

**A CRIMINALIDADE ECONÓMICO-FINANCEIRA NA
REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU:
SUBSÍDIOS PARA A INTERPRETAÇÃO DA
LEI DO BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS E DA
RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS COLECTIVAS
(ART.º 5.º, N.º 1. 2, DA LEI N.º 2/2006)**

Hugo Luz dos Santos
Magistrado do Ministério Público

Was die Gesetze verrathen – Man vergreift sich sehr, wenn man die Strafgesetze eines Volkes studirt, al sob sie ein Ausdruck seines Charakters wären; die Gesetze verrathen nicht Das, was ein Volk ist, sondern Das, was ihm fremd, selstam, ungeheuerlich, ausländich erscheint¹.

FRIEDRICH NIETZSCHE, *Die fröhliche Wissenschaft*, 43, 28-32.

“Fusão rebelde de contrários, mãos limpas e grandes transparentes”.

Mário Cesariny

Resumo: O presente estudo visa conferir uma visão panorâmica da criminalidade económico-financeira na Região Administrativa Especial de

1 *O que as leis atraíçoaam* – Engana-se estrondosamente quem estuda as leis de um povo como se fossem expressão do seu carácter; as leis não traduzem aquilo que um povo é mas aquilo que lhe parece estranho, insólito, monstruoso e exótico – *Tradução* do Professor JOSÉ DE FARIA COSTA, in Revista de Legislação e Jurisprudência ano 141.º, N.º 3973, Março – Abril 2012, p. 246.

Macau e em Portugal.

Para este efeito, sustenta-se uma visão comparativa entre as soluções normativas preconizadas pelo legislador português e as soluções acolhidas pelo legislador macaense de 2006, que, no que respeita ao tipo objectivo de ilícito de branqueamento de capitais, absorveu e acolheu grande parte da panóplia de soluções dogmáticas condensadas pelo legislador português de 2004, à excepção da (candente) questão do *concurso de crimes* entre o crime de branqueamento de capitais e o crime precedente, quando praticado pelo mesmo autor imediato.

Aduz-se igualmente a (tendencial) *homologia genética e funcional* entre o crime de riqueza injustificada e os (nados-mortos) *crimes de enriquecimento ilegítimo* (2012) e os *crimes de enriquecimento injustificado* (2015), cuja inconstitucionalidade material, com força obrigatória geral, foi decretada, respectivamente, pelo Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização abstracta preventiva, nos Acórdãos n.º 179/2012 e n.º 377/2015.

Por outro lado, de forma sinóptica, lança-se alguma luz sobre o regime jurídico da *perda alargada* de vantagens do crime, vigente em Macau e em Portugal, mormente do ponto de vista da *tutela dos terceiros de boa-fé* afectados pela declaração de perda de bens a favor do Estado; bem como sobre o regime jurídico das pessoas colectivas, emergente da Lei do Branqueamento de Capitais de 2006.

Por fim, advoga-se a criação, na Região Administrativa Especial de Macau, de um *Assets Recovery Agency*, de inspiração inglesa, mas com base no recente regime jurídico que procedeu à criação do Gabinete de Recuperação de Activos (GRA), em Portugal.

Palavras-Chave: crime de branqueamento de capitais; crime de riqueza injustificada; crime de enriquecimento ilícito; crime de enriquecimento injustificado; responsabilidade penal das pessoas colectivas; concurso efectivo de crimes; concurso aparente por consumpção, unidade de sentido social, confisco em matéria penal; perda alargada; gabinete de recuperação de activos; *wilful blindness*.

* Muito agradecemos aos Senhores Professores Doutores Joaquim Freitas da Rocha (Escola de Direito do Minho) António Pinto Monteiro (da *minha* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), pelo estímulo, continuamente manifestado, e sempre tão bondosamente nutrido, no que toca à publicação deste e de outros estudos deste *proto-jurista*. O que devo aos académicos, exemplos de pundonor científico, e às pessoas, repositório fiel das qualidades *dianoéticas* propugnadas por Aristóteles, transcende, em muito, a mera narração de um agradecimento público. Os erros, omissões e imprecisões – e são muitos!- são imputáveis, em exclusivo, ao autor deste estudo, que segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

1) Enquadramento dogmático – legal da lei de branqueamento de capitais da Região Administrativa Especial de Macau e (candentes) questões a ela conexas

A criminalização do branqueamento de capitais é exigida por três instrumentos internacionais elaborados no âmbito da ONU e vigentes em Macau: a Convenção de Viena de 1988 (art.º 3.º, alíneas *b*), *i*) e *ii*)), a Convenção de Palermo de 2000 (art.º 6), e a Convenção contra a Corrupção de 2003 (art.º 23.º)^{2/3}.

No que respeita aos elementos do tipo legal de crime de branqueamento de capitais, a obrigação de criminalização é feita de modo essencialmente homogéneo nestes instrumentos internacionais.

No que se refere à Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), o legislador procedeu à criação da Lei n.º 6/97, de 30 de Julho^{4/5}; em Portugal, no que toca ao tipo legal de crime de branqueamento de capitais denotou-se a existência de uma reforma legislativa de vulto em 2004, de que se destaca a inserção do tipo legal de crime no Código Penal, através da Lei n.º 11/2004, de 27 de Março, que aditou ao Código Penal o art.º 368-A.º.

Em Macau, a Lei n.º 2/2006, de 03 de Abril, que revogou o art.º 10.º da «*lei da criminalidade organizada*» e passou a condensar as soluções legislativas que regulam o branqueamento de capitais numa lei extravagante, acolheu vários contributos legais emergentes da Lei n.º 11/2004, de 27 de Março, e introduziu variadas alterações no tipo legal de crime, que tocaram, para além de outros aspectos secundários⁶, as seguintes questões fundamentais: os

-
- 2 Para uma proficiente e exaustiva análise, JORGE GODINHO, «*Do crime de «branqueamento de capitais». Introdução e tipicidade*», Almedina, Coimbra, pp. 89 e ss.
 - 3 Neste sentido, HUGO LUZ DOS SANTOS, “O Crime de branqueamento de capitais e o crime de precedente em Macau e em Portugal: concurso efectivo? adequação social e exclusão da tipicidade?”, in: *Revista do Ministério Público*, n.º 143, Julho-Setembro 2015, (2015), que, neste apartado temático, seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.
 - 4 Criada na sequência de uma onda de criminalidade que, ao tempo, assolou a Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), emergente da digladição de clãs criminosos pelo controlo de rendimentos resultantes da exploração de «*salas VIP*» de jogos de fortuna e azar nos casinos locais, com muito interesse, ANGELA VENG MEI LEONG, «*Macau casinos and organised crime*», in *Journal of Money Laundering Control*, 2004, pp. 298 e ss.
 - 5 V, também com muito interesse, MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, «*Do lugar onde o sol se levanta, um olhar sobre a criminalidade organizada*», in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Organizadores: MANUEL DA COSTA ANDRADE, JOSÉ DE FARIA COSTA, ANABELA RODRIGUES e MARIA JOÃO ANTUNES, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 85 e ss.
 - 6 Foi eliminada a referência aos arts.º 226.º e 227.º do Código Penal que constava do prómio de 1997, por desnecessária; pela mesma razão, foram suprimidas as referências a «*no todo ou em*

elementos normativos e descritivos do tipo legal de crime; o «catálogo» e factos principais ou precedentes; as penas aplicáveis; o bem jurídico protegido⁷; e a responsabilidade penal das pessoas colectivas⁸.

Mas em que consiste o branqueamento de capitais?

Ancorados na mais autorizada doutrina, o crime de branqueamento de capitais consiste essencialmente na ocultação ou *dissimulação* da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens de crimes⁹.

Breve, no entendimento de abalizada doutrina alemã, por branqueamento designam-se «os meios através dos quais se escondem a existência, a origem ilegal ou a utilização ilegal de rendimentos, encobrendo esses rendimentos de forma a que pareçam provir de origem lícita^{10/11}».

Espargidas as considerações introdutórias que antecedem faz-se mister referir que o branqueamento de capitais passa, ou pode passar, por dois momentos nucleares: um primeiro, conhecido por money laundering e um outro chamado recycling¹².

parte) e a «directa e indirectamente»; a referência a «pessoa implicada» foi substituída por uma outra, mais precisa, o «autor ou participante»; onde a lei se referia ao propósito de se «eximir às consequências», o texto agora alude ao propósito de evitar que uma pessoa seja penalmente perseguida ou submetida a uma reacção penal; a lei de 1997 referia-se ao facto principal como sendo um «crime» ao passo que a lei actual fala de «ilícito – típico»; a referência «a propriedade ou outros direitos» passou a ser referida «titularidade»; Sobre estas alterações, V., com muito interesse, e que vimos seguindo textualmente, JORGE GODINHO, «Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau», 2009, p. 14, disponível em ssrn.com.

7 J JORGE GODINHO, «Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau», *cit.*, p. 15.

8 Cuja dilucidação teórica será realizada adiante de forma mais detida.

9 JORGE GODINHO, «Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau», *cit.*, p. 19.

10 Neste preciso sentido, VOLKER KREY/ALFRED DIERLAMB, «Gewinnabschöpfung und Gelwasche – Kritische Stellungnahme zu den materiell-rechtlichen Vorschriften des Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKB)», in *Juristische Rundschau*, 1992, Heft 9, p. 353.

11 Para uma noção semelhante, também na doutrina alemã, V., com muito interesse, CORNELIUS PRITZWITZ, «Die Geldwasche und ihre strafrechtliche Bekämpfung-oder: Zum Einzug des Lobbyismus in die Kriminalpolitik», in *Strafverteidiger*, (1993), pp. 498-500.

12 Neste preciso sentido, VOLKER KREY/ALFRED DIERLAMB, «Gewinnabschöpfung und Gelwasche – Kritische Stellungnahme zu den materiell-rechtlichen Vorschriften des Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKB)», *cit.*, p. 354.

O *money laundering* constitui o núcleo essencial do branqueamento de capitais. Pretende-se, através de operações que visam alcançá-lo, que as *vantagens ou incrementos patrimoniais* resultantes do *facto ilícito-típico anterior*, sejam expeditamente libertadas dos vestígios da referida origem criminosa. Normalmente, neste momento, as referidas «*vantagens*» são ainda constituídas por dinheiro em numerário, e o respectivo branqueamento concretiza-se em negócios de curto prazo, os quais visam, como se referiu, *dissimular* não só a sua origem, como a respectiva identificação¹³.

É, normalmente, o que se passa através da troca do dinheiro «*sujo*» por outros valores monetários, designadamente por notas de maior valor, ou pela troca desse dinheiro por outros bens facilmente transportáveis, como sejam jóias, metais e pedras preciosas, títulos de participação, abertura de contas bancárias noutros países, de preferência em nome de pessoas colectivas¹⁴.

Já a *recycling*¹⁵, quando chega a ter lugar, concretiza-se em operações ou «*manipulações*» através das quais as vantagens patrimoniais de forma a que ganhem aparência de se tratar de objectos de proveniência lícita, com a sua consequente reentrada no normal circuito económico. O que sucede, em regra, com a aplicação do dinheiro em grandes negócios, como pizzarias e salas de espectáculos, ou através da ligação a negócios bancários ou de sociedades financeiras¹⁶.

Destarte, há nesta figura jurídico-penal uma relação umbilical, inextricável, obrigatória, entre a acção de ocultar ou dissimular a origem ou propriedade de determinados bens e a proveniência desses bens, pois devem forçosamente ser *produto directo ou indirecto* de um *crime anterior*.

Como afirma VITTORIO MANES no primeiro plano da *descrição típica* do crime de branqueamento de capitais está o objecto material do *branqueamento* proveniente de um determinado crime, pelo que no tipo legal de crime densifica-se uma “*relazione di provenienza (diretta o indiretta) che deve sussistere tra il*

13 Neste preciso sentido, RODRIGO SANTIAGO, «O «*Branqueamento*» de capitais e outros produtos do crime: Contributos para o estudo do art.º 23.º do Decreto – Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, e do Regime da Prevenção da Utilização do Sistema Financeiro no «*Branqueamento*» (Decreto- Lei N.º 313/93, de 15 de Setembro)», in *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, Volume II, Coimbra Editora, (1998), p. 367, que seguimos e seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

14 RODRIGO SANTIAGO, «O «*Branqueamento*» de capitais e outros produtos do crime», *cit.*, p. 367.

15 Sobre este fenómeno, NUNO BRANDÃO, *Branqueamento de capitais- O sistema comunitário de prevenção*, (2002), p. 21.

16 RODRIGO SANTIAGO, «O «*Branqueamento*» de capitais e outros produtos do crime», *cit.*, p. 367.

denaro o la cosa oggetto di riciclaggio e il reato presupposto^{17/18}.

Por conseguinte, a acção de transformar valores ilícitos em valores lícitos tem por pressuposto que os mesmos tenham sido *ilícitamente adquiridos* para se operar à sua *transmutação*, à sua *reciclagem*, em valores lícitos, o que não é senão uma decorrência lógica. Só se converte em lícito o valor ilícito; não se pode converter em lícito o valor lícitamente adquirido anteriormente à acção de branqueamento.

Deste modo, só valores gerados por uma actividade criminosa anterior podem ser transformados em valores de origem aparentemente lícita, pelo que a acção de branqueamento incide sobre um acervo de bens que provêm de uma actividade delituosa com o escopo de encobrir a sua origem visando furtar-se às consequências jurídicas próprias da fonte ilícita^{19/20}.

Assim, o *facto delituoso precedente* constitui a fonte geradora de vantagens ilícitas²¹.

Com o advento das reformas introduzidas em 2004 em Portugal e em 2006 em Macau tornou-se claro que o bem jurídico protegido é a realização da justiça: as condutas de branqueamento de capitais são puníveis se e na medida em que consigam que as vantagens de crimes anteriores sejam dissimuladas – para que não sejam detectadas, apreendidas e confiscadas pelo Estado, uma pretensão que surge após o cometimento de quaisquer crimes que tenham gerado proventos para os respectivos agentes²².

17 Neste sentido, na doutrina italiana, VITTORIO MANES, «*Il riciclaggio dei proventi illeciti: teoria e prassi dell'intervento penale*», in Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'economia, anno XVII, n.º 1-2, janeiro/junho de 2004, Cedam, Padova, p. 53.

18 Neste sentido, na legislação espanhola que exige que o tipo legal de crime seja grave, V., na doutrina espanhola, BUJÁN-PÉREZ MARTÍNEZ, «*La dimensión internacional del blanqueo de dinero*», in *El fenómeno de la internación de delincuencia económica, Estudios de Derecho Judicial*, n.º 61, Barcelona, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 226.

19 Neste sentido, FARIA COSTA, «*O branqueamento de capitais – algumas reflexões à luz do Direito Penal e da Política Criminal*», in Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários, Volume II, Coimbra Editora, 1998, p. 315.

20 Neste sentido, na doutrina brasileira, MARCO ANTÔNIO DE BARROS, «*Lavagem de capitais e obrigações correlatas*», 2ª edição, São Paulo, RT, 2008, p. 51, que denomina o crime antecedente como “*pressuposto básico da posterior lavagem, pois parte-se da premissa de que a lavagem destina-se a ocultar ou dissimular a origem ilícita do lucro obtido*”.

21 PEDRO CAEIRO, «*A decisão-quadro do Conselho de 26 de Junho de 2001, e a relação entre punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa*», in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, MANUEL DA COSTA ANDRADE et alii (Org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 1087.

22 JORGE GODINHO, «*Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau*», cit., p. 19.

Por conseguinte, o entendimento correcto é, pois, em síntese – e o único compatível com o texto da lei de Macau – o de que o crime de branqueamento de capitais consiste em ocultar ou encobrir a origem ou localização de vantagens do crime, de modo a que seja mais difícil a sua descoberta, apreensão e confisco²³. A reforma aprovada em Macau em 2006 consagra expressamente este propósito político – criminal, e a nota justificativa da nova legislação²⁴ exprime inequivocamente que se propugna uma interpretação nos termos da qual o bem jurídico protegido é a administração da justiça^{25/26}.

1.1) O concurso efectivo ou concurso aparente, por consumpção, entre o crime precedente e o tipo legal de crime de branqueamento de capitais quando perfectibilizado pelo mesmo autor imediato?

De harmonia com o que acima se deixou antecipado, o *facto delituoso precedente* constitui a fonte geradora de *vantagens ilícitas*²⁷.

Ora se assim é, estabelece-se, então, uma relação *genética e funcional* entre o *crime precedente*, e suas correspectivas *vantagens ilícitas*, e o *facto posterior* de ocultação ou dissimulação da origem e propriedade dos *incrementos patrimoniais ilícitos*.

Deste modo, a questão que se coloca é a de saber, e só dessa curaremos, *quid iuris* quando os *factos naturalísticos* reconduzíveis, em abstracto, ao tipo legal de crime de branqueamento de capitais são perfectibilizados pelo autor imediato do *crime precedente*: *concurso efectivo* de crimes? *Concurso aparente*, por consumpção, à luz da nóvel tese do Professor FIGUEIREDO DIAS?

Adiantamos, desde já, que nos inclinamos, sem reboço, para o

23 V. JORGE GODINHO, «Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau», cit., p. 19.

24 V. Governo de Macau, *Proposta de Lei “Prevenção e repressão do crime de branqueamento de capitais”*. Nota Justificativa, 2005, ponto 4, onde se pode ler: «Entende-se que as condutas de branqueamento visam, primordialmente, impedir ou frustrar a realização do interesse legítimo da administração da justiça na detecção e perda de bens originados pela prática de crimes graves».

25 V. JORGE GODINHO, «Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau», cit., p. 19.

26 Neste sentido, MIGUEL REALE JÚNIOR, «Figura típica e objecto material do crime de “lavagem de dinheiro”», in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, Ad Honorem, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUC), Organizadores: MANUEL DA COSTA ANDRADE, MARIA JOÃO ANTUNES, SUSANA AIRES DE SOUSA, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 561.

27 PEDRO CAEIRO, «A decisão-quadro do Conselho de 26 de Junho de 2001, e a relação entre punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa», cit., p. 1087.

perfilhamento da tese do Professor FIGUEIREDO DIAS, e a tese do Professor JORGE GODINHO, ou seja, a tese do concurso aparente, por consunção, propugnando nós a mobilização, neste eixo temático, da categoria doutrinal norte-americana da *rule of lenity* “*that requires courts to construe ambiguous criminal laws narrowly, in favor of the defendant*”²⁸.

De forma sinóptica, rejeitamos, *in totum*, a *diversidade dos bens jurídicos protegidos* como fundamento dogmático do concurso efectivo de crimes^{29/30/31/32/33/34/35/36}.

-
- 28 Neste sentido, na doutrina norte- americana, STEFEN F. SMITH, «*Overcoming Overcriminalization*», Northwestern University School of Law, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, Volume 102, Number 3, 2012, p. 567.
- 29 No sentido contrário, GERMANO MARQUES DA SILVA, «*Notas sobre o branqueamento de capitais. Em especial das vantagens provenientes da fraude fiscal*», in Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, Coimbra, Organização: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, LUÍS MENEZES LEITÃO e JANUÁRIO DA COSTA GOMES, 2007, pp. 451-457.
- 30 No sentido contrário, GONÇALO DE SOPAS DE MELO BANDEIRA, «*O crime de “branqueamento” e a criminalidade organizada no ordenamento jurídico português*», in Ciências Jurídicas. Civilísticas; Comparatísticas; Comunitárias; Criminais; Económicas; Empresariais; Filosóficas; Históricas; Políticas; Processuais; Organização: GONÇALO SOPAS DE MELO BANDEIRA, ROGÉRIO GONÇALVES e FREDERICO RODRIGUES, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 316 e ss.
- 31 No sentido contrário, antes da criação da Lei N.º 11/2004, de 27 de Março, que introduziu o art.º 368-A, no Código Penal Português, HENRIQUES GASPAR, «*Branqueamento de capitais*», in *Droga e Sociedade. O Novo Enquadramento Legal*, Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga, Ministério da Justiça, Lisboa, 1994, pp. 123 e ss.
- 32 No sentido contrário, depois da criação da Lei N.º 11/2004, de 27 de Março, menos claramente, JORGE DIAS DUARTE, «*O novo crime de branqueamento de capitais consagrado no art.º 368.º-A do Código Penal*», in *Revista do Ministério Público*, Abril- Junho de 2004, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 129 e ss.
- 33 Na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal, inclinando-se para a defesa da tese da *diversidade dos bens jurídicos*, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 566/04, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Artur Maurício, disponível em www.dgsi.pt.
- 34 Na jurisprudência do Supremo Tribunal de Portugal, inclinando-se para a defesa da tese da *diversidade dos bens jurídicos*, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Uniformização de Jurisprudência n.º 13/2007, disponível em www.dgsi.pt.
- 35 Inclinando-se, igualmente, para a defesa da tese da *diversidade dos bens jurídicos*, JOÃO CONDE CORREIA, “*Ne bis in idem* internacional: anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de Março de 2015 (crime de branqueamento-Competência internacional-Ne bis in idem-Proventos do crime-Confisco)”, in: *Revista do Ministério Público (RMP)*, n.º 143, Julho-Setembro 2015, Coimbra Editora, Coimbra, (2015), p. 186.
- 36 Pronunciando-se a favor do *concurso efectivo* entre o tipo legal de crime de fraude fiscal (art.º 103.º, do RGIT), e o tipo legal de crime de branqueamento de capitais (art.º 368-A, do CP), JORGE REIS BRAVO, «*Fraude Fiscal e Branqueamento: prejudicialidade e concurso*», in: *Scientia*

Ancorados nesse pressuposto dogmático³⁷, cabe afirmar que o problema que nos ocupa é de concurso de crimes — *e não de unidade de norma ou de lei*³⁸. Com efeito, é relativamente óbvio e pacífico que *o tipo de crime de branqueamento de capitais não está numa relação de especialidade ou subsidiariedade em face do ilícito-típico principal*. O problema que aqui se coloca é de eventual *consumpção* — concretamente, é de saber se estaremos perante um caso de *facto posterior co-punido*³⁹.

O concurso de crimes não consiste numa operação lógico-formal de articulação das várias normas abstractamente aplicáveis. Trata-se antes de uma questão a analisar em termos de um juízo valorativo global — é «*um problema axiológico e teleológico de relacionamento de sentidos e de conteúdos do ilícito*»⁴⁰. A questão de saber se se deve concluir pela existência de um concurso de crimes analisa-se em termos substanciais ou materiais, em face do significado social do comportamento em apreciação. Quando se deva concluir que existem vários «*sentidos sociais de ilicitude*», que devam ser valorados integralmente, haverá *concurso efectivo*⁴¹. Inversamente, estaremos perante um *concurso aparente* quando os *sentidos de ilicitude se relacionem ou liguem* entre si de tal modo que um dos sentidos seja predominante. Haverá assim que apurar a existência de uma *unidade do sucesso ou acontecimento ilícito global-final*⁴²,

Ivridica (SI), n.º 316, Outubro/Dezembro de 2008, p. 670; no mesmo sentido, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06/05/2010, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Rodrigues da Costa, disponível em www.dgsi.pt

- 37 Neste apartado seguiremos de muito perto, mesmo textualmente, JORGE ALEXANDRE FERNANDES GODINHO, «*Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?*», in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, (2008), pp. 343-362.
- 38 No âmbito da *unidade de norma ou de lei* o problema coloca-se ao nível normativo e implica a articulação lógica entre preceitos legais, podendo suceder que entre as normas convocadas interceda uma *relação de hierarquia ou prevalência* que conduza à exclusão de uma em função de outra ou outras, sendo os critérios de solução apontados a *especialidade* e a *subsidiariedade*. Para Figueiredo Dias a *consumpção* não é, em bom rigor, uma questão lógico-formal mas sim um problema teleológico, de relacionamento de sentidos e conteúdos — *não sendo assim uma questão de unidade de lei ou de normas*. Neste preciso sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «*Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*», 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 1000.
- 39 JORGE GODINHO, «*Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?*», *cit.*, p. 344.
- 40 Sobre a questão, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «*Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*», *cit.*, p. 1002.
- 41 JORGE GODINHO, «*Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?*», *cit.*, p. 344.
- 42 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «*Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina*

especialmente tendo em vista situações ou grupos de casos como os seguintes: a utilização de métodos, processos ou meios já em si mesmos também puníveis; os factos tipicamente acompanhantes; e os *factos posteriores co-punidos*⁴³.

É do tipo de situações referidas em último lugar que aqui curamos. Com efeito, o problema reside em saber se uma *conduta posterior* (o branqueamento de capitais) ao *facto principal* (o ilícito-típico de onde resultaram as vantagens) pode ou não ser *punida de modo autónomo ou adicional* ou se, pelo contrário, tal não deve acontecer. Assim, trata-se fundamentalmente de indagar se o crime de branqueamento de capitais deve ser considerado como um *facto posterior co-punido*⁴⁴.

Inclinamo-nos, como acima se deixou sinalizado, para uma resposta de pendor positivo.

Na verdade, assente na rejeição firme da (vetusta) questão da *pluralidade de resoluções criminosas*, e bem assim, na *afinidade* entre os (diferentes) *bens jurídicos* violados, que são relegados para um plano conceitual secundário, o foco analítico do intérprete da lei penal deve ser deslocado da *frieza ontológica* das categorias doutrinárias, que cunham dogmáticamente o conceito normativo de *bem jurídico*, para o *plano de proximidade* aos *factos naturalísticos* que compõem o «*mundo da vida*».

Por conseguinte, a essa interpretação, *rectius*, dos tipos legais de crime, deve presidir uma *análise global*, que *parta* do caso concreto, que se *funde* no caso concreto, e que *legitime* a solução normativa de que se *partiu* e em que se *fundou*, e que, descrevendo o *desenho global* do *acontecimento da vida*, faça jus à sua ineliminável *materialidade subjacente*.

Deste modo, uma tal interpretação jurídico – penal deve constituir uma *solução de continuidade* entre o *acontecimento da vida* e o *acontecimento juridicamente relevante* submetido à cognição de um determinado tribunal. Um magistrado *divorciado* das forças que animam o *dever* da vida (e dos tempos que a animam) não logrará captar o sentido profundo do *acontecimento da vida* cuja cognição (e justa análise) lhe é peticionada.

Breve, o conceito doutrinal do tipo legal de crime de branqueamento de capitais, apesar de ser um conceito normativamente formatado, não dispensa (antes peticiona) um *olhar global* sobre o *conglomerado fáctico* que lhe está subjacente, de modo buscar-se na *linha fria do horizonte* dos factos naturalísticos,

geral do crime», cit., pp. 1016 e ss.

43 JORGE GODINHO, «*Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?*», cit., p. 344.

44 JORGE GODINHO, «*Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?*», cit., p. 344.

um *pedaço de reconhecimento normativo* que é, justamente, um *acontecimento juridicamente relevante*, estribado por considerações de *normalidade social*.

No que se refere concretamente ao tipo legal de crime de branqueamento de capitais, em que o conceito naturalístico de *acontecimento da vida* adquire contornos *normalidade social* do ponto de vista da conduta do branqueador quando *coincide* com o autor do facto precedente, a acção naturalística do *autor do facto precedente/branqueador* dirige-se primacialmente à ocultação e dissimulação das vantagens ilícitas obtidas de forma ilícita com base num crime anterior.

Por conseguinte, *autor do facto precedente/branqueador* pugna *legitimar ex-post facto* uma conduta anterior criminosa. Não há aqui lugar a um pensamento normativamente estruturado por parte do autor/branqueador, mas a um raciocínio que, escorado na *normalidade social*, tem como escopo primacial gizar uma *linha de continuidade* entre a prática do *facto ilícito – típico precedente* e as vantagens patrimoniais ilícitas daí advenientes, donde a *perpetuação do estado de anti-juridicidade* da sua conduta.

A esta luz, mesmo no quadro dogmático da doutrina clássica (EDUARDO CORREIA), que não perfilhamos, estaríamos perante uma única resolução criminosa, ou, mais modernamente, e acompanhando FIGUEIREDO DIAS, uma *unidade do desígnio criminoso*.

Deste modo, a *conduta naturalística* do autor do facto precedente/branqueador, *sendo uma só*, colima-se ao *aproveitamento das vantagens ilícitas* emergentes da prática do *facto ilícito – típico precedente*, deixando sem *autonomia* uma (posterior) *danosidade social* já lograda com a prática do crime anterior, configurando, pois, em caso de *concurso efectivo* entre o *crime precedente* e o *crime de branqueamento de capitais*, a violação do *ne bis in idem* (art.º 29.º, n.º 5, da CRP, art.º 30.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau)⁴⁵.

Por essa razão, acompanhamos JORGE GODINHO quando afirma que “o branqueador terá de ser pessoa diversa da que cometeu a infracção geradora das vantagens, pelo que é atípico o branqueamento de capitais obtidos pelo próprio através do facto principal. A solução contrária levaria a uma dupla

45 Neste sentido, recentemente, e em face do art.º 368-A, do Código Penal Português, PAULO DE SOUSA MENDES/SÓNIA REIS/ANTÓNIO MIRANDA, *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, Coordenação: Maria Fernanda Palma/Augusto Silva Dias/Paulo de Sousa Mendes, Carlota Almeida, Almedina, Coimbra, (2014), pp. 60-61.

punição destituída de fundamento material^{46/47}.

No que se refere concretamente à lei n.º 2/2006, não pode ser visto como um acidente ou um acaso o facto de o legislador macaense de 2006 — que seguiu a lei de Portugal de 2004 *ipsis verbis* em muitos pontos — não ter acompanhado a legislação lusa quanto a esta questão, não incluindo o dito trecho «*obtidas por si ou por terceiro*». Deve pois entender-se que em Macau o legislador optou conscientemente por não sufragar as teses dos que sustentavam o concurso efectivo⁴⁸.

Resulta daqui, e do texto da lei — que não seguiu a solução de Portugal — com toda a clareza que a intenção do legislador foi no *sentido de impedir a punição de factos posteriores co-punidos*, cuja censura já resulta da punição do crime principal, pois tal dupla punição violaria o *princípio ne bis in idem*^{49/50}.

Este raciocínio, sendo colhido do solo da *normalidade social*, encontra arrimo dogmático, ainda, na inadmissibilidade do *nemo tenetur se ipsum accusare*.

46 Neste sentido, JORGE GODINHO, «*Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens deleresultantes*», in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, *cit.*, Organizadores: MANUEL DA COSTA ANDRADE, MARIA JOÃO ANTUNES, SUSANA AIRES DE SOUSA, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 398.

47 Contra, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Uniformização de Jurisprudência N.º 13/2007, DR 240 Série I de 2007-12-13, também disponível em www.dgsi.pt; em ANOTAÇÃO a este aresto PEDRO CAEIRO afirma, na esteira da (nova) doutrina sobre o *concurso de crimes* entronizada por FIGUEIREDO DIAS, que “*a natureza da consunção como problema do caso impede que aquela jurisprudência seja entendida no sentido de que o branqueamento se encontra sempre numa relação de concurso efectivo com o facto precedente sujeito ao regime do art.º 77.º do CP; diversamente, ela deve ser interpretada no sentido de que existe aí um “concurso de crimes” (e não um fenómeno de “unidade de lei”), cabendo sempre ao juiz do caso avaliar se se trata, em concreto, de um “concurso de crimes efectivo”, punível segundo as regras do art.º 77.º, ou de um “concurso de crimes aparente”, por força de uma relação de consunção que leva à condenação por um único crime (o crime dominante), servindo o crime dominado como factor de agravação da pena*”; Neste sentido, PEDRO CAEIRO, «*A consunção do branqueamento pelo facto precedente, em especial: i) as implicações do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 13/2007, de 22 de Março; ii) a punição da consunção impura*», in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, *cit.*, Volume III, Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 221.

48 JORGE GODINHO, «*Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?*», *cit.*, p. 351.

49 JORGE GODINHO, «*Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?*», *cit.*, p. 353.

50 Neste sentido, afirmando que o *concurso efectivo* entre o crime precedente e o crime de branqueamento de capitais, configura a violação do *ne bis in idem* (art.º 29.º, n.º 5, da CRP), OLIVEIRA ASCENSÃO, «*Branqueamento de capitais: reacção criminal*, in: *AA.VV., Estudos de Direito Bancário*, (1999), pp. 347-348.

Porquanto, como se considera ser de meridiana clareza, a conduta do autor do facto precedente/branqueador que oculta ou dissimula as vantagens ilícitas de um crime anterior quadra-se com a asserção, também ela clara, que o arguido *não tem o dever de colaborar com a administração da justiça penal*.

Na verdade, sendo a *acusatoriedade* e *contraditoriedade* a *pedra de toque* do edifício jurídico-penal, todavia, na outra face do hemisfério, do lado do arguido, vigora o *princípio do nemo tenetur se ipsum accusare*, isto é, o *arguido não tem o dever de colaborar com a administração da justiça*.⁵¹

Por conseguinte, o *princípio garantístico da não auto-incriminação ou da não auto-inculpação*, estatui que *ninguém pode ser obrigado a contribuir para estabelecer a sua própria culpabilidade*, prerrogativa, essa, que consiste na (*legítima*) *recusa do arguido em cooperar de qualquer forma com a administração da justiça*, por um lado, e *no direito a não colaborar para a sua própria incriminação*, por outro.⁵²

Reúne amplo consenso na doutrina^{53/54} e na jurisprudência⁵⁵, a tese de que o *direito ao silêncio* (que funda o *princípio nemo tenetur se ipsum accusare*) *se aplica a uma qualquer actividade processual por parte do arguido que contribua, em maior ou menor grau, para a sua própria incriminação*, sendo esse um corolário do “*legitimacy through fairness*”, de que fala a doutrina

-
- 51 Neste sentido, DAMIÃO DA CUNHA, «*O Caso Julgado Parcial, Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção num Processo de Estrutura Acusatória*», Tese de Doutoramento, Universidade Católica Publicações, Porto, 2002, p. 344.
- 52 Aproximadamente neste sentido, JORGE FIGUEIREDO DIAS/COSTA DE ANDRADE, «*Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova (CMVM)*», Almedina, Coimbra, 2009, p. 39; COSTA DE ANDRADE, «*Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*», Coimbra Editora, Coimbra (Reimpressão de 2006), pp. 125; SÓNIA FIDALGO, «*Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal*», in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 16, n.º 1 (Janeiro-Março de 2006), Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 144.
- 53 Neste sentido, SILVA DIAS/VÂNIA COSTA RAMOS, «*O Direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*», Coimbra Editora, 2009, pp. 34 e ss; no mesmo sentido, VÂNIA COSTA RAMOS, «*Parte I, Corpus Iuris – Imposição ao arguido de entrega de documentos e nemo tenetur se ipsum accusare*», in Revista do Ministério Público, n.º 108, Coimbra Editora, Coimbra Editora, 2006, pp. 132-133.
- 54 Mais recentemente, AUGUSTO SILVA DIAS, «*Têm os deveres de cooperação do art.º 7.º e ss do DL N.º 29/2008, de 25 de Fevereiro, Implicações Processuais Penais ou Contra – Ordenacionais*», in Direito Penal Económico e Financeiro, Conferência do Curso Pós – Graduado de Aperfeiçoamento, Coordenadores Maria Fernanda Palma; Augusto Silva Dias; Paulo de Sousa Mendes, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 435 e ss.
- 55 Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/07 (Gil Galvão), Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 695/95; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 542/97; Tribunal Constitucional n.º 304/2004, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 181/2005; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 340/2013, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

norte-americana⁵⁶.

Assim, independentemente da natureza substantiva⁵⁷ ou processualista^{58/59} que estriba o princípio da não auto-incriminação (*nemo tenetur si ipsum accusare*), afigura-se-nos claro e meridiano que, se o conteúdo material do referido princípio só é assegurado através da imposição dos deveres de esclarecimento ou de advertência às autoridades judiciárias e aos órgãos de polícia criminal (artigos 47º, n.º 2 e 3, do CPP de Macau; 50º, n.º 1, alínea g), do CPP de Macau; 128º, n.º 5, do CPP de Macau), estabelecendo-se a sanção de proibição de valoração, nos termos do artigo 47º, n.º 3, do CPP de Macau e da nulidade das provas obtidas mediante tortura, coação ou ofensa da integridade, física ou moral (artigo 113º, n.º 1, do CPP de Macau); e se, a benefício de exemplo, a justificação do impedimento de o co-arguido depor como testemunha tem como fundamento essencial uma *ideia de protecção do próprio arguido, como decorrência da vertente negativa da liberdade de declaração e depoimento*, a que acima se fez referência e que se traduz no brocado latino *nemo tenetur se ipsum accusare*, o também chamado *privilégio contra a auto-incriminação*; faz-se irremissível mister concluir que a consagração do impedimento representa (*também ele*) uma renúncia do Estado à «colaboração forçada»⁶⁰ na investigação de factos criminosos de quem é alvo dessa mesma investigação, não logrando, tese contrária, passar o teste da bondade intrínseca da *solvabilidade constitucional*⁶¹.

Na senda da linha argumentativa acima traçada, e, concretamente em

56 Neste sentido, na doutrina norte-americana, DAVID LUBAN, «Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law», Georgetown Law Faculty Working Papers, July 2008, p. 13.

57 Neste sentido, VÂNIA COSTA RAMOS, «Parte II, Corpus Iuris – Imposição ao arguido de entrega de documentos e *nemo tenetur se ipsum accusare*», in Revista do Ministério Público, n.º 109, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 60.

58 Neste sentido, FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO, «Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova (CMVM)», Almedina, Coimbra, 2009, p. 39.

59 Neste sentido, LARA SOFIA PINTO, «Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido. Case Study: revelação coactiva da password para descriptação de dados – *resistence is futile?*», in Prova Criminal e Direito de Defesa, Estudos sobre a Teoria da Prova e Garantias de Defesa, Coordenação da Prof. Teresa Pizarro Beleza/Prof. Frederico Lacerda Costa Pinto, Coimbra, Almedina, 2010, p. 107.

60 Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 133/2010, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Vítor Gomes, disponível em www.dgsi.pt.

61 Tomando de *empréstimo* a feliz expressão de MANUEL DA COSTA ANDRADE, «“Bruscamente no verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente», in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 137, N.º 3948, Janeiro/Fevereiro de 2008, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 148.

relação à entrega de documentos⁶² pelo arguido ao tribunal de julgamento, debruçou-se o Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), Funke, de 25/02/1993, em sede do qual se decidiu que “ assiste ao arguido um direito de não entregar documentos ou outras provas contra si próprio⁶³, sob pena de violação do direito a um processo equitativo (art.º 6.º, n.º 1, da CEDH)⁶⁴,

- 62 Neste sentido, sobre o alcance do *nemo tenetur se ipsum accusare*, em particular, no que se refere à entrega de documentos, PAULO DE SOUSA MENDES, «O dever de colaboração e as garantias de defesa», in Revista Julgar, n.º 9, Setembro-Dezembro de 2009, pp. 18; sobre as garantias de defesa do arguido em processo penal, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 70/2008, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Fernandes Cadilha, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 263/2009, de 26 de Maio de 2009, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 551/2009, de 27 de Julho de 2009 e n.º 645/2009, de 15 de Dezembro de 2009, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 175/2010, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Gil Galvão disponíveis em www.dgsi.pt.
- 63 No mesmo sentido, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *J.B. v. Suíça*, de 03 de Maio de 2001, disponível em <http://echr.coe.int/echr/>; JOANA COSTA, “O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Revista do Ministério Público (RMP)* n.º 128, Outubro-Dezembro 2011, (2011), Coimbra Editora, Coimbra, pp. 151 e ss; Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *Martinen c. Finlândia*, de 21 de Julho de 2009, disponível em <http://echr.coe.int/echr/>; HELENA GASPAR MARTINHO, “O direito à não-autoincriminação no direito da concorrência”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Comissão Organizadora: Armando Marques Guedes; Maria Helena Brito; Ana Prata; Rui Pinto Duarte; Mariana França Gouveia, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), pp. 1073 e ss; CATARINA ANASTÁCIO, “O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infracção às regras de defesa da concorrência e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 1, Janeiro-Março 2010, (2010), Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Almedina, Coimbra, (2010), pp. 228 e ss; VÂNIA COSTA RAMOS, “*Nemo tenetur se ipsum accusare* e concorrência-Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 1, Janeiro-Março 2010, *cit.*, pp. 184-185; apelando ao *princípio da lealdade processual*, PAULO DE SOUSA MENDES “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 1, Janeiro-Março 2010, *cit.*, pp. 139 e ss; Neste sentido, na doutrina de inspiração germânica, ELISABETH KÖCK, “*Nemo-tenetur-Grundsatz für Verbände*”, in *Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag*, CHRISTIAN GRAFT/URSULA MEDIGOVIC (hrsg.), Wien/Graz: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, (2004), pp. 267-279; Neste sentido, na doutrina inglesa, ANGUS MACCLOCH, “The privilege against Self-incrimination in Competition Investigations- Theoretical Foundations and Practical Implications”, in *Legal Studies*, Volume 26, n.º 2, Junho, (2006), pp. 211-237; Em sentido divergente, DIANA ALFAFAR, “O dever de colaboração e o *nemo tenetur se ipsum accusare* no direito sancionatório da concorrência”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano III, Número 11/12, Julho-Dezembro 2012, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Almedina, Coimbra, (2013), pp. 336 e ss.
- 64 A mais recente e autorizada doutrina norte-americana na imperiosidade de “*providing due process*” e “*ensure fundamental fairness*”; Neste sentido, WALLACE B. JEFFERSON, «*Liberty and*

e, fundamentalmente, de violação do princípio da inocência (art.º 6.º, n.º 2, da CEDH)”, porquanto, entendeu o TEDH “ não é aceitável que o arguido seja obrigado a auto-incriminar-se”.

Noutro ângulo, mas ainda em sede da mesma linha argumentativa, o (então) Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, na esteira da Jurisprudência “*Orkem*”⁶⁵, firmou jurisprudência pacífica no sentido de que o direito à não auto-incriminação nada mais é do que uma decorrência do princípio da presunção de inocência.

Por conseguinte, e como bem afirma JORGE GODINHO, “a fuga à justiça é um «estádio posterior» de todos conhecido: sempre existiu e sempre existirá. Se a fuga da pessoa do agente é atípica, porque não deveria suceder o mesmo com a fuga dos capitais?”⁶⁶

1.2) A law and economics scholarship e a questão da adequação social e económica da conduta do autor do facto precedente/branqueador e das acções neutras no âmbito teleológico do tipo legal de crime de branqueamento de capitais – sua relevância, quando analisadas à luz da actual doutrina alemã da “acção arriscada permitida”, para a exclusão da tipicidade do crime de branqueamento de capitais quando praticado pelo autor do facto precedente

No que a este eixo temático diz respeito⁶⁷, é consabido que a constelação temática que nos interpela – a law and economics scholarship – tem como supedâneo idóneo a ideia reitora que os problemas da organização e da administração da justiça – consubstanciados numa institucionalização pragmática contingente da decisão – julgamento⁶⁸ sejam reconstituídos e

Justice for some: How the Legal System Falls Short in Protecting Basic Rights, in New York Law Review, Volume 88, Number 6, December 2013, p. 1970.

65 Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção Alargada), de 20/02/2001, Proc.º N.º T-112/98; Acórdão de Limburgse Vinyl Maatschappij NV e outros Vs Comissão; Acórdão do TJCE, de 07/01/2004, Processos Apensos n.º C-204/00P; C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P, e C-219/00P (Aalborg Portland A/S e outros Vs Comissão); Acórdão do TJCE, de 29/06/2006, Proc. C-301/04 (Comissão Vs SGL Carbon AG); Conclusões do Advogado-Geral Bot, que proferiu no âmbito do caso Erste Bank, em 26 de Março de 2009.

66 Neste sentido, V. JORGE GODINHO, «Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens dele resultantes», in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, cit., Organizadores: MANUEL DA COSTA ANDRADE, MARIA JOÃO ANTUNES, SUSANA AIRES DE SOUSA, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 398.

67 Seguiremos de muito perto, neste ponto, o que escrevemos em HUGO LUZ DOS SANTOS, «A reforma do Código de Processo Penal de 2013 e o Processo Sumaríssimo: Entre a law and economics posneriana (MDR) e a maximização da justiça consensual (MJC): duas faces da mesma moeda?», in: Revista “O Direito”, Ano 147.º, I, (2015), Director: Jorge Miranda, passim.

68 Neste sentido, LEWIS KORNHAUSER, «Judicial Organization & Administration” e “Appeal & Supreme

tratados (mas também *solucionados*) na perspectiva das suas consequências⁶⁹. Ou mais rigorosamente, na perspectiva (“*sob o desafio*”) de um certo equilíbrio – *balancing* dessas consequências. Que é aquele que objectiva (e delimita) como *custos e benefícios socialmente relevantes*⁷⁰.

Tendo esta *ideia motriz* como pano de fundo, e fixado o território semântico em que se move a *Law and Economics Scholarship*, é possível surpreender nesta escola de pensamento uma ambição (desmedida?) de *fusão* das duas componentes que a integram (*a jurisdictio enquanto organização ou estrutura e a análise custo/benefício*).

Deste modo, pugnando pela *interdisciplinaridade* entre os dois campos do saber, Richard Posner advoga que - mais do que perfeitamente estanques, ambas as disciplinas do saber devem ser verdadeiros *vasos comunicantes* - é possível a mobilização de premissas de cariz eminentemente economicista para garantir a resolução de problemas intrinsecamente jurídicos.

Como protagonista desta *fusão de horizontes epistemológicos*, surge o *homem*

Courts », in BOUCKAERT/BOUDEWIJN/DE GEEST/GERRIT (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume V (The Economics of Crime and Litigation), parte VII (Civil and Criminal Procedure), Cheltenham, 2000, 27 e ss e 45 e ss.

69 Neste sentido, AROSO LINHARES, «*A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática Custo/Benefício*», in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume LXXVIII, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 66-178, que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

70 *O cost – benefits analysis* que constitui a base da célebre “*pragmatic turn*” de RICHARD POSNER, que serviria de motejo a RONALD DWORKIN que, quando confrontado com o referido “*pragmatic turn*” ironizou referindo que ao “*Posner imperialista*” sucedeu o “*Posner pragmático*” e encontra-se explicitamente associado à “*trilogia*”, *The Problems of Jurisprudence (1990)/ Overcoming Law (1995)/ The Problematics of Moral and Legal Theory (1999)*.

A obra *The Problematics of Moral and Legal Theory (1999)* constitui uma das mais empenhadas tentativas de resgate da solvabilidade da *acreditação estrutural* (para muitos irremediavelmente perdida..) da denominada *Chicago Trend*; uma vez que empreende a uma revisão profunda das pretensões de cientificidade e de objectividade que perpassaram a primeira fase do movimento. Uma reavaliação que *renuncia* à possibilidade de uma estrutura sistemática pré – concebida (corporizada em *conceitos e princípios económicos básicos*) – e com ela à exigência de conceber a prática e o pensamento jurídicos como uma *desimplicação* lograda dessa estrutura sistemática (*as the possibility of deducing the basic formal characteristics of law itself from economy theory*) – na mesma medida em que se desvincula da *law as social science claim* – que a primeira geração dos *Chicago Scholars* tinha herdado tanto da *Sociological Jurisprudence* quanto dos *Progressive Realists* (Para uma reconstituição exemplar deste percurso e das suas implicações epistemológicas, ver, na doutrina alemã, ERICH SCHANZE, «*Ökonomische Analyse des Rechts in den U.S.A., Verbindungslinien zur realistischen Tradition*», in ASSAMAN/KIRCHNER/SCHANZE (Hrsg), *Ökonomische Analyse des Rechts*, Regensburg, 1978, pp. 7/10), e, muito especialmente, na doutrina norte – americana, GARY MINDA «*Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*»; New York, 1995, pp. 29/33, pp. 101 e ss.



como *maximizador racional* das suas satisfações, tendo como pólo irradiador a *racionalidade económica assente no custo – benefício e no princípio da utilidade eficiência*.

Em *Economic Analysis of Law* (1973), Posner propugna a *maximização da riqueza* (MDR) – *wealth maximization* – como critério orientador, a montante e a jusante, da decisão judicial e, em geral, da *arquitectura da escolha* dos cidadãos (*choice architecture*).

Assim, Posner avança a *maximização da riqueza* (MDR) – *wealth maximization* – como proposta ético – fundacional, rejeitando, de permeio, o *fantasma utilitarista* de feição Benthamiana.

Por conseguinte, a melhor forma de o fazer seria cunhar à MDR como critério alternativo, resgatando-o do solo economicista em que a mesma foi colhida, enquanto ciência da escolha racional num mundo caracterizado pela escassez dos seus recursos em face das necessidades humanas⁷¹, em que o homem (*reasonable man*)⁷² é entendido como maximizador racional dos seus próprios interesses. A MDR, enquanto eficiência económica, surge como critério fundacional do direito e da escolha judicial, devendo o legislador e o julgador agir, nas suas diferentes tarefas – opções, como *rational maximizers*⁷³, realizando as suas escolhas de modo a obter os maiores benefícios possíveis aos menores custos. Esta eficiência é apresentada como fundamento normativo do direito a constituir, ao mesmo tempo que fornece a explicação – descrição do conjunto de decisões judiciais e das opções subjacentes às normas jurídicas. O direito oferece-se como meio – instrumento para um ideal de justiça distributiva que almeja uma alocação eficiente de bens naturalmente escassos⁷⁴.

Richard Posner entende que a analogia custo – sacrifício/preço e benefício/vantagem económica perpassa qualquer fenómeno social que se torna assim apto a constituir objecto da análise económica⁷⁵.

71 Neste sentido, RICHARD POSNER, «*El Análisis Económico del Derecho*», México, Fondo de Cultura Económico, 1998, p. 11;

72 Sobre este conceito, RONALD DWORIN, «*Law's Empire*», Oxford, Hart Publishing, 1988, p. 280.

73 Neste sentido, mais recentemente, acentuando a aproximação ao pragmatismo, encetada no início dos anos 90, que preconiza uma atenuação da *wealth maximization* como alternativa à filosofia utilitarista, assumindo-se tal critério já não com base num fundamento ético mas pragmático; RICHARD POSNER, «*The Problems of Jurisprudence*», Cambridge, Harvard University Press, 2003, pp. 391, RICHARD POSNER, «*How Judges Think*», 2008, *passim*.

74 Neste sentido, RICHARD POSNER, «*The ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*», in *Hofstra Law Review* 8, Spring (1980), pp. 487-507.

75 Neste preciso sentido, TERESA VIOLANTE, «*O Debate entre Dworkin e Posner: Algumas notas sobre o lugar e a função da judicatura*», in *Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Ano X, N.º 19, 2010, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 196-201, que vimos

Deste modo, a tese posneriana radica na asserção de que na eficiência (enquanto MDR) reside o critério adequado para a jurisprudência de *common law*, invocando, por um lado, a existência de um *consentimento* ou *contrato social tácito*, e, por outro lado, o papel privilegiado dos tribunais para a assunção de tarefas distributivas⁷⁶.

Consideramos que - deixando de lado a (candente) questão da justiça regida por teses economicistas-, no que refere a autor do facto ilícito – precedente/branqueador, mesmo à luz da mais moderna doutrina norte - americana que advoga a *Behavioral Law and Economics*^{77/78}, é possível vislumbrar a *normalidade social* da conduta do autor do facto precedente/ branqueador que, após a *prática do crime anterior* que gerou as vantagens ilícitas, tenciona *ocultar e dissimular* a mesmas.

Desde logo, conforme afirma Anuj C. Desai, referindo-se à corrente de pensamento do *Libertarian Paternalism*, a *arquitectura da escolha* será mais um meio do que um fim em si mesmo⁷⁹.

O que significa que os agentes económicos/sujeitos jurídicos, dentre os quais se inclui *o autor do facto ilícito precedente/branqueador*, reagem a sistemas de incentivos porquanto estes alteram objectiva e subjectivamente (percepção) a relação *custo – benefício entre as diversas escolhas possíveis, inclusive a que maximize a riqueza*, como afirma Posner.

Assim, à *conduta racional e maximizadora dos interesses próprios* do autor do facto ilícito precedente/branqueador, acrescenta-se uma *dimensão cognitiva e psicológica em que as opções tomadas revelam mais do que culpabilidade, falibilidade*⁸⁰.

Nesta linha argumentativa, atendendo à interacção entre a dimensão comportamental e a normativa, a haver algum funcionalismo do direito

seguindo de muito perto, mesmo textualmente.

76 Neste sentido, RICHARD POSNER, «*The Economics of Justice*», Cambridge, Harvard University, Harvard University Press, 1983, capítulos 3 e 4.

77 Neste sentido, TODD HENDERSON, «*Project Behavior: What the Battle is really about*», disponível em <http://truthonmarkets.com/free-to-choose-symposium>, 2010.

78 Neste sentido, DOUGLASGINSBURG/JOSHUA WRIGHT, «*A Taxonomy of Behavioral Law and Economics Skepticism*», disponível em <http://truthonmarkets.com/free-to-choose-symposium>, 2010.

79 Neste sentido, ANUJ C. DESAI, «*Libertarian Paternalism, Externalities, and the “Spirit of Liberty”: How Thaler and Sunstein Are Nudging Us toward an “Overlapping Consensus”*», in University of Winsconsin Legal Studies Research Paper N.º 1121, 2010, pp. 14 e ss.

80 Neste sentido, JEFFREY J. RACHLINSKI/CYBTHIA R. FARINA, «*Cognitive Psychology and Optimal Government Design*», in *Cornell Law Review*, n.º 87, 554, 2002, p. 554.

penal^{81/82}, ele deve ser mobilizado como instrumento de rectificação (*debiasing through law*), designadamente através da expressão de valores que alterem de modo positivo as preferências com reflexos nas normas sociais⁸³.

Por outras palavras, o Direito apresenta potencialidades significativas na *arquitectura da escolha*^{84/85}, em particular na fixação da escolha por defeito (*default rule*)⁸⁶.

A correcção através do Direito (*debiasing through law*), visa, deste modo, *reduzir a distorção comportamental dos sujeitos jurídicos*, sobretudo no que respeita a erros de juízo. A sua elaboração pode tanto ser feita por uma via adjectiva, através de regras procedimentais e processuais, como por via substantiva, procurando, mais do que a definição de *restrições paternalistas*, *estimular escolhas no sentido correcto*, numa lógica de paternalismo libertário (*libertarian paternalism*)⁸⁷.

Todavia, e recentrando a discussão na *normalidade social* da conduta naturalística do autor do facto ilícito – típico precedente/branqueador, os tribunais, sob pena de um incaucionável *paternalismo*, não podem estimular

81 Sobre o *funcionalismo jurídico - penal*, na doutrina alemã, HANS ACHENBACH, «*Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld*». In: *Gründfragen*, 2007, 135-152; HEIKO HARMUT LESCH, «*Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*». Köln, Carl Heymanns Verlag, 1999, *passim*; GÜNTHER JAKOBS/MICHAEL PAWLIK, «*Strafrechtswissenschaftstheorie*». In: IDEM; RAINER ZACZYK (Hrsg.) in *Festschrift für Carl Heymanns*, 2007, pp. 480-494; GÜNTHER JAKOBS, «*Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien – denken*». Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts? In: *ZStW* 107 (1995), p. 845.

82 Neste sentido, na doutrina espanhola, MANUEL CANCIO MELIÁ/ BERNARDO FEJOO SANCHEZ, «*Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs*». In: Günther Jakobs, *La Pena Estatal: significado y finalidad*. Madrid: Thomson – Civitas, 2006, pp. 27 e ss.

83 Neste sentido, ROBERT COOTER, «*Three Effects of Social Norms on Law: Expression, Deterrence and Internalization*», in *Oregon Law Review*, Vol. 79, n.º 1, 2000.

84 Neste sentido, GREGORY N. MANDEL/JAMES THUO GATHLI, «*Cost – Benefit Analysis versus the Precautionary Principle: Beyond Cass Sunstein's Laws of Fear*», in *University of Illinois Law Review*, 2006, pp. 1054-1055.

85 Neste sentido, CASS R. SUNSTEIN, «*Irreversible or Catastrophic*», in *The Law School, The University of Chicago, Public Law and Legal Theory Working Paper n.º 88*, AEI – Brookings Joint Center Working Paper, n.º 05- 04.

86 Neste sentido, R. H. THALER/CHRISTINE JOLLS/CASS SUNSTEIN, «*Behavioral Law and Economics*», Cambridge University Press, Volume 26, 2009, pp. 121 e ss.

87 Neste sentido, RUTE SARAIVA, «*Análise económico – comportamental do Direito, uma introdução*», in *Estudos em Memória do Professor Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Volume I, Direito Público e Europeu, Finanças Públicas, Economia, Filosofia, História, Ensino, Vária, Organizadores Paulo Otero, Fernando Araújo, João Taborda da Gama, Coimbra, Coimbra Editora/Grupo Wolters Kluwer, 2011, pp. 1100-1105, que vimos acompanhando de muito perto, mesmo textualmente.

as escolhas no sentido correcto dos *rational maximizers* (os arguidos), através da punição de *condutas socialmente adequadas, recte, de aproveitamento ex post facto das vantagens ilícitas* emergentes da prática de um crime anterior.

Porquanto, isso redundaria numa indesejável, ao menos nos quadros de um Direito Penal Democrático, *invasão* da Moral no campo sagrado do Direito Penal, o que, a todas as luzes, ninguém aceitará.

Deste modo, já se antevê, denota-se, nesta concreta sede discursiva, a supina importância, por um lado, da *adequação social da conduta*, e, reflexamente, por outro, da *adequação económica da conduta*.

Mas o que é afinal a *adequação social da conduta*?

A adequação social da conduta traduz-se num princípio de valoração geral da acção que adquire uma importância fundamental não só ao nível da interpretação da regra de direito penal como da regra de direito civil, do direito do trabalho, e de outros ramos de direito⁸⁸. Em certos casos, e esta problemática é particularmente sentida pelo direito penal dada a importância que aí assume o princípio da legalidade, a conduta tem que ser valorada em todas as suas vertentes face à norma, acabando por ser o seu sentido social, todo o seu sentido social, a decidir da sua compatibilidade ao sentido jurídico⁸⁹. Se é verdade que não basta nunca uma leitura formal dos termos da incriminação, há casos – de verdadeira adequação social da conduta – em que não se torna possível manter autónomos os pressupostos da responsabilidade penal, a indagação acerca da tipicidade, da justificação, e da desculpação, consumindo-se no momento da tipicidade toda a valoração da conduta⁹⁰.

Supõe-se, assim, o desempenho de uma tarefa interpretativa mais vasta e com contornos diferentes da interpretação tradicional já que não se trata apenas de aferir, ou de certificar, a reunião dos singulares elementos típicos, *mas de pensar todo o sentido do tipo objectivo de ilícito* em relação à conduta praticada, falando a doutrina abalizada, a esse propósito, em *significado de um*

88 Cujo pioneiro foi, na doutrina alemã, HANS WELZEL, na sua obra seminal, «*Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58*», Berlin, 1939, pp. 491-516.

89 Neste sentido, V., com muito interesse, a mais autorizada doutrina portuguesa na matéria, MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, «*Acerca da fronteira entre o castigo legítimo de um menor e o crime de maus tratos do art.º 152.º, do Código Penal; Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05 de Abril de 2006*», in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 16, N.º 2, Abril-Junho de 2006, Director: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 330-331.

90 Neste sentido, monograficamente, a mais autorizada doutrina portuguesa na matéria MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, «*A Adequação Social da Conduta no Direito Penal, ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*», Tese de Doutoramento, Publicações Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2005, pp. 87 e ss, que vimos seguindo e que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

resultado lesivo⁹¹.

O tipo legal de crime é sempre portador de um determinado *sentido negativo*, refere-se a condutas social e juridicamente desvaliosas, e esse desvalor não pode estar presente onde a conduta é *socialmente normal e socialmente aceitável*.

Deste modo, o julgador deve proceder a uma *valoração social abrangente da conduta* para saber se o seu *sentido de totalidade* corresponde ao que informa o tipo legal de crime. O recorte de conduta que o legislador verte ao nível da norma incriminadora tem que ser *socialmente reconhecível* no caso concreto⁹²; o *recorte social da conduta* que o legislador tentou amarrar ao tipo não deve ser entendido como um *puro facto*, mas como percepção de um valor fundamental pela *colectividade* dentro de uma ordem de valores constitucional⁹³.

Por isso, e como acima se deixou sinalizado, deve manter-se uma relação estreita entre a *norma penal* e a *realidade social* no momento da sua aplicação⁹⁴.

A esta luz se compreende que havendo uma relação inextricável entre a *norma penal* e a *realidade social*, que *testa* a sua validade e juridicidade, se possa, de modo que se julga dogmaticamente fundado, aliar à *adequação social* à *adequação económica* da conduta do autor do facto ilícito-típico precedente/branqueador, pois é no mundo exterior que, em estado de alteridade, ambas se projectam explicitamente, *des-subjectivando-se*.

Mas o que é afinal a *adequação económica da conduta*?

Com efeito, a *teoria da adequação económica da conduta* é um juízo de valoração jurídico – económica sobre uma conduta para excluí-la do âmbito do tipo penal económico quando a sua realização se encontra em conformidade com a *liberdade de actuação* própria nos quadros de uma economia global de mercado de base eminentemente capitalista em razão do seu carácter *economicamente*

91 Neste sentido, na doutrina alemã, ESER, «*Sozialadäquanz: eine überflüssige oder unversichtbare Rechtsfigur? Überlegungen anhand sozialer Vorteilsgewährungen*», in Festschrift für Claus Roxin, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2001, pp. 199 e ss.

92 Neste preciso sentido, muito recentemente, MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, «*A Adequação Social da Conduta no Direito Penal (ou a relevância do simbolismo social do crime)*», in Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Político – Criminais, Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld, Organização: MANUEL DA COSTA ANDRADE; JOSÉ DE FARIA COSTA; ANABELA MIRANDA RODRIGUES-, HELENA MONIZ; SÓNIA FIDALGO, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 290.

93 Neste sentido, na doutrina alemã, KÖNIG, «*Das recht im Zusammenhang der sozialen Normensystem*», in *Seminar: abweichendes Verhalten*, Band I, Lüderssen/Sack, 2. Auflage, Frankfurt, 1982, pp. 200 e ss.

94 Neste sentido, na doutrina espanhola, ROLDAN BARBERO, «*Adecuacion social y Teoria juridica del Delito, sobre lo contenido y los limites de una interpretacion sociológica restrictiva de los delitos penales*», in Universidad de Cordoba, Monografias, n.º 190, Cordoba, 1992, pp. 79.

adequado, ainda que o seu exercício provoque a *lesão* do bem jurídico económico (livre concorrência).

Assim, a realização da conduta que corporiza objectivos económicos valorados positivamente faz com que a acção seja *excluída* do âmbito do direito penal económico, ainda que produza uma lesão no bem jurídico⁹⁵.

Essa *exclusão da tipicidade* da conduta naturalística do autor do facto precedente/branqueador explica-se ainda pelo facto de essa *unidade de sentido social*, esgotada que está a *danosidade social* com a perfectibilização do facto ilícito – típico precedente, ser dogmaticamente cunhada de *acção* neutra, na medida em que configura o limite do *mundo* do Direito, que não ultrapassa o nível dessa expressão de desaprovação, sendo, pois, *comportamentos não manifestamente puníveis*^{96/97/98}, na medida em que a *reprovação penal* não é manifestamente exteriorizada ao *injusto penal alheio*^{99/100/101/102}.

Porquanto não se denota, no quadro das *relações sociais típicas*, a violação

-
- 95 Neste sentido, IVAN LUIZ DA SILVA, «*Introdução à teoria da adequação económica da conduta no direito penal económico*» in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 22, N.º 1, Janeiro-Março de 2012, Director: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 46.
- 96 Neste sentido, na doutrina espanhola, RICARDO ROBLES PLANAS, «*La participación en el delito: fundamento y límites*», Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2003, p. 33.
- 97 Neste sentido, na doutrina brasileira, LUIS GRECO, «*Cumplicidade através de acções neutras. A imputação objectiva na participação*», Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 110.
- 98 Neste sentido, VINICIUS DE MELO LIMA, «*Acções neutras e branqueamento de capitais*», in: *C & R, Revista da Concorrência e da Regulação*, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Direcção: JOÃO ESPÍRITO SANTO NORONHA/LUÍS SILVA MORAIS, Ano III, Números 11/12, Julho/Dezembro de 2012, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 171-182.
- 99 Neste sentido, JOSÉ DANILO TAVARES LOBATO, “Um panorama da Relação entre Teoria do Abuso de Direito, Acções Neutras e Lavagem de Dinheiro”, in: *C & R, Revista da Concorrência e da Regulação*, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Direcção: JOÃO ESPÍRITO SANTO NORONHA/LUÍS SILVA MORAIS Ano IV, Números 16, Outubro/Dezembro de 2013, Almedina, Coimbra, 2013, p. 98.
- 100 Neste sentido, na doutrina brasileira, monograficamente, JOSÉ DANILO TAVARES LOBATO, *Teoria Geral da Participação Criminal e Acções Neutras – Uma Questão de Imputação Objectiva*, Curitiba: Juruá, (2009), *passim*.
- 101 Neste sentido, na doutrina alemã, WOLFGANG FRISCH, “Beihilfe durch neutrale Handlungen – Bemerkungen zum Strafgrund (der Unrechtskonstitution) der Beihilfe”, in: *Festschrift für Lüdersen*, Baden-Baden: Nomos, (2002), pp. 541-553.
- 102 Neste sentido, na doutrina argentina, NICOLÁS GUZMAN, “Conductas Neutrales y Participación en el Delito: Apuntes sobre el estado actual de la Discusión”, in: *Problemas Actuales de la Parte General de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, (2010), pp. 278-321.

de um *dever negativo* (de não causar *dano* a terceiros)¹⁰³; e a legitimidade da *norma de conduta*, filtrada designadamente pelas exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade, condiciona a própria existência do *dever jurídico – penal*¹⁰⁴.

Ora se assim é, e julgamos que sim, denota-se na referida *acção neutra* – a de aproveitamento *ex post facto* das vantagens ilícitas emergentes da prática de crime anterior – uma *cláusula implícita de risco permitido*¹⁰⁵.

Como afirma CLAUS ROXIN, deve afastar-se a responsabilidade jurídico – penal de um agente quando a actuação do mesmo ocorra no âmbito do *risco permitido*^{106/107/108/109} – no nosso caso, a do autor do facto ilícito – típico precedente/branqueador que oculta e dissimula as vantagens ilícitas emergentes de um crime anterior.

Assim, o agente tem de ter *criado* com a sua conduta um *risco não permitido* para o resultado lesivo, de forma a que, sendo esse o caso, esse *resultado* lhe possa ser objectivamente imputado¹¹⁰.

Simplesmente, e na medida em que a *danosidade social* da conduta naturalística do branqueador está *genética e funcionalmente* ligada ao ilícito típico precedente – formando uma *unidade de sentido social*- não há lugar

103 Neste sentido, na doutrina espanhola, RICARDO ROBLES PLANAS, «*Deberes negativos y positivos en Derecho Penal*», in www.indret.com, Barcelona, (2013), pp. 13, e, concretamente no que se refere ao tipo legal de crime de branqueamento de capitais, vide, com muito interesse, p. 17.

104 Neste sentido, na doutrina alemã, FREUND, «*Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamtem Strafrechtssystem*», in WOLTER/FREUND (Hrsg.), *Straftat, Strazumessung und Strafprozeß: im gesamten Strafrechtssystem*, Heilderberg, (1996), pp. 46-47.

105 Neste sentido, em geral, nos quadros do direito penal económico, FARIA COSTA, «*Direito Penal Económico e as Causas Implícitas de Exclusão da Illicitude*», *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Volume I*, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 423.

106 Neste sentido, na doutrina alemã, CLAUS ROXIN, «*Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*», 1989, pp. 237-239.

107 No mesmo sentido, na doutrina alemã, RUDOLPHI, «*SK StGB*», 6. Auflage, 1997, Vor § 1 marg. 57.

108 Sobre a equiparação da *ideia de risco permitido* à *adequação social da conduta*, PAULO DE SOUSA MENDES, “Ética, Medicina e Direito Penal”, in: *Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, N.º 0, Julho-Dezembro 2014, Coimbra Editora, (2015), p. 116.

109 Sobre a equiparação da *ideia de risco permitido* à *adequação social da conduta*, na doutrina alemã, HANS WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht- Eine Systematische Darstellung*, 11. Auflage, Berlin/New York, Walter de Gruyter, (1969), pp. 143-151.

110 Neste sentido, na doutrina alemã, CLAUS ROXIN, «*Strafrecht Allgemeiner Teil*», Band I, 4. Auflage, 2006, § 11, marg. 47.

àquilo que a doutrina alemã denomina de *modificação prejudicial de um bem*¹¹¹.

Por conseguinte, consideramos que 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 estágio de preparação de *factos posteriores co-punidos*¹¹².

1.3) O multilevel constitutionalism vigente na Região Administrativa Especial de Macau, à luz da Lei Básica de Macau e da Declaração Conjunta subscrita entre Portugal e a China, no que respeita à questão do ne bis in idem

Conatural à questão da *atipicidade* da conduta naturalística do autor do facto ilícito – típico precedente/branqueador encontra-se a problemática da (eventual) violação do princípio *ne bis in idem*.

Todavia, se à luz do Direito Português, atenta a sua expressa consagração constitucional (art.º 29.º, n.º 5, da CRP), a questão é pacífica, o mesmo não se pode dizer em relação ao Direito Constitucional da Região Administrativa Especial de Macau, uma vez que o *ne bis in idem* não se encontra expressamente consagrado na Lei Básica de Macau.

Com efeito, e de acordo com a mais autorizada doutrina macaense, isso explica-se, entre outras razões, pelo facto de, nos quadros do Direito Constitucional de Macau vigorar uma *multilevel constitution*¹¹³ ou um *multilayered constitutionalism*¹¹⁴.

111 Neste sentido, URS KINDHÄUSER, «*Aumento do Risco e Diminuição do Risco*», in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 20, N.º 1, Janeiro-Março de 2010, Director: JORGE FIGUEIREDO DIAS, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 20.

112 Neste sentido, ANDRES HOYER, «*Risco Permitido e Desenvolvimento Tecnológico*», in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 20, N.º 3, Julho-Setembro de 2010, Director: JORGE FIGUEIREDO DIAS, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 366.

113 Neste sentido, PAULO CARDINAL, «*Fragmentos em torno da Constituição Processual Penal de Macau – Do Princípio da Continuidade ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*», in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, *cit.*, Organizadores: MANUEL DA COSTA ANDRADE, MARIA JOÃO ANTUNES, SUSANA AIRES DE SOUSA, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 759.

114 Neste sentido, PAULO CARDINAL, «*A Tale of Two Cities – The Judicial Protection of Fundamental Rights in The Exceptional Autonomous Regions of Macau and Hong Kong of The PR of China and the Role and Influence of International Law Instruments on Human Rights*», in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume III, Direitos e Interconstitucionalidade entre Dignidade e Cosmopolitismo, Organizadores: Fernando Alves Correia/Jónatas E. M. Machado/João Carlos Loureiro, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), p. 231.

Esse *multilevel constitutionalism*^{115/116} deriva, em primeira linha, da assinatura de um tratado internacional¹¹⁷ denominado Declaração Conjunta do Governo da República Portuguesa e do Governo da República Popular da China sobre a questão de Macau¹¹⁸, numa fase subsequente canonizados pela Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau¹¹⁹, lei aprovada nos termos excepcionais permitidos pelo art.º 31º da Constituição da República Popular da China, e por aquela exigida¹²⁰.

Com efeito, durante cinquenta anos a República Popular da China reservou para si o exercício de apenas alguns poderes, designadamente relativos à defesa nacional, relações externas, interpretação da lei fundamental de Macau, nomeação de alguns titulares, repousando (quase) todo o restante nas mãos dos órgãos locais¹²¹.

Sem embargo, a ampla autonomia reservada à Região Administrativa Especial de Macau implica a ideia de que a Lei Básica de Macau é uma

115 Muito recentemente, referindo a este propósito que “*we have thus a multilevel and multicomposite constitutional order*”; PAULO CARDINAL/YIHE ZHANG, «*Subnational Constitutionalism in the SARs of the People’s Republic of China. An Exceptional Tailored Suit Model?*», in Revista “*O Direito*”, Ano 144, 2012, IV, Director: JORGE MIRANDA, Almedina, Coimbra, 2013, p. 804.

116 Sobre a *metódica multinível* nos quadros do Direito da União Europeia, Neste sentido, GOMES CANOTILHO/SUZANA TAVARES DA SILVA, «*Metódica Multinível: “Spill-over effects e Interpretação conforme o direito da União Europeia*», in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 138, Número 3955, Março – Abril de 2009, 2010, Coimbra, Coimbra Editora, p. 184.

117 É essa taxionomia que lhe é conferida pela doutrina, neste sentido, JAMES CRAWFORD, «*Rights on one Country: Hong Kong and China*», Hochelega Lectures, Faculty of Law, HKU, (2005), pp. 3 e ss.

118 Assinada por ambas as partes contratantes em Pequim, no dia 13 de Abril de 1987. Foi, em Portugal, aprovada para ratificação pela Resolução n.º 25/87 da Assembleia da República, ratificada pelo Presidente da República pelo Decreto n.º 38-A/87 e posteriormente publicada no Boletim Oficial de Macau, 23, 3.º Suplemento, de 07 de Junho de 1988 e que foi depositada pelas partes contratantes nas Nações Unidas.

119 Adoptada em 31 de Março de 1993, pela Primeira Sessão da Oitava Legislatura da Assembleia Popular da China e promulgada pelo Decreto n.º 3 do Presidente da República Popular da China para entrar em vigor no dia 20 de Dezembro de 1999 e publicada no Boletim Oficial de Macau, 1ª Série, a 20 de Dezembro de 1999.

120 PAULO CARDINAL, «*Fragmentos em torno da Constituição Processual Penal de Macau – Do Princípio da Continuidade ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*», cit., pp. 744-745, que vimos e vamos seguir textualmente em certos pontos deste eixo temático.

121 Neste sentido, PAULO CARDINAL, «*Fragmentos em torno da Constituição Processual Penal de Macau – Do Princípio da Continuidade ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*», cit., p. 746.

constituição¹²² a título principal, que não a título supremo¹²³.

Sendo isto certo, a doutrina punctualizou, relativamente aos direitos fundamentais, muitas garantias necessárias à efectivação deles ou de outros direitos fundamentais cuja consagração expressa é silenciada pela Lei Básica, apresentando, para o efeito uma lista em sede da qual consta, para o que aqui interessa, o princípio *ne bis in idem*¹²⁴.

Todavia, refere a doutrina, tal omissão pode ser suprimida, por um lado, pelo princípio da continuidade¹²⁵ emergente da Declaração Conjunta, e, por outro lado, pelo efeito integrador – supra-legal- do PIDCP¹²⁶.

Permitimo-nos ir um pouco mais longe. Recorrendo ao princípio da *dignidade da pessoa humana* previsto no art.º 30.º, da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM).

Com efeito, a admissibilidade do *ne bis in idem* no ordenamento jurídico – constitucional da RAEM pode ser decantado desse princípio valor¹²⁷.

Com efeito¹²⁸, na época do neo – constitucionalismo, da constitucionalização dos direitos fundamentais (*Die Konstitutionalisierung der Menschenrechte*)¹²⁹,

122 Neste sentido, CÂNDIDA ANTUNES PIRES, «*The Organization of justice in the legal system of Macau – statics and Dynamics of the Macau SAR courts*», in 1st Seminar on Law and Social Sciences, Macau, (2007), *passim*.

123 Neste sentido, PAULO CARDINAL, «*Fragmentos em torno da Constituição Processual Penal de Macau – Do Princípio da Continuidade ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*», *cit.*, p. 760.

124 Neste sentido, PAULO CARDINAL, «*Fragmentos em torno da Constituição Processual Penal de Macau – Do Princípio da Continuidade ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*», *cit.*, p. 769.

125 Principalmente a salvaguarda da Declaração Conjunta que ordena manter na Região Administrativa Especial de Macau “*todos os direitos e liberdades dos habitantes e outros indivíduos em Macau, estipulados pelas leis previamente vigentes em Macau, designadamente as liberdades pessoais*” (Declaração Conjunta, Anexo I, V).

126 Neste sentido, PAULO CARDINAL, «*Fragmentos em torno da Constituição Processual Penal de Macau – Do Princípio da Continuidade ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*», *cit.*, p. 768.

127 Enfatizando que grande parte das *normas constitucionais* – portanto, normas com *pedigree* – têm uma *estrutura principiológica*, na doutrina alemã, ROBERT ALEXY, «*Theorie der Grundrechte*», Frankfurt – am – Main, (1985), pp. 71 e ss.

128 Neste apartado seguiremos de muito perto o que escrevemos, no âmbito do direito civil, em HUGO LUZ DOS SANTOS, «*O recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Janeiro de 2014: Concurso entre o risco do veículo e a culpa do lesado? Um passo atrás no padrão de jusfundamentalidade do Direito da União Europeia?*», in Cadernos de Direito Privado (CDP), em curso de publicação.

129 Neste sentido, na doutrina alemã, SOMMERMAN, «*Völkerrechtlich garantierte Menschenrecht als Maßstab der Verfassungskonkretisierung – Die Menschenrechtfreundlichkeit des Grundgesetzes*», AÖR 1989, pp. 395 e ss.

em que o constitucionalismo de direitos^{130/131/132/133}, a par do princípio da dignidade da pessoa humana, vale indistintamente como referência¹³⁴ e que, como representação de um valor, significa, natural e necessariamente, que cada pessoa humana constitui um valor eminente, de onde resulta um equivalente e imediato reconhecimento de uma igualdade de princípio entre todos os seres humanos¹³⁵, como espelho fiel de um verdadeiro reconhecimento recíproco de sujeitos¹³⁶; uma vez que o reconhecimento traduz-se numa obrigação de respeitar, o que implica, na prática, obrigação de proteger e obrigação de cumprir - através da adopção de medidas judiciais adequadas à prossecução desse escopo de respeito, protecção e cumprimento¹³⁷.

Por essa razão se compreende que um *direito*, para ser fundamental, terá de ser suficientemente importante para oferecer razões que obriguem os demais, dentre os quais se inclui o poder judicial – enquanto *entreposto valorativo*-, a prestar-lhe uma séria atenção¹³⁸, precisamente porque na *gênese* da emergência desse direito fundamental, encontra-se o *reconhecimento recíproco* do homem enquanto pessoa que constitui a base do direito¹³⁹, sendo essa a razão pela qual a mais autorizada doutrina norte – americana refere que “*there are benefits that*

130 Neste sentido, GUSTAVO ZAGREBELSKY, «*El Juez Constitucional en el siglo XXI*», in Revista Ibero – Americana de Derecho Procesal Constitucional, n.º 10, Julho – Setembro de 2008, p. 249.

131 Neste sentido, JORGE REIS NOVAIS, «*Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*», Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 229 e ss.

132 V. MANUEL ATIENZA, «*Argumentación e Constitución*», in Anuário de Filosofia del Derecho, Madrid, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política e Ministério de Justicia de Espanã, n.º 24, 2007, pp. 197-224.

133 V. RICARDO GAUSTINI, «*La Constitucionalizzazione de ordenamento jurídico: el caso italiano*», Madrid: Editorial Trotta, 2005, pp. 49-75.

134 Neste sentido, na doutrina alemã, PETER HÄBERLE, «*Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz – Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzvorbehalt*», 3. Auflage, Heidelberg, 1983, p. 345.

135 Neste preciso sentido, JOSÉ MELO DE ALEXANDRINO, «*Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana*», in Discurso dos Direitos, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 45.

136 Neste sentido, na doutrina alemã, JÜRGENHABERMAS, «*Faktizität und Geltung*», Frankfurt a.M. 1992, p. 504.

137 Neste preciso sentido, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, «*Dignidade e Constitucionalização da Pessoa Humana*», in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, Volume II, Direito Constitucional e Justiça Constitucional, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 290.

138 JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, «*Dignidade e Constitucionalização da Pessoa Humana*», *cit.*, p. 290.

139 NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, «*Os princípios de um “personalismo ético” como projecto de “materialização” do direito privado*», in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor JOSÉ LEBRE DE FREITAS, Comissão Organizadora: ARMANDO MARQUES GUEDES; MARIA HELENA BRITO; ANA PRATA; RUI PINTO DUARTE; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 480.

are hard or impossible to quantify (such as human dignity)”¹⁴⁰.

A esta luz se compreende, pois, que, imbuído pelo espírito de aceitação irrestrita do princípio da dignidade da pessoa humana, a constituição processual penal da Região Administrativa Especial de Macau seja regida pelo princípio do nível de protecção mais elevado, que deve ser compreendido como um princípio de preferência pela norma mais favorável. Segundo tal princípio, se numa situação concreta for possível a aplicação de mais de um regime jurídico relativo ao mesmo direito fundamental, será aplicável o que ofereça uma protecção mais elevada ao titular do direito em causa^{141/142}.

Porquanto, em sede do framework originalism¹⁴³, esse é o original meaning da norma constitucional que canoniza o princípio da dignidade da pessoa humana (art.º 30.º, da Lei Básica de Macau), na medida em que “the interpreters must be faithful to the original meaning of the constitutional text and the principles that underlie the text”¹⁴⁴.

Por conseguinte, o princípio *ne bis in idem*, pode, como vimos, ser *decantado* do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que obsta à *dupla punição da conduta naturalística do autor facto ilícito – típico precedente/branqueador* que *oculta* ou *dissimula* as vantagens ilícitas emergentes da prática de um crime anterior, uma vez que se denota uma *identidade fáctica* da conduta naturalística do autor/branqueador.

E isso compreende-se, *rectius*, aceita-se, tendo em linha de conta a caudalosa jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), e, sobretudo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), relativamente à interpretação do art.º 54.º, do CAAS¹⁴⁵.

140 Neste sentido, muito recentemente, na doutrina norte-americana, CASS R. SUNSTEIN, «*The Real World of Cost-Benefits Analysis: Thirty-Six Questions (and almost as many answers)*», in Columbia Law Review, January 2014, Volume 114, Number 1, (2014), p. 177.

141 ALESSANDRA SILVEIRA, «*Implicações nos litígios entre particulares resultantes da horizontalidade dos princípios gerais/direitos fundamentais protegidos pela União Europeia*», in Cadernos de Direito Privado N.º 32, Outubro/Dezembro de 2010, CEJUR, Braga, (2011), p. 10.

142 Neste sentido, na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, V. *Acórdão Mary Carpenter*, de 11/07/2002, proc.º C-60/00; *Acórdão Yunyng Jia*, de 09/07/2007, proc.º C-1/05; *Acórdão Metock*, de 25/07/2008, proc.º C-127/08.

143 Neste preciso sentido, na doutrina norte-americana, JACK M. BALKIN, «*Framework Originalism and The Living Constitution*», Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Research Paper n.º 82, in Yale Law Journal, February 2008, p. 4.

144 Neste preciso sentido, v. JACK M. BALKIN, «*Framework Originalism and The Living Constitution*», *cit.*, p. 4.

145 Para uma análise exaustiva da Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), em matéria de *ne bis in idem* transnacional, principalmente no que se refere à interpretação do

Consideramos, na esteira da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Tribunal de Justiça da União Europeia, que se verifica uma identidade dos factos naturalísticos^{146/147}, *rectius*, uma identidade fáctica.

Na verdade, para que a excepção contida no *ne bis in idem* funcione e produza o seu efeito impeditivo característico, a *imputação tem que ser idêntica*, e a *imputação é idêntica* quando tem por objecto o mesmo comportamento atribuído à mesma pessoa (*identidade de objecto - eadem res*).

Trata-se da identidade fáctica¹⁴⁸, independentemente da qualificação legal (*nomen iuris*) atribuída. As duas identidades que refere a doutrina unidade de acusado¹⁴⁹ e unidade de facto punível têm sido consideradas.

O *ne bis in idem*, como exigência da liberdade do indivíduo, o que impede é que os mesmos factos sejam julgados repetidamente, sendo indiferente que estes possam ser contemplados de distintos ângulos penais, formal e

art.º 54.º, do CAAS, V. muito recentemente, JOHN A. E. VERVAELE, «*Ne bis in idem: Un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?*», Enero de 2014, (2014), pp. 1-32, disponível em www.indret.com.

146 Sobre o sentido teleológico do *caso julgado*, JOÃO CONDE CORREIA, «*O Mito do Caso Julgado e a Revisão Propter Nova*», Tese de Doutoramento, Coimbra, Coimbra Editora/Wolters kluwer, 2011, pp. 121 – 157; DAMIÃO DA CUNHA, «*O Caso Julgado Parcial - Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção Num Processo de Estrutura Acusatória*», Tese de Doutoramento, Porto, Universidade Católica Editora, pp. 345- 390, pp. 764 e ss; MANUEL DA COSTA ANDRADE, «*Bruscamente no Verão passado*», *a reforma do código de processo penal*, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Coimbra, Coimbra Editora, Ano 137, nº 3948, (Jan. / Dez. 2008) p. 134-151. - A. 137, nº3950 (Mai./Jun. 2008). - pp. 262-285; TAIPA DE CARVALHO, «*Sucessão de Leis Penais*», 3ª edição Revista e Actualizada, 2008, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 174 e ss.

147 Neste sentido, na doutrina italiana, CHIARA AMALTIANO, «*Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*», in Rivista di diritto internazionale privato e processuale, Padova, ano 38, n.º 4, Outubro – Dezembro de 2002.

148 Neste sentido, na doutrina francesa, ANNE WEYEMBERGH, «*Le Principe ne bis in idem: Pierre d'achoppement de l'espace penal européen?*», in Cahiers de Droit Européen, n.º 3 e 4, 2004, pp. 337 e ss.

149 Neste sentido, DAMIÃO DA CUNHA, «*Ne bis in idem e o exercício da acção penal*», in Que futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio de Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal, 2009, pp. 558, Coimbra, Coimbra Editora; no mesmo sentido, EDUARDO CORREIA, «*Despacho de Arquivamento do processo e caso julgado*», in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 99 (1967/1968), pp. 33, 49, 65, 66; FIGUEIREDO DIAS, «*Direito Processual Penal*», Reimpressão da edição de 1974, 2004, Coimbra Editora, pp. 414 e ss.

tecnicamente distintos^{150/151/152}.

Ora, quando nos referimos “aos factos”, estamos a referir na realidade uma hipótese. Com efeito, o processo penal funda-se sempre em hipóteses fácticas com algum tipo de significado jurídico. A exigência de eadem res significa que deve existir correspondência entre as hipóteses que fundam os processos em questão. Trata-se, em todo caso, de uma identidade fáctica^{153/154/155}, e não de uma identidade de qualificação jurídica¹⁵⁶. Não é certo que possa admitir-se um novo processo sobre a base dos mesmos factos e uma qualificação jurídica distinta. Se os factos são os mesmos, a garantia do ne bis in idem impede a dupla perseguição penal¹⁵⁷, sucessiva ou simultânea.

Em consequência, do que até agora dissemos, podemos concluir que para estabelecer a identidade fáctica para efeito de aplicar a excepção do ne bis in idem^{158/159/160} não interessa que os mesmos factos tenham sido qualificados

150 Neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15/03/2006, que seguimos de muito perto, mesmo textualmente, em certos pontos, disponível em www.dgsi.pt.

151 Neste sentido, quanto ao *ne bis in idem interno* (art.º 29.º, n.º 5, da CRP), RITA CANAS DA SILVA, «A europeização do Direito Constitucional Português: O ne bis in idem em matéria criminal», in *Revista de Direito Público*, Instituto de Direito Público, Janeiro – Junho de 2011, Número 5, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 189-193.

152 Neste sentido, mais recentemente, na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, o Acórdão *Gaetano Mantello* do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 16/11/2010, proferido no proc.º n.º C-261/09, disponível em www.echr.coe.int/echr.

153 Neste sentido, na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *SERGEY ZOLOTUKHIN C. RUSSIA*, de 10/02/2009, disponível em www.echr.coe.int/echr.

154 Neste sentido, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *GRADINGER C. AÚSTRIA*, disponível em www.echr.coe.int/echr

155 Neste sentido, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *FRANZ FISCHER C. AÚSTRIA*, disponível em www.echr.coe.int/echr

156 Neste sentido, correspondendo a uma primeira fase do estágio de evolução da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), em matéria *de ne bis in idem transnacional*, o Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *OLIVEIRA C. SUIÇA*.

157 Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia *Bourquain*, processo C – 297/07, decidido em 12 de Dezembro de 2008; Acórdão do Tribunal de Justiça *Turansky*, processo C – 288/05, decidido em 22 de Dezembro de 2008.

158 Sobre o *princípio da jurisdição universal*, ALBIN ESER, «*For Universal Jurisdiction: Against Fletcher’s Antagonism*», in *Tulsa Law Review*, n. 39, 2003-2004, p. 954.

159 Na doutrina alemã, D. OHLER, «*Internationales Strafrecht*», 2. Auflage., Köln/Berlin, 1983 && 3-7.

160 Na doutrina francesa, D. FLORE, «*Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité, La Reconnaissance mutuelle*», 2002, p. 74;

ou subsumidos a distintos tipos penais, nem importa tão pouco o grau de participação imputado ao sujeito. Quer se lhe impute que a prática dos factos denunciados foram executados na qualidade de autor ou que noutro caso se precise que esses mesmos factos foram executados só a título de cumplicidade, e inclusive qualificados num distinto tipo penal, o que interessa, em suma, é que ao mesmo sujeito se lhe impute os mesmos factos^{161/162/163/164} (apresentado o mesmo comportamento)^{165/166} pelos quais se quer de novo submeter a um processo penal^{167/168}.

Ora, é essa eadem res, essa identidade fáctica, essa unidade da acção

161 Neste sentido, na doutrina alemã, M. MANSDORFER, «*Das Prinzip des ne bis in idem in europaischen Strafrecht*», Berlin: Duncker & Humboldt, 2004, pp. 23 e ss.

162 Neste sentido, mais recentemente, o Acórdão Gaetano Mantello do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 16/11/2010, proferido no proc.º n.º C-261/09.

163 Neste sentido, na doutrina portuguesa, VÂNIA COSTA RAMOS, «*Ne bis in idem e União Europeia*», Tese de Mestrado, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, 79 e ss.

164 Neste sentido, muito recentemente, V. JORGE GODINHO, «*Para uma reforma do tipo de «branqueamento» de capitais*», in Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Político – Criminais, Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld, Organização: MANUEL DA COSTA ANDRADE; JOSÉ FARIA COSTA; ANABELA MIRANDA RODRIGUES; HELENA MONIZ; SÓNIA FIDALGO, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 1007.

165 Neste sentido, mais recentemente, VÂNIA COSTA RAMOS, «*Ne bis in idem e Mandado de Detenção Europeu, Comentário ao Caso Gaetano Mantello*», in Revista do Ministério Público n.º 127, Julho – Setembro de 2011, Ano 32, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 276-298.

166 Sobre o princípio *ne bis in idem*, ALBERTO MEDINA DE SEIÇA, «*A aplicação do princípio ne bis in idem na União Europeia*», Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, *cit.*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 942 e ss.

167 Neste sentido, na doutrina estrangeira, H. SCHEMERS, «*Non Bis in Idem, Du Droit international au droit de l'integration*», Liber Amicorum Pierre Pescatore, Baden – Baden, Nomos, 1987, p. 611; A. BIEHLER/R. KNIEBUHLER/LELIEUR – FISCHER/S. STEIN (eds.), in Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in The European Union, Freiburg im Breisgau: edition iuscrim, 2003, p. 4.

168 Neste sentido, na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão do Tribunal de Justiça *Gozutok/Brugge*, processos C – 187/01 (*caso Gozutok*), e C – 385/01 (*caso Brugge*); Acórdão do Tribunal de Justiça *Miraglia*, Processo C – 469/03, decidido em 10 de Março de 2005; Acórdão do Tribunal de Justiça *Van Esbroeck*, processo C – 436/04, decidido em 09 de Março de 2006; Acórdão do Tribunal de Justiça *Van Straaten*, processo C – 150/05, decidido em 28 de Setembro de 2006; Acórdão do Tribunal de Justiça *Gasparini*, processo C – 467/04, decidido em 28 de Setembro de 2006; Acórdão do Tribunal de Justiça *Kraaijenbrink*, processo C – 367/05, decidido em 18 de Julho de 2007; Acórdão do Tribunal de Justiça *Kretzinger*, processo C – 288/05, decidido em 18 de Julho de 2007; Acórdão do Tribunal de Justiça *Bourquain*, processo C – 297/07, decidido em 12 de Dezembro de 2008; Acórdão do Tribunal de Justiça *Turansky*, processo C – 288/05, decidido em 22 de Dezembro de 2008.

retributiva¹⁶⁹, que, se bem vemos, está (absolutamente) presente na conduta naturalística do autor ilícito – típico precedente/branqueador que oculta, ex post facto, as vantagens ilícitas provenientes de um crime anterior.

Na verdade, consideramos que estamos em presença da valoração (*dupla*) de *um único facto*; de um único comportamento naturalístico, cuja admissibilidade o *arco* do Direito Penal não deve permitir¹⁷⁰.

2) A responsabilidade jurídico – penal das pessoas colectivas à luz da lei do branqueamento de capitais de Macau (art.º 5.º, n.º 1. 2, da Lei n.º 2/2006): proposta de *iure condendo*: a questão do “domínio social do facto” e do “domínio da organização para a execução do facto ilícito – típico” e do “domínio da organização para a não execução do facto ilícito – típico”

A responsabilidade jurídico - penal das pessoas colectivas, nos quadros do Direito Penal de Macau, tem carácter excepcional, só ocorrendo quando a lei a preveja (art.º 10.º e 11.º, n.º 1, do Código Penal de Macau).

A Lei n.º 2/2006, de 3 de Abril, determina os casos em que uma pessoa colectiva pode ser responsabilizada (art.º 5.º, n.º 1):

As pessoas colectivas, ainda que irregularmente constituídas, e as associações sem personalidade jurídica são responsáveis pelo branqueamento de capitais, quando cometido em seu nome e no interesse colectivo:

pelos seus órgãos e representantes; ou

por um pessoa sob autoridade destes, quando o cometimento de crime se tenha tornado possível em virtude de uma violação dolosa dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem.

Propomo-nos reflectir sobre o art.º 5.º, n.º 1.2, da Lei n.º 2/2006, de 03 de Abril, uma vez que, como muito bem refere o Professor JORGE GODINHO, “o objectivo da lei é o de considerar a violação dolosa de deveres de controlo ou supervisão que são da sua competência (.....) no que configura a violação dolosa de tais deveres. Parece claro que poderão surgir muitas disputas judiciais

169 Neste sentido, LUÍS SILVA PEREIRA/TERESA ALVES MARTINS, «O princípio *ne bis in idem* e os conflitos de jurisdição», Revista do CEJ, n.º 7, 2007, Coimbra, Almedina, p. 339.

170 Entendendo, em face da lei portuguesa, que “a atual redacção do art.º 368.º-A, n.º 2, do CP, no segmento normativo em que se estabelece sempre a existência de concurso efectivo entre o branqueamento e o crime antecedente é materialmente inconstitucional por vulneração do princípio *ne bis in idem* vertido no art.º 29.º, n.º 5, da Lei Fundamental”; Neste sentido, ANDRÉ LAMAS LEITE, «Do crime antecedente e do delito de branqueamento praticado pelo mesmo agente: regresso ao passado?», in *Infracções Económicas e Financeiras, Estudos de Criminologia e Direito*, Coordenação: José Neves da Cruz/Carla Cardoso/André Lamas Leite/Rita Faria, Coimbra Editora, Coimbra, (2014), p. 473.

sobre a exacta definição destes deveres e conceitos”¹⁷¹.

No plano jurídico – penal, ao ente colectivo imputa-se jurídico – penalmente e censura-se o facto ilícito – típico previsto e punido na norma penal incriminadora¹⁷², que foi cometido através de uma actuação para a colectividade¹⁷³, *rectius*, em seu nome e interesse^{174/175}.

Assim, a pessoa colectiva *não responde penalmente por um estado de perigosidade da sua organização*, revelado e materializado no tipo legal de crime que emerge a partir dela. Crime que, assim, se converteria em *condição objectiva de punibilidade* de um nebuloso *facto colectivo*. Por isso, o círculo de pessoas capaz de desencadear a responsabilidade da *colectividade* tem de ser determinado por referência: a) à autoria do facto vertido na incriminação da Parte Especial do Código Penal, realizado na e através da *organização* e por este cunhado no seu núcleo essencial, e b) à ligação do autor desse facto com a pessoa jurídica e a sua *organização*¹⁷⁶.

Por conseguinte, é suficiente que, à luz do efectivo modo de funcionamento da pessoa colectiva, e das circunstâncias do caso concreto, se possa conectar a prática desse facto com o desempenho de um *papel de liderança* e com

171 V. JORGE GODINHO, «Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau», *cit.*, p. 26.

172 Neste ponto, seguiremos de muito perto o que escrevemos em HUGO LUZ DOS SANTOS, «Os Fiduciary Duties dos administradores das sociedades comerciais e o regime jurídico da solidariedade passiva constante do (revogado) art.º 8.º, n.º 7, do RGIT e do (represtinado) art.º 7-A, n.º 2, do RJFNA: cooperação dialéctica entre o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal de Justiça?», in Revista Fiscal (RF), Maio/Junho 2014, Vida Económica, Porto, (2014), pp. 16-20.

173 Sobre a responsabilidade penal das pessoas colectivas, JORGE REIS BRAVO, «Punibilidade Vs Impunidade de “Pessoas Colectivas Públicas”: A Regra, a Excepção e os Equívocos – Um episódio da tensão entre o “Público” e o “Privado”», *Direito Penal Económico entre o Presente e o Futuro: Um diálogo entre a Doutrina e Praxis, Colóquio Comemorativo do XV Curso de Pós – Graduação em Direito Penal Económico e Europeu* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 22, N.º 3, Julho/Setembro de 2012, lançamento em Outubro de 2013, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 477-503.

174 Neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO, «Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos, Algumas questões em torno da interpretação do art.º 11.º, do Código Penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 20, N.º 1, Janeiro – Março de 2010, Coimbra Editora, Coimbra, p. 55.

175 Neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, «Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e seus representantes», 2009, Verbo Editora, pp. 260 – 265, afirma que “*praticado no interesse colectivo é o facto perpetrado para assegurar a organização, o funcionamento ou os fins da sociedade, mesmo que dele não resulte para a sociedade qualquer proveito financeiro ou que até lhe acarrete dano. O interesse da sociedade na realização do crime deve ser reconhecido objectivamente*”.

176 Neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO, «Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos, Algumas questões em torno da interpretação do art.º 11.º, do Código Penal», *cit.*, p. 55.

o exercício de um *domínio da organização para a sua execução* por parte da pessoa jurídica^{177/178}, através dos seus titulares de órgão¹⁷⁹, gerentes ou administradores¹⁸⁰.

A responsabilidade criminal de entes colectivos^{181/182/183/184} corresponde

-
- 177 Neste sentido, referindo-se, neste contexto temático, a uma “*self compliance*” da pessoa colectiva, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «*O Direito Penal Económico entre o passado e o futuro*», *Direito Penal Económico entre o Presente e o Futuro: Um diálogo entre a Doutrina e Praxis, Colóquio Comemorativo do XV Curso de Pós – Graduação em Direito Penal Económico e Europeu*», in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 22, n.º 3, Julho/Setembro de 2012, lançamento em Novembro de 2013, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 537.
- 178 Neste sentido, referindo-se a uma *auto – regulação regulada (regulierte Selbstregulierung)*, na doutrina alemã, MARC ENGELHART, «*Sanktionierung von Unternehmen und compliance*», 2. Auflage, Berlin: Duncker & Humblot, 2012, pp. 589 e ss.
- 179 Neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO, «*Fundamento da Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos: Articulação com a Responsabilidade Individual, Direito Penal Económico e Financeiro*», in Conferências do Curso Pós – Graduação de Aperfeiçoamento, Coordenadores Maria Fernanda Palma; Augusto Silva Dias; Paulo de Sousa Mendes, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 206.
- 180 Sobre os mecanismos de *compliance* na responsabilização penal dos dirigentes da pessoa colectiva, TERESA QUINTELA DE BRITO, “Relevância dos mecanismos de “Compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes, in: *Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, N.º 0, Julho-Dezembro 2014, Coimbra Editora, (2015), pp. 85-89; na doutrina espanhola, por todos, LUIGI FOFFANI, “Bases para una imputación subjectiva de la persona moral. Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?”, in: *Revista General de Derecho Penal*, n.º 10, (2010), pp. 2-10.
- 181 Sobre a responsabilidade penal das pessoas colectivas, GERMANO MARQUES DA SILVA, «*Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas – Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 04 de Setembro*», in Revista do CEJ, Número 8, Especial; pp. 80 e ss; no mesmo sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, «*Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e seus representantes*», 2009, Verbo Editora, pp. 226 e ss; TERESA QUINTELA DE BRITO, Responsabilidade Criminal das pessoas colectivas jurídicas e equiparadas. Algumas pistas para a articulação da responsabilidade individual e colectiva, in *Estudos em Honra do Professor Doutor Oliveira Ascensão*, Vol. II, 2009, pp. 1425-1432.
- 182 Sobre a responsabilidade penal das pessoas colectivas, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, «*A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou equiparadas*», in Revista da Ordem dos Advogados, ano 66, Lisboa, Setembro de 2006, pp. 641 e ss; JOSÉ MANUEL TOMÉ DE CARVALHO, «*Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas: do repúdio absoluto ao actual estado de coisas*», in Revista do Ministério Público, n.º 118, ano 30, Abril - Junho de 2009, (2009), pp. 82 e ss.
- 183 Sobre a responsabilidade penal das pessoas colectivas, na doutrina alemã, GÜNTHER HEINE, «*Das kommende Unternehmensstrafrecht (Art. 100 quater f). Entwicklung und Grundproblematik, ZStR*», Band 121, (2003), pp. 23 e ss.
- 184 Sobre a responsabilidade penal das pessoas colectivas, na doutrina alemã, BERND SCHÜNEMANN, «*Responsabilidad en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la*

à responsabilidade do “*dono do negócio*”, ou seja, do *titular de uma organização* que: a) serve os seus fins (em última análise sempre fins humanos colectivos ou institucionalizados), b) amplia a sua esfera e os seus meios de actuação, para além do que está ao alcance de um só indivíduo e c) é por ele modelada e dirigida.

Logo, apenas os factos dos líderes dessa organização, podem desencadear a responsabilidade colectiva. Somente os dirigentes da organização (ou de um dos seus sectores) se encontram em uma posição jurídica de dever idêntica à do “*dono do negócio*”, graças aos poderes e competências fácticas que o titular da organização lhes atribuiu (expressa ou tacitamente) e por eles efectivamente exercidas. Consequentemente, também só eles podem vincular a colectividade ao facto penal cometido através da organização^{185/186} de que aquele é titular^{187/188}.

Assim se impede que o ente colectivo seja responsabilizado pelo *acaso* da perpetração de um crime por algum dos seus funcionários ou agentes¹⁸⁹.

Atenta a definição normativa de posição de liderança, no caso vertente, o contido no art.º 5.º, n.º 1.2 da Lei n.º 2/2006, de 3 de Abril, é necessário que os gerentes ou administradores realizem dolosamente, no interesse

imputación, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Vol. LV, (2002), pp. 15 e ss.

185 Neste contexto, preconizando um novo modelo de *delito de empresa*, emergentes da dificuldade de individualização da imputação objectiva ao ente colectivo de um comportamento naturalístico dos seus representantes, que passaria pela “*criação de um ilícito colectivo sistémico directamente referido à falha de organização*”, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «*O Direito Penal Económico entre o passado e o futuro*», *Direito Penal Económico entre o Presente e o Futuro: Um diálogo entre a Doutrina e Praxis, Colóquio Comemorativo do XV Curso de Pós – Graduação em Direito Penal Económico e Europeu*», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 22, n.º 3, Julho/Setembro de 2012, Coimbra, Coimbra Editora, (2013), p. 538.

186 No mesmo sentido, da nota anterior, LUIGI FOFFANI, “*Nuevas tendencias y perspectivas del derecho penal económico*”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (RPCC), Ano 24, n.º 2, Abril/Junho de 2014, Coimbra, Coimbra Editora, (2015), p. 233.

187 Referindo-se, neste contexto temático, na esteira da doutrina professada por KLAUS TIEDMANN, a uma “*culpa na organização*” que se define pela incapacidade de se auto – organizar, de forma a evitar a prática de crimes”, JORGE DOS REIS BRAVO, «*Direito Penal de Entes Colectivos, Ensaio sobre a punibilidade de pessoas colectivas e entidades equiparadas*», Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 71.

188 Aludindo, no âmbito da responsabilidade jurídico – penal das pessoas colectivas, a uma “*culpabilidade por defeito de organização*”, MANUEL JOSÉ MIRANDA PEDRO, «*A Lei Austriaca sobre a responsabilidade criminal das pessoas colectivas*» *Direito Penal Económico entre o Presente e o Futuro: Um diálogo entre a Doutrina e Praxis, Colóquio Comemorativo do XV Curso de Pós – Graduação em Direito Penal Económico e Europeu*», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 22, N.º 3, Julho – Setembro de 2012, 2013, Coimbra, Coimbra Editora, p. 467.

189 Neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO, «*Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos, Algumas questões em torno da interpretação do art.º 11.º, do Código Penal*», cit., p. 55, que seguimos de muito perto, mesmo textualmente.

colectivo^{190/191/192/193/194}, o tipo legal de crime, a título de autoria imediata, de autoria mediata ou de co-autoria¹⁹⁵.

Por conseguinte, a realização do facto ilícito – típico pelo gerente ou administrador, no interesse colectivo da pessoa colectiva, nos termos e para os efeitos contidos art.º 5.º, n.º 1.2 da Lei n.º 2/2006, de 3 de Abril, está duplamente delimitado, por um lado, pelo domínio da organização para a execução do crime, como forma de domínio social do facto^{196/197}, visando aquele (o domínio da organização) comprovar se a actuação do garante teve força conformadora do facto suficiente para se concluir que ele “violou dolosamente os deveres de vigilância ou controlo que lhe incumbem”, ou seja, se o domínio da organização lhe proporcionou um domínio social

190 Neste sentido, à luz do ordenamento jurídico português, ANA CLÁUDIA SALGUEIRO, “A Exclusão da Responsabilidade Criminal das Entidades Públicas (In)Constitucionalidade do Artigo 11.º, N.º 2 E 3, do Código Penal”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (RPCC), Ano 24.º, N.º 3, Julho-Setembro 2014, Director: Jorge de Figueiredo Dias, (2015), p. 324.

191 Neste sentido, à luz do ordenamento jurídico português, FERNANDO TORRÃO, “Responsabilidade penal das pessoas colectivas: defeitos e excessos da teoria dos órgãos”, in: *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, (2011), pp. 159 e ss.

192 Neste sentido, à luz do ordenamento jurídico português, MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Bruscamente” no verão passado», a reforma do Código de Processo Penal – Observações Críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente” in: *Revista de Legislação e Jurisprudência* (RLJ), ano 137.º, n.º 3948, Coimbra, Coimbra Editora, (2008), pp. 146 e ss.

193 Sobre o debate doutrinário em torno da exclusão de certos tipos legais de crime do catálogo do art.º 11.º, n.º 2, do Código Penal Português, NUNO BRANDÃO, “O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do Código Penal”, in: *Revista do CEJ: Jornadas sobre a revisão do Código Penal*, n.º 8 (especial), 1.º Semestre 2008, (2008), pp. 42-43; CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, “A pessoa colectiva como sujeito processual ou a “descontinuidade” processual da responsabilidade penal, in: *Revista do CEJ: Jornadas sobre a revisão do Código Penal*, n.º 8 (especial), 1.º Semestre 2008, (2008), p. 73.

194 Sobre a insusceptibilidade de o Estado, ainda antes da reforma do Código Penal de 2007, ser agente da prática de crimes, monograficamente, MÁRIO PEDRO SEIXAS MEIRELES, *Pessoas Colectivas e sanções criminais: juízos de adequação (contributo para um sistema sancionatório penal das pessoas colectivas)*, Coimbra, Coimbra Editora, (2006), pp. 74-75.

195 Neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO, «Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos, Algumas questões em torno da interpretação do art.º 11.º, do Código Penal», cit., p. 56.

196 Neste sentido, AUGUSTO SILVA DIAS, «Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo, genética humana)», Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 184 e ss.

197 Neste sentido, T TERESA QUINTELA DE BRITO, «Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos, Algumas questões em torno da interpretação do art.º 11.º, do Código Penal», cit., p. 64.

do facto^{198/199}; e, por outro lado, pelo domínio da organização para a não comissão do crime²⁰⁰, consubstanciado na prévia e objectiva configuração, pela organização na titularidade do ente colectivo, dos elementos essenciais da realização típica actualizou-se na fase executiva, através da informação por ela detida e do seu poder – dever de supervisão, estruturação e direcção da actividade colectiva no sentido da não comissão dos crimes cunhados por esta organização (domínio da organização para a não comissão do crime)²⁰¹.

Trata-se de uma autoria paralela²⁰², porque, agindo o ente colectivo, nos termos e para os efeitos contidos no art.º 5.º, n.º 1.2 da Lei n.º 2/2006, de 3 de Abril, necessariamente por intermédio dos titulares dos seus gerentes ou administradores, falta a diversidade de pessoas que caracteriza a comparticipação criminosa^{203/204/205}. A pessoa colectiva está no facto objecto da imputação que lhe é efectuada através dos seus gerentes e

198 Neste sentido, BERND SCHÜNEMANN, «*El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico – objectiva común para todas las formas de autoria incluyendo el actuar en lugar de outro*», in Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thomson, Civitas, 2005, pp. 993 e ss.

199 Neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO, «*Domínio do Facto, Organizações Complexas e Autoria dos Dirigentes, Direito Penal Económico e Financeiro*», in Conferências do Curso Pós – Graduação de Aperfeiçoamento, Coordenadores Maria Fernanda Palma; Augusto Silva Dias; Paulo de Sousa Mendes, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 194.

200 Neste sentido, muito recentemente, TERESA QUINTELA DE BRITO, «*Questões de Prova e Modelos Legais de Responsabilidade Contra – Ordenacional*», in Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Político – Criminais, Homenagem ao Professor Peter Hünerfeld (Organizadores: MANUEL DA COSTA ANDRADE, JOSÉ FARIA COSTA, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, HELENA MONIZ, SÓNIA FIDALGO), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 1242-1244.

201 Neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO, «*Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos, Algumas questões em torno da interpretação do art.º 11.º, do Código Penal*», cit., pp. 66.

202 Implicitamente, sobre a autoria paralela, ainda que noutra âmbito temático, MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, «*Participação negligente: esferas de competência como critério de imputação objectiva*», in Revista “O Direito”, Almedina, Coimbra, Ano 144.º, 2012, I, p. 125.

203 Neste sentido, JOSÉ FRANCISCO DE FARIA COSTA, «*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 Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n.º 4/92, pp. 515/517.

204 Sobre a comparticipação e *domínio do facto*, na doutrina alemã, CLAUDIUS ROXIN, «*Täterschaft und Tatherrschaft*», Tese de Doutoramento, Beck, München, 1. Auflage, cuja primeira edição data de 1963, tendo vindo a ser sucessivamente reeditada e acrescentada.

205 Neste sentido, frisando a importância do *acordo prévio* (“*mutual plan*”), em sede do denominado “*principle of transferred malice*”, o Acórdão do Supremo Tribunal Inglês R. v. Gnanjo (UK SUPREME COURT), de 14/12/2011, disponível em <http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/index.html>.

administradores^{206/207}.

Porquanto, não se trata aqui de uma relação para com o “*outro*”, mas antes de uma relação em que o “*outro*” (órgão ou representante da pessoa colectiva) está *necessariamente* presente²⁰⁸.

Assim, dada sua específica estrutura corporativa, o agir da pessoa jurídica é um modo de actuação através de outrem transfigurado em modo de actuação própria²⁰⁹.

Deste modo, é a sociedade comercial, que age no mundo físico através dos seus gerentes e administradores²¹⁰, que detém o domínio social do facto ilícito – típico, e esse facto naturalístico é a expressão lídima do sentido social²¹¹ da própria colectividade, devendo, por isso, ser-lhe jurídico – penalmente imputado o facto ilícito – típico praticado dolosamente, no seu

206 Neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO, «*Questões de Prova e Modelos Legais de Responsabilidade Contra – Ordenacional*», *cit.*, p. 1246.

207 Desse jeito se compreendo a razão pela qual a doutrina mais abalizada vem defendendo, em face dos desafios colocados pelo Direito Penal do futuro, “*o abandono do dogma da individualização da responsabilidade penal e a aceitação, clara e sem tergiversações, de um princípio de responsabilidade penal dos entes colectivos como tais*”; Neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «*O Problema Penal no Dealbar do Terceiro Milénio*», in *Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Político – Criminais, Homenagem ao Professor Peter Hünerfeld* (Organizadores: MANUEL DA COSTA ANDRADE, JOSÉ FARIA COSTA, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, HELENA MONIZ, SÓNIA FIDALGO), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 266.

208 Neste sentido, FERNANDO TORRÃO, «*Societas Delinquere Potest? Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos “crimes de empresa”*», Tese de Doutoramento, Colecção Teses, Coimbra, Almedina, 2010, p. 318.

209 Neste sentido, na doutrina alemã, HANS JOACHIM HIRSCH «*Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*», in *ZStW*, 107 (1995), p. 289.

210 “*Age no interesse da sociedade órgão ou representante que pratica o acto em ordem à organização, ao funcionamento ou aos fins da sociedade, mesmo que desses factos não resulte qualquer proveito financeiro ou até dano. Há-de tratar-se sempre de acto funcional do órgão ou do representante*”; Neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, «*Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*», *cit.*, p. 261.

211 Neste preciso sentido, na doutrina, sobre a avaliação do *sentido social* da conduta naturalística, FIGUEIREDO DIAS, «*Direito Penal, Parte Geral, Doutrina Geral do Crime*», Tomo I, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, págs. 989, 1015 e 1017; na jurisprudência, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31/03/2011, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Manuel Braz, disponível em www.dgsi.pt.



interesse colectivo^{212/213}, pelos seus gerentes ou administradores, sem quebra do princípio *ne bis in idem* (art.º 30.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau), uma vez que só se procede à (unívoca) valoração da conduta naturalística do ente colectivo, enquanto exteriorização de a) um domínio da organização para a execução do crime, e b) um domínio da organização para a não comissão do crime.

Assim, a esta luz se compreende que não se valora duplamente o mesmo comportamento naturalístico, quer da pessoa colectiva, quer da pessoa física, mas tão – só se valora uma única vez a conduta naturalística do ente colectivo, surgindo a conduta naturalística da pessoa física (*rectius*, o gerente ou o administrador) fagocitada pela manifestação de sentido da própria colectividade.²¹⁴

3) O tipo legal de crime de “riqueza injustificada” (art.º 28.º, n.º 1 da Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho) - seu confronto analógico com o tipo legal de crime de enriquecimento ilícito declarado inconstitucional, com força obrigatória geral, pelos Acórdãos do Tribunal Constitucional de Portugal n.º 179/2012 e n.º 377/2015

O art.º 28.º, da Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho, sobre a declaração obrigatória de rendimentos e interesses patrimoniais de funcionários e agentes públicos, dispõe sob a epígrafe «*riqueza injustificada*», o seguinte:

Os obrigados à declaração nos termos do art.º 1.º que, por si ou por interposta pessoa, estejam na posse de património ou rendimentos anormalmente

212 Cunhado dogmaticamente como algo que “*abarca tudo o que importa à vida da sociedade, no quadro do seu objecto social, tudo o que importa para que a sociedade possa realizar os seus fins, ainda que se trate de actos meramente instrumentais, pois o que importa e verdadeiramente releva é que o bem jurídico lesado ou posto em perigo o fim na prossecução de um interesse da sociedade, ou seja, visando desenvolver a actividade da sociedade, ou seja, visando desenvolver a actividade da sociedade, prosseguir o seus fins sociais*”; Neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, «*Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*», *cit.*, p. 263.

213 Sendo necessária a prova da existência de proveitos ou vantagens advenientes para o ente colectivo, em resultado da prática do crime, diferentes dos que resultariam para um ou mais agentes, singularmente considerados; Neste sentido, v. ANA MEXIA, «*A intervenção do administrador da insolvência no processo penal em representação e defesa da pessoa colectiva insolvente insolvente e arguida*», in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 22, N.º 4, Outubro – Dezembro 2012, Director: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, lançamento em Dezembro de 2013, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 647.

214 Neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO, «*Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos, Algumas questões em torno da interpretação do art.º 11.º, do Código Penal*», *cit.*, p. 67.

superiores^{215/216} aos indicados nas declarações anteriores prestadas e não justifiquem, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou não demonstrem satisfatoriamente a sua origem lícita, são punidos com pena de prisão até três anos e multa até 360 dias.

O património ou rendimentos cuja posse ou origem não haja sido justificada nos termos do número anterior, pode, em decisão judicial condenatória, ser apreendido e declarado perdido a favor da Região Administrativa Especial de Macau.

A questão (candente) que se coloca é a de aferir da solvabilidade constitucional desta concreta disposição legal.

O Professor Jorge Godinho tem-se inclinado pela existência, nesta disposição legal, de uma vera inversão do ónus da prova²¹⁷.

Na óptica deste autor, “o facto descrito pela lei como crime é um mero estatuto que, por si, não representa um ataque a qualquer bem jurídico²¹⁸. A conclusão geral, é que tal crime é meramente um expediente, com vista a superar dificuldades de provar a prática de crimes, através de uma inversão do ónus da prova”²¹⁹.

Porém, obtempera JORGE GODINHO, dizendo que “isto não é constitucionalmente admissível. As presunções baseiam-se em regras da

215 Quanto à densificação deste conceito impreciso-tipo, a mais autorizada doutrina tem considerado que “na versão actual, o crime só se refere a património anormalmente superior, deixando-se entrever que uma superioridade de pouca monta do património do funcionário em relação ao constante da declaração não deverá ser considerada e não terá relevância ou dignidade penal”; Neste sentido, JORGE GODINHO, «Do Crime de «Riqueza Injustificada» (Artigo 28.º da Lei N.º 11/2003, de 28 de Julho)», in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Ano XI, número 24, 2007, p. 20.

216 Entendemos que o legislador macaense, à semelhança do que fez o legislador português no art.º 372.º, n.º 3, do Código Penal, introduziu uma *cláusula de adequação social*, que exclui a tipicidade da conduta do funcionário. Porquanto, e recordando a lição de ZIPF, “o uso do conceito de adequação social pelo legislador neste domínio como critério de interpretação do tipo mais não significa do que o reconhecimento de uma incapacidade da sua parte, a incapacidade de descrever sem lacunas ou excessos uma forma específica de danosidade social estritamente dependente de representações móveis da própria sociedade”; Neste preciso sentido, na doutrina alemã, ZIPF, «Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht», in ZStW 82 (1970), pp. 647-648.

217 V. JORGE GODINHO, «Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau», cit., p. 30.

218 V. JORGE GODINHO, «Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau», cit., p. 30.

219 V. JORGE GODINHO, «Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau», cit., p. 31.

experiência, que podem ser erradas em certos casos. A presunção, neste caso, é que terão sido cometidos crimes adicionais. Em direito penal, as presunções violam a regra constitucional oposta, a de presunção de inocência. O artigo 28.º da Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho, prevê uma inversão do ónus da prova para efeitos de aplicação de reacções penais penais, e, como tal, viola a Lei Básica da RAEM, que consagra o princípio da presunção de inocência do arguido”²²⁰.

Porque assim é, continua JORGE GODINHO, “*avulta desde logo o facto de estarmos perante um crime que não se baseia numa acção ou omissão, mas apenas numa situação ou estado em que o arguido é encontrado, qual seja, a posse de bens de origem não explicada. A reacção penal fundamenta-se apenas na suspeita da prática de outros crimes, de que o património superior ao declarado será um indício*”²²¹.

É de referir que o legislador português, em 2012 e em 2015, (tentou) introduzir diversas normas jurídicas de teor semelhante ao do tipo legal de crime de «riqueza injustificada» (art.º 28.º, n.º 1, da Lei n.º 2003, de 28 de Julho); normas jurídicas sobre as quais recaiu, respectivamente, em sede de fiscalização abstracta preventiva, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 179/2012 e n.º 377/2015, dentre as quais, para o que aqui interessa, destaca-se o crime de «enriquecimento ilícito» e o «crime de enriquecimento injustificado».

Em apertada síntese, a norma jurídica, referente ao crime de «enriquecimento ilícito», apresentava a seguinte redacção:

“Artigo 335.º-A

Enriquecimento ilícito

1 - Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão até três anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por património todo o ativo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a

220 V. JORGE GODINHO, «Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau», cit., p. 31.

221 Neste sentido, JORGE GODINHO, «Do Crime de «Riqueza Injustificada» (Artigo 28.º da Lei N.º 11/2003, de 28 de Julho)», cit., p. 27.

aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro.

3 - Para efeitos do disposto no n.º 1, entendem-se por rendimentos e bens legítimos todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada.

4 - Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível.

5 - Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 exceder 350 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos.”

O Tribunal Constitucional de Portugal, no Acórdão n.º 179/2012 e no n.º 377/2015, julgou inconstitucional, com força obrigatória geral, respectivamente, a norma referente à criminalização do enriquecimento ilícito²²² e do enriquecimento injustificado²²³, argumentando, em síntese, que o tipo legal de crime de ‘enriquecimento ilícito’ está construído a partir de três modalidades típicas: adquirir património sem origem lícita determinada e incompatível com rendimentos e bens legítimos; possuir património sem origem lícita determinada e incompatível com rendimentos e bens legítimos; ou deter património sem origem lícita determinada e incompatível com rendimentos e bens legítimos.

A descrição dos elementos típicos supõe que o agente adquira, possua ou detenha património, entendendo-se por património todo o ativo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas

222 Sobre a análise dogmática da criminalização do enriquecimento ilícito, RUI PATRÍCIO, «*Sete pecados mortais (Sobre a Criminalização do “enriquecimento ilícito”)*», in Revista do Ministério Público, ano 34, n.º 136, Outubro – Dezembro de 2013, Coimbra Editora, Coimbra, (2014), pp. 139-150.

223 O Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 377/2015, disponível em www.dgsi.pt, pronunciou-se pela inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 1.º, n.º 1, e 2.º do Decreto n.º 369/XII da Assembleia da República (crime de enriquecimento injustificado) por violação dos artigos 18.º, n.º 2, 29.º, n.º 1 e 32.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, cujo teor era sensivelmente idêntico ao (revogado) *crime de enriquecimento ilícito*, mas que fazia alusão (sub-reptícia) à declaração fiscal anual de rendimentos e à sua discrepância – a lei falava em “*incompatibilidade*” – em relação ao património (incompatível) com aqueles rendimentos declarados. Anote-se que esta proposta de lei foi asperamente criticada, com excelentes argumentos, por PEDRO CAEIRO, “*Quem cabritos vende e cabras não tem*”, in: *Instituto Jurídico, Projecto Desafios Sociais, Incerteza e Direito*, Coimbra, (2015), *passim*, manuscrito gentilmente cedido pelo autor.

a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro (artigos 335.º-A, n.ºs 1 e 2, 386.º, n.ºs 1 e 2, e 27.º-A, n.ºs 1 e 2); sem origem lícita determinada (artigos 335.º-A, n.º 1, 386.º, n.º 1, e 27.º-A, n.º 1); *incompatível* com os seus rendimentos ou bens legítimos, entendendo-se por rendimentos e bens legítimos todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada (artigo 335.º-A, n.ºs 1 e 3) ou, *tratando-se de funcionário* ou de titular de cargo político ou de alto cargo público, todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada, designadamente os constantes em declaração de património e rendimentos (artigos 386.º, n.ºs 1 e 3, e 27.º-A, n.ºs 1 e 3); e que o valor da incompatibilidade exceda 100 salários mínimos mensais (artigos 335.º-A, n.º 4, 386.º, n.º 4, e 27.º-A, n.º 4).

Desta descrição típica resulta que o conteúdo do ilícito é o mesmo ainda que o agente da prática do crime de enriquecimento ilícito seja funcionário, titular de cargo político ou titular de alto cargo público.

E dela resulta também, numa interpretação que a norma, tal como vem redigida, necessariamente comporta, que o que se pretende punir é a *incompatibilidade* existente entre o património adquirido, detido ou possuído e os rendimentos e bens legítimos do agente, património esse que, não tendo origem lícita determinada, indicia que o acréscimo patrimonial adveio da prática anterior de crimes.

Isso mesmo se extrai tanto da epígrafe '*enriquecimento ilícito*', como da parte final do n.º 1 de cada artigo, quando aí se deixa expresso que «... *se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal*», e, bem assim, dos respetivos '*trabalhos preparatórios*', onde se pode colher com toda a clareza que a incriminação em causa visa obstar a que os mais diversos crimes fiquem impunes em função das mais diversas vicissitudes, incluindo processuais.

Ora, se a finalidade é punir, através da nova incriminação, *crimes anteriormente praticados e não esclarecidos processualmente, geradores do enriquecimento ilícito, então não há um bem jurídico claramente definido*, o que acarreta necessariamente a inconstitucionalidade da norma. Pune-se para proteger um qualquer *bem jurídico indefinido* (v.g., *a autonomia intencional do Estado, o património, a liberdade sexual, saúde pública* ...).

Daqui haver-se-á de concluir, em consonância com o já supra referido, que “... *toda a norma incriminatória na base da qual não seja suscetível de se divisar um bem jurídico-penal claramente definido é nula, porque materialmente inconstitucional*”, conclui o Tribunal Constitucional de Portugal.

Quanto à questão do bem jurídico subjacente à construção de um tipo legal

de crime, no que concerne à teoria monista – pessoal, o contrato social significa a renúncia de todos os indivíduos de uma parcela da liberdade natural em favor da convivência pacífica e somente a violação das liberdades contratualmente asseguradas pode ser considerada como crime²²⁴; no que respeita à teoria constitucional de bem jurídico, que se encontra vertida no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012 e n.º 377/2015, os interesses dignos de tutela penal devem deduzidos ou extraídos directamente da constituição, ou seja, devem ser determinados segundo o quadro axiológico nele estabelecido^{225/226}, conferindo, desse modo, uma presunção de legitimidade do legislador²²⁷, escorado, pois, no cimento que agrega e congrega a comunidade jurídica: o princípio da certeza do direito²²⁸.

A esta luz se entende, então que, o direito penal e o direito constitucional mantêm entre si certas e íntimas relações de cruzamento²²⁹, e é essa a razão pela qual a doutrina tem entendido que, em relação a estes tipos legais de crimes, se ocasiona um direito penal conformador do “status”²³⁰, cujo conteúdo de ilicitude se esgota na incongruência entre o património e os rendimentos lícitos do agente²³¹.

224 Neste sentido, na doutrina alemã, ROLAND HEFENDEHL, «*Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*», Köln, (2005), pp. 139-140.

225 Neste sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE, «*Constituição e Legitimação do Direito Penal*», in *Diálogos constitucionais entre Brasil-Portugal*, Organização: ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES/JACINTO NÉLSON DE MIRANDA COUTINHO, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 53.

226 Neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «*O “Direito Penal do Bem Jurídico” como Princípio Jurídico – Constitucional. Da Doutrina Penal, da Jurisprudência Constitucional Portuguesa e das suas relações*», in *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 36-37.

227 Neste sentido, JOSÉ DE FARIA COSTA, «*Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não liberal*», in *Revista de Legislação e Jurisprudência* ano 142.º, N.º 3978, Janeiro – Fevereiro 2013, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 246.

228 Neste sentido, JOSÉ DE FARIA COSTA, «*O princípio da igualdade, o direito penal e a constituição*», in *Revista de Legislação e Jurisprudência* ano 141.º, N.º 3974, Maio – Junho 2013, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 293.

229 Neste sentido, em anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012, JOSÉ DE FARIA COSTA, «*Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plaidoyer por um direito penal não liberal e ético –socialmente fundado*», in *Revista de Legislação e Jurisprudência* ano 141.º, N.º 3973, Março – Abril 2012, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 252.

230 Neste sentido, em anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012, JOSÉ DE FARIA COSTA, «*Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plaidoyer por um direito penal não liberal e ético –socialmente fundado*», *cit.*, p. 258.

231 Neste sentido, PEDRO CAEIRO, «*Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial,*

3.1) A Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro – breve descrição²³²

A Lei n.º 5/2002²³³ “estabelece um regime especial de recolha de prova, quebra do segredo profissional e perda de bens a favor do Estado” (o que decorre desde logo do n.º 1 do seu art.1), relativamente a um “catálogo de crimes” que indica, a saber: a) Tráfico de estupefacientes, nos termos dos artigos 21.º a 23.º e 28.º, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro; b) Terrorismo e Organização Terrorista; c), Tráfico de Armas; d) Corrupção passiva e peculato; e) Branqueamento de capitais; f) Associação Criminosa; g) Contrabando; h) Tráfico e viciação de veículos furtados; i) Lenocínio e Tráfico de menores; j) Contrafacção de moeda e de títulos equiparados a moeda, sendo que os crimes indicados nas alíneas g) a j) do referido art. 1), só entrarão no âmbito deste diploma legal se forem praticados “de forma organizada”²³⁴ (art.º 1.º, n.º 2, da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro).

Ou seja: não basta a simples prática de um crime de catálogo para se aplicar o referido regime especial, sendo antes necessário que se prove que o mesmo foi praticado de forma organizada²³⁵.

Em termos de enquadramento jurídico dessa sanção (que decorre desse regime especial de “perda de bens”²³⁶, Damião da Cunha²³⁷ defende que se

os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”», in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, N.º 2, Abril – Junho 2011, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 298.

232 Neste ponto, seguiremos de muito perto o que escrevemos em HUGO LUZ DOS SANTOS, «O Acórdão Varvara c. Itália e o confisco alargado na União Europeia: um passo atrás no “crime doesn’t pay”?», in Scientia Iuridica (SI), Tomo LXIII, N.º 334, Janeiro/Abril de 2014, Braga, (2014), pp. 98-108.

233 Sobre a análise da Lei N.º 45/2011, de 24 de Junho, que criou o Gabinete de Recuperação de Activos e o Gabinete de Administração de Bens, o estudo de HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES, «Recuperação de activos na criminalidade económico – financeira – viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão.», Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público edição, 2013, pp. 26 e seguintes.

234 Neste sentido, JOÃO GOUVEIA DE CAIRES, «O regime processual aplicável ao crime organizado (económico - financeiro): âmbito de aplicação de Lei N.º 5/2002, de 11 de janeiro, o regime do sigilo e do registo de voz e imagem», in Direito Penal Económico e Financeiro, Conferência do Curso Pós – Graduado de Aperfeiçoamento, Coordenadores Maria Fernanda Palma; Augusto Silva Dias; Paulo de Sousa Mendes, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 460 e ss.

235 Neste sentido, o excelente Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13/05/2009, relatado pela Exma. Senhora Desembargadora Maria do Carmo Silva Dias, disponível em www.dgsi.pt, que seguiremos, com a devida e merecida vénia, de muito perto, mesmo textualmente.

236 Neste sentido, JORGE A. F. GODINHO, «Brandos Costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1.º e 7.º a 12.º)», in Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 1316.

237 Neste sentido, JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, «Perda de bens a favor do Estado - artigos 7-12 da Lei

trata de uma medida de carácter não penal (no sentido de que nada tem a ver com um crime), de carácter análogo a uma sanção administrativa (uma sanção de suspeita^{238/239}, condicionada à prova de um crime).

A novidade desse regime sancionatório especial (*que vai coexistindo com as normas previstas nos artigos 109º a 112º do CP*, embora delas se diferenciando e autonomizando quando estabelece a presunção contida no art.º 7 da Lei nº 5/2002, ficando a sua ilisão a cargo do arguido) assenta, como diz Damião da Cunha²⁴⁰, “em dois pontos essenciais”:

a) por um lado, e do ponto de vista substantivo, o facto de ser uma sanção que visa reprimir vantagens presumidas de uma actividade criminosa, baseada num juízo de incongruência entre o património do arguido e o rendimento lícito do mesmo (art.º 7º);

b) por outro lado, e agora de um ponto de vista processual, o reconhecimento de uma regra de inversão de ónus da prova (art.º 9º), impondo-se ao arguido a prova da licitude dos seus rendimentos.

Ou, na síntese de Jorge A. Godinho²⁴¹, “no essencial, o regime consiste na presunção iuris tantum da origem ilícita dos bens de pessoas condenadas pela prática de certos crimes (descritos no art.º 1º), com vista a proporcionar o confisco das presumidas vantagens de suposta actividade criminosa anterior. Trata-se sem dúvida de uma verdadeira e própria presunção²⁴², pela qual certo facto, desconhecido e não comprovado (a ilicitude da origem de certo património), é inferido de outros factos, conhecidos e comprovados.

A presunção dispensa a probatio diabólica da origem ilícita, que

nº 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira)», in Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 134.

238 No âmbito problemático da criminalização do “crime de enriquecimento ilegítimo”, no que respeita à *suspeita* da prática anterior de crimes, referindo-se a um “direito penal conformador do status” ou “direito penal do estamento” como desvios ao “direito penal do autor”, FARIA COSTA, «Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plaidoyer por um direito penal não iliberal e ético – socialmente fundado», in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 141, n.º 3973, Março - Abril de 2012, p. 258.

239 Sobre os matizes do “direito penal do autor”, na doutrina alemã, HANS JOACHIM HIRSCH, «Tats-*trafrecht: ein hinreichend beachtetes Grundprinzip?*», in Prittwitz, Cornelius (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüdersen, Baden-Baden: Nomos, 2002, pp. 253 e ss.

240 Neste sentido, JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *cit.*, p. 123.

241 Neste sentido, JORGE A. GODINHO, *cit.*, p. 1318.

242 Neste sentido, HÉLIO RIGOR RODRIGUES, «Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes. Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis», in Revista do Ministério Público, Ano 34, n.º 134, Abril- Junho de 2013, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 238.

normalmente caberia à acusação, distribuindo ao arguido o ónus de provar o contrário.”

Isto significa que, a liquidação do montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado (art.º 8.º n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro) - tal como a posterior (se for o caso) condenação a declarar o valor que deve ser perdido (art. 12.º, n.º 1, da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro) - que assenta num “juízo de prognose para o passado”²⁴³, terá de ser feita com recurso a factos concretos e objectivos, descrevendo o respectivo património global do arguido^{244/245}, bem como o valor da parte que é congruente com o seu rendimento lícito, de modo a perceber-se que é a diferença entre um e outro (a diferença entre o valor do património global e o valor do património lícito) que se presume constituir vantagem da actividade criminosa, ou seja, o tal património incongruente^{246/247/248} (art. 7.º, n.º 1 da mesma lei).

Isso mesmo decorre, também, do próprio n.º 3 do art. 7 da Lei n.º 5/2002 quando refere que se consideram “*sempre como vantagens de actividade criminosa, os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens que estejam nas condições previstas no artigo 111º do Código Penal*”²⁴⁹.

Quer a liquidação, quer a condenação não podem ser feitas de forma arbitrária, sem indicação de todo o património do arguido²⁵⁰, sob pena de não se

243 Neste sentido, DAMIÃO DA CUNHA, *cit.*, p. 129, nota 3.

244 No sentido de que a declaração de perda engloba *todo o património do arguido*, pronunciou-se muito recentemente a jurisprudência italiana, o *Corte Costituzionale Italiano* (Tribunal Constitucional Italiano), de 9 de Fevereiro de 2012, n.º 21.

245 No sentido de que a declaração de perda alargada engloba a *totalidade do património do arguido*, Neste sentido, ÉRICO FERNANDO BARÍN, “Alargar a perda alargada: o Projecto Fénix”, in: *C & R, Revista da Concorrência e da Regulação*, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Direcção: JOÃO ESPÍRITO SANTO NORONHA/LUÍS SILVA MORAIS, Ano IV, Números 16, Outubro/Dezembro de 2013, Almedina, Coimbra, 2013, p. 83.

246 Neste sentido, PEDRO CAEIRO, *cit.*, p. 313.

247 Neste sentido, JORGE DIAS DUARTE, «Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro. Breve Comentário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado», *Revista do Ministério Público* n.º 89, 2002, p. 151.

248 Neste sentido, JORGE DOS REIS BRAVO, «Criminalidade contemporânea e discurso de legalidade. Breve itinerário crítico sobre o quadro normativo de prevenção e combate à criminalidade organizada», *Direito e Justiça*, III Série, n.º 8, Julho/Dezembro de 2006, p. 128.

249 Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13/05/2009, relatado pela Exma. Senhora Desembargadora Maria do Carmo Silva Dias, disponível em www.dgsi.pt.

250 Referindo, com bons argumentos, que se “*consideram integrados no património do agente do crime, não só os activos de que ele é proprietário no momento presente, mas os bens que este teve, que deveria ter, e aqueles que, não sendo formalmente, são por ele dominados*”, HÉLIO RIGOR RODRIGUES, *ob. cit.*, como na nota 221.

assegurar o direito a um processo justo e equitativo, nem as próprias garantias de defesa do arguido, incluindo o direito ao contraditório²⁵¹ (e, por essa via, poder contribuir, participando de forma constitutiva, “na declaração do direito ao caso concreto”), o que sempre constituiria frontal violação do disposto nos arts. 20.º nº 4, e 32.º nº 1 e 5 da CRP²⁵².

Ou seja: aquela presunção contida no art. 7.º nº 1 da Lei nº 5/2002 apenas “*exonera o MP de demonstrar que os bens (ou certos bens) têm uma fonte criminosa, ainda que meramente provável*”, mas não o dispensa de alegar os factos concretos pertinentes que integram a dita presunção e que constituem a referida “*liquidação*”.

E, porque a sanção se traduz no tal “*confisco*” do *valor do património incongruente do condenado, impõe-se previamente discriminar o seu património global*, de modo a ser definido claramente o objecto do pedido.

Por isso, Damião da Cunha²⁵³ chama à atenção que «*o que o Ministério Público liquida na acusação é todo o património do arguido (condenado), porque, tanto nas regras da prova, mas sobretudo na Exposição de motivos, o que se presume é que, de facto, todo o património tem origem criminosa - e é com base nesta presunção que o Ministério Público tem que operar para efeitos de liquidação. O que verdadeiramente cabe ao arguido (condenado) é obstar, resistir, a uma execução “excessiva”*».

Tal significa para o Ministério Público, *o dever de apresentar, na liquidação, todo o património do arguido*, e o *excesso* depende da *contraprova* do arguido²⁵⁴.

A própria definição de património contida no art. 7.º nº 2 da Lei nº 5/2002 (como diz o mesmo Autor) aponta que, para efeitos de cálculo da sanção (e, portanto, para efeitos de liquidação), há que confrontar o património global do

251 Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal* (lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por Maria João Antunes), FDUC, 1988, p. 111, “*a necessidade de dar maior fixidez e concretização ao princípio do contraditório, autonomizando-o decididamente do princípio da verdade material e do direito de defesa do arguido, leva à sua concepção como princípio ou direito de audiência; como (...) oportunidade conferida a todo o participante processual de influir, através da sua audição pelo tribunal, no decurso do processo*”.

252 Neste sentido, art.º 6 § 1 da Convenção Europeia dos Direitos Homem, quando estabelece que “*qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei (...)*”.

253 Neste sentido, DAMIÃO DA CUNHA, *cit.*, p. 143, acrescentando que a sanção «*se baseia numa regra de cálculo, puramente matemático, e por isso é uma sanção de carácter puramente objectivo (quase fiscal) que não tem qualquer elemento de “pessoalidade”*».

254 Neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, «*Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*», Universidade Católica Editora, 2011, p. 341.

arguido²⁵⁵, que é “constituído por todos os bens que estejam aí referidos” (por todos os bens que estejam referidos no art. 7.º n.º 2 citado).

Também Jorge Godinho²⁵⁶ assinala que “pressuposto de índole fáctica é desde logo a titularidade ou disponibilidade de bens²⁵⁷: se a acusação não identificar quaisquer bens susceptíveis de confisco, a medida não tem aplicação prática, por falta de objecto.

Pese embora “*o confisco incida sobre o valor «incongruente», não justificado*”, a “base de cálculo” é o «*valor do património do arguido*» - em princípio *todo o património* está sujeito a confisco.

Desta forma, bastará ao Ministério Público elencar, e.g. os imóveis, contas bancárias, automóveis, embarcações, títulos cambiários do arguido.²⁵⁸

3.2) Questões nucleares sobre o *confisco alargado* e sobre os “*bona fide purchasers*” afectados pela declaração de perda de bens a favor da Região Administrativa Especial de Macau (art.º 28.º, n.º 2 da Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho): análise da jurisprudência recente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e da Jurisprudência do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América – alusão à categoria dogmática norte - americana da *wilful blindness*²⁵⁹

Em face da redacção conferida ao art.º 28.º, n.º 2, da Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho, “*O património ou rendimentos cuja posse ou origem não haja sido justificada nos termos do número anterior, pode, em decisão judicial condenatória, ser apreendido e declarado perdido a favor da Região Administrativa Especial de Macau*”, a questão que se coloca é *quid iuris* quando existem *terceiros de boa fé* afectados pela declaração de perda de bens a favor da Região Administrativa Especial de Macau? E quando existem *terceiros* que não se sabe se estão (ou não) de boa fé²⁶⁰?

255 Enfatizando que “*a perda de vantagens da actividade ilícita deverá abranger apenas a valorização líquida do património do arguido*”, JOÃO CONDE COREIA, *cit.*, p. 91.

256 Neste sentido, JORGE GODINHO, *cit.*, p. 1342.

257 A esta problemática referir-nos-emos infra mais detidamente.

258 Neste sentido, JORGE GODINHO, *cit.*, p. 1345.

259 Neste ponto, seguiremos de muito perto o que escrevemos em HUGO LUZ DOS SANTOS, «*O Acórdão Varvara c. Itália e o confisco alargado na União Europeia: um passo atrás no “crime doesn’t pay”?*», *cit.*, pp. 103-108.

260 Sobre o confisco de bens de terceiros, JOÃO CONDE CORREIA, *cit.*, p. 72-76; mais recentemente, JOÃO CONDE CORREIA, “Reflexos da Directiva 2014/42/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Abril de 2014, sobre o congelamento e perda de instrumentos e produtos do crime na União Europeia no direito português vigente, in: *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, (2014-II), Coimbra Editora, (2015), pp. 107-108.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), na esteira do que havia afirmado no Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (GRAND CHAMBER/TRIBUNAL PLENO) de 30 de Junho de 2007 (Queixa N.º 44302/02), Caso «*J.A. PYE (OXFORD) LIMITED AND J.A. PYE (OXFORD) LAND LIMITED v. UNITED KINGDOM*²⁶¹», considerou, no Acórdão *Pyrantiené c. Lituânia*, de 12 de Novembro de 2013, e ainda que noutra ângulo analítico constante do art.º art.º 1.º, n.º 1, do Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que não existem, por um lado, obstáculos à perda de bens com base na “*adversed possession*” (usucapião), sem qualquer compensação monetária; e, por outro lado, em geral, a perda de bens só pode ser *sustada* se houver “*bona fide purchasers*” (terceiros de boa fé)²⁶².

Todavia, do referido Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) *Pyrantiené c. Lituânia* (2ª secção), de 12 de Novembro de 2013, à semelhança do sucedido no Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) *Braniste c. Roménia* (3ª secção), de 05 de Novembro de 2013, não *emerge* nem uma noção jurisprudencialmente segura, nem uma noção dogmaticamente operativa do que sejam “*terceiros de boa fé*”²⁶³.

É nesse pressuposto que, tendo em vista a *operacionalização* de uma noção dogmaticamente segura dos “*terceiros de boa fé*”, buscaremos o inestimável auxílio hermenêutico da doutrina e da jurisprudência norte-americanas, em matéria da “*wilful blindness*”, principalmente quando não é seguro se o terceiro está (ou não) de boa fé; ou seja, quando poderá, por força de uma *ligação especial* ao arguido, ter *conhecimento* que o bem de que é proprietário, mas que está no *domínio fáctico* do arguido, constitui uma *vantagem económica da actividade criminosa anterior do arguido* e que, por isso, deverá ser declarado perdido a favor da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM).

Com efeito, no sistema jurídico norte – americano são identificados quatro títulos de imputação subjectiva (ao contrário dos sistemas jurídicos continentais, que adoptam um sistema dualista, exclusivamente baseado nas figuras do dolo e da negligência).

261 Sobre a minuciosa análise deste Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ABÍLIO VASSALO DE ABREU, «*Titularidade Registral do Direito de propriedade imobiliária versus Usucapião (“Adversed Possession”)*», Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 99 e ss.

262 Neste sentido, referindo que a medida não deve *afectar* terceiros de boa fé, que tenham adquirido legalmente os bens; AUGUSTO SILVA DIAS, «*Criminalizada Organizada e Combate ao Lucro Ilícito*», ASFIC-PJ E IDPCC-FDUL, 2º Congresso de Investigação Criminal, Coordenação Científica de Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo Sousa Mendes, Coimbra, Almedina, 2010, p. 45.

263 Enfatizando que “*não está vedada a interpretação segundo a qual os direitos de terceiros de boa fé tenham adquirido vantagens sub specie recompensas*”, PEDRO CAEIRO, *cit.*, p. 272.

Assim, de acordo com o Model Penal Code²⁶⁴, em particular a sua secção 2.02, o autor do facto criminoso pode actuar *Purposely, Knowingly, Recklessly* ou *Negligently*.

À parte da questão do *concreto* preenchimento do *tipo subjectivo de ilícito*, constantes dos parágrafos 3 e 5, que não se desenvolverá por não ser absolutamente pertinente para a economia do presente artigo, é, contudo, importante sinalizar que a jurisprudência e a doutrina dos Estados Unidos têm revelado particular preocupação com a análise da relação entre *Knowledge* e *Wilful Blindness*.

Concretamente, pretende-se avaliar se o agente que não conhece efectivamente as circunstâncias do facto, *mas cujo desconhecimento resulta de uma decisão voluntária de não conhecer*, pode ser jurídico – penalmente responsabilizado por uma infracção que, ao nível subjectivo, depende daquele conhecimento.

Em particular, a *wilful blindness* está relacionada com a circunstância de o agente se colocar conscientemente numa situação de cegueira (*blindness*) perante os factos.

No sistema americano, esta questão tem sido colocada muito frequentemente no âmbito do tipo legal de crime de tráfico de estupefacientes, o qual implica que o agente “*conheça*” o facto de estar a praticar actos materiais – produção, distribuição, venda ou detenção – sobre uma substância proibida (*controlled substance*)²⁶⁵.

Assim, a doutrina^{266/267} e a jurisprudência do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (US SUPREME COURT), têm caminhado, quer com base na doutrina dos “*traceable proceeds*”, que estatui que as propriedades e os fundos que facilitaram a actividade criminosa deverão ser declarados perdidos a favor

264 O Model Penal Code consiste num texto proposto em 1962, pelo American Law Institut, como possível denominador (standard) da legislação penal dos vários Estados federados e que, actualmente, apesar de não ter assumido a forma de lei, assume influência relevante para a doutrina e para a jurisprudência que a ela frequentemente recorrem como modelo interpretativo.

265 Neste sentido, JOÃO MATOS VIANA, «*O administrador que assina sem prévia confirmação, documento com conteúdo ilícito; caso de conhecimento ou ignorância do facto típico*», in Direito Penal Económico e Financeiro, Conferências do Curso Pós – Graduação de Aperfeiçoamento, Coordenadores Maria Fernanda Palma; Augusto Silva Dias; Paulo de Sousa Mendes, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 96-105, que seguimos e seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

266 Neste sentido, STEVEN SCHARCZ/ALAN E. ROTHMAN, «*Civil Forfeiture: a higher form of commercial law*», in Fordham Law Review, Volume 62, pp. 277-304.

267 Neste sentido, STEFAN D. CASSELLA, «*The Innocent owner defense to civil asset forfeiture, Civil Forfeiture reform act of 2000 creates a Uniform Innocent Owner Defense to Most Civil Forfeiture Cases Filed by Federal Government*», in Selected Works of STEFAN D. CASSELLA, 2001, p. 29.

do Estado²⁶⁸; quer com base na “relation back doctrine”, que estatui que todos os direitos, títulos e interesses patrimoniais encontrados no domínio e posse do arguido “shall give rise to civil forfeiture²⁶⁹”, (sendo de asseverar, porém, que este concreto regime jurídico, particularmente agressivo, emergiu da aplicação do “1970 DRUG CONTROL ACT” e do “ANTI – DRUG ABUSE ACT OF 1986”); quer ainda com base no “innocent owner deffense”, no sentido da protecção dos bona fide purchasers²⁷⁰.

Todavia, o mesmo Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América tem negado provimento aos recursos dos (alegados) *bona fide purchasers*, com base, justamente, na ideia motriz que “um proprietário que permanece “*wilful blind*” não tem legitimidade para reivindicar os benefícios emergentes do “*innocent owner deffense*”^{271/272}.

Deste modo se, por exemplo, num caso concreto, A, a quem não são conhecidos quaisquer bens provenientes de fonte lícita de rendimentos, oferece um automóvel de alta cilindrada à sua namorada, mãe, pai, irmãos ou primos, ou a qualquer outra pessoa com uma ligação especial ao arguido A, que desconfiam, ou não deveriam ignorar, que o mesmo se dedica, ao tráfico de estupefacientes donde obtém elevados rendimentos, e se mais tarde A é encontrado no domínio fáctico do referido automóvel de alta cilindrada, nada impede que esse bem seja liquidado, arrestado e declarado perdido a favor da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), uma vez que o (a) proprietário (a) do automóvel

268 Neste sentido, os Acórdãos do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (US SUPREME COURT), *United States v. Certain Funds on Deposit in Account*, E.D.N.Y, 1991; *United States v. Dacarrett*, Nos 1264, 1265, 92 – 6229, 92-6259; *United States v. Banco Cafetero Panamá*, 797, F.2, 1154, (2d Cir.1986).

269 Neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (US SUPREME COURT), *United States v. Buena Vista Ave II*, 113, S. Ct, 1126, 1993.

270 Neste sentido, os Acórdãos do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (US SUPREME COURT), *United States v. One 1987 Volkswagen Jetta* 760 F. Supp. 772, 775 (W.D. Mo, 1991); *United States v. one 45 Douglas C- 54* (DC-4).

271 Neste sentido, Acórdãos do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (US SUPREME COURT), *United States v. 316 United of Mun. Secs.* 725, F. Supp. 172, 180, (S.D.N.Y.M., 1989); *United States v. 1977 Porsche Carrera*, 748, F. Supp. 1180, 1185 (W.D. Tex. 1990), *aff'd*, 946, F, 2d 30 (5th Cir. 1991); *United States v. Real Property 874 Gartel Drive*, 79 F.3d 918, 1996.

272 Sobre a *innocent owner deffense* no quadro da “*civil forfeiture*” e de uma questão (candente) nos Estados Unidos da América em torno da “*nazi looted artwork*” e da “*Laches defense*”, que não desenvolveremos, e do recente Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (US SUPREME COURT), *United States v. Portrait of Wally*, 663, F. Supp. 2d 232, 238, (S.D.N.Y.), 2009; PATRICIARUIZ, «*If you could say it in words, there'd be no reason to paint: recovering beloved works of art through civil forfeiture*», in: *Northern Illinois Law Review*, Volume 3, Fall 2011, Number 1, pp. 37 e ss.

de alta cilindrada é “wilful blind”²⁷³, porque estava plenamente ciente das circunstâncias suspeitas que rodearam a compra do automóvel e conformou-se com aquela oferta.

Deste modo, em síntese, a doutrina^{274/275/276} e a jurisprudência do Supremo Tribunal Americano consideram que o pressuposto do “conhecimento” fica preenchido sempre que o *estado mental do agente* corresponda a uma situação de *wilful blindness*.

O que bem se compreende.

Na verdade, atenta a teoria do contacto social, e havendo uma ligação especial²⁷⁷ entre o arguido e o terceiro (alegadamente) de boa fé, formam-se a partir desse aforismo os denominados círculos de diligência devida²⁷⁸, consubstanciados no universo de deveres de protecção (Schutzpflichten)²⁷⁹ que emergem na esfera jurídica do terceiro, sob a forma de um ónus de proteger, pelo acesso à informação, o seu património; isto é, desse círculo de diligência devida resulta um especial dever de monitorização da proveniência do dinheiro que procedeu à aquisição do referido automóvel.

O que significa que se o terceiro (o proprietário desse automóvel) não observar esse ónus de monitorização, consubstanciado, nomeadamente, na restituição imediata do automóvel, sibi imputet, devendo o automóvel ser declarado perdido a favor da Região Administrativa Especial de Macau (art.º 28.º, n.º 2, da Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho) não sendo, pois, considerado

273 Para um caso semelhante, de “Wilful blindness”, Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (US SUPREME COURT), *United States v. Giovanetti*, 919, F. 2d 1223 (7th Circuit 1990).

274 Neste sentido, DOUGLAS HUSAK/GRAIG CALLENDER, «*Wilful ignorance, knowledge and the “equal culpability” thesis: a study of deeper significance of the principle of legality*», in *Winsconsin Law Review*, 29, (1994), pp. 10 e ss.

275 Neste sentido, ROBIN CHARLOW, «*Willful ignorance and criminal culpability*», in *Texas Law Review*, 70, 1992, pp. 1434 e ss.

276 Neste sentido, JOÃO MATOS VIANA, «*O administrador que assina sem prévia confirmação, documento com conteúdo ilícito; caso de conhecimento ou ignorância do facto típico*», cit., pp. 96-105, que vimos seguindo de muito perto, mesmo textualmente.

277 Neste sentido, na doutrina alemã, GÜNTHER TEUBNER, «*Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gezetzbuch*», II, Luchterhand, Neuwied, 980, & 242, n.º 58.

278 Neste sentido, ainda que noutra âmbito temático, MIGUEL BRITO BASTOS, «*Deveres Acessórios de informação. Em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador*», in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano V (2013), Números I-II, Director: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Coimbra, Almedina, 2013, p. 275.

279 Neste sentido, PEDRO CAETANO NUNES, «*Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores*», in *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 217.

terceiro de boa fé^{280/281}, nos termos referidos pela doutrina nacional e estrangeira, bem como pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América.

O que se encontra perfeitamente alinhado com a noção de terceiros de boa – fé^{282/283}, para efeitos jurídico – civis, enquanto ignorância, sem culpa²⁸⁴, das vicissitudes que afectam o núcleo essencial do estatuto patrimonial de um bem móvel sujeito a registo.

O que significa que, sob pena de quebra do princípio da unidade da ordem jurídica²⁸⁵ (art.º 30.º, n.º 1, do Código Penal de Macau)²⁸⁶, que confere uma certa uniformidade e coerência internas²⁸⁷, ou coerência local²⁸⁸, ao ordenamento jurídico²⁸⁹, essa noção de terceiros de boa fé, normativamente recortada do

280 Referindo-se ao “núcleo protector do terceiro de boa fé”, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, «*O art.º 5.º do Código do Registo Predial e a compra e venda imobiliária*», in Revista O Direito, Ano 143, 2011, V, Coimbra, Almedina, 2012, p. 978.

281 Aduzindo à boa fé como “*princípio fundamental do direito privado*», ANA MARIA TAVEIRA DA FONSECA, «*Publicidade espontânea e publicidade provocada de direitos reais sobre imóveis*», in Cadernos de Direito Privado N.º 20, CEJUR, Braga, Coimbra Editora, 2008, p. 21.

282 Neste sentido, MARIA ISABEL MENÉRES CAMPOS, «*A reserva de propriedade do vendedor ao financiador*», Tese de Doutoramento, Coleção Estudos CEJUR (Centro de Estudos Jurídicos do Minho), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 123-127.

283 Neste sentido, MÓNICA JARDIM, in «*Efeitos substantivos do Registo Predial, Terceiros para efeitos de registo*», Tese de Doutoramento, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 550 - 564.

284 Neste sentido, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, in «*Invalidez e Registo. A protecção do Terceiro Adquirente de Boa Fé*», Tese de Doutoramento, Coimbra, Almedina, 2010, p. 676.

285 Sobre o *princípio da unidade da ordem jurídica*, JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, «*O problema da Unidade do Ordenamento Jurídico. Reflectindo sobre Castanheira Neves e o seu “sistema aberto e de reconstrução dialéctica”*», in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, 3, Volume I: Filosofia, Teoria e Metodologia, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 1010-1032.

286 Sobre o *princípio da unidade da ordem jurídica*, na doutrina norte-americana, HAROLD J. BERMAN, «*Law and Revolution. The formation of western legal tradition*», Cambridge/Massachusetts/London: in Harvard University Press, pp. 7-41.

287 Neste sentido, *princípio da unidade da ordem jurídica*, na doutrina norte-americana, JOSEPH RAZ, «*The relevance of coherence*», in Boston University Law Review, n.º 72, pp. 310 e ss.

288 Neste sentido, ANTÓNIO CORTÊS, «*Fundamentos e Limites da Argumentação Jurídica – Uma reflexão sobre o Direito e a Justiça*», in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Volume I: Filosofia, Teoria e Metodologia, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 394.

289 Neste sentido, sobre o *princípio da unidade da ordem jurídica*, ANDRÉ LAMAS LEITE, «*Direito Penal e discriminação religiosa – subsídios para uma visão humanista*», in Revista “O Direito”, Ano 144, Volume IV, Director: JORGE MIRANDA, 2012, lançamento em Maio de 2013, (2013), Coimbra, Almedina, pp. 871.

âmbito do direito civil, deve ser transposta para o âmbito do direito penal²⁹⁰, conferindo, assim, operatividade à noção de terceiros de boa fé afectados pela declaração de perda de bens a favor da Região Administrativa Especial de Macau (art.º 28.º, n.º 2, da Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho).

3.3) Medidas de combate ao branqueamento de capitais em Macau -- O Gabinete de Informação Financeira. Proposta de lege ferenda de criação de um *Assets Recovery Agency*, fulcral no que se refere à determinação e localização do património ilícito do branqueador, tendo em vista a sua posterior apreensão e perda a favor da Região Administrativa Especial de Macau: análise da jurisprudência recente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, da Jurisprudência do Supremo Tribunal do Reino Unido e do Tribunal de Cassação Italiano acerca da natureza jurídica do confisco e dos poderes do *Assets Recovery Agency* – Breve descrição do Gabinete de Recuperação de Activos criado em Portugal pela Lei N.º 45/2011, de 24 de Junho

Considerando que a Lei n.º 2/2006 estabelece medidas destinadas a prevenir e reprimir o crime de branqueamento de capitais, medidas essas igualmente aplicáveis na prevenção e repressão do financiamento ao terrorismo nos termos da Lei n.º 3/2006²⁹¹;

Considerando que o n.º 2 do artigo 8.º da referida Lei n.º 2/2006 prevê que a competência para centralizar, analisar e facultar às entidades competentes as informações respeitantes a operações que façam suspeitar da prática do crime de branqueamento de capitais ou envolvam valores relevantes seja atribuída a uma entidade a criar ou a qualquer outra já existente;

Considerando que é conveniente que tal competência seja atribuída a uma nova entidade, tendo em conta que o exercício da mesma exige recursos humanos com conhecimento especializado em áreas diversas;

Usando da faculdade conferida pelo artigo 50.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau e nos termos do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 85/84/M, de 11 de Agosto, o Chefe do Executivo mandou²⁹²:

290 Neste sentido, no âmbito do *princípio da unidade do ordenamento jurídico*, referindo-se à evitação da “*contradição axiológica*” entre o direito civil e o direito penal, FARIA COSTA, «*Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plaidoyer por um direito penal não iliberal e ético-socialmente fundado*». [Anotação ao Acórdão n.º 179/2012 - Processo n.º 182/12]», in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 141, n.º 3973 (Mar-Abr. 2012), p. 262-264.

291 Neste sentido, Boletim Oficial da Região Administrativa Especial de Macau— I Série 1025 n.º 32 — 7-8-2006, que transcrevemos textualmente.

292 Por Despacho do Chefe do Executivo n.º 227/2006, que ordenou a criação do Gabinete de Informação Financeira (GIF), que transcrevemos textualmente.

“1. É criado o Gabinete de Informação Financeira, doravante designado por GIF.

2. O GIF tem a natureza de equipa de projecto e a duração previsível de três anos, eventualmente prorrogável.

3. É função do GIF centralizar, analisar e facultar às entidades referidas nas alíneas 3) e 4) do n.º 4 do presente despacho as informações respeitantes ao crime de branqueamento de capitais e ao crime de financiamento ao terrorismo.

4. Para prossecução da função referida no número anterior, compete ao GIF:

1) Receber as informações prestadas ao GIF nos termos do artigo 7.º do Regulamento Administrativo n.º 7/2006 e com os elementos constantes daquelas informações criar e manter uma base de dados;

2) Analisar as informações recebidas e participar ao Ministério Público as operações que façam suspeitar da prática do crime de branqueamento de capitais ou do crime de financiamento ao terrorismo;

3) Apoiar, quando fundamentadamente solicitado, os órgãos de polícia criminal e as autoridades judiciais, bem como quaisquer outras entidades com competências de prevenção ou repressão do crime de branqueamento de capitais ou do crime de financiamento ao terrorismo, designadamente através da cedência de dados e da prestação de apoio técnico-pericial;

4) Facultar a, e receber de, entidades exteriores à Região Administrativa Especial de Macau as informações respeitantes ao crime de branqueamento de capitais ou ao crime de financiamento ao terrorismo, em cumprimento de acordos inter-regionais ou de qualquer outro instrumento de direito internacional, nos termos referidos na alínea anterior;

5) Colaborar na elaboração e revisão das orientações contra o branqueamento de capitais e o financiamento ao terrorismo com as entidades públicas com responsabilidades pela emissão dessas mesmas orientações;

6) Desenvolver acções de divulgação e educação do público em geral sobre temáticas relacionadas com o combate ao crime de branqueamento de capitais e ao crime de financiamento ao terrorismo;

7) Elaborar um relatório anual, a apresentar ao Secretário para a Economia e Finanças, sobre a actividade desenvolvida pelo GIF respeitante a cada ano civil.

5. O GIF pode, para o desempenho das funções que lhe estão atribuídas, solicitar informações a quaisquer entidades públicas ou privadas”.

Aqui chegados a questão que se coloca, e que tem sido punctualizada pela mais autorizada doutrina em escritos recentes, é a de saber quais os mecanismos adequados para, principalmente nos casinos de Macau, garantir a *prevenção/*

*detecção (risk-based approach)*²⁹³ de actividades suspeitas reconduzíveis à prática do tipo legal de crime de branqueamento de capitais.

Não desenvolveremos a questão, perfeitamente sedimentada pela mais abalizada doutrina na Região Administrativa Especial de Macau, dos *client-related duties*, recentemente cunhada de “*customer due diligence*”, em sede dos casinos de Macau²⁹⁴.

Centraremos a nossa atenção no confisco^{295/296/297/298/299} das vantagens ilícitas emergentes da prática anterior de crimes, nomeadamente na necessidade, de lege ferenda, de criação de um Assets Recovery Agency que se destine a coadjuvar as autoridades judiciárias competentes, principalmente o Ministério Público, enquanto titular da acção penal, na determinação do património ilícito dos arguidos em sede da criminalidade económico – financeira, geradora, como é consabido, de elevados proventos financeiros, para efeitos de declaração de perda dessas vantagens ilícitas a favor da Região Administrativa Especial de Macau.

293 Neste preciso sentido, JORGE GODINHO, «*The Prevention of Money Laundering in Macau Casinos*», in *Gaming Law Review and Economics*, Volume 17, Number 4, (2013), p. 270.

294 Neste preciso sentido, v. JORGE GODINHO, «*The Prevention of Money Laundering in Macau Casinos*», *cit.*, pp. 269-272.

295 V., numa perspectiva transnacional, sobre o *congelamento de bens*, JORGE GODINHO, «*When Worlds Collide: Enforcing UN SC Assets Freezes in the EU Legal Order*», 16, in *European Law Journal* 67 (2010), *passim*.

296 No sentido que, à luz da Lei N.º 5/2002, de 11 de Janeiro, o *confisco* se trata de uma “*sanção materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal*”; PEDRO CAEIRO, «*Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reiditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)*», *cit.*, p. 311.

297 No mesmo sentido, de que o confisco configura uma *medida administrativa*, Acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Raimondo c. Italie*, 22 février 1994, série A n.º 281-A, p. 17, §§ 30 et 43; *Prisco c. Italie* (déc.), n.º 38662/97, 15 juin 1999; *Arcuri et autres c. Italie* (déc.), n.º 52024/99, 5 juillet 2001; et *Riela et autres c. Italie* (déc.), n.º 52439/99, 4 septembre 2001.

Em sentido contrário, na jurisprudência do *Tribunal de Cassação Italiano*, estatuiu que esta providência configura uma *medida de segurança* (Tribunal de Cassação Italiano, decisão de 3 julho de 1996, n.º 18), sendo recentemente considerada como «*objectivamente punitiva*» (*oggettivamente sanzinatoria*) e, portanto, submetida ao *princípio da não retroactividade das penas* (Tribunal de Cassação Italiano, decisão de 13 de novembro 2012).

298 No sentido de que o confisco configura uma *sanção penal*, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *Varvara c. Italie*, de 29 de Outubro de 2013, disponível em www.echr.coe.int/echr.

299 A mais recente e autorizada doutrina inglesa considera o *confisco* uma *sanção penal*; Neste sentido, COLIN KING, «*Civil Forfeiture and Article 6 of the ECHR: due process implications for England & Wales and Ireland*», in *Legal Studies*, The Society of Legal Scholars, University of Manchester, (2013), pp. 2-5.

Com efeito, refere o Professor JORGE GODINHO, relativamente ao Gabinete de Informação Financeira (GIF), a funcionar na Região Administrativa Especial de Macau, que “*the creation of a financial intelligence unit specialized in the collection and analysis of suspicious transactions reports, called Gabinete de Informação Financeira or Financial Intelligence Office, was an importante innovation introduced in 2006*”³⁰⁰.

Permitimo-nos afirmar que é necessário ir mais longe no combate à criminalidade económico- financeira, principalmente no que respeita à *repressão* dos elevados réditos por esta proporcionados. Preconizamos, por isso, a criação, na Região Administrativa Especial de Macau, de um *Assets Recovery Agency*³⁰¹ que avocaria, como se disse, amplos poderes de identificação e localização dos activos susceptíveis de futura declaração de perda a favor da Região Administrativa Especial de Macau, bem como a adopção das medidas necessárias à sua recuperação³⁰².

O que bem se compreende.

Na verdade, “*a principal motivação da criminalidade organizada além-fronteiras é o que constitui um estímulo para cometer mais infracções a fim de obter mais lucros*”³⁰³.

Por essa razão, a repressão da criminalidade que visa o lucro “*não ultrapassará a fase platónica se não se voltar para a recuperação de activos, isto é, dos instrumentos com que foi cometida a infracção (...) e para os bens e produtos por ele gerados. As intenções ético- retributiva e preventiva que tradicionalmente presidem ao direito penal só lograrão plena satisfação se, a par do sancionamento com as penas adequadas, os agentes do crime sofrerem*

300 Neste preciso sentido, v. JORGE GODINHO, «*The Prevention of Money Laundering in Macau Casinos*», *cit.*, p. 273.

301 A esse propósito, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal do Reino Unido (*UK Supreme Court*), afirma que é suficiente, no que se refere aos poderes do ARA (*assets recovery agency*), o estabelecimento da actividade criminosa anterior “*on the balance of probabilities*”; neste sentido, *Gale v. SOCA* (2011), *Uksc* 49, 26/10/2011; mais recentemente, no mesmo sentido, *Peacock v. Serious Fraud Agency* (2012), de 22/02/2012, ambos disponíveis em http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2011_0196_PressSummary.pdf.

302 Muito recentemente, o Supremo Tribunal do Reino Unido (*UK Supreme Court*), no Acórdão *Szepietowski* (nee Seery) (Appellant) v *The National Crime Agency* (formerly the *Serious Organised Crime Agency*) (Respondent) [2013] UKSC 65, de 23 de Outubro de 2013, referiu que, no âmbito dos poderes do *Assets Recovery Agency*, em sede do “*civil proceeding*”, não existe um “*right to marshal*” por parte dessa agência estatal, em relação a todos os bens imóveis integrantes do património do (s) arguido (s), disponível em http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2011_0196_PressSummary.pdf.

303 Neste sentido, considerando 1.º da Decisão – Quadro 2007/845/JAI, do Conselho, de 06 de Dezembro de 2007.

o abalo económico resultante da perda a favor do Estado ou das vítimas dos bens ou produtos que hajam obtido”³⁰⁴.

Porquanto, ao lado da *investigação criminal* existe a *investigação patrimonial ou financeira*.

Assim, de acordo com a lei portuguesa (que seguiremos neste ponto), uma coisa será a investigação realizada no inquérito, segundo os cânones e com as finalidades tradicionais, e outra bem diferente, a *investigação financeira ou patrimonial* documentada num apenso (art.º 4.º, n.º 5, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho)³⁰⁵ e com objectivos específicos. Ainda que contemporâneos ou sobrepostas (umbilicalmente ligadas) as duas investigações são distintas³⁰⁶.

Com o propósito de garantir a repressão da criminalidade que visa o lucro, o Gabinete de Recuperação de Activos foi criado em Portugal pela Lei n.º 45/2011 de 24 de Junho, em cumprimento das orientações que constavam da Decisão 2007/85/JAI, do Conselho, de 06 de Dezembro de 2007.

O Gabinete de Recuperação de Activos foi criado na dependência da Polícia Judiciária, e detém atribuições de investigação análogas às dos órgãos de polícia criminal (art.º 2.º, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho), sendo um verdadeiro auxiliar da Administração da Justiça, com as inerentes prerrogativas e deveres³⁰⁷, existindo um dever de cooperação dos órgãos de polícia criminal com o Gabinete de Recuperação de Activos, nos termos do artigo 10.º, n.º 1, da Lei n.º 48/2008, 27 de Agosto.

A *investigação financeira ou patrimonial*, a cargo do Gabinete de Recuperação de Activos, é realizada, como não podia deixar de ser, por determinação, e só por determinação, do Ministério Público, enquanto *dominus* do inquérito (art.º 4.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho).

A *investigação financeira ou patrimonial*, a cargo do Gabinete de Recuperação de Activos, só pode ser desencadeada quando se trate de

304 Neste sentido, EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, «*A proposta de Lei sobre o Gabinete de Recuperação de Activos (Um passo no Caminho certo)*», in Revista do CEJ, n.º 14, Almedina, Coimbra, (2010), p. 183.

305 Sobre a análise da Lei N.º 45/2011, de 24 de Junho, que criou o Gabinete de Recuperação de Activos (GRA) e o Gabinete de Administração de Bens (GAB), o minucioso estudo de HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES, «*Recuperação de activos na criminalidade económico – financeira – viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão.*», Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público edição, 2013, pp. 26 e seguintes.

306 Neste sentido, JOÃO CONDE CORREIA, «*Da Proibição do confisco à perda alargada*», Imprensa Nacional da Casa da Moeda, Lisboa, (2012), p.193.

307 Neste sentido, HÉLIO RIGOR RODRIGUES, «*Gabinete de Recuperação de Activos – O que é, para que serve e como actua*», in Revista do Centro de Estudos Judiciários, I Volume 2013, Direcção: ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM/PAULO GUERRA, Almedina, Coimbra, (2014), p. 69.

instrumentos, bens ou produtos relacionados com crimes puníveis com pena de prisão igual ou superior a 3 anos (art.º 4.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho), e quando o valor estimado dos mesmos seja superior a 1000 unidades de conta (art.º 4.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho), o que se justifica tendo em conta o princípio de *minimis non curat praetor*, que tem como fundamento axiológico -constitucional o *princípio da proporcionalidade em sentido estrito* (art.º 18.º, n.º 2, da CRP); e cuja intervenção pode (deve) ser suscitada quando o magistrado do Ministério Público pretenda, quer uma *perda alargada de bens a favor do Estado* (art.º 7.º a 11.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro), quer uma *perda clássica de bens a favor do Estado* (art.º 109.º a 112.º, do Código Penal Português; art.º 35.º a 38.º, do Decreto – Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro).

Apreendendo bens cujo valor exceda as 50 unidades de conta, deverá o Gabinete de Recuperação de Activos suscitar a intervenção do Gabinete de Administração de Bens, nos termos do art.º 11.º, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho, garantindo-se assim o dever de monitorização e conservação desses bens que impende sobre o Estado.

O *direito ao contraditório* do afectado pela apreensão dos bens realizada pelo Gabinete de Recuperação de Activos é assegurado através da intervenção, a pedido do titular dos bens ou direitos, do juiz de instrução, em sede do qual poderá requerer a modificação ou a revogação da medida (art.º 4.º, n.º 3, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho).

A lei Portuguesa atribuiu ao Gabinete de Recuperação de Activos um conjunto de *quatro* missões³⁰⁸.

Em *primeiro lugar*, o Gabinete de Recuperação de Activos, tem como objectivo principal proceder à identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes, a nível interno e internacional (art.º 3.º, n.º 1, art.º 4.º, n.º 1, 3 e 8, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho).

Em *segundo lugar*, salienta-se a função do Gabinete de Recuperação de Activos enquanto auxiliar das autoridades judiciárias na realização dos actos de cooperação judiciária pertinentes, nos termos do art.º 9.º, n.º 2, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho.

Em *terceiro lugar*, compete ao Gabinete de Recuperação de Activos assegurar a cooperação com os gabinetes de recuperação de activos criados por outros Estados, nos termos do art.º 3.º, n.º 1, art.º 9.º, n.º 1 e art.º 19.º, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho.

308 Neste sentido, HÉLIO RIGOR RODRIGUES, «Gabinete de Recuperação de Activos – O que é, para que serve e como actua», *cit.*, pp. 69-70, que seguiremos, neste apartado, de muito perto, mesmo textualmente.

Em *quarto lugar*, cabe ao Gabinete de Recuperação de Activos proceder à recolha, análise e tratamento de dados estatísticos sobre a apreensão, perda e destinação dos bens ou produtos relacionados com crimes e exercer as demais atribuições que lhe sejam confiadas, nos termos do art.º 3.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho.

Em suma, através da criação de um Assets Recovery Agency, de configuração mais ou menos semelhante ao Gabinete de Recuperação de Activos português ou ao Serious Fraud Agency inglês, a Região Administrativa Especial de Macau poderá densificar os alicerces da *policy*³⁰⁹ que se polariza no sentido de que o “crime doesn’t pay”^{310/311}, porquanto existe um “societal interest in crime control”³¹².

Funchal (Madeira, com um relance do olhar para as Desertas), 08 de Novembro de 2015.

309 Neste sentido, na doutrina norte – americana, RONALD DWORKIN, «*The Model of Rules I, Taking Rights Seriously*», London, (1997), pp. 26 e ss.

310 Neste sentido, IAN DENNIS «*The human rights Act and law of criminal evidence: ten years on*», in *Sydney Law Review*, 333, 346, (2011).

311 Neste sentido, JORGE GODINHO «*Para uma reforma do tipo de crime de “branqueamento de capitais”*», in *Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Político – Criminais, Homenagem ao Professor Peter Hünerfeld* (Organizadores: MANUEL DA COSTA ANDRADE, JOSÉ DE FARIA COSTA, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, HELENA MONIZ, SÓNIA FIDALGO), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 1000.

312 Neste sentido, COLIN KING, *cit.*, p. 21.