/10/2019).

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 22 de julho de 2003, processo n.º 395/03 (Relator Conselheiro Mário Torres), disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030395.html>>. (Consultado 10/10/2019).

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 22 de outubro de 2003, processo n.º 494/2003 (Relator Conselheiro Gil Galvão), disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030494.html>>. (Consultado 10/10/2019).

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de março de 2007, processo n.º 220/05, disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/627798/details/maximized>>. (Consultado 10/10/2019).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de junho de 2014, processo n.º 14/07.0TRLSB.S1 (Relator Raul Borges), disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e22652275680718b80257d15004292f6?OpenDocument>>. (Consultado 10/10/2019).

Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de Outubro de 2002, proc. 0055995 (Relator Cabral Amaral), disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4344a907b8d0727c80256c950036ff1a?OpenDocument>>. (Consultado 10/10/2019).

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de Março de 2011, processo n.º 40/09.4PEAGH.L1-5 (Relatora: Margarida Blasco), disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/008016cba156af258025788c0050af91?OpenDocument>>. (Consultado 10/10/2019).

Tribunal da Relação do Porto

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 7 de fevereiro de 2007, processo n.º 0616509 (Relatora: Maria do Carmo Silva Dias), disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/1837EB9116F72C3B8025727D005B83A3>>.

(Consultado 10/10/2019).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 6 de junho de 2012, processo n.º 4679/11.0TBMAI.P1 (Relator: Artur Oliveira), disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/87D3DEFCE20E62F080257A210031AA11>>.

(Consultado 10/10/2019).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27 de junho de 2012, processo n.º 7402/11.STBMAI.P1 (Relatora: Élia São Pedro), disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/BD1A48D24028659880257A300032E312>>. (Consultado 10/10/2019).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21 de março de 2013, processo n.º 127/06.5IDBRG.P1 (Relatora: Fátima Furtado), disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/709e23481fb5eec580257b4e003a2893?OpenDocument>>. (Consultado 10/10/2019).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21 de junho de 2017, processo n.º 131/12.4TELSB-D.P1 (Relator: António Gama), disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/4f6dd155fdd56d2b80258152003847fa?OpenDocument>>. (Consultado 10/10/2019).

Jurisprudência Estrangeira

Acórdão Impregilo (Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2013 (*dep. 30 gennaio 2014*), *n. 4677, Pres. Ferrua, Rel. Fumo, ric. Impregilo SpA*), disponível em: <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1393690152Cassazione_Impregilo.pdf>. (Consultado 10/10/2019).

Acórdão New York Central R. Co. v. United States, 212 U.S. 481 (1909), disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/212/481/>>. (Consultado 10/10/2019).

Acórdão Holland Furnace Co. v. United States, 158 F.2d 2 (6th Cir. 1946), disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/158/2/1473512/>>. (Consultado 10/10/2019).

Acórdão do STS (Tribunal Supremo Espanhol), de 19 de novembro de 2013, processo n.º 858/2013 (Relator Andres Martinez Arrieta), disponível em: <<https://supremo.vlex.es/vid/ganancias-obtenidas-blanqueo-capitales-482236742>>. (Consultado 10/10/2019).

Acórdão do STS (Tribunal Supremo Espanhol), de 29 de abril de 2015, processo n.º 265/2015 (Relator Candido Conde-Pumpido Touron), disponível em: <<https://supremo.vlex.es/vid/570910066>>. (Consultado 10/10/2019).

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 22 de outubro de 2015. Skatteverket contra David Hedqvist, disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A62014CJ0264>>. (Consultado 10/10/2019).