

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1

O FENÓMENO DA GLOBALIZAÇÃO E O DIREITO PENAL ECONÓMICO*

JOSÉ DE FARIA COSTA

Resumo: O autor, de modo crítico, analisa a influência da globalização no direito penal, em especial no direito penal económico. Questiona a prevalência, em face da globalização, dos princípios de direito penal: legalidade e irretroatividade da lei penal. Indaga, também, qual o fundamento e qual a legitimidade de um direito e de um processo penal internacionais penais.

Palavras-chave: Globalização – Direito penal – Direito penal económico – Princípios fundamentais do direito penal – Territorialidade – Legalidade – Irretroatividade da lei penal – Lavagem de dinheiro – Processo penal internacional.

I. A chamada globalização¹ ou, de forma ainda mais correcta, a semi-globalização² constitui, hoje, o pano de fundo para tantas explicações, que deve ser regra de cautela elementar apertá-la através de critérios apertadíssimos porquanto,

(*) Este estudo foi também elaborado com a explícita finalidade de fazer parte do livro em Homenagem ao Sr. Prof. Dr. Rogério Soares.

(1) Quando se fala em globalização, os primeiros segmentos da realidade que afloram ao nosso espírito prendem-se, indesmentivelmente, com o mercado financeiro e ainda com a informação. Não querendo fazer extrapolações desadequadas ou até não sustentadas em razões plausíveis consideramos, todavia, que o fundamento para a globalização ter aparecido, primeiramente, naquelas áreas se deve procurar em dois pontos essencialíssimos. Em primeiro lugar, a tecnologia (a informática) que permitiu, através de um *hardware* cada vez mais barato, que a informação circulasse em tempo real e se espalhasse em rede à qual potencialmente “todos” os cidadãos do mundo poderiam ter acesso. Em segundo lugar, a própria “natureza volátil” das matérias que se consideram. Na verdade, quer o mercado financeiro, quer a própria informação, sobretudo a veiculada pelos próprios meios de comunicação social, já eram, muito antes da chamada globalização, considerados como núcleos de matérias “voláteis”. Para uma aproximação inicial à chamada globalização nos domínios económicos veja-se a obra *Handbook on the Globalization of the World Economy* (edited by Amnon Levy-Livemore), Cheltenham: Edward Elgar, 1998, enquanto para o mundo da informação e comunicação é obra de referência BALLE, Francis, *Médias et Sociétés (De Gutenberg à internet)*, 8^e édition, Paris, Montchrestien, 1997.

(2) Esta correcção foi-nos sugerida – se bem que prendendo-se unicamente ao plano económico mas que consideramos poder estender-se também a todos os outros domínios – por Emilio Gerelli em agudíssimo estudo (GERELLI, Emilio, “Il fantasma della globalizzazione e la realtà. Dei sistemi tributari negli anni 2000”, *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1997, p. 451-4 s).

por muito importante e profundo que seja o fenómeno, em caso algum pode ele ser panaceia analítica e compreensiva para tudo, ou quase tudo, o que se passa, neste momento, no mundo e, por conseguinte, também no universo do direito penal. Há, sobretudo, que tentar perceber que, se uma tal fenomenalidade se antolha tão global e se espalha por todos os interstícios da realidade, seria, então, também verdade que se intrometeria na própria análise ou investigação que sobre ela se opera.³ De sorte que, se se não pode controlar o nível e os graus de intromissão e de múltipla interferência, parecerá que o rigor analítico está à partida absolutamente prejudicado. Digamo-lo por outras palavras: a nossa investigação, por mor daquele pecado original da globalidade, estaria sempre e necessariamente a ser levada a cabo dentro do paradigma da globalidade.⁴ O que, bom é de ver, nos acorrentaria à própria mundividência explicativa que, justamente, se quer estudar.⁵ Cremos, contudo, que, por mais global que seja a realidade em que vivemos, é possível, sem falsos formalismos ou estiolantes rupturas, detectar e determinar zonas ou áreas onde o particular possa ter lugar como *topos* argumentativo e analítico.⁶ Quer isto também

(3) Sobre os problemas epistemológicos aqui só aflorados – ou até menos que aflorados – é de considerar a posição de Samir Amin, sem, contudo, esquecer que os pressupostos donde parte este autor estejam longe, muito distantes mesmo, daqueles que consideramos como mais pertinentes em ordem a uma correcta apreciação do problema (AMIN, Samir, *Capitalism in the age of globalization*, London/New Jersey: Zed Books, 1997, p. 134 s).

(4) Não se pense que o que se acaba de dizer não tem razão de ser. Com efeito, se se conceberem os bens do espírito como bens, já não de uma natureza tendencialmente nacionais, mas antes se os virmos ou valorarmos como expressões de um bem, comum, global (transnacional), dúvidas não há de que se estará perante uma “produção” global do pensamento; BECK, Ulrich, *¿Qué es la globalización? (Falácias del globalismo, respuestas a la globalización)*, Barcelona/Buenos Aires/México: Paidós, 1998, p. 45. Refira-se, a propósito, que a mobilidade dos bens espirituais, dos bens culturais – não enquanto expressões dos objectos propriamente ditos mas antes enquanto manifestações das ideias que sustentam a sua concreta realização – constituiu sempre um ponto referencial daquilo que apelidamos de civilização. Por isso há que ter alguma cautela e não pensar que só agora é que existe essa mesma mobilidade relativamente aos chamados bens culturais com o sentido que lhe demos. Pensar desse jeito seria cometer um erro palmar.

(5) Para o bem ou para o mal. Isto é: o que se quer evitar neste tipo de reflexão é a assunção de uma posição ideológica (que quer ter a característica da neutralidade científica) que passe, por exemplo, por afirmações como a seguinte: “I maintain that globalization via the market, is a reactionary utopia” [Defendo que a globalização através do mercado é uma utopia reaccionária], AMIN, Samir, op. cit., [n. 3], p. 5. A este propósito é interessante sublinhar dois aspectos. Primeiro, este tipo de proposição marcadamente ideológica – e que simultaneamente o não quer ser – em nada ajuda a perceber, correctamente, o fenómeno da globalização. Segundo, é difícil conceber em termos analíticos e lógicos uma utopia reaccionária. Efectivamente, se a utopia é a “realização” de uma ideia ou de um projecto *sem lugar* – logo inatingível – como se pode, então, classificar e colocar, desde logo, essa ideia ou projecto à “direita”? No lugar da direita. Manifesta *contradictio in adjecto*.

(6) Uma atitude crítica à aceitação, amiúde acrítica, do fenómeno da globalização – em consonância, pois, com o nosso cepticismo moderado – pode ver-se, ainda que essencialmente centrada nas áreas económicas, em HIRST, Paul/THOMPSON, Grahame, *Globalization in question*, Cambridge: Polity Press, 1996.

significar – agora naturalmente em sentido inverso – que não devemos menosprezar nem sequer desatender à própria ideia de globalidade na medida em que é, ela própria, o centro sobre o qual giram, em primeiríssima aproximação, as nossas preocupações e para o qual se dirige a nossa intencionalidade analítica. O que se pede e o que se exige, nesta circunstância, mais não é do que a manutenção e utilização de todo o *instrumentarium* que faz do pensamento um raciocínio de rigor. Finalmente, convém ainda tornar claro que a ideia de fundo que perpassa já por estas reflexões iniciais se pode detectar na seguinte proposição: se todo o comportamento, quer individual, quer colectivo, está inexoravelmente determinado pelo fenómeno da globalização, então, os comportamentos criminais, também eles não podem deixar de ser determinados por essa mesma realidade.⁷ Daí que o direito penal e, neste caso, o direito penal económico se tenham de confrontar com esse novo e vertiginoso dado.

2. Tentemos, no entanto, fazer uma primeira aproximação a uma noção de globalização a partir de instrumentos teóricos que se baseiem na análise e na definição. Fundamentalmente, poder-se-á dizer que a globalização se recorta como “mecanismo” social hiperdinâmico que torna globais os espaços económicos, culturais e informativos que antes se estruturavam, primordialmente, a um nível nacional. Logo, a pedra de toque desta abordagem inicial está na percepção diferenciadora de uma realidade que já não tem, definitivamente, a marca do Estado nacional. Não é que os fenómenos transnacionais fossem desconhecidos. A internacionalização dos mercados, da cultura e também da informação era uma realidade que fermentava e se constituía já como um insuperável segmento do tecido social. Sucede, porém, que, apesar de tudo, eram relações *inter nationes*. Era, digamo-lo de forma seca, o resultado de negociações ou projecções que partiam de países e chegavam a países. Ou, se se quiser – para se dizer de forma mais abstracta e com uma maior amplitude –, entre unidades sociais claramente recortadas e definidas em um certo tempo e um determinado espaço e que assentavam o seu sentido de perpetuidade em um território. O que hoje acontece é já coisa diversa. Esse de tipo de relações mudou radicalmente e apresenta-se, agora, como uma força – sustentada em uma comunicação que se opera em tempo real – que passa por cima dos países e que parece não ter lugar nem tempo.⁸ Ora, é este o ponto fulcral da presente problemáti-

⁽⁷⁾ Ideia de fundo que perpassa ou é mesmo ponto fulcral de tantos e tantos trabalhos de análise empírica – e não só – sobre esta presente problemática (cf. van DUYNE, Petrus C., “Organized crime markets in a turbulent Europe”, in: *Crime and political economy*, (edited by Ian Taylor), Dartmouth: Ashgate, p. 451 e s).

⁽⁸⁾ O caso mais paradigmático e impressionante prendeu-se, todos o sabem, a partir dos anos oitenta, com a designada globalização do mercado de valores mobiliários (a “bolsa”). Deu-se não só uma alteração da mentalidade, mas, sobretudo, operou-se a queda de vínculos normativos (“desregulação”). Contudo, tudo isso acontece, não por relação directa e imediata com aqueles dois fenómenos, que serão até mais efeito do que causa, mas porque se pode sustentar em uma tecnologia informativa que permite uma difusão global da informação e uma homogeneização das técnicas de investimento. Por isso, é, hoje, prática usual e comecinho trocar acções vinte e quatro sobre vinte e quatro horas sem limite de espaço ou de tempo.

ca. Vale por dizer: a globalização mais não é, nesta lógica das coisas, do que a expressão da expansão em rede e em tempo real de informação automatizada.

Pura e simplesmente o que é que aquilo que se acaba de perceber traz de diferente – e de diferença radical – ao nosso modo de ser colectivo? Por outras palavras: em que é que a comunidade politicamente organizada – o Estado⁹ – é influenciada? Em que é que ela se transforma? Quais as suas novas linhas de força? Quais as novas legitimidades que se podem perceber? Quais os traços que podem caracterizar essa nova realidade social? Eis um conjunto de perguntas fundamentais que viabilizam a procura de respostas adequadas à percepção de um modelo operatório para o direito penal e, muito particularmente, para o direito penal económico.

3. As interrogações formuladas, em momento imediatamente anterior, pretendiam ser, como se disse, o ponto de partida apropriado para uma maior densificação daquilo que se quer estudar. No entanto, é óbvio que esse estudo deve ser olhado não como objecto principal deste trabalho, mas antes como horizonte compreensivo crítico e integrador, dentro do qual emergem ou se reflectem as principais linhas do actual direito penal económico.

Assim, dentro deste quadro, urge perceber que, se a noção de Estado nacional entrou em crise,¹⁰ por tantos lados,¹¹ é, então, imperioso não nos esquecermos de

⁽⁹⁾ Uma apertada síntese, talvez demasiado apertada em nosso juízo, sobre o feixe de consequências que o fenómeno da globalidade acarretou para a própria noção de Estado pode ver-se em ANDERSON, Peter J., *Política global do poder, justiça e morte*, Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 103 s.

⁽¹⁰⁾ O modelo de Estado nacional de raiz democrática assentava e assenta ainda os seus fundamentos nos seguintes princípios: *participação, solidariedade, justiça e bom governo*. Ora, que saibamos, nenhum destes princípios parece, pelo menos por ora, irromper no horizonte ético-político da chamada globalização. Daí que se esteja em uma situação em que o Estado nacional já não é detentor, nem de longe nem de perto, das prerrogativas com que foi construído e pensado mas, por outro lado, não se vislumbram ainda os recortes nítidos de uma qualquer outra instituição que substitua ou faça as vezes do Estado. Por isso se fala, hoje, com razão, na óptica de que vivemos já em um tempo pós-Westphalia (ver HIRST, Paul/THOMPSON, Grahame, op. cit., [n. 6], p. 170 s). Como se sabe, os Tratados de Westphalia, concluídos em 1648, vieram pôr termo à Guerra dos Trinta Anos. É a partir deles que os chamados Estados ganham um estatuto de Estado nacional e se caracterizam pela liberdade de religião e ainda pelo direito de aliança com o estrangeiro. Ora, o reconhecimento, entre outras coisas, daquele direito de aliança mais não é do que a afirmação implícita do correspondente direito de não-ingerência. É óbvio que o rigor definitório com que apresentámos agora, quer o direito de aliança, quer o direito de não-ingerência nos assuntos internos do Estado nacional não surgiram com uma tal força logo a partir do momento da conclusão dos tratados aqui em análise. Tudo isso passou por uma prática e por uma sedimentação que só os séculos posteriores permitiram. No entanto, e foi o que se quis sublinhar, o embrião de uma tal forma de perceber o Estado nacional esteve ali.

⁽¹¹⁾ De forma sintética poder-se-á sustentar, sem quebra de rigor analítico, que a noção de Estado e as suas específicas funções de soberania entraram em crise não só por força de

que essa mesma crise se repercute, indesmentivelmente, sobre o próprio direito penal. Digamos as coisas de forma breve e salientando só pequenos apontamentos.

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 – e só dessa agora curamos¹² – tem cada vez

circunstâncias exógenas mas também por mor de condições endógenas. Ou seja: por força de pressões internas e externas que, todavia, parecem todas confluir no sentido da desarticulação e desagregação do Estado, tal como o temos concebido até aos nossos dias. Assim, externamente é cada vez mais puxado para espaços políticos supranacionais (veja-se o que se passa, por exemplo, na União Europeia). Espaços políticos supranacionais muitíssimo mais vastos onde as decisões que se reflectem nos diferentes Estados nacionais são tomadas por estruturas ou órgãos de decisão de escassa legitimidade democrática e que, para além disso, se encontram afastadíssimos da realidade específica e concreta de cada País. É bem verdade que para combater esta voragem centrípeta das estruturas ou órgãos supranacionais se defende o princípio da subsidiaridade. Mas não é também menos verdade saber-se da pouca eficácia de um tal princípio em uma época de indefinição ou de indecisão como a que se vive. Depois, internamente, o Estado sofre o desgaste de todos os movimentos de regionalização e autonomia – o constante aumento dos chamados poderes sub-estaduais – que se têm acentuado ultimamente. Sofre, para além de tudo – sendo esta, talvez, a característica mais saliente de todo este processo –, a privatização de um conjunto de tarefas e funções que eram até então tidas como pilares sacrossantos do Estado. Pense-se, nomeadamente, na saúde, na educação, nas telecomunicações etc. E se a segurança interna e a defesa, chamemos-lhes nucleares, é ainda tarefa do Estado, já se vêem proliferar formas privadas de segurança e propugnar-se até, por exemplo, não a compra de material bélico mas antes a *efectivação* de contratos *leasing* sobre esse mesmo material bélico. O que tudo mostra, se necessário fosse, o acerto da posição analítica de todos os que sustentam e seguem o discurrir que se acabou de proceder.

(12) É, todavia, importante ter presente que a criminalidade que se elevou a um estágio global, a maior parte das vezes, não nos aparece na limpidez de um só segmento de ilícito. Bem ao contrário. Tudo nos surge amalgamado. Vale por dizer: a criminalidade económica mistura-se com actuações de tráfico de droga e de armas, prostituição etc., não se sabendo qual a actividade que deva ser considerada como preponderante. O que se nota – e é esse um elemento comum que todos estão de acordo em sublinhar –, é que um tão desmesuradamente grande fluxo ilícito de capitais não pode subsistir se não tiver na retaguarda apoio no próprio sistema bancário (PASSAS, Nikos, “Structural sources of international crime: policy lessons from the BCCI affair”, in: *Crime and Political Economy* (edited by Ian Taylor), Dartmouth: Ashgate, 1998, p. 473 s). Para se ter uma ideia dos montantes que efectivamente acompanham estas actividades criminosas fixemo-nos, a título exemplificativo, tão-só no tráfico de drogas. Assim, um tal negócio movimenta, anualmente, 500 biliões de dólares com lucros iguais aos do tráfego de armas e maiores do que os que provêm do negócio do petróleo. Para além disso, a população dos Estados Unidos gasta mais em drogas, sua prevenção, reabilitação e educação do que com os gastos relativos à defesa nacional (PICKARD, Daniel, “When does crime become a threat to international peace and security?”, *Florida Journal of International Law*, 12 (1998), p. 13).

menos um 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. 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 Juízes, que tem muito de exasperante síndrome de Sísifo. Neste sentido, poder-se-á dizer – utilizando propositadamente uma linguagem simplista mas que pretende ser impressiva – que o tipo de criminalidade com o qual nos temos que debater tem a qualidade ou característica de *não ter locus delicti*, pelo menos na interpretação clássica que a dogmática nos dá de local do crime.

Efectivamente, se pensarmos – atendo-nos a uma trágica ilustração dos nossos dias – nos biliões de dólares que provêm do tráfico de droga¹³ urge perceber que esse dinheiro tem de entrar no circuito normal, isto é, tem de ser lavado ou reciclado.¹⁴ Imaginemos, agora, uma rede de narcotraficantes. A droga tem de ser comprada, transportada e distribuída. Ora, durante todas essas fases, uma pluralidade quase infinita de crimes é praticada. É evidente que cada uma dessas infracções tem um lugar onde foi praticada mas a rede de narcotraficantes, *em si mesma*, verdadeiramente não tem lugar. É, pois, neste preciso sentido, que salientamos a qualidade da inexistência do local do delito. Repare-se ainda que o fenómeno ganha uma maior acuidade quando olhamos para o momento da distribuição. O que conta, o que é verdadeiramente importante, é, pode afirmar-se sem reboço, a distribuição de centenas de milhar de doses. Todavia, como se sabe, cada acto de distribuição, cada uma dessas condutas é que constitui uma infracção com tempo e lugar. Porém, fácil é de perceber que não é isso que é relevante. Não é isso que pode frenar o fenómeno da proliferação global da droga.

Ainda dentro desta problemática geral decorrente da actual crise do Estado cumpre salientar um outro ponto de particular relevância. É do conhecimento comum, mesmo para o mais incipiente dos juristas, que o direito – independentemente da concepção que dele tenhamos –, em uma percepção sociológica, actua sempre como resposta a solicitações problemáticas – isto é, de conflito – que o real verdadeiro ininterruptamente lhe põe. Actua, por conseguinte, sempre em um momento posterior ao problema. Há todo um processo de ponderação e de reflexão mesmo institucional que, pela própria natureza das coisas, se postula lento. Tudo isto sai ainda mais reforçado quando olhamos para a lei incriminadora. Aquela que constitui e deve continuar a constituir a pedra angular de todo o siste-

⁽¹³⁾ Veja-se o que se disse na nota 12.

⁽¹⁴⁾ Sobre o branqueamento de capitais veja-se o nosso estudo “El blanqueo de capitales (Algunas reflexiones a la luz del derecho penal y de la política criminal)”, in: *Hacia un derecho penal económico europeo: Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 655 s.

ma penal. Só através de uma lei penal incriminadora, legitimamente construída, temos um *tipo legal de crime*. O que implica, bem o sabemos, que só a partir da existência de um tipo legal de crime é que qualquer conduta pode ascender à discursividade penal. Só a partir desse momento genésico é que o ilícito penal se concretiza na sua refração mais funda de ilícito ético-socialmente desvalioso, isto é, de ilícito-típico penal. Acontece que todo este processo legiferante é também, ninguém o desconhece, lento, às vezes penosamente lento. A legitimidade originária – e bem – do *ius puniendi* está nos parlamentos democraticamente eleitos e as instituições parlamentares têm um nível de produção legislativa que se apresenta, não só demorado – devido aos diferentes momentos por que tem de passar a actividade legiferante para assim se não violarem as regras elementares de um procedimento democrático – mas também baixo. E se isto já era, por vezes, incompreendido ou mal percebido pela comunidade em geral, então, face a uma sociedade que cada vez mais valoriza o fazer, o movimento, a constante informação em tempo real,¹⁵ a lentidão das instituições democráticas entra em manifesta ruptura com a vertigem da exigência de respostas rápidas e eficientes – e, portanto, também respostas rápidas e eficientes contra a criminalidade – que a mundividência actual, um pouco frivolamente, erigiu como modelo de actuação quer do nosso modo-de-ser individual, quer do nosso modo-de-ser colectivo.

Ora, se as coisas se passam deste jeito mesmo dentro das chamadas comunidades nacionais – em que há uma tradição e um saber comum amalgamados por uma legítima identidade de desígnios e vontade nacionais de combate à criminalidade – que resposta podemos esperar da chamada comunidade internacional cujos mecanismos de decisão são, indiscutivelmente, bem mais demorados? Eis um dos pontos nevrálgicos deste reflectir sobre as questões de enquadramento, sendo certo que a primeira e legítima resposta àquela interrogação vai no sentido indesmentível de que as coisas ainda se passarão bem mais lentamente se as enquadrarmos no âmbito da chamada comunidade internacional. Repare-se que, aqui e agora, só nos referimos a um aspecto lateral – o que não significar menor importância – do combate à criminalidade. Vale por dizer: interrogamo-nos sobre a celeridade dos tempos de ataque ao fenómeno da criminalidade. É evidente que deixámos em aberto toda a questão central e essencial que é a da legitimidade. Problema esse que se estrutura em dois momentos essenciais intrínseca e reciprocamente implicados. Um que reside em saber a quem pertence a legitimidade para desencadear e conduzir todo o procedimento de luta para com a criminalidade.¹⁶ Outro cujo núcleo essencial está em encontrar a legitimidade que se centra na determinação e construção de todo o ordenamento

⁽¹⁵⁾ Para uma análise deste importantíssimo ponto de reflexão veja-se o nosso estudo “Os novos horizontes sobre os meios de comunicação social e a justiça (ou a vertigem de Hermes)”, in: FARIA COSTA, José de, *Direito penal da comunicação*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 121 s.

⁽¹⁶⁾ Este tem a ver com o procedimento, o modo de realizar a prossecução da justiça penal. Modo que tem também ele de ser democraticamente fundamentado.

penal.¹⁷ Por outras palavras, e pondo as coisas de uma forma acintosamente clara, perguntemo-nos: qual o órgão internacional – e com que legitimidade – que pode criar normas incriminadoras (internacionais)? Continuarão a ser princípios fundamentais e inarredáveis do direito penal os axiomas axiológicos da legalidade,¹⁸ da irretroactividade da lei penal e da ofensividade a bens jurídicos, para só enunciarmos alguns dos mais emblemáticos? De que maneira e segundo que critérios se podem organizar legitimamente os tribunais aplicadores de tais leis? Que polícias é que perseguem os crimes? Que Ministério Público ou órgão equivalente deduz acusação? Em suma: qual o fundamento e qual a legitimidade de um direito e de um processo internacionais penais? Este é o núcleo essencial do problema. Dele se não pode fugir se se quiser, com honestidade e clareza intelectuais, tentar solucionar muitas das actuais efémeras efervescências doutrinárias. Esse nódulo problemático é, por conseguinte, um ponto inarredável, não só para a correcta compreensão do problema mas também para uma sua eventual superação.

Todos temos consciência de que a realização de tal tarefa – isto é, a tarefa de se encontrar um fundo comum na comunidade internacional que permita chegar à efectivação da resposta adequada ou possível àquelas perguntas – se é certo que se não antolha provável em um horizonte temporal de médio prazo mais improvável se mostra, é evidente, no quadro da necessária resposta imediata. A história política, mesmo quando aparentemente anda muito depressa, na verdade move-se, ao fim e ao cabo, em cadência bem mais lenta e compassada.

Ora, a aceitação deste insofismável dado lança-nos para um complexo problema. Se, por um lado, se sente e pressente que o Estado nacional se esgaça e rompe e com ele e por ele se não consegue estancar o fenómeno crescente do aumento da criminalidade, por outro, sabe-se que a luta contra a criminalidade é uma constante de qualquer sociedade organizada por mais incipiente que se apresente. De sorte que o que se tem de encontrar é um precário ponto de equilíbrio que consiga, temporariamente, ligar as diferentes pontas da questão com que nos debatemos sem que se rompam ou violem, precisamente, aquele conjunto de valores axiomáticos que constituem a matriz de um direito penal civilizado e moderno. Tentar perceber o fenómeno da criminalidade transnacional, não como um qualquer bizarro fenómeno social, mas antes como uma decorrência da própria ideia de globalização. Perceber esse fenómeno, não como exaltação de uma visão conspirativa da

⁽¹⁷⁾ Este lado da legitimidade já não toca no seu sentido instrumental mas antes na definição sustentadora de todo o ordenamento jurídico-penal. Isto é: na sua substância mais íntima.

⁽¹⁸⁾ Uma refracção do princípio da legalidade pode detectar-se, entre tantos outros, no princípio da determinação dos elementos do tipo. Não deixa de ser interessante pressentir uma certa agitação doutrinal, no que a este aspecto se refere, no mundo do pensamento penal alemão (MÜLLER-DIETZ, Heinz, "Abschied vom Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht?", in: *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München: Beck, 1998, p. 179 e s). Esperemos que se não deslize perigosamente para interpretações menos consentâneas com um claro e firme princípio da segurança jurídica.

história da sociedade, mas antes como actuação racional¹⁹ de homens que agindo, se bem que no campo do ilícito penal, pretendem, sobretudo, captar o maior benefício ilícito que as novas possibilidades de um mercado global lhes propicia.

Neste sentido é de todo o interesse perceber a estrutura organizatória deste tipo de criminalidade transnacional e que muitos não deixam de caracterizar como *macro* ou *megacriminalidade*.²⁰ A teia criminosa que se tece para que se consiga um fluxo criminoso que possa desencadear lucros fabulosos não é uma programação artesanal mas antes um projecto racionalmente elaborado que passa, sobretudo, por três grupos, de certo modo independentes, mas que, é evidente, têm também pontes ou conexões entre si.

Fundamentalmente, os diferentes três grupos assumem-se funcionalmente da seguinte maneira: o grupo central ou nuclear tem como finalidade principal levar a cabo o aprovisionamento, o transporte e a distribuição dos bens ilegais. Ligam-se, aqui claramente, coacção e corrupção para expansão de poder e de lucro. Um outro grupo tem como propósito primacial servir de protecção institucional a toda a rede ou teia. É a tentativa de chamar à organização, de forma subtil ou directa, a política, a justiça e a economia, as quais, através do estatuto dos seus representantes, permitem criar bolsas ou espaços onde a actuação criminosa se torna possível. Finalmente, surge um terceiro grupo que tem como fim primeiro estabelecer a lavagem de todo o dinheiro ilegalmente conseguido. Operam-se, por conseguinte, ligações com instituições bancárias, com casinos e ainda com outras sociedades legalmente constituídas. É grupo que funciona como placa giratória entre o mundo criminoso e o normal e comum viver quotidiano.²¹ O que tudo demonstra a forma particularmente racional e elástica deste tipo de organização. Tão elástica e tão fluida que o facto de algumas vezes se destruir um grupo não quer de modo algum significar que toda a rede tenha sido afectada. Esta rede ou teia onde nos surgem três cabeças – também elas se assumem aqui com carácter mais de representação simbólica do que como pessoas reais e visíveis ou claramente identificáveis – tem muito – deixando de lado o carácter mitológico que aqui se torna bem patente – da capacidade de remoção da Hidra de Lerna.

(19) Esta tónica de que os crimes – sobretudo os praticados em uma escala de tendência globalizante – são perpetrados por pessoas que actuam, em termos estritamente racionais de custos/benefícios é salientada pela mais recente e importante pesquisa criminológica (van DUYNE, Petrus C., op. cit., [n. 7], p. 452). Na verdade, mais claro não podia ser van Duyne quando afirma: “a maior parte dos empreendedores [*sic*] criminosos não são os diabólicos génios criativos descritos pelos meios de comunicação social de massas mas antes homens, com grande mobilidade, que assumem riscos que respondem às oportunidades em mutação e à aplicação judicial da lei tendo em conta a própria variável do erro” (ibidem).

(20) SCHNEIDER, Hans Joachim, *Kriminalpolitik an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1998, p. 51 s.

(21) Esta tripartição organizatória fomos buscá-la em SCHNEIDER, Hans Joachim, op. cit., [n. 20], 53.

Por conseguinte, perceber as coisas deste jeito – isto é, admitir, sem transigências, que se está a lidar com tipo de criminalidade determinada por critérios de pura racionalidade de custos/benefícios (económicos) – é o primeiro passo para que outras formas de ataque à criminalidade se não imponham. Urge, por isso, que nos detenhamos, por breves momentos, no aprofundamento analítico dos actuais comportamentos criminosos que se assumem com um carácter ou tendência globalizante.

A primeira nota que importa sublinhar neste contexto é a de que justamente porque se está perante uma criminalidade desse tipo é que podemos contar, em certas circunstâncias, com uma actuação violentíssima porquanto, se este for o preço a pagar para que o “negócio” continue, evidente é que a fria racionalidade *calculatrix* impõe que aquelas actuações criminosas de violência se tenham de operar sem qualquer transigência moral ou ética. Por outras palavras: à determinação do lucro – com os riscos inerentes a este tipo de actividade – não se pode opor qualquer outra lógica. Longe vão, por conseguinte, os tão celebrados – sobretudo por uma visão romântica que algum cinema exaltou – “códigos de honra” que algumas organizações criminosas no seu seio estabeleciam. Contudo, não se pense, porque seria incorrecto – e o pior que pode acontecer ao investigador nestas matérias é deixar-se condicionar por pré-compreensões não subjectivas –, não se pense, dizíamos, que em certos momentos históricos esse tipo de código não existiu. O que se quis aqui salientar é que as próprias organizações criminosas se deixaram elas próprias, adaptando-se aos tempos, de se moverem dentro desses “códigos de conduta” e se assumem como autênticas empresas de alto risco cuja actividade fundamental é a prática organizada de actuações criminosas possibilitadora de lucros fabulosos. Neste sentido, aqui, a relação capital/lucro é quase infinitamente favorável no sentido do lucro. Isto é: ao investimento de um capital relativamente pequeno há a forte expectativa de um lucro fabulosamente alto. O que acontece é que hoje o investimento – devido a uma forte concentração de capital neste campo como em tantos outros – é também, logo ele, à partida, enorme, o que impõe a nascença de um ciclo infernal ou vicioso de produção de capital. Vale por dizer: grande capital que gera lucro incomensurável que, por seu turno, se afirma como capital incomensurável que vai determinar um lucro para o qual já nem sequer temos qualificação. E assim sucessivamente.

Ora, todos perceberão, perante a magnitude e as implicações do fenómeno, a preocupação dos Estados nacionais, dos elementos da sua massa crítica, da população em geral e ainda de todos aqueles que especificamente se preocupam de tais matérias enquanto seus cultores. Daí que se se não encontram formas eficazes, mas eivadas dos princípios fundamentais de um direito penal liberal-social, outras maneiras, outras atitudes, outros fundamentos serão excogitados e não faltarão argumentos para os legitimarem quando eles se afastarem mesmo daquilo que é tido pelo comum das pessoas como razoável. Esse outro modo de pensar o direito penal, bem o sabemos, surgirá com a maior das facilidades se nada fizer. E se isso acontecer – isto é, se aqueles que defendem um direito penal liberal-social nada fizerem – seguramente que a luta contra este tipo de criminalidade será levada a cabo por um direito penal que se pautará por princípios que estão muito

longe – é preciso afirmá-lo para que tudo fique claro – desse traço comum material que tem norteado um direito penal humanizado de raiz iluminística.

4. Assim, dentro da lógica prospectiva que se enunciou no momento anterior, urge trazer à discussão algumas eventuais linhas de força que permitam, com critérios de razoabilidade mas também de eficácia, uma luta capaz contra a criminalidade, contra a criminalidade económica, que este fim de século e de milénio nos coloca.

4.1 O primeiro ponto que gostaríamos de salientar é o de que, queiramo-lo ou não, o Estado nacional é ainda a pedra de toque essencial para um tal combate. Tentar esvaziar as funções do Estado sem haver uma sua alternativa válida é criar as condições mais do que propícias para que o desnorte e a ineficácia dominem a luta contra a criminalidade, a qual, como se sabe, é particularmente sensível e aproveitadora de vazios normativos ou de inibições ou incertezas no que toca à efectiva e real aplicação atempada da lei penal. Pressupor o que se acaba de afirmar não quer minimamente significar o não reconhecimento de muitas das actuais debilidades na conformação daquilo que deve ser essencial para a compreensão de uma correcta e adequada política criminal dentro dos próprios Estados nacionais. Pense-se, sobretudo – e agora falamos tendo unicamente como pano de fundo o caso português mas que, como se sabe, não é caso isolado na cena europeia, bem ao invés –, na importantíssima questão de saber qual deva ser o grande princípio reitor na prossecução da acção penal: princípio puro da legalidade, princípio da oportunidade ou a eventual criação de um princípio misto? É manifesto que esta salutar discussão pública – e salutar em termos democráticos e de aprofundamento da própria democracia material – possibilita alguma desatenção – talvez melhor, faz baixar momentaneamente as guardas avançadas da luta contra a criminalidade – no que toca à contínua e diuturna prossecução da acção penal. Todavia, assim o impõem os mais latos interesses de uma democracia participada, a passagem por esse momento de diálogo público, sobre a coisa pública que é, em definitivo, a política criminal, logo política no seu mais nobre e lúdimo sentido, não pode ser afastada.

4.2 Contudo, a aceitação e a defesa de que é ainda a partir do Estado nacional que se deve centrar a articulação da luta contra a criminalidade (económica) de entono global não implica, bom é de ver, que se não deixem de operar tarefas e de realizar projectos que passem por uma efectiva e real cooperação entre os Estados. Cooperação, por conseguinte, dos Estados entre si e destes com as organizações internacionais (v.g., ONU) que visam o combate à criminalidade (global). As formas da cooperação que aqui se pressupõem pode dizer-se que arrancam desde a cooperação no âmbito da troca de informações no que se refere à específica e pura actividade de controlo, de investigação e de prossecução da acção penal, passam por uma maior elasticidade dos mecanismos legais no que toca, seja à transferência dos arguidos de um Estado para outro Estado,²² seja à transferência

(22) Pressupondo, obviamente, que cada um desses Estados – isto é, qualquer dos Estados requisitantes –, quer pela sua jurisdição, quer pela sua lei penal seja efectivamente competente. Digamo-lo ainda de uma maneira mais simples e cortante: há que tornar o

do material probatório e terminam na possibilidade do reconhecimento, quase que *de plano*, das sentenças estrangeiras, bem como na mobilidade dos condenados entre os diferentes Estados. Por outras palavras: 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, também aqui, o círculo. O que faz desta estratégia – que não pode deixar de ser de geometria variável – um modo de perceber as coisas também ele global. Mas que nunca por nunca se pode sequer conceber como minimamente fechado. É, por consequência, nesta óptica uma globalidade circunstancial daquilo que se pode considerar um subsistema.

4.3 Bem mais difícil é encontrar questões ou pontos doutrinários que permitam uma luta mais eficiente e dogmaticamente consequente contra este tipo de criminalidade. Pensamos, todavia, que uma reflexão aprofundada em torno de duas ou três específicas matérias pode trazer alguma clarificação a esses precisos campos normativos. Vejamo-las.

4.3.1 Fácil é de perceber que a criminalidade económica, quando levada a cabo dentro de um espaço económico global, tem o seu primeiro ponto de contacto com a dogmática penal²³ – vale por dizer: a primeira matéria a ser chamada a debate – através da aplicação da lei penal no espaço.

O princípio da territorialidade constitui, dentro da nossa actual civilização jurídico-cultural, a pedra de toque de toda a problemática da aplicação da lei penal no espaço. Bem sabemos que este axioma é integrado por outros princípios – v.g., defesa dos interesses nacionais, do pavilhão, da nacionalidade, do princípio da aplicação universal – o que permite que, mesmo quando não possa funcionar o princípio da territorialidade, a lei penal nacional se aplique, desde que se verifique um conjunto de circunstâncias consagrado explicitamente pelo legislador. Aumenta-se, assim, de uma maneira particularmente interessante o âmbito da lei penal nacional. Respondendo, também deste modo, a duas atitudes essenciais que se devem ter nesta área: *a)* punir ou expulsar (*punire aut dedere*); e *b)* evitar a todo o custo que uma infracção fique sem punição.

Dentro da lógica que se acaba de enunciar é nossa convicção que se deveriam aumentar os casos em que funcione a cláusula complementar que se sustenta no princípio da aplicação universal. O código penal português – como aliás tantos

regime da extradição muito mais flexível, sobretudo, por exemplo, dentro do espaço da União Europeia.

(23) No raciocínio que se acaba de fazer dá-se por adquirido que o comportamento que se analisa apresenta fortes indícios da prática de uma infracção. Isto é: essa conduta preenche, em princípio, um tipo legal de crime.

outros – baseia a aplicação deste princípio complementar ou adjuvante do princípio da territorialidade na ideia força de que as infracções que a ele são chamadas devem pertencer todas ao próprio Código Penal. Ora, julgamos que as coisas se não têm de passar desta maneira. Nada há, em verdadeiro rigor, que impeça que sejam também consideradas infracções que integram o princípio da aplicação universal todas aquelas que o legislador julgue, em bom rigor, merecerem essa dignidade e que, todavia, pertençam ao direito penal acessório, ao direito penal secundário.²⁴

4.4 Um outro segmento potenciador da maior eficácia punitiva no que se refere a este tipo de criminalidade económica, sobretudo quando ele assume uma tendência tentacular globalizante, liga-se já não ao direito penal substantivo mas antes ao direito penal processual. E dentro deste, para sermos ainda mais precisos e directos, no âmbito do chamado direito probatório. O que se tem vindo a afirmar, se bem que de forma larvar e pouco convincente, é que, no que toca precisamente à criminalidade económica ou à criminalidade altamente organizada, deve o legislador permitir que se inverta o ónus da prova. Vale por dizer: seria o arguido que deveria ter o ónus de provar a proveniência dos bens, a proveniência do capital, e não, para o dizermos de maneira simplificada, a acusação. Olhemos, por conseguinte, primeiro para este problema.

4.4.1 Uma das múltiplas conquistas que ficámos a dever à Revolução Francesa foi a consagração da presunção de inocência, proclamando o art. 9.º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão que “Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable, s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi”. E os reflexos práticos deste singelo enunciado são, na verdade, incomensuráveis: valendo, de facto, uma presunção de culpa no processo inquisitório tipicamente medieval – com reflexos, por exemplo, na quase inexistência de garantias de defesa e no valor atribuído à tortura como forma privilegiada de obtenção da confissão de culpa –, o que se operou por força da presunção de inocência foi uma transformação profunda não só da conformação mas da própria compreensão do processo penal.

A partir desta tónica, pode afirmar-se que um dos mais importantes corolários da presunção de inocência se traduz na inexistência, no processo criminal, de uma repartição do ónus da prova semelhante à que vale no processo civil. Neste

(24) Não vamos, por evidente, fazer, neste contexto, qualquer tipo de tentativa de distinção entre o direito penal clássico e o direito penal secundário tanto mais quanto é certo que se há matéria que a doutrina portuguesa tenha, desde sempre, tratado *ex professo*, esta é seguramente uma delas. O que queremos é só salientar brevemente que a fronteira, seja através de um critério quantitativo, seja por meio de um critério qualitativo, entre as duas áreas da incriminação é extraordinariamente ténue. O que reforça a bondade da ideia que se lança em texto. Ou seja: não há uma razão material que afaste a possibilidade de se convocarem normas do direito penal secundário para fazerem parte do princípio da aplicação universal. Alargando-se, desse jeito, o princípio da territorialidade.

processo, a dúvida sobre determinado facto converte-se na decisão contra a parte a quem a sua prova interessava – assim, quem pretender valer-se de um direito terá de provar os seus factos constitutivos; caberá à parte contrária a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do mesmo. Sucede, porém, que, enquanto no processo civil temos uma lide onde se confrontam adversários com iguais armas, no processo penal – estamos a ter em mente exclusivamente o processo penal continental e não o de raiz anglo-saxónica – não há essa simetria. Efectivamente, o órgão que acusa, o Ministério Público, não é substancialmente “parte” do processo, o que implica, por conseguinte, que o que verdadeiramente conte seja a realização da justiça.

Não podendo, portanto, ser uma situação de dúvida resolvida pela consideração de que o facto terá de se dar como provado contra a parte a quem interessava, como sair, então, deste impasse? Em processo penal, e ainda – pelo menos em parte – por decorrência da presunção de inocência, qualquer situação de dúvida sobre a situação de facto terá de ser resolvida a favor da defesa. Vale, pois, o princípio *in dubio pro reo*.

O qual, diga-se, é ainda imposto pela existência de um poder-dever de investigação a cargo das autoridades judiciárias: assim, estando elas obrigadas a carrear para o processo, para além das contribuições da acusação e da defesa, o material probatório necessário ao seu bom esclarecimento em sede de produção de uma decisão justa, a ineficácia com que cumpram esta obrigação não poderá desfavorecer o arguido.

O que até aqui se disse leva-nos a avançar com a ideia de que, em rigor, nem sequer é possível analisar uma hipotética inversão do ónus da prova em matéria de branqueamento de capitais provenientes do tráfico de estupefacientes. Pela simples razão de que, não existindo repartição do ónus probatório, é impensável promover a sua inversão. Qualquer resposta de conteúdo diverso apresentar-se-nos-ia como inevitavelmente violadora quer do *in dubio pro reo* quer da presunção de inocência. E, nem seria necessário afirmá-lo, inconstitucional por violação do n. 2 do art. 32.º da CRP.

4.4.2 Ainda a um tal propósito há quem propugne uma outra forma, talvez dogmaticamente mais consistente, de resolver o problema. Passaria ela por considerar a proveniência dos bens como questão prejudicial não penal. Olhemos esta via com um pouco mais de atenção.

As questões prejudiciais não penais caracterizam-se por três diferentes notas: a) são de resolução prévia relativamente à questão principal; b) têm um objecto autónomo, distinto do daquela questão, pelo que poderiam ser apreciadas num processo específico; c) o seu conhecimento é indispensável para que, posteriormente, se possa decidir a questão principal. Ora, tais questões suscitam, de imediato, um problema: deverão elas ser conhecidas no processo penal, ou serão melhor resolvidas se forem remetidas ao Tribunal em princípio competente em razão da matéria?

A *tese da devolução obrigatória* sustenta que há uma adequação funcional de cada Tribunal relativamente às matérias que cabem na sua esfera de competências – o que, em termos muito simples, equivale a afirmar que, existindo alguma especialização judicial, ela reverterá num melhor conhecimento pelos juizes dos problemas com que mais habitualmente contactam. Para além de que, acrescenta-se, assim se evitarão as decisões transitadas em julgado de sinal contrário, que sempre poderiam existir se no processo penal se decidisse uma questão de forma oposta à determinada no Tribunal especificamente competente.

Já a *tese do conhecimento obrigatório* invoca como vantagens as desvantagens que aponta à concepção que anteriormente resumimos. Por sobretudo, acusa a devolução obrigatória de prejudicar a concentração processual, acarretando enormes perdas em termos de celeridade e eficácia. Ao que acresce uma crítica que se nos afigura fundamental: remetendo a questão para o tribunal especificamente competente, nenhuma garantia se terá de que as regras adoptadas na busca da verdade se assemelham às prescritas pelo direito processual penal; no processo civil, por exemplo, o papel passivo desempenhado pelo juiz fará recair toda a responsabilidade probatória sobre as partes, o que poderá estar na origem de uma verdade puramente formal.

Esta última é a solução adoptada, actualmente, pela maioria dos sistemas processuais penais, embora com o limite inerente ao respeito pelo caso julgado produzido pelo Tribunal competente em razão da matéria.

Também entre nós se consagra a regra – embora sujeita a algumas limitações – do conhecimento da questão prejudicial não penal no processo criminal. O princípio da suficiência decorre, aliás, do n. 1 do art. 7.º CPP, segundo o qual “o processo penal é promovido independentemente de qualquer outro e nele se resolvem todas as questões que interessem à decisão da causa”.

No entanto, o legislador considerou conveniente deixar ao Tribunal a possibilidade excepcional de, tendo em conta as especificidades do caso concreto, suspender o processo para que a questão prejudicial seja apreciada no Tribunal competente. Esta suspensão está, porém, condicionada à verificação de vários requisitos: a) a impossibilidade da conveniente decisão da questão no processo penal; b) o não prejuízo da realização de urgentes diligências probatórias; c) para evitar a utilização desta possibilidade como expediente dilatatório, a suspensão não poderá prolongar-se por mais de um ano e, por outro lado, o Tribunal criminal decidirá também da questão se a acção não tiver sido proposta no prazo de um mês.

Daqui resulta, pois, a possibilidade de devolução de uma questão prejudicial não penal ao Tribunal competente, onde valerão os seus próprios princípios de apreciação da prova. E existindo, nomeadamente no processo civil, uma repartição do ónus da prova nos termos que já referenciámos, sem grandes dificuldades se poderia considerar caber ao réu a obrigação de provar a proveniência lícita dos seus bens.

No entanto, eis que nos deparamos com uma interrogação fundamental: constituirá, na realidade, o problema da proveniência lícita ou ilícita dos bens uma questão prejudicial não penal, susceptível, portanto, de ser remetida para outro Tribunal, considerado competente em razão da matéria?

A incriminação do branqueamento de capitais – e só dessa falamos porquanto é a incriminação mais visível no domínio do chamado direito penal económico destes finais de milénio –, no domínio da droga, resulta, olhando agora para o direito português, do art. 23.º do DL 15/93, de 22.01, um exemplo de neocriminalização – que radica em disposições da Convenção da ONU de 1988, depois retomadas pela Convenção do Conselho da Europa e pela Directiva das Comunidades Europeias 91/308/CEE, de 28.06.1991. Na construção da norma, que nos abtemos aqui de reproduzir, o legislador optou por uma descrição exaustiva das várias condutas ilícitas, numa tentativa de não deixar qualquer fresta ou interstícios na malha incriminatória.

Em uma perfunctória análise da norma, tendemos a concordar com a afirmação de que “para que se verifique o crime aqui tipificado, é necessário: a) a prévia perpetração de um crime de tráfico previsto nos arts. 21.º, 22.º (...) ou 25.º; b) o conhecimento pelo ‘branqueador’ dos aspectos essenciais dessa actividade delituosa preliminar, ainda que de forma não detalhada; c) a participação nos actos previstos em, pelo menos, uma das alíneas do n. 1”.²⁵

Na verdade, de uma mera leitura do art. 23.º, n. 1 do DL 15/93 decorre, pois, de forma inequívoca, que, para existir branqueamento, não basta que a proveniência dos bens se revista de uma das várias formas de ilicitude que o ordenamento jurídico conhece; a proveniência dos bens ou produtos só será ilícita se radicar na prática, sob qualquer forma de comparticipação, de um crime de tráfico de estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou precursores.

Assim sendo, como nos parece indubitável, a prática de um crime de tráfico, gerador dos bens ou produtos depois “branqueados”, nunca se traduzirá numa questão prejudicial de natureza não penal: é, por essência, uma questão de natureza criminal que, por isso, só no processo penal poderá ser decidida.

A análise desenvolvida leva-nos, pois, a concluir que a proveniência lícita dos bens não só não poderá constituir um ónus probatório para o arguido no processo penal – sob pena de estarmos a violar a garantia constitucional da presunção de inocência –, como só nesse processo – e nunca no processo civil – deverá ser apreciada. E isto porque a proveniência dos bens só será ilícita – à luz do artigo em análise²⁶ – se eles resultarem de um crime de tráfico. No entanto, temos para nós que esta é uma pista de reflexão que não deve, sem mais, ser abandonada.

(25) LOURENÇO MARTINS, *Droga e direito*, Aequitas/Editorial Notícias, 1994, p.136.

(26) É evidente que este é um argumento intra-sistemático, pouco vale quando olhamos as coisas em uma óptica *de lege ferenda*.

4.5 Uma derradeira observação. Uma observação de fundo no que toca a toda esta problemática. Temos para nós que se não deve ser demasiado rígido na definição dos modelos dogmáticos. Cremos, com isto, tornar claro que nada há que impeça, nos sistemas democráticos – mesmo naqueles de forte tradição do princípio da legalidade na prossecução da acção penal –, que se aceite, com maior ou menor intensidade, o princípio da oportunidade. Tudo está em construir um sistema articulado onde a legitimidade da decisão de oportunidade não possa ser utilizada – ou onde haja tão-só um risco mínimo, negligenciável, da sua utilização – para fins político-partidários. Passa, também por aqui, muita da legítima eficácia com que se pode lutar contra a criminalidade económica altamente organizada (global).

4.6 Assim, e de um jeito conclusivo, porque sabemos que os métodos – isto é, a sua enorme capacidade de adaptação racionalmente conduzida – deste tipo de criminalidade estão sujeitos a progressos velocíssimos que ao Estado nacional sancionador caberá desvendar e perceber também ele de forma racional e não emotiva – vale por dizer: sem eco perturbador de *slogans* –, poderemos, isso sim, complementar a estratégia penal com outras formas de combate que passem, sobretudo, por exemplo, por uma maior transparência do sector financeiro. O qual, para se preservar a si próprio, terá de participar, sem autoflagelações que levem a fugas inestancáveis de capital, neste combate ao branqueamento do chamado “dinheiro sujo”.

O que não podemos, sob pena de destruímos os alicerces últimos em que radica a legitimidade da intervenção penal, é passar por cima de princípios tão fundantes como a presunção de inocência e todos aqueles que atrás se referiram. E, por isso, como já defendíamos em 1992,²⁷ nem a necessidade de combater a criminalidade grave ou gravíssima pode “potenciar a subversão de alguns princípios fundamentais do direito penal comum europeu. E se não deve fomentar, muito menos deve fazer crer que só através da subversão se consegue algum êxito na luta contra este tipo de criminalidade. Aquele êxito passa, em nosso juízo, também pelo envolvimento de outras instâncias (sociais, culturais, económicas e estaduais), de modo a que se consiga, isso sim, subverter a própria ‘cultura da corrupção’. De qualquer maneira, uma exacta e correcta delimitação dos elementos do tipo e a rejeição de presunções na determinação da culpa são ideias que a metáfora da pedra a que tudo se agarra consolida. Ideias que se devem prender, pois, àquele mínimo de valores que faz de nós comunidades democráticas que devem construir, com o máximo de liberdade, o futuro colectivo”.

(27) Estudo por nós apresentado no Colóquio Internacional de Direito Penal Económico, na Universidade Autónoma de Madrid, aquando da concessão do grau de *Doctor Honoris Causa* ao Prof. Klaus Tiedemann (op. cit., [n. 14]).