

O estranho caso da nova lei de branqueamento capitais portuguesa
The curious case of the new anti-money laundering Portuguese law

João Luz Soares

Doutorando em Direito (Nova School of Law)

Nova School of Law - Universidade Nova de Lisboa

Campus de Campolide 18, 1099-032 Lisboa

joaosoares@rsa-lp.com

<https://orcid.org/0000-0003-4648-4891>

Agosto de 2020

RESUMO: Este artigo pretende adereçar as fragilidades da nova Lei de Branqueamento de Capitais portuguesa (Lei 83/2017), partindo daquilo que é o apport legislativo internacional, com especial relevância para a 5.ª e 6ª Diretivas comunitárias. Para lá de uma simples constatação das características gerais do quadro legal supra referido, o presente estudo pretende afirmar-se como uma crítica construtiva às fragilidades (especificidades) existentes. De facto, esta nova Lei de Branqueamento de Capitais move-se em meandros de difícil operacionalização, sendo que a transposição do quadro legal relativo à prevenção do branqueamento de capitais, tem levantado um interesse concreto por parte das profissões jurídicas que lidam de perto com esta realidade. Existem, como tal, dificuldades de entendimento das obrigações emergentes daquele novo quadro legal, exacerbadas, até, e num plano de fundo, pelo surgimento de regimes sancionatórios sectoriais próprios amiudadas vezes em contradição com o regime geral, em flagrante violação dos mais basilares princípios gerais de Direito desta nova umbrela legal.

PALAVRAS-CHAVE: Branqueamento de Capitais; Lei 83/2017; Direito Penal Económico; Financiamento ao Terrorismo.

ABSTRACT: Starting from what is the international legislative apport, with special relevance to the 5th and 6th Community Directives, this article aims to address the new Portuguese Anti-Money Laundering Law (Law 83/2017) fragilities. More than a simple verification of the general characteristics of the aforementioned legal framework, this study intends to assert itself as a constructive criticism to the existing weaknesses (specificities) of the abovementioned law. In fact, this new anti-Money Laundering Law moves in intricacies that are difficult to implement, and the transposition of the legal framework regarding the prevention of money laundering has raised a concrete interest on the part of the legal professions that deal closely with this reality. As such, there are difficulties in understanding the obligations arising from that new legal Portuguese framework, exacerbated, even, and in a background approach, by the emergence of specific sectoral sanctioning regimes, often in contradiction with the general regime, in flagrant violation of the most basic general principles of Law.

KEY WORDS: Money Laundering; Portuguese AM Law 83/2017; Economic Criminal Law; Terrorism Financing.

SUMÁRIO:

Preliminares

1. Ponto de partida: o artigo 368.º-A do CP Português e a Lei 83/2017

1.1. Breve consideração do artigo 368.º-A do CP

1.2. O quadro legal vigente: da Directiva (UE) 2015/849 ao enquadramento legislativo nacional

2. A Lei 83/2017: as fragilidades

2.1. Os ilícitos criminais e o modelo sancionatório da Lei 83/2017: que equilíbrio?

2.2. A competência instrutória e decisória disseminada

2.3. Um fito economicista?

2.4 Dever de Comunicação de Operações Suspeitas

2.5 A punibilidade da tentativa e negligência

2.6 A não proibição da *reformatio in pejus*

3. *Food for thought*: a Lei 83/2017 entre convergências e divergências

Referências bibliográficas

Preliminares: a crise que abalou o mundo e o aumento da sensibilidade relativamente aos temas de direito penal económico

É forçoso referir a “actual” ambiência, ou, pelo menos, o sentimento que grassa/grassou na última década e que pode ajudar a explicar o desenvolvimento do interesse temático que se veio a verificar na área do designado Direito Penal Económico. Vivemos um momento histórico de análise da organização e estruturação das diversas áreas de actuação em que um esforço de definição orgânico e de competências é tremendamente requisitado. De facto, a crise financeira de 2007 acarretou a necessidade de reflexão e equacionamento ao nível dos diferentes comportamentos dos sujeitos e instituições do grande teatro financeiro internacional. Fê-lo pela intrincada percepção que a mundialização e globalização, nomeadamente no campo financeiro, não se reportavam, apenas, a uma *golden age*, a uma autêntica época áurea de implementação, expansão e crescimento desmedido e utópico do sistema financeiro. Fê-lo, sobretudo, porque gradualmente começou a germinar uma sólida convicção que aquela foi uma crise sem paralelo, quer pela sua génese, expansão e efeito de contaminação, mas, sublinhe-se, pela forma única como os *standards* de controlo não a conseguiram conter ou subverter¹. A crise de 2007 “*Não é uma crise como as outras, mas o fim de uma era*”². Esta ideia de fim de ciclo é, a nosso ver, fundamental e tem a grande mais-valia de perceber que nos encontrávamos num momento fractal, de *paradigm shift*.

Os inúmeros escândalos, mais ou menos mediatizados, assim como os inúmeros processos com contornos duvidosos que assolaram a nossa aldeia global, transformaram a forma como as pessoas encararam as instituições financeiras e seus produtos. Paralelamente a forma quase despudorada como alguns agentes financeiros multiplicavam e exponenciavam lucros³, por caminhos sinuosos⁴, fez com que a idade da inocência fosse superada, exigindo-se um esforço proactivo de reparação da confiança dos investidores. Mas estes laivos da crise e da perda de confiança também se repercutiram, até, no demarcado âmbito do direito penal, nomeadamente, a montante, com uma maior preocupação de abordagem a este fenómeno e aos denominados *white collar crimes*, assim como noutros âmbitos temáticos de Direito Penal

¹ Cfr. GEORGE SOROS, *O Novo Paradigma dos Mercados Financeiro. A Crise Financeira de 2008 e o seu significado*, Coimbra, Edições Almedina, 2009, p.141. Nas palavras de George SOROS “Estamos no meio de uma crise financeira como não se via desde a Grande Depressão da década de 30. Não é, certamente, o prelúdio para outra Grande Depressão; a História não se repete (...) Ao mesmo tempo, a actual crise não se pode comparar às crises periódicas que atingiram segmentos particulares do sistema financeiro desde a década de 80 (...). Esta crise não se limita a uma empresa ou segmento particular do sistema financeiro. Colocou todo o sistema à beira de um colapso e está a ser contida com grande dificuldade. Isto terá consequências extensas”

² Cfr. GEORGE SOROS, *ob. cit.*, *loc. cit.*.

³ “Os executivos e os directores de uma empresa conhecem o seu negócio melhor do que qualquer analista em Wall Street. Sabem quando é que um produto está a vender bem, quando é que os inventários estão a acumular, sabem se as margens de lucros estão a expandir-se ou se os custos de produção estão a subir... Sempre ouvimos falar em dinheiro fácil. Geralmente, isto é dinheiro fácil” (Cfr. “Individual Investor” (Fev. 1998, p. 54) *apud* PEDRO CARVALHO; JOÃO DUQUE, “Insider Trading” na *Euronext Lisbon*”, in *Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários*, n.º 28, Dezembro 2007, p.1)

⁴ “Some of America’s best and brightest were devoting their talents to getting around standards and regulations designed to ensure the efficiency of the economy and the safety of the banking system. Unfortunately, they were far too successful, and we are all - homeowners, workers, investors, taxpayers - paying the price” (Cfr. JOSEPH STIGLITZ, “The Fruit of Hypocrisy” in *Guardian*, 16 de Setembro de 2008. Disponível na World Wide Web: <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2008/sep/16/economics.wallstreet>)

Económico, e, a jusante, com o desenvolvimento legislativo (até por imposição de directivas europeias) de abordagem a essas realidades.

Precisamente, é também esta ambiência que ajuda a justificar uma certa tendência que se relaciona com a tomada colectiva de consciência para os fenómenos relacionados com esse mundo económico, com a conseqüente necessidade de os prevenir e, subsequentemente, a necessidade premente de a eles reagir. Situamo-nos, pois, e descendo daquilo que era uma abordagem genérica para uma consideração concreta, no âmbito da resposta à criminalidade económica⁵. Criminalidade económica essa que é caracterizada por uma autêntica síndrome de Sísifo⁶, aqui consubstanciada na inexistência de um *locus delicti*, na pluralidade de crimes cometidos e, muitas vezes, na lentidão na resposta a este tipo de criminalidade, que também exige, quer no branqueamento de capitais, quer em todos os outros “crimes económicos”, a urgente definição de critérios de luta contra a criminalidade económica. Nesse ensejo⁷, o papel do Estado, a necessária exigência de cooperação entre os estados⁸, o contributo das questões ou pontos doutrinários (i.e. através da aplicação da lei penal no espaço) são essenciais. É que a evolução ao segundo daqueles novos espaços exigirá, também, um esforço complementar na estipulação de critérios de luta contra a criminalidade que ali (naqueles novos espaços) surgem. E isso só será possível, humildemente consideramos, partindo do passado (dos critérios de aplicação penal no espaço “tradicionais”), mas projectando para o futuro (em que o princípio da aplicação universal poderá ter também um papel importante).

1. O ponto de partida: o artigo 368.º-A do CP Português e a Lei 83/2017

1.1 Breve consideração do artigo 368.º-A do CP Português

O primeiro passo é claro e relaciona-se com a assunção do próprio conceito de branqueamento de capitais, da referência às várias fases de operacionalização do fenómeno, e, claro, à sua consagração primária no Código Penal Português (“CP”). É que parece grassar alguma

⁵ Cfr. JOSÉ FÁRIA COSTA. “O fenómeno da globalização e o direito penal económico” in *Direito Penal e Globalização. Reflexões não locais e pouco globais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 87: “a resposta à criminalidade, desde a génese do actual “Estado” moderno, tem sido encabeçada unicamente pela própria estrutura e intencionalidade jurídico-política decorrentes, precisamente, desse mesmo Estado moderno. Sucede, porém, que a criminalidade económica (...) tem cada vez menos espaço, um território nacional, onde se desenvolva e perpetre. Efectivamente, se até aos anos oitenta essa mesma criminalidade já tinha plúrimos territórios onde se desenvolvia, hoje está, cada vez mais, em lugar nenhum”.

⁶ Cfr. JOSÉ FÁRIA COSTA, *ob. cit.*, *loc. cit.* a este propósito: “De sorte que, não obstante o efeito desvalioso se produzir, é certo, em um ou em vários territórios nacionais, é indiscutível que procurar ou destrinçar quem é quem, por exemplo, na cadeia de autoria se torna, não só tarefa labiríntica mas também atitude ou empenhamento, por banda da Polícia, Ministério Público e Juizes, que tem muito de exasperante síndrome de Sísifo”.

⁷ Cfr. JOSÉ FÁRIA COSTA, *ob. cit.*, p. 94.

⁸ “(...) a cooperação tem de fazer-se, sem o mínimo de transigências, a montante do fenómeno criminal – aí actuam as polícias no seu sentido mais lato norteadas e estribadas por uma articulada e firme política criminal – a meio – aqui a cooperação é já intrajudicial, opera-se no campo das próprias magistraturas – e a jusante – ou seja, um certo acompanhamento, um follow-up da situação, que vai dar retorno de informação ao primeiro momento fechando-se, aqui, o círculo” (JOSÉ FÁRIA COSTA, *ob. cit.*, p. 95-96).

confusão entre aquilo que é a precisa previsão do ilícito criminal, no artigo já referido, e aquilo que é um modelo/patamar de prevenção do fenómeno, com um modelo de ilícitos e sancionatório próprio, previsto na Lei 83/2017.

O branqueamento de capitais enquanto fenómeno é a transformação ilícita dos proventos resultantes de atividades ilícitas, que visam a dissimulação da origem ou do proprietário real dos fundos, em capitais reutilizáveis nos termos da lei, dando-lhes uma aparência de legalidade. O processo engloba, assim, três fases distintas: a fase de colocação (*placement*) onde os bens e rendimentos são colocados nos circuitos financeiros e não financeiros; a fase de circulação (*layering*) onde os bens e rendimentos são objeto de múltiplas e repetidas operações, com o propósito de os distanciar da sua origem criminosa, apagando (branqueando) os vestígios da sua proveniência e propriedade; e, por último, a fase de integração (*integration*) onde os bens e rendimentos, depois de reciclados, são reintroduzidos nos circuitos económicos legítimos (por exemplo, através da sua utilização na aquisição de bens e serviços). A análise terá que sempre iniciar pelo número 1 do referido artigo, que funciona como previsão-elenco ou previsão catálogo⁹. Catálogo esse (*lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, tráfico de armas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal, tráfico de influência, corrupção e demais infrações referidas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, e no artigo 324.º do Código da Propriedade Industrial, etc.*) que é pressuposto de operacionalização da própria “aplicabilidade” do artigo 368.º-A do CP¹⁰.

O número 2 do referido artigo define, por sua vez, as práticas proibidas e incriminadas, i.e., contendo os elementos objectivos do tipo¹¹. No fundo os movimentos, entendidos como condutas, proibidos reportam-se a estes movimentos: *converter, transferir, auxiliar ou facilitar*. Movimentos esses a que o número 3 do citado artigo acaba por adicionar, ainda, *ocultar ou dissimular*.

⁹ Como refere MIGUEZ GARCIA, “As principais dificuldades práticas na aplicação do artigo 368.º-A não decorrem dos factos do catálogo, nas do princípio do lugar da proveniência, uma vez que sem esta determinação será bem difícil a comprovação do facto prévio. Se apenas se provar que a vantagem foi adquirida através de um crime, mas não que este é um crime de catálogo, o crime de branqueamento não fica preenchido. Referimo-nos apenas às dificuldades prático-probatórias, naturalmente, por ser irrelevante, no plano típico, o local do cometimento do crime precedente, atento o disposto no n.º 4: a punição tem lugar ainda que os factos que integram a infração subjacente tenham sido praticados fora do território nacional, ou ainda que se ignore o local da prática do facto ou a identidade dos seus autores. Tudo na anotação ao artigo 368.º-A do CP em MIGUEZ M. GARCIA; J.M. CASTELA. CP, Parte Geral e Especial Comentado, Coimbra, Edições Almedina, pp. 1280-1281.

¹⁰ “Não haverá branqueamento sem infração precedente passível de incluir no n.º1, por fazer parte do catálogo, por ser uma das abrangidas pela remissão ou por se tratar de uma infração punida com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos”- cfr. MIGUEZ M. GARCIA; J.M. CASTELA, ob. cit., loc. cit.

¹¹ “Quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, directa ou indirectamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infracções seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal, é punido com pena de prisão de dois a doze anos.” Refere o número 3 que “na mesma pena incorre quem ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou os direitos a ela relativos”.

Por sua vez, o número 4¹² do referido artigo consagra que *o que parece ser* uma aplicabilidade fora do território nacional menos lata, no ilícito criminal, do que a propugnada pelo regime de prevenção. Embora em relação aos crimes precedentes, a aplicabilidade do crime de branqueamento de capitais seja feita ainda que se ignore o local da prática do facto ou a identidade dos seus autores ou ainda que os factos do crime precedente tenham sido praticados fora do território nacional, a verdade é que aí existem restrições¹³.

Acresce que, nos termos do número 6, *a pena prevista nos n.ºs 2 e 3 é agravada de um terço se o agente praticar as condutas de forma habitual*, no que é uma assunção clara da punição do fenómeno em causa quando executado numa égide de prática reiterada e eventualmente ligada a associação criminosa. Refira-se, ainda, que nos termos do número 9 do referido artigo *A pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens*, no que parece ser uma abordagem aproximativa aos mundos conexos do(s) *whistleblowers* e da delação premiada.

Pelo exposto, resulta claro que o bem jurídico protegido pela incriminação é a realização de justiça quanto à adopção das medidas necessárias à perseguição e à eliminação dos defeitos de determinadas actividades criminosas. No fundo, o crime de branqueamento é, por isso, um crime de perigo abstracto em que se consideram as condutas que possam pôr em perigo a realização da justiça. Obviamente que para além da óbvia inserção sistemática no CP que atesta a protecção do bem jurídico referido, não podemos deixar de considerar que o fenómeno de branqueamento de capitais, enquanto estabelecendo pontes lógicas de contacto com outras realidades jurídicas, acaba por tocar, também, e por poder ofender, sobretudo, outros bens jurídicos, naquilo que é uma vertente de possibilidade *pluriofensiva*¹⁴. A concretização destas características essenciais revela, também, a necessidade de uma abordagem evolutiva do tipo penal: partindo dos tipos objectivos e subjectivos estipulados no artigo 368.º-A do CP, mas com a densificação “complementar” da Lei 83/2017 e do conceito de branqueamento de capitais ali propugnado. Com uma voz de fundo que nos lembra que na articulação do regime previsto no CP com o regime previsto no espectro do quadro sancionatório próprio da Lei 83/2017, dificilmente atingiremos um equilíbrio sustentável. Com estas características gerais em mente, e agora tempo de fazer uma breve resenha do caminho legislativo nacional e comunitário de enquadramento do fenómeno.

¹² A punição pelos crimes previstos nos n.ºs 2 e 3 tem lugar ainda que se ignore o local da prática do facto ou a identidade dos seus autores, ou ainda que os factos que integram a infração subjacente tenham sido praticados fora do território nacional, salvo se se tratar de factos lícitos perante a lei do local onde foram praticados e aos quais não seja aplicável a lei portuguesa nos termos do artigo 5.º.

¹³ Salvo se se tratar de factos lícitos perante a lei do local onde foram praticados e aos quais não seja aplicável a lei portuguesa nos termos do artigo 5.º.

¹⁴ Neste sentido, ANA CARVALHO ao considerar que “*No entanto, apesar de considerar que a realização da justiça ocupa um lugar nuclear na criminalização do branqueamento, não se pode esquecer que a prática deste crime pode pôr em causa, indirecta e mediamente, outros bens jurídicos. Isto significa que estamos perante um delito pluriofensivo*” (ANA MARGARIDA CARVALHO, *Branqueamento de Capitais*, Tese de Dissertação de Mestrado. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2016, p. 20).

1.2. O quadro legal vigente: da Directiva (EU) 2015/849 ao enquadramento legislativo nacional

Inicialmente, sempre será necessário fazer um pequeno périplo sobre os principais momentos legislativos de enquadramento actual de prevenção do fenómeno do branqueamento de capitais. Pretende-se, obviamente, fazer um caminho inicial de enquadramento da legislação em causa que permitirá, a final, sentir o pulso as suas características, mas, mais importante, definir as suas fragilidades. Se a evolução do quadro legal do branqueamento de capitais tem sido marcado por um certo vector *hiperlegislativo* consubstanciado no aparecimento de diversas leis, regulamentos e portarias que pretendem entender e dar resposta concreta ao fenómeno do branqueamento de capitais, urge referir que a construção do tipo legal base do crime de branqueamento de capitais, como vimos, se encontra prevista no artigo 368.º-A do CP.

Partindo também dessa base fundamental sempre teremos que referir, de forma breve, atenta a exiguidade do trabalho em causa, algumas das mais recentes directivas europeias sobre o tema assim como, claro está, o correlato movimento de transposição para o direito nacional. Nesse sentido, diga-se que a Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, tinha vindo já transpor a Directiva n.º 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005, assim como a Directiva n.º 2006/70/CE, da Comissão, de 1 de agosto de 2006, abrindo caminho para uma política eficaz que pretendeu alterar profundamente o sistema nacional de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, com a previsão de um âmbito de actuação legal para as Unidades de Informação da Polícia Judiciária ("UIF"), assim como o reforço dos deveres de cooperação das entidades obrigadas e a consagração do conceito de pessoas politicamente expostas.

Mas a Directiva (UE) 2015/849 de 20 de Maio de 2015, publicada a 5 de junho de 2015 no Jornal Oficial da União Europeia ("4.ª Directiva"), veio tentar operacionalizar essa mudança de paradigma, aproveitando o lastro das directivas anteriores. Assume-se assim que aquele esforço representa também o reconhecimento expresso que o tema do branqueamento de capitais, do financiamento do terrorismo e do crime organizado representam realidade poliédricas de relevância primordial na construção da União Europeia (UE). Significa, também, que tais realidades encetam perigos concretos, i.e. contendo aspetos susceptíveis de comprometerem a integridade e estabilidade das instituições de crédito financeiras, bem como do sistema financeiro entendido como um todo orgânico que depende da estabilidade, coerência e validade de todos os seus componentes.

Assim, o fito da referida Directiva é precisamente tentar que haja uma assunção clara de todos os padrões definidos internacionalmente no combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, nomeadamente as Recomendações revistas em 2012 do Grupo de Acção Financeira ("GAFI"). Mas e aqui o factor diferenciador, existem alguns vectores em que as regras agora definidas acabam por extravasar os passos iniciais dados por aquelas

recomendações no que parece ser um intuito de procura de uma maior segurança e efetividade nos procedimentos. Os exemplos de introdução conceptual de “*relação de correspondência*”¹⁵ ou de “*direcção de topo*”¹⁶, ou de expansão conceptual de conceitos já existentes na anterior 3.ª Directiva, como o conceito de “*Pessoas politicamente expostas*”¹⁷ (“PEP”) e respetivo regime, ou de revisão do conceito de “*beneficiário efetivo*”¹⁸, atestam o esforço na concretização de conceitos e na operacionalização do combate ao fenómeno. No fundo, as mudanças acabaram por se centrar em alguns pontos de toque centrais: no alargamento das entidades obrigadas, na assunção de um processo de avaliação de risco, na concretização de medidas de diligência quanto à clientela, na importância da descoberta de informações sobre os beneficiários efectivos e nos poderes sancionatórios das autoridades. Esta Directiva acabou por ser transposta pela Lei 83/2017 que pretendia fazer um esforço de *enforcing* no tratamento do fenómeno. A Lei 83/2017 refere no seu artigo 1.º, os elementos chave para a definição do seu objecto: estabelecer medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento *de capitais e ao financiamento do terrorismo*. No fundo, também aqui os objectivos foram claros e passaram por um alargamento das entidades sujeitas aos deveres de prevenção do BC/FT, assim como uma aposta clara no reforço de uma abordagem baseada no Risco (“*Risk Based Approach*”). Outras das novidades é a previsão de uma *Due Diligence variável* em função do nível de risco da operação e respetivos intervenientes, assim como um aumento e reforço dos requisitos de controlo interno e Gestão de Riscos, que *infra* também abordaremos.

Além destes vectores, e ainda na senda de uma abordagem geral à referida Lei, sempre teríamos que salientar, como de resto já demos nota *supra*, o alargamento do Conceito de PEP, do alargamento dos deveres de identificação e diligência (“*KYC – know your customer*”) que passam a ser aplicáveis a transações ocasionais – *de montante igual ou superior a 15.000 € ou transferência de fundos superior a 1000 €* - que acabam, como veremos, por propugnar um difícil equilíbrio na identificação e diferenciação de situações. De facto, *grossus modus*, a nova lei estabelece uma esfera correlata de deveres para as entidades obrigadas, que passa pelos seguintes patamares subsequentes e comunicantes: o dever de comunicação de operações suspeitas (artigo 43.º), *i.e.*, à UIF, a PGR e ao DCIAP, de todas as operações em

¹⁵ *Relação de correspondência* define-se como uma prestação de serviços bancários ou similares por um banco a outro, como cliente, onde esteja incluída a disponibilização de uma conta corrente ou outra conta que gere uma obrigação e serviços conexos, tais como gestão de numerário, transferências internacionais de fundos, compensação de cheques, contas correspondentes de transferência (“payable-through accounts”) e serviços de câmbio.

¹⁶ Endente-se - como “*qualquer dirigente ou colaborador com conhecimentos suficientes da exposição da entidade obrigada ao risco de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo e com um nível hierárquico suficientemente elevado para tomar decisões que afetem a exposição ao risco, não sendo necessariamente um membro do órgão de administração*”

¹⁷ A 3ª Directiva limitava-se a enunciar, de forma genérica, que as PEP seriam “*peçoas singulares a quem estão ou foram cometidas funções públicas proeminentes, bem como os membros próximos da sua família ou pessoas conhecidas como a elas estreitamente associadas*”, sendo que a 4.ª Directiva substituiu essa enunciação por uma previsão concreta dessas pessoas, correlacionando-as com a adopção de medidas de diligência específicas e reforçadas quer quanto a tipo de interveniente, quer quanto ao tipo de operação (introduzem-se, por exemplo, os membros dos órgãos de direcção dos partidos políticos).

¹⁸ Para efeitos da referida Directiva, e no caso das entidades societárias, endente-se como preenchedor do conceito de beneficiário efectivo “*a detenção, por parte de uma pessoa singular, de pelo menos 25% do capital social ou do direito de voto de uma pessoa coletiva, deixa de ser suficiente para aferir o seu controlo, direto ou indireto*. No que respeita à percentagem referida, a mesma funciona apenas como um mero indicador no caminho de conclusão e determinação do beneficiário efectivo.

que saibam, *suspeitem ou tenham razões para acreditar* que os fundos utilizados provêm de actividades criminosas; dever de abstenção, em que as entidades obrigadas se abstêm de executar qualquer operação, que saibam *ou suspeitem* poder estar relacionadas com fundos provenientes com a prática de actividades criminosas; dever de colaboração (artigo 53.º), sendo que as entidades devem prestar toda a informação necessária, disponibilizando documentos inclusive, perante pedido das entidades supracitadas; dever de não divulgação (artigo 54.º), não podendo revelar ao cliente ou a terceiros que foram, estão a ser ou irão ser transmitidas comunicações ou informações com elas relacionadas, nem que se encontra ou possa vir a encontrar-se em curso uma investigação ou inquérito criminal.

Recentemente, o Regulamento 276/2019, de 26 de Março de 2019 vem alargar a aplicabilidade da Lei 83/2017, sendo que, num patamar objectivo, visa estabelecer as condições de exercício e respetivos procedimentos, instrumentos, mecanismos e formalidades inerentes ao cumprimento dos deveres, gerais e específicos, estabelecidos na Lei e os demais aspetos necessários a assegurar o cumprimento dos deveres de prevenção e combate de branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo (BC/FT) no sector imobiliário. Os destinatários são, por isso, claros: entidades que exerçam a atividade imobiliária em território nacional (sede estatutária ou efetiva ou agências, sucursais, delegações, representações) e ficam sujeitas à fiscalização do IMPIC, IP (cfr. artigo 1.º do Regulamento).

No entanto, esse quadro legal acaba, hoje, e para centralizar o presente esforço, por se consubstanciar naquilo que é a rede legislativa que, resumidamente, aqui damos conta: *i)* a Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, que estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo; *ii)* a Lei n.º 89/2017, de 18 de agosto, que aprova o Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo e que entrou em vigor a 16 de Novembro de 2017; *iii)* a Lei n.º 92/2017, de 22 de agosto, que obriga à utilização de meio de pagamento específico em transações que envolvam montantes iguais ou superiores a €3.000 (três mil euros); *iv)* a Lei n.º 96/2017, de 23 de agosto, que define os objetivos, prioridades e orientações de política criminal para o biénio de 2017-2019; *v)* a Lei n.º 97/2017, de 23 de agosto, que regula a aplicação e a execução de medidas restritivas aprovadas pela Organização das Nações Unidas ou pela União Europeia e estabelece o regime sancionatório aplicável à violação destas medidas; *vi)* a Portaria n.º 200/2019, de 28 de junho, que estabelece os prazos para a declaração inicial do RCBE.

Neste devir, salientar a Directiva (UE) n.º 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2018 (“5.ª Directiva”), onde se prevê um conjunto de novas regras que passam pelo alargamento do acesso à informação sobre os beneficiários efetivos, aumentando a transparência no que diz respeito à propriedade efectiva no caso de empresas e fundos fiduciários; abordando, também, os riscos associados aos cartões pré-pagos e às moedas virtuais, tendo como objectivo incrementar a cooperação entre as unidades de informação

financeira e, ultime, instituir controlos melhorados sobre as transações que envolvem países terceiros de alto risco¹⁹.

2. A Lei 83/2017: as fragilidades

Aqui chegados, teremos que, depois da análise inicial efectuada, com a indicação sumárias das características gerais quer da Lei 83/2017, mas, também, do Regulamento 276/2019, transitar daquele patamar ainda geral para a identificação concreta do que pensamos serem as fragilidades processuais e, em alguns casos, dogmáticas, que são possivelmente justificadoras de algumas situações de eventuais inconstitucionalidades, que, nesta rede legal, encontramos. Obviamente que, sejamos claros, todo o processo de identificação de possíveis incongruências ou de, admitimos, patamares deficitários de desenvolvimento de institutos, acaba por ser, sempre, uma tarefa subjectivamente balizada. No entanto, merce das dificuldades operacionais que se começam a sentir no entendimento, por parte das entidades obrigadas, das obrigações emergentes da presente rede legal, assim como pela aplicação, por parte das autoridades competentes, do modelo de ilícitos criminais propostos, existem já algumas linhas que terão que ser, pensamos, alvo de profunda reflexão. E que, como deixámos já suficientemente exposto, se relacionam com aquele primário ponto de partida *supra* referido, mais profundo, de conceptualização do papel e do(s) modelo(s) de organização dos ilícitos contra-ordenacionais e, *ultime*, com a sua harmonização com o restante sistema penal.

2.1. Os ilícitos criminais e o modelo sancionatório da Lei 83/2017: que equilíbrio?

Desde logo, e no sentido de identificar o *iter* escolhido e percorrido pela Lei 83/2017, sempre teremos que lançar mão, nesse fito, do critério clássico/base da natureza do interesse juridicamente protegido para fazer uma distinção, ainda precípua, do que são os mundos do Direito Penal e o do Direito de Mera Ordenação Social. Assim, por aplicação do referido critério, sublinhamos que o Direito Penal contende com valores essenciais à vida em comunidade e ao

¹⁹ Encontra-se ainda em preparação uma nova Directiva Europeia que tem como objectivo o estabelecimento de regras mínimas quanto à definição das infrações penais e das sanções no que se refere ao branqueamento de capitais. As atividades de branqueamento de capitais serão puníveis com uma pena máxima de prisão de 4 anos, podendo os juízes impor sanções ou medidas adicionais (por exemplo exclusão temporária ou permanente de acesso ao financiamento público, multas, etc.). Serão aplicáveis circunstâncias agravantes em casos associados a organizações criminosas ou de infrações cometidas no exercício de determinadas atividades profissionais. Prevê-se, também, a possibilidade de responsabilizar as entidades jurídicas por determinadas atividades de branqueamento de capitais e de lhes aplicar várias sanções (por exemplo exclusão de auxílios públicos, colocação sob vigilância judicial, dissolução judicial, etc.). Outros dos objetivos passa pela eliminação dos obstáculos à cooperação judiciária e policial transfronteiriça mediante o estabelecimento de disposições comuns para melhorar as investigações. Relativamente aos casos transfronteiriços, as novas regras clarificam qual é o Estado-Membro competente e o modo de cooperação dos Estados-Membros em causa, bem como a forma de participação da Eurojust.

desenvolvimento pleno e integral do ser humano, em que o CP estabelece o quadro base de enquadramento legal, estipulando e organizando os tipos legais clássicos. Por outro lado, o Direito de Mera Ordenação Social contenderá com simples interesses de organização social.

Se esta consideração ainda simplista serve apenas para tentar delinear fronteiras ou linhas de definição entre aqueles dois mundos, a verdade é que a realidade coeva, e nomeadamente a emergente deste quadro legal da Lei 83/2017, acaba por comprovar que essa distinção, independentemente do mérito jurídico que possa albergar, acaba por estar/ser ultrapassada pela realidade. De facto, muitas contra-ordenações têm, na prática, consequências bem mais graves para os arguidos e condenados que as advenientes das penas (principais, acessórias ou de substituição) e das medidas de segurança. Por outro lado, nota-se, nomeadamente para as profissões jurídicas que lidam de perto com esta realidade, que existe um aumento exponencial da sensibilidade dos agentes, entidades e clientes, e uma preocupação com os processos tramitados, instruídos e decididos junto das entidades supervisoras (BdP, CMVM, *inter alia*). Ainda nesse sentido, veja-se que o quadro das sanções acessórias propugnadas pelo regime contraordenacional (lastro mais profundo), também nesta lei 83/2018, acaba por revelar consequências directas de modificações concretas nas vidas profissionais dos agentes e que são, portanto, mais graves. Precisamente por isso, tem vindo a germinar uma discussão profícua, que *supra* já foi abordada, da necessidade de diferenciação entre um regime das contraordenações dito “normal” e um regime das “grandes contraordenações”, por referência aos valores das coimas. Para além dessa consideração, que por si só justificaria um outro artigo, a verdade é que o RGCO tem tido um âmbito de actuação cada vez mais limitado, com o surgimento de regimes sancionatórios sectoriais próprios amiudadas vezes em contradição com o regime geral, em flagrante violação dos mais basilares princípios gerais de Direito (recorribilidade ou não das decisões para a Relação; *in casu*, como veremos, a existência ou não da garantia da proibição da *reformatio in pejus*; garantias mais ou menos amplas do arguido, etc). No fundo, a pergunta é clara: estamos perante casos limite em que os ilícitos contra-ordenacionais se afirmam como delitos travestidos de ilícitos de mera ordenação social?

Todas estas notas essenciais servem como introito àquilo que consideramos ser, desde logo, uma fragilidade na desequilibrada construção do “*modelo sancionatório*” propugnado pela Lei 83/2017. Precisamente por isso, sempre teremos que delinear os seus traços definidores.

Se partirmos da consideração do fenómeno do branqueamento de capitais, a referida Lei 83/2017, pelo menos teoricamente, assenta e estipula uma abordagem evolutiva do tipo penal. Isto é, partindo da consideração do processo de preenchimento dos elementos objectivos e subjectivos do tipo penal clássico estipulados no artigo 368.º-A do CP mas com a densificação “complementar” da Lei 83/2017 e do conceito de branqueamento de capitais ali propugnado. No entanto, será que a articulação do regime previsto no CP com o regime previsto no espectro do quadro sancionatório próprio da Lei 83/2017 se faz através de um equilíbrio possível?

A referida Lei prevê um modelo tripartido. Os Ilícitos Criminais estão consignados nos artigos 157.º e seguintes, prevendo-se, mais concretamente, os crimes de divulgação ilegítima de

informação (artigo 157.º), de revelação e favorecimento da descoberta de identidade (158.º) e de desobediência (159.º). Os Ilícitos Contraordenacionais estão, por sua vez, previstos nos artigos 160.º e seguintes e, por último, os Ilícitos Disciplinares encontram-se previstos no artigo 183.º da Lei 83/2017.

Começando pelos ilícitos criminais e, por aquele que é o crime principal ali previsto, explane-se que a divulgação ilegítima de informação (artigo 157.º) consiste, como o próprio nome indica na *divulgação ilegítima, a clientes ou a terceiros, das informações, das comunicações, das análises ou de quaisquer outros elementos previstos nas alíneas a) a d) do n.º 1 do artigo 54.º da presente lei e no artigo 14.º do Regulamento (UE) 2015/847*. Ora, o referido preceito estabelece, assim, uma ligação umbilical com o dever de não divulgação, previsto no artigo 54.º, remetendo para este na definição do conceito de informação idóneo para o preenchimento do referido crime. O artigo 54.º da Lei 83/2017, referente assim ao dever de não divulgação, refere um conjunto de informações, elementos, análises e comunicações que não deverão/poderão ser revelados pelas entidades obrigadas: *i) Comunicações no âmbito do disposto no artigo 43.º [operações suspeitas], 45.º [comunicações sistemáticas de operações ao DCIAP e UIF], 47.º [dever de abstenção], 53.º [dever de colaboração]; ii) Comunicações de informação solicitadas pelas autoridades judiciais, policiais ou sectoriais; iii) informação relacionada com investigação ou inquérito criminal*.

Por sua vez, o crime de revelação e favorecimento da descoberta de identidade (previsto no artigo 158.º), consiste na revelação ou o favorecimento da descoberta da identidade de quem forneceu informações, documentos ou elementos ao abrigo dos artigos 43.º a 45.º, 47.º e 53.º da presente lei ou do Regulamento (UE) 2015/847²⁰

Em ambos os casos, quer da divulgação ilegítima da informação, quer no caso da revelação ou favorecimento da descoberta da identidade, estamos a falar de molduras penais, no caso de pessoas singulares, com previsão de pena de prisão até três anos ou com pena de multa, nos termos gerais e, no caso das pessoas colectivas, de pena de multa com um limite mínimo não inferior a 50 dias.

Além destes dois crimes, existe ainda consignação do crime de desobediência, previsto no artigo 159.º da Lei 83/2017, que consiste na recusa em acatar as ordens ou os mandados legítimos das autoridades setoriais, emanados no âmbito das suas funções, ou criar, por qualquer forma, obstáculos à sua execução ou não cumprir, dificultar ou defraudar a execução das sanções acessórias ou medidas cautelares aplicadas em procedimentos instaurados por violação das disposições da presente lei ou dos respetivos diplomas regulamentares.

Para além dos ilícitos criminais, a lei 83/2017 prevê ainda um patamar de Ilícitos Contraordenacionais. *Prima facie*, e ainda quanto às disposições gerais, também aqui existe a previsão de responsabilidade singular e *colectiva* pela prática das contraordenações previstas

²⁰ Também para o crime de revelação ou favorecimento da descoberta de identidade se centra na pessoalização de quem forneceu um conjunto de informações, aqui entendidas por referência, uma vez mais, 43.º [operações suspeitas], 45.º [comunicações sistemáticas de operações ao DCIAP e UIF], 47.º [dever de abstenção], 53.º [dever de colaboração]

(161.º)²¹. De facto, partindo da base dogmática que é responsável como autor das contraordenações previstas todo aquele que por acção ou omissão, contribuir causalmente para a sua produção, a Lei 83/2017, à semelhança do que é previsto no artigo 11.º do CP, prevê especificamente a responsabilidade das pessoas colectivas pela prática das contraordenações previstas²²: *as pessoas coletivas e as entidades equiparadas a pessoas coletivas são responsáveis pelas contraordenações cometidas pelas pessoas singulares quando estas atuem no exercício das suas funções ou em nome e no interesse do ente coletivo. E apenas se exclui quando o agente actue contra ordens ou instruções expressas da pessoa colectiva.* Para além deste patamar a Lei 83/2017 consagra claramente que *a responsabilidade das pessoas colectivas não exclui a responsabilidade individual das pessoas singulares que sejam titulares de funções de administração, gerência direcção, chefia ou fiscalização, representantes, trabalhadores ou demais colaboradores permanentes ou ocasionais*²³, naquilo que é a previsão da responsabilidade singular pela prática das contraordenações.

Outro aspecto relevante centra-se no processo de graduação de sanção, previsto no artigo 167.º da referida lei que, ainda que partindo da fórmula geral prevista no CP, quer no RGCO, acaba por introduzir algumas sementes de inovação naquele processo de determinação de ilicitude concreta do facto, culpa do agente e das exigências da prevenção, e que aqui são claros: acrescenta aos factores índice, por um lado, *o perigo ou dano causado ao sistema financeiro ou à economia nacional*, e, por outro lado, *o concreto nível de responsabilidades da pessoa singular, âmbito das suas funções e respetiva esfera de ação na pessoa coletiva ou entidade equiparada em causa.* Sendo, admitimos, pequenas *nuances* até demonstrativas de um certo vector de adaptabilidade do regime geral às concretas exigências de determinação no âmbito do objecto do fenómeno de branqueamento de capitais desta Lei 83/2017, a verdade é que não deixam de ser dois factores índice que demonstram, sobretudo, *quae sunt Caesaris Caesari*, uma concepção evolutiva do papel da graduação da sanção.

Para lá destas disposições gerais, e aqui começa a surpresa na elaboração do catálogo contraordenacional previsto e propugnado pela lei 83/2017, consigna-se um elenco de 95 contraordenações, previstas no artigo 169.º da Lei, por violação de deveres previstos na Lei de BC/FT e no Regulamento (UE) 2015/847.

Obviamente que a prática jurídica no tratamento destas questões vem demonstrar já, e em correlato apuramento de *feedback* junto das entidades obrigadas, de alguns obstáculos inegáveis, que se consubstancia numa dificuldade de compreensão do catálogo de contraordenações existente. E esta dificuldade repercute-se em três níveis diferenciados. A dificuldade de *implementação e previsão, a montante*, por parte das entidades obrigadas. A dificuldade, *a jusante*, das entidades competentes em *subsumirem* os eventuais comportamentos violadores ao catálogo existente. E, ainda, num *terceiro nível cúpula*,

²¹ Cfr. artigo 161.º da Lei 83/2017: *"Pela prática das contraordenações previstas podem ser responsabilizadas, conjuntamente ou não, pessoas singulares, pessoas colectivas, ainda que regularmente constituídas, e associações sem personalidade jurídica".*

²² Cfr. artigo 162.º da Lei 83/2017.

²³ Cfr. artigo 163.º da Lei 83/2017.

problemas de definição de competência instrutória e decisória dos processos. Em suma, uma complexificação desnecessária dos processos de operacionalização.

Outra das dificuldades, desde logo, relaciona-se com a própria previsão das coimas que é feita pela Lei 83/2017 no artigo 170.º. De facto, se a violação de qualquer dos deveres impostos na referida Lei for subsumível ao elenco supra referido, e praticado no *âmbito de actividade de instituição de crédito ou instituição financeira* o agente é punido com coima nos seguintes termos: com coima de € 50.000 a € 5.000 000, se o agente for uma pessoa coletiva ou entidade equiparada a pessoa coletiva; com coima de € 25.000 a € 5.000.000, se o agente for uma pessoa singular²⁴.

Se abordámos de forma extensiva, os patamares das coimas propugnadas pela Lei 83/2017, a verdade é que tal surge precisamente para considerar de que forma é que foi feita a sua articulação com aquilo que é a também já abordada previsão de ilícitos criminais. É que, na prática, e como já se deixa antever, naquela ambiência de traços gerais que supra caracterizámos de linhas de tensão entre o Direito Penal e o Direito de Mera Ordenação Social, a previsão deste quadro económico das coimas acaba por agudizar o fosso existente. Estamos, na verdade, a falar de valores extremamente pesados que têm, na face da moeda, ilícitos criminais com previsão de molduras até 03 anos. Existe, assim, uma subversão do que é aquela consideração indicativa defendida pelo critério do interesse juridicamente relevante referido *supra*, sendo que com esta disparidade entre as baixas molduras penais previstas para os ilícitos criminais versus coimas de montante elevado (e passíveis de agravamento), onde fica o equilíbrio possível? *Ultime*, e por absurdo, quase que é “preferível” (com toda a cautela) para um determinado agente sofrer as consequências advindas de um daqueles 03 crimes previstos supra pela Lei 83/2017, do que, na verdade, sofrer as consequências de uma qualquer coima que, no limite, pode atingir os €5.000.000,00. Mas tal é ainda mais pernicioso, quando o Regulamento 276/2019 faz um alargamento subjectivo daquilo que são as entidades obrigadas, incluindo no respeito pelas obrigações propugnadas por esta rede legal, PME’s, empresas de mediação mobiliárias e outras que, naturalmente, não terão a flexibilidade, envergadura e o suporte jurídico, financeiro e contabilístico para lidar com este tipo (valor) de coimas. Mas é esta falta de sensibilidade (autismo legislativo) que, neste vector, se evidencia, com consequências claras *intrasistema*, que constituem, desde logo, uma enorme fragilidade na operacionalização do presente quadro legal.

De referir, antes de abordar nos números posteriores aquilo que são dois patamares reveladores de fragilidade clara da Lei 83/2017 (v.g. a competência instrutória e decisória

²⁴ Se os referidos comportamentos forem praticados no âmbito de *actividade de entidades não financeiras* [art. 4.º, número 1, alíneas a) a c) da Lei 83/2017] os patamares das coimas serão os seguintes: coima de € 50.000 a € 1.000.000, se o agente for uma pessoa coletiva ou entidade equiparada a pessoa coletiva; coima de € 25.000 a € 1.000.000, se o agente for uma pessoa singular. Se os referidos comportamentos forem praticados no âmbito de *actividade de outra entidade não financeira*, com exceção dos contabilistas certificados, dos advogados, dos solicitadores e dos notários, os patamares das coimas serão os seguintes: coima de € 5.000 a € 1.000.000, se o agente for uma pessoa coletiva ou entidade equiparada a pessoa coletiva; coima de € 2.500 a € 1.000.000, se o agente for uma pessoa singular. Mas se os referidos comportamentos forem praticados no âmbito de *outra actividade financeira*, os patamares das coimas serão os seguintes: coima de € 25.000 a € 2.500.000, se o agente for uma pessoa coletiva ou entidade equiparada a pessoa coletiva; coima de € 12.500 a € 2.500.000, se o agente for uma pessoa singular.

disseminada, assim como o destino das coimas e benefício económico) que existem dois outros polos que é mister analisar brevemente.

Um primeiro relacionado com a possibilidade de divulgação da decisão na internet. De facto, o artigo 178.º da Lei 83/2017 prevê a possibilidade de divulgação da decisão condenatória no sítio da autoridade setorial competente na Internet, *mesmo que tal decisão tenha sido objeto de impugnação*, com manutenção no *site* durante o período de 05 anos, o que, por si só, tem óbvios efeitos estigmatizantes que têm que ser aqui assumidos. Claro que, em abono da verdade, existe depois um regime tipo de válvula de segurança, que, a pedido, permite a divulgação em regime de anonimato, o adiamento da divulgação ou o cancelamento da divulgação.

Um outro ponto importante, até para aferir posteriormente as linhas de força existentes (as de divergência, convergência e de convergência evolutiva) nesta Lei 83/2017, é a previsão de direito subsidiário. Note-se que o legislador escolheu fazer aqui a espécie de um regime múltiplo de remissão de direito subsidiário que depende do tipo de processo e da autoridade sectorial competente. Assim, nos processos sob a alçada da Autoridade de Seguros e Fundos de Pensões aplicar-se-á o regime jurídico de acesso e exercício da atividade seguradora e resseguradora (Lei 147/2015), assim como o regime de acesso e de exercício da atividade de mediação de seguros ou de resseguros (DL 144/2006), *inter alia*. No caso dos processos sob a alçada do Banco de Portugal a remissão é feita para o Regime Geral de Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras. Nos processos sob a alçada da Comissão do Mercado e dos Valores Mobiliários a remissão é feita, por sua vez, para o Código dos Valores Mobiliários. Ou seja, no fundo, o RGCO tem apenas e só aplicabilidade nos restantes casos que estejam sobre a competência de outras autoridades sectoriais, no que é a assunção clara de uma competência residual.

Por último, para além da previsão dos ilícitos criminais e dos ilícitos contraordenacionais, temos, ainda, a previsão dos ilícitos disciplinares, no artigo 183.º, por parte dos profissionais liberais com códigos deontológicos próprios.

Para lá da incongruência funcional deste modelo tripartido, que outras fragilidades encontramos na Lei 83/2017? É que se a análise deste modelo sancionatório se impunha como relevante, iremos, apenas, e agora, de forma perfunctória analisar concretamente outras disposições/situações que evidenciam essas fragilidades.

2.2. A competência instrutória e decisória disseminada

Outro dos vectores que demonstra alguma fragilidade da rede legal especificada, é uma certa ideia de competência instrutória e decisória disseminada que parece resultar de uma leitura atenta do artigo 173.º da Lei 83/2017. Resulta claro que o tipo de entidade obrigada/ processo em questão, faz com que exista uma autoridade com competência e decisórias próprias.

De facto, veja-se que teremos um leque alargado de autoridades sectoriais e de outras entidades que irão ter um papel dual: *Banco de Portugal, Autoridade Segurança Alimentar e Económica, Comissão de Mercado e Valores Mobiliários, IMPIC, Inspeção Geral do Ministério do Trabalho, ASF, Serviço de Regulação do Turismo de Portugal, etc.*

Assim, na prática, será cada uma dessas entidades previstas que terá um papel concreto em dois patamares distintos: será responsável pela instrução do processo, i.e. incluindo os próprios procedimentos investigatórios, e será também responsável pelo momento de decisão. Obviamente que tais características podem levantar problemas ao nível do que é o requerido respeito pelas prerrogativas de defesa dos arguidos, no âmbito destes processos contraordenacionais. Mas, veja-se, um tal número de entidades instrutoras e decisórias, com sensibilidades institucionais necessariamente diferentes, faz com que não exista aqui uma coerência *intrasistema* no tratamento destes processos contraordenacionais, falta de coerência essa que necessariamente acaba por extravasar a um nível *extrasistema*, até na percepção jurídica da (falta) de implementação da rede legal em questão. E esta competência decisória e instrutória disseminada que, aliada a um catálogo extensíssimo de previsão de contraordenações, pode fazer (faz) com que os objectivos preambulares já *supra* referidos não sejam atingidos, fazendo também claudicar a eficácia da própria lei.

Por último, não esqueçamos que o artigo 173.º da LBC acaba por propugnar uma ideia de competência instrutória disseminada por contraposição a um conceito de controlo judicial. E, nesse âmbito, não esqueçamos que o próprio Código de Processo Penal Português, nos seus artigos 262.º, 263.º, 264.º define o âmbito, finalidade e direcção do inquérito como competência exclusiva do Ministério Público. Sendo que, no entanto, nos seus artigos 286.º e 288.º acaba por prever a possibilidade de um papel relevante do JIC num âmbito de autorização da prática de actos processuais que contendam com direitos fundamentais (exercendo funções típicas de “juiz das garantias” ou “das liberdades”). E, no mesmo sentido, o artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa (“CRP”) funciona como a base constitucional daquilo que é o núcleo de garantias do processo criminal. A articulação entre estes dois mundos, também aqui, se revela de especial complexidade.

2.3. Um fito economicista?

Outra das fragilidades que identificamos na presente Lei 83/2017, relaciona-se com uma certa ideia de não separação entre a já referida competência instrutória e decisória e o produto resultante da aplicação das eventuais coimas no âmbito dos processos contraordenacionais. De facto, o artigo 176.º da Lei 83/2017 é claro ao sublinhar que o destino das coimas e o benefício económico é entregue, à semelhança do que foi abordado no número precedente, se modifica consoante a autoridade responsável pelo processo. No caso dos processos sob a alçada do Banco de Portugal, essas coimas e benefício económico revertem a favor do Fundo de Garantia de Depósitos. No caso dos processos sob a alçada da CMVM, aquelas coimas e

benefício económico revertem a favor do Sistema de Indemnização aos Investidores. E no caso dos processos sob a alçada das restantes entidades (Turismo de Portugal, Ministério do Trabalho, ASAE, etc.), reverterá em 60% para o Estado e 40% para a respectiva autoridade sectorial. Como ponto prévio, não se poderá olvidar que no caso específico desta Lei 83/2017, através do seu artigo 169.º, são estabelecidos valores de coimas que, sinceramente, não encontram qualquer correspondente em qualquer outra legislação. Com tal ordem de valor nestas coimas, sempre seria aconselhável que o seu tratamento, especialmente o seu destino pós-decisão fosse marcado com a exigência e transparências desejáveis. O que resulta deste modelo é, no entanto, mais pernicioso. No caso do Banco de Portugal, assim como no caso da CMVM, esses valores das coimas, assim como o benefício económico reverte a favor, como vimos, do FGD e do SII. Assim, mesmo que residualmente, existe um interesse difuso por parte das autoridades competentes na tramitação e decisão dos processos. Mas se nesses patamares o interesse é residual, o que dizer, então, no caso dos processos sob a alçada das restantes entidades sectoriais? É que, nesses casos, sublinhe-se, existe um interesse directo uma vez que 40% das coimas aplicadas reverem para a respectiva autoridade sectorial. Isto faz com que as fragilidades supra identificadas se adensem. Se existe já uma miscigenação não aconselhável entre os momentos de investigação, instrução e decisão dos processos por parte das autoridades sectoriais, a verdade é que, no momento da decisão, essas mesmas autoridades sectoriais podem decidir pela aplicação de uma coima que, na verdade, reverte, nas proporções indicadas, para si! Obviamente que tal procedimento e previsão pode constranger um processo decisório que se quer transparente, mas, *ultime*, acaba por comprometer a própria qualidade e imparcialidade da decisão.

2.4. Dever de Comunicação de Operações Suspeitas

Um dos pontos que também nos levanta algumas *red flags* na análise a esta Lei 83/2017 passa, precisamente, pela previsão de um dever de comunicação de operação suspeitas, prevista no artigo 43.º do referido normativo. Relembramos que os ilícitos criminais desta Lei 83/2017, *i.e.* a divulgação ilegítima de informação, assim como a revelação ou favorecimento de descoberta de identidade, tem como elemento decisivo do seu objecto, precisamente, as informações reveladas no âmbito da efectivação deste dever de comunicação de operações suspeitas. Precisamente por isso, e até por referência a um espectro de consideração do valor da ilicitude, sempre se reafirmarão algumas dúvidas relativamente ao wording escolhido pelo legislador que nos parece muito longe de ser feliz: "*As entidades obrigadas, por sua própria iniciativa, informam de imediato o Departamento Central de Investigação e Ação Penal da Procuradoria -Geral da República (DCIAP) e a Unidade de Informação Financeira sempre que saibam, suspeitem ou tenham razões suficientes para suspeitar que certos fundos ou outros*"

*bens, independentemente do montante ou valor envolvido, provêm de atividades criminosas ou estão relacionados com o financiamento do terrorismo*²⁵.

O *wording* escolhido não deixa dúvidas. O dever de comunicação de operações suspeitas aborda três níveis de conhecimento, com diferente extensão: sempre que saibam; suspeitem; ou tenham razões suficientes para suspeitar. Parece que para lá daquilo que é um dever de denúncia previsto no Código de Processo Penal, nos artigos 242.º e 255.º, e aqui sempre com especial relevância para entidades policiais ou funcionários, quer a Lei 83/2017 transformar todo e qualquer interveniente num denunciante qualificado, aqui sem regra nem peso. Não só nas situações em que efectivamente tenha conhecimento de alguma situação *contra legem*, mas também em todas as outras em que suspeitem ou tenham razões para suspeitar que algum comportamento desviante esteja a ser cometido. A adopção destes dois conceitos abertos e subjectivos acaba por dificultar a compreensão desse próprio dever: o que se entende como suspeita, ou o que se entende como razões para suspeitar? *Ultime*, o espectro de definição é de tal forma largo, que, por um lado, um dado agente não sabe, precisamente o que pode ou deve denunciar, e, por outro lado, muita dessa informação veiculada passa a ser transmitida sem a qualidade necessária dificultando o processo investigatório.

Também aqui, na ânsia de combate ao fenómeno do branqueamento de capitais, se acaba por não definir conceptual e metodologicamente o espectro concreto dos deveres, obrigações e instrumentos processuais, em mais uma fragilidade que obsta à operacionalização da referida Lei.

2.5. A punibilidade da tentativa e negligência

Outros dos pontos que incompreensivelmente propugnam um alargamento da rede de punibilidade prevista pela 83/2017 é, precisamente, a questão da punibilidade da tentativa e da negligência. A Lei 83/2017, no seu artigo 164.º, consagra que a tentativa e a negligência são sempre puníveis. Ora o regime consagrado no CP, no seu artigo 13º, estipula que só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência. Por sua vez, o artigo 23.º do CP, referente à punibilidade da tentativa, consagra que a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão. E no âmbito do direito de mera ordenação social como é especialmente prevista esta questão da punibilidade da tentativa? Também aqui se opta pela mesma exacta solução mimizando os passos já dados²⁶.

²⁵ Sublinhado nosso

²⁶ Cfr. JOSÉ FARIA COSTA, *ob. cit.*, p.42-43: "Por sua vez, o direito de mera ordenação social consagra o princípio da taxatividade ou do *numerus clausus* - "a tentativa só pode ser punida quando a lei expressamente o determinar" - artigo 13.º, n.º 1, do RGCO (...)"neste sentido, pode afirmar-se, tal como se faz com a negligência quando olhamos para o direito penal ou mesmo para o direito de mera ordenação social (artigo 13.º do CP; artigo 8.º, n.º 1, do RGCO) que a punição da tentativa, no domínio do direito de mera ordenação social, tem carácter excepcional. E compreende-se. Se as infracções contraordenacionais têm uma finalidade de ordenação e de promoção de ordenação, não é, então, incorrecto poder afirmar-se que a tutela que se desenvolve tem muito de antecipação à eventual violação, real e efectiva, de, por exemplo, um bem jurídico-penal". E aqui, particularmente

Parece portanto estranha esta opção em contravenção daquilo que é o lastro consagrado, quer no CP, quer no próprio RGCO, que se consubstancia numa fragilidade clara do quadro legal referido, uma vez que, convenhamos, a punibilidade automática e *tout court* quer da tentativa e negligência sempre teria que ser justificada excepcionalmente, isto é, muito por referência aos objetivos (justificadores) da própria Lei 83/2017, o que, aqui, pelo menos da forma automática como é executada, não parece ser o caso. Entraria sempre aqui em consideração uma certa ideia de proporcionalidade, também com lastro constitucional, prevista no artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa, que parece também aqui não ser respeitada. Isto faz com que não haja uma rede diferenciadora daquilo que são os vários graus de participação do agente, entre dolo e negligência, por um lado, e também aquilo que é a consumação de um determinado comportamento ou um estágio de mera tentativa. Ainda mais grave, é que estas diferentes matizes, para lá do artigo referido que só parecer remeter a um estado de aplicação automática e perene da punibilidade quer da tentativa, quer da negligência, não se encontram enquadradas em mais nenhuma previsão da referida Lei. Deixando, portanto, em aberto, mais uma fragilidade ao nível da previsão que obstará à operacionalização da referida Lei.

2.6. A não proibição da *reformatio in pejus*

Por último, sempre se diga, com alguma surpresa, naquela que é a fragilidade com maior espectro da referida Lei, e também, porventura, a que tem uma maior relevância sistemática, o artigo 180.º da LBC afasta o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, ao estabelecer, de forma expressa, que "*Não é aplicável aos processos de contraordenação instaurados e decididos nos termos desta lei o princípio da proibição de reformatio in pejus*", permitindo que a sanção aplicada na decisão recorrida seja agravada em sede de impugnação ou recurso (ao contrário do que sucede no âmbito do CPP ou da LGCO). Esta não proibição da aplicabilidade da *reformatio in pejus* tem desde logo um efeito pernicioso. Concretamente, e em arrepio ao consagrado no artigo 409.º do Código de Processo Penal²⁷ parece que o legislador pretendeu abrir a possibilidade de instâncias superiores, de recurso, poderem alterar, modificar, em espécie e medida, as sanções dos arguidos, para esse efeito recorrentes. Mas tal é determinantemente grave. Grave porque se consubstancia num atropelo dos mais elementares conceitos de segurança jurídica, leia-se direitos, dos arguidos, e por uma subalternização indevida de um dos princípios processuais penais elementares e basilares. Sem qualquer justificação, uma vez mais. Grave, também, porque existe um lastro constitucional presente. Desde logo, no artigo 29.º da CRP, que consagra e assume expressamente o princípio da

acutilante, "*ora, se se concebesse, neste caso, uma tentativa, teríamos de admitir que se quereria, com a admissibilidade dessa punição, uma tentativa com um objecto de difícil recorte e com um alargamento da punibilidade de penosa justificação. Efectivamente, tal alargamento da punibilidade mostrar-se-ia, mesmo no campo do direito de mera ordenação social, pelo menos em abstracto, excessivo (...)* Perceber as coisas desta maneira determinaria um insustentável e injustificado alargamento das margens da punibilidade".

²⁷ "o tribunal superior não pode modificar, na sua espécie ou medida, as sanções constantes da decisão recorrida, em prejuízo de qualquer dos arguidos, ainda que não recorrentes".

irretroatividade da lei penal "*Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves (...)*". A proibição da *reformatio in pejus* não tendo consagração constitucional expressa, parece poder retirar-se do espectro mais largo da tutela do direito ao recurso, autonomizado no artigo 32.º, n.º 1, da CRP (pode dizer-se que o arguido que, considerando injusta a decisão, tema recorrer por receio de ver agravada essa injustiça, teve formalmente a faculdade de recorrer mas não gozou, materialmente, do direito ao recurso). Mas, sublinhe-se, ainda mais pernicioso é que todos esses patamares, nomeadamente o de violação dos preceitos constitucionais que se acabam de referir, não podem ser individualmente considerados, i.e. pela análise e leitura do próprio artigo. Tem que ser analisados num espectro de escolha e oportunidade pelo legislador, isto é, por referência a todas as outras fragilidades supra mencionadas que, com esta, estipulam um ADN caracterizador de toda a Lei 83/2017 que, esse sim, é o seu legado... de fragilidades e de assunção de um regime sancionatório "*ad hoc*", com a não consideração dos princípios do CP e do Código Processual Penal com respaldo constitucional.

3. Food for thought: a Lei 83/2017 entre convergências e divergências

De facto, ao compulsar aquilo que é a organização do modelo acolhido pela *supra* referida Lei, constata-se que a mesma consagra ilícitos criminais nos seus artigos 157.º e seguintes, prevê contraordenações nos seus artigos 160.º e seguintes e, por fim, prevê ilícitos disciplinares nos seus artigos 183.º e seguintes. No entanto, tal previsão, e, sobretudo, a articulação entre ilícitos criminais e contraordenações não pode ser, como se viu, desligada daquilo que é um modelo de superação da distinção clássica entendida com base no critério da natureza do interesse juridicamente protegido.

Todas as fragilidades identificadas, num certo sentido (assumidamente) provocatórias, acabam por levantar questões que não se limitam, é certo, e *in casu*, à Lei de Branqueamento de Capitais, mas que exigem que consideremos uma abordagem com um lastro mais profundo que, tentativamente, nos propusemos a alcançar e que, obviamente, a exiguidade do trabalho em questão poderá não ter permitido atingir. Mas, mesmo assim, nesta Lei referida, existe linhas de tensão visíveis, que, para lá de pontos de chegada efectivos, deverão funcionar como pontos de partida reflexivos. O início deste excurso é claro e é anterior à referida Lei:

- I. Muitas contra-ordenações têm, na prática, consequências bem mais gravosas para os arguidos e condenados que as advenientes das penas (principais, acessórias ou de substituição) e das medidas de segurança;
- II. Existe um aumento exponencial da sensibilidade dos agentes, entidades e clientes, e uma preocupação com os processos tramitados, instruídos e decididos junto das entidades supervisoras (BdP, CMVM, inter alia), mais, até, do que com os processos-crime ditos "normais" (aqui entendidos como tradicionais);

III. Quadro das sanções acessórias propugnadas pelo regime contraordenacional tem um lastro mais profundo) com consequências directas de modificações concretas nas vidas profissionais dos agentes;

IV. Tudo a fomentar a discussão à volta da necessidade de diferenciação entre um regime das contraordenações dito “normal” e um regime das “grandes contraordenações”, por referência aos valores das coimas;

Concretamente quanto à Lei 83/2017, sempre se dirá que essas mesmas linhas de tensão acabam por se consubstanciar, como vimos, em factores de convergência, factores de convergência evolutiva e factores de divergência (aqui como emergentes das fragilidades identificadas:

Quanto aos *factores de convergência* na Lei 83/2019,

V. Existe uma aplicação subsidiária do CP nos ilícitos criminais (*vide* definição da moldura penal no crime de desobediência [artigo 159.º]);

VI. Existe a aplicação subsidiária do RGOC nos ilícitos contraordenacionais (*vide* definição da remissão para o regime subsidiário do artigo 182.º, alínea e));

VII. Prevê-se a responsabilização das pessoas singulares (artigo 163.º) e colectivas (162.º) por referência ao quadro fundamental previsto no artigo 11.º do CP e à previsão replicada no RGCO;

VIII. Quanto aos factores de convergência evolutiva na Lei 83/2019, aqui são entendidos como partindo do regime quadro, mas constituindo um leque mais alargado e adequado pela exigência da complexidade e tecnicidade (e particularidade) do objecto da referida Lei: entendemos que os regimes da graduação da sanção (artigo 167.º), das sanções acessórias (artigo 172.º), das medidas cautelares (176.º) e da possibilidade da publicação da decisão condenatória (178.º) são exemplos, nos termos melhor explanados supra, dessa(s) especificidade(s);

Quanto aos *factores de divergência* na Lei 83/2019,

IX. Existe uma disparidade entre as baixas molduras penais previstas para os ilícitos criminais *versus* coimas de montante elevado (e passíveis de agravamento), que compromete o equilíbrio na e da sua aplicabilidade;

X. Consignou-se uma previsão de competência instrutória e decisória disseminada que obsta, também, a eficiência no tratamento dos processos;

XI. Construi-se um dever de comunicação das operações suspeitas sem a adopção de um critério qualitativo claro, existindo, isso sim, um dever de denúncia alargada que compromete a qualidade do procedimento e da informação eventualmente veiculada;

XII. Consagrou-se, também, uma autêntica disseminação das remissões constitutivas de aplicabilidade de direito subsidiário que remete a aplicabilidade dos regimes do CP e do RGCO para situações limite e completamente (e diríamos abertamente) residuais;

XIII. Existe um fito pouco claro e *quasi* economicista no tratamento concreto do destino das coimas e do benefício económico, sendo que, cfr. tratado supra, e no caso concreto de outras autoridades sectoriais (para lá do Banco de Portugal e da CMVM) responsáveis pelo processo, aqueles valores revertem, precisamente, para a autoridade sectorial competente, que, a partir

desse momento (com bondade, uma vez que, na verdade, o momento será anterior) fica com um interesse concreto na prossecução e *outcome* do caso;

XIV. Por último, o caso concreto da punibilidade *tout court* da tentativa e negligência (164.º), e o caso concreto da não aplicabilidade da proibição da *reformatio in pejus* (artigo 180.º), que se afastam do regime geral e que estão no limite da violação grave dos direitos dos arguidos assim como da consubstanciação de patamares de inconstitucionalidade.

O modelo sancionatório da Lei 83/2017 estabelece pontos de contacto lógico (convergência e convergência evolutiva) com os regimes bases, mas tem uma nota de independência e autonomia que o afirmam como um regime com características próprias. Entre convergências, convergências evolutivas e, sobretudo, divergências, resulta claro que para lá desta Lei 83/2017 existe um problema de fundo. A necessidade duma revisão profunda do RGCO e uma harmonização entre os ditos regimes sectoriais, diminuindo as diferenças existentes que dificultam o seu estudo e a sua operacionalização. E, por outro lado, a necessidade de recusa de uma transposição quase acrítica de instrumentos de Direito Internacional e da União Europeia, com sobreposições assinaláveis em relação a diplomas nacionais ou – o que é mais grave – com soluções legislativas opostas. Não bastava, sobretudo, que a ligação formal àquilo que é um fenómeno também complexo do terrorismo (e que só aparece na epígrafe da referida Lei) pudesse ser utilizado para justificar acriticamente qualquer movimento de supressão dos direitos de defesa dos Arguidos e, de forma mais lata, qualquer violação dos mais elementares princípios penais e processuais penais.

Referências bibliográficas

BANVILLE, JOHN, *O Mar*, Lisboa, Sextante Editora, 2018

BRANDÃO, NUNO FERNANDO DA ROCHA ALMEIDA, *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais. Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Agosto de 2013

BUSATO, PAULO CÉSAR, “O que não se diz sobre o *criminal compliance*”, in *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra, Edições Almedina, 2018

CARVALHO, ANA MARGARIDA, *Branqueamento de Capitais*, Tese de Dissertação de Mestrado. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2016

CARVALHO, PEDRO / DUQUE, JOÃO, ““Insider Trading” na *Euronext Lisbon*”, in *Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários*, n.º 28, Dezembro 2007, p.1

DIAS, JORGE FIGUEIREDO, *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, 2.ª edição

DIAS, JORGE FIGUEIREDO, *Direito Penal Português – Parte Geral – Tomo II – As consequências jurídicas do crime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

FARIA COSTA, JOSÉ DE, *Direito Penal*, Lisboa, Imprensa Nacional, 2017.

FARIA COSTA, JOSÉ DE, *Direito Penal e Globalização, Reflexões não locais e pouco globais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010

FERREIRA, ANTÓNIO PEDRO, *O Governo das Sociedades e a Supervisão Bancária*, Lisboa, Quid Juris – Sociedade Editora, 2009

GARCIA, M. MIGUEZ; RIO, J.M. CASTELA, *Código Penal. Parte Geral e Especial Comentado*, Coimbra, Edições Almedina

MENDES, P. SOUSA, “*Law Enforcement & Compliance*”, in *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra, Edições Almedina, 2018

PALMA, MARIA FERNANDA; DIAS, AUGUSTO SILVA; MENDES, PAULO DE SOUSA, *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra, Edições Almedina, 2018

SANTOS, CÁCIA SOFIA ANDRADE DOS, *Dissertação Princípio da proibição da reformatio in pejus no Direito Sancionatório Contraordenacional*, Coimbra, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 2017

SOROS, GEORGE, *O Novo Paradigma dos Mercados Financeiro. A Crise Financeira de 2008 e o seu significado*, Coimbra, Edições Almedina, 2009

STIGLITZ, JOSEPH E., “The Fruit of Hypocrisy” in *Guardian*, 16 de setembro de 2008

(texto submetido a 30.04.2020 e aceite para publicação a 21.06.2020)