

**A LUTA CONTRA O BRANQUEAMENTO DE CAPITALS
POR MEIO DO DIREITO PENAL: O EXEMPLO DA SUIÇA**

Günter Stratenwerth

A LUTA CONTRA O BRANQUEAMENTO DE CAPITALS POR MEIO DO DIREITO PENAL: O EXEMPLO DA SUÍÇA

Günter Stratenwerth*

I

A Suíça adquiriu em matéria de branqueamento de capitais a reputação de um modelo: por que vias e com que custos, será o tema desta conferência. São antigas as queixas, que se podiam ouvir já no final dos anos 60 do século transacto, da parte de Procuradores americanos, sobre o segredo bancário suíço e o abuso que a Mafia fazia dele, e essas queixas perduraram até hoje, com modificações, como é sabido. Depois de nos EUA terem começado os esforços para reprimir o comércio de estupefacientes (também) através da luta contra o branqueamento de capitais, um Procurador de então do Cantão Tesino, PAOLO BERNASCONI, numa Jornada da Associação de Juristas Suíços, pronunciou-se, com ênfase, no sentido da criação de disposições penais correspondentes na Suíça. Ele apresentou em 1986 um Ante-Projecto, de cuja elaboração tinha sido encarregado, ainda antes da entrada em vigor nos EUA das disposições sobre branqueamento de capitais. Era claro desde o início que se tratava, no branqueamento de capitais, de transacções de carácter internacional e que os EUA tinham de ganhar o maior número possível de países para a sua luta, objectivo que até hoje tentaram alcançar com o habitual denodo. Isso sucedeu no quadro da ONU, primeiro com a Convenção sobre estupefacientes de 1988 e depois, por ocasião de uma cimeira do G7 em 1989, com a criação de um grupo de trabalho, o «Financial Action Task Force on Money Laundering» (FATF), que devia, o mais rapidamente possível, elaborar propostas concretas de luta contra o branqueamento de capitais. Nele participou também a Suíça. Aqui, no entanto, os acontecimentos iriam precipitar-se de certa maneira. O Governo Federal Suíço e o Parlamento envolveram-se em turbulências políticas, que não interessa agora analisar, de modo que, por pressão da opinião pública, viram-se forçados a prosseguir com grande aceleração e a concluir no mais curto prazo – como se veria: provisoriamente – os trabalhos

* Universidade da Basileia.

legislativos sobre as novas normas penais contra o branqueamento de capitais. Quase uma estreia europeia! Só os ingleses andaram ainda mais depressa.

Os novos tipos de crime padeciam de graves defeitos congénitos. O combate ao branqueamento de capitais com os meios do Direito Penal, como foi referido, fazia originariamente parte da «war on drugs» norte-americana, que quanto mais os Estados Unidos pensam obstinadamente em prosseguir, mais claro se torna que ela não é para ganhar. A ampliação a factos prévios distintos dos crimes relacionados com a droga foi tomado como objectivo em 1989, quando da instalação da FATF. Sempre se tratou – e trata ainda hoje – da luta contra o crime organizado. Ele devia ser impedido de legalizaar os seus imensos lucros e assim, como afirmou BERNASCONI, devia ser atingido no seu «calcanhar de aquiles». Nada seria mais oportuno do que tornar punível o branqueamento de capitais exactamente deste ponto de vista: o do apoio a uma organização criminosa. Mas esta via não era viável na Suíça. As autoridades políticas tinham censurado, poucos anos antes, com objecções em parte absurdas, a proposta de uma comissão de peritos que consistia em criar um tipo de crime de organização criminosa e tão depressa e sem penosidade não se podia reparar a falta. Não existia nada, pois, em que se pudessem apoiar. BERNASCONI tinha proposto que se concebesse o branqueamento de capitais como impedimento da intervenção dos órgãos de investigação criminal sobre valores patrimoniais, que subjazem à apreensão, inserindo-o portanto nos crimes contra a realização da justiça, e as instâncias legislativas seguiram-no, com a consequência de que, agora, no branqueamento de capitais, só se pode falar em crime organizado, contra o qual se devia dirigir o tipo legal, na forma de uma qualificação. O que isto significa na prática será revelado adiante. Antes de mais, note-se apenas que também o direito de apreensão, ao qual o tipo legal de branqueamento de capitais, desta forma, se referia, não estava preparado para o papel chave que lhe era atribuído e tinha de ser revisto entretanto, de um modo de resto não isento de dificuldades.

A outra debilidade do novo Direito resultava da dificuldade existente no branqueamento de capitais, que existia também tradicionalmente na recepção, de comprovar no autor o conhecimento da origem criminosa dos valores patrimoniais em questão. Por isso, BERNASCONI quis ver punida também a realização do crime com «negligência grosseira», mas esta solução não era muito defensável relativamente a um crime contra a realização da justiça, que exige sempre dolo. O legislador seguiu, pois, o outro caminho que consistia em assegurar através de uma outra norma penal o dever, ainda mais prontamente tangível, de impedir transações patrimoniais duvidosas, nomeadamente o dever de identificação do parceiro negocial. Os bancos suíços já tinham antes reconhecido um tal dever, num convénio por eles celebrado sobre as suas regras estatutárias. Ele seria estendido agora a todas as pessoas que, por motivos profissionais, aceitassem, guardassem, aplicassem ou ajudassem a transferir valores patrimoniais alheios – hoje designados sumariamente por «intermediários financeiros –, as quais seriam puníveis se omitissem verificar a identidade do beneficiário efectivo, com o cuidado exigido pelas circunstâncias.

Por muito elegante que este caminho possa parecer, ele é dificilmente aceitável do ponto de vista do Estado de Direito. Porque não era (e ainda hoje não é) claro quem é considerado autor – qualquer homem de negócios lida com valores patrimoniais alheios! – nem que medida de cuidado, em que profissões e em que transacções, é exigida «segundo as circunstâncias». Não se pode falar aqui da determinação indispensável em qualquer lei penal.

Desde este início, em parte por causa da falta referida, em parte para efectivação completa da rede de controlo, foram dados outros passos pelo legislador, em primeiro lugar, na forma de reformas parciais do Código Penal, através das quais, foi configurado o direito de apreensão, foi introduzido finalmente um tipo de organização criminosa e foi criado um direito de informação dos intermediários financeiros, por meio do qual deviam ser dirimidos conflitos com os deveres legais de manter segredo, como acontece com o segredo de advogado ou o segredo bancário. Logo em seguida foi publicada uma lei especial sobre branqueamento de capitais com nada menos do que 44 artigos e na sequência desta foi desencadeada uma nova vaga de regulamentações cujo fim não está à vista. Entre outros aspectos, esta lei transformou o direito de informação atrás mencionado num dever de informação de alcance obscuro. A legislação em matéria de branqueamento de capitais aparece – e isto não só na Suíça – como uma história de rectificações continuadas, para usar uma expressão do meu colega de Berna, GUNTHER ARZT. São-lhe dedicadas também dúzias de publicações, entre as quais um Comentário com mais do que 2000 páginas, enquanto a jurisprudência se debateu mais ou menos razoavelmente com o novo Direito, predominantemente em casos que não têm o mínimo a ver com criminalidade organizada. Já ninguém pensa hoje na promessa de deitar mão a organizações criminosas por esta via; recordá-la torna-se antes penoso. Calcula-se que o combate mais veemente ao branqueamento de capitais nunca abrangerá mais do que 1% do comércio mundial de drogas ilegais. A campanha global tornou-se desde há muito um fim em si, de modo que se coloca sempre a questão de saber se nós, tendo em conta a ruptura de elementares princípios jurídicos a ela ligados, não pagamos um preço demasiado elevado. Voltarei ainda a esta questão no final.

II

Cuidámos em primeiro lugar da evolução até agora da legislação suíça em matéria de branqueamento de capitais. Ela deixa entrever já que dificuldades inusuais se levantam à intervenção penal neste domínio. Quero agora ocupar-me delas com mais detalhe.

1. Um tipo de crime de branqueamento de capitais não protege nenhum bem jurídico tangível. Ele dirige-se contra uma forma especialmente perigosa de criminalidade, mesmo contra a sua organização e aproveitamento através de associações criminosas, mas também contra um simples fenómeno conco-

mitante: a tentativa de encobrir com os meios do mercado financeiro valores patrimoniais obtidos de forma criminosa, para os subtrair à intervenção das autoridades de investigação criminal. Já esta descrição permite reconhecer que o Direito Penal pode ser aplicado em três hipóteses distintas: ou na situação em que, no branqueamento de capitais, se trata de valores patrimoniais de uma organização criminosa, ou na situação em que estes valores patrimoniais provêm de crimes, ou finalmente na circunstância em que eles podiam ser apreendidos, se os órgãos de investigação criminal se apoderassem deles. Esta terceira hipótese afasta-se o mais possível do objectivo político-criminal de atingir o crime organizado na sua base financeira. Mas pelas razões mencionadas a Suíça optou sobretudo por ela no tipo de branqueamento de capitais. Pretendo em seguida esboçar os problemas dogmáticos e práticos que daqui resultam – o que, como será demonstrado, não pode significar que os outros conceitos possíveis não coloquem problemas.

Se se descreve o comportamento punível de branqueamento de capitais, como sucede no artº 305 bis do Código Penal Suíço, como realização de uma acção que é adequada para impedir a apreensão de valores patrimoniais que procedem de um crime, ele aparece, como se disse, como um crime contra a realização da justiça, e é aí que se encontra também inserido este artigo. Isto provoca naturalmente, primeiro que tudo, uma comparação com as outras disposições penais que pertencem a esta categoria e revelam-se, logo à primeira vista, graves discrepâncias. O tipo mais próximo é o do entrave à punição, chamado na Suíça favorecimento. Ali é ameaçado com pena de prisão até 3 anos (artº 305 do Código Penal) quem subtrai outrém à pena ou a uma medida jurídico-penal relacionada com a privação da liberdade, também nos casos mais graves, por exemplo, quando se trata de uma prisão perpétua. O entrave à aplicação da sanção relativamente secundária da apreensão é, pelo contrário, declarado como branqueamento de capitais, em casos graves ameaçado com pena de prisão até 5 anos e isso, diferentemente do favorecimento, mesmo que este resultado não ocorra, bastando que a acção seja adequada para produzi-lo. E enquanto o tipo de favorecimento, excepto nos crimes mais graves como o genocídio e os crimes de guerra, só protege interesses de investigação criminal suíços, o branqueamento de capitais diz respeito naturalmente, em primeira linha, a valores patrimoniais que podem ser apreendidos no estrangeiro. A prescrição penal intervém – assim é determinado expressamente – mesmo quando o facto principal foi cometido no estrangeiro. Isto conduz ao resultado grotesco de que se pode auxiliar um ladrão homicida procurado no estrangeiro a fugir para a Suíça – só não pode em caso de ocultação do produto do roubo.

Se fosse preciso ainda uma outra prova de que era o caminho mais errado conceber o branqueamento de capitais como crime contra a realização da justiça, a aplicação da disposição pela jurisprudência feita até agora, seria mais do suficiente. Poupo-vos à enumeração detalhada das incongruências dogmáticas e sublinho só alguns pontos. De referir em primeiro lugar é a experiência já mencionada de que o tipo é invocado predominantemente nos casos em que não se trata da legalização de valores patrimoniais de organiza-

ções criminosas. Eu aponto como exemplos especialmente absurdos a condenação por branqueamento de capitais de um toxicodependente a quem um outro deu às escondidas, durante uma rusga, dinheiro proveniente do comércio da droga, ou também a condenação de um morador que tirou dinheiro resultante da droga que tinha sido enterrado nas floreiras da sua varanda e escondeu-o na sua cozinha. Aqui se revela também a tendência do tipo para a fluidez¹, em virtude da qual ninguém pode dizer onde passam os seus limites. Duvidoso é ainda, entre outros aspectos, após doze anos de vigência, se a simples aceitação de valores patrimoniais contaminados pode ser punida como branqueamento de capitais, ou também, ao invés, a recusa de aceitação, que, no caso de intermediários financeiros, desencadearia um dever de informação. E é seguro, segundo a jurisprudência do Tribunal Federal suíço, que alguém pode ser o seu próprio branqueador de capitais: ele é punido não só pelo facto de se ter apropriado de valores patrimoniais através de um crime, mas ainda porque os quer conservar.

2. A intenção de combater o branqueamento de capitais com os meios do Direito Penal, choca também com dificuldades dificilmente resolúveis quando se tenta evitar decisões erradas, como as aqui descritas. Isso manifesta-se imediatamente nas regulações de outros Direitos como o alemão, o francês, o italiano, o austríaco e, se compreendi correctamente, também o Direito português, que se baseiam directamente na ocultação de valores patrimoniais de origem criminosa, portanto, escolheram a segunda hipótese de solução possível. Para o Direito suíço acrescem às complicações já mencionadas, as relacionadas com este ponto.

O branqueamento de capitais é um processo que se desenrola em regra através de uma multiplicidade de fases. No começo está habitualmente a aplicação no mercado de numerário proveniente, por exemplo, do comércio da droga ou da extorsão de dinheiro², cuja origem é dissimulada, numa segunda fase, por meio de uma rede complexa de contas de sociedades frequentemente intrincadas umas nas outras, a maior parte das vezes espalhadas por vários países, até que finalmente, por exemplo, na forma de um empréstimo inocente, retorna à esfera de domínio do organizador e pode ser investido por ele em empreendimentos totalmente legais. Se o branqueamento de capitais deve ser impedido, os valores patrimoniais respectivos têm de ser qualificados em qualquer fase deste seu percurso como objecto idóneo do crime, isto é, os chamados sub-rogados têm de ser ilimitadamente incluídos na punibilidade. Isto tem como consequência na prática que os valores patrimoniais, com os quais pode ser cometido o branqueamento de capitais, duplicam de certa forma

¹ NT. O termo «Ölflecktendenz» significa à letra «tendência de mancha de óleo» e faz alusão à plasticidade ou fluidez de algo, enquanto qualidade que dificulta ou impede a determinação dos seus contornos ou limites. Pensamos que a tradução proposta é mais correcta e compreensível em português.

² NT. «Schutzgelderpressung» significa extorsão, em regra através de ameaça de violência, de um comerciante por uma organização criminosa.

com cada uma daquelas transacções, de modo que, como já a fundamentação oficial do Projecto de Lei recebeu que acontecesse na Suíça, «partes essenciais da nossa economia legal seriam consideradas em pouco tempo contaminadas». Mas se nos vemos forçados a admitir tais consequências abstrusas, temos de assegurar pelo menos publicamente que o adquirente totalmente honesto daqueles valores patrimoniais não se torna suspeito de cometer branqueamento de capitais. Reside aqui originariamente uma das fontes do direito de informação e agora do dever de informação em caso de valores duvidosos – a denúncia funciona como prova de inocência.

Se a ligação à origem criminosa de valores patrimoniais nestas circunstâncias, por um lado, conduz teoricamente ao infinito, reside praticamente nela, por outro lado, uma das razões principais para ineficácia das normas sobre branqueamento de capitais assim concebidas. Porque o crime do qual deve provir o valor patrimonial suspeito tem de ser provado primeiro, o que só pode suceder a maior parte das vezes num processo penal intentado no estrangeiro. Não se pode tratar, no entanto, de um facto punível qualquer: o Direito suíço pressupõe sempre um crime, ou seja, um facto que seja punível aqui com pena de prisão superior a 3 anos e outros Direitos, como o português, enumeram em especial os factos prévios que entram em consideração. Mas tem de ser provada também a conexão em que o valor patrimonial em causa se encontra com esse crime. Não obstante, valores patrimoniais de organizações criminosas não são tratados de modo sistematizado segundo a sua origem – distinguindo fontes legais ou ilegais e no caso de fontes ilegais, as categorias de crimes. Em consequência disso, pode ser impossível inseri-los num determinado facto originário ou numa determinada espécie de factos originários. Além disso, tem de ser naturalmente provada também, de forma ininterrupta, a conexão em que eles se devem encontrar com este facto após múltiplas transacções, o que pode ser totalmente inviável depois do seu depósito numa grande conta bancária cujo saldo é utilizado para empreendimentos diversos. Não surpreende que assim seja, quando os poucos casos nos quais a conexão necessária podia ser esclarecida com a ajuda do chamado «paper trail» parecem ter sido aqueles em que as próprias autoridades de fiscalização tinham aplicado aí valores patrimoniais para este fim. Um juiz de instrução suíço que deva seguir a pista sinuosa de um branqueador de capitais internacional não tem aqui normalmente nenhuma hipótese.

3. Depois de tudo isto questiona-se se o terceiro conceito possível para a luta contra o branqueamento de capitais através do Direito Penal, mencionado anteriormente em primeiro lugar, não podia e devia ser escolhido com maior probabilidade de êxito: a tentativa de se fixar nos valores patrimoniais da organização criminosa enquanto tal, independentemente do modo como ela os adquiriu e dos meios com que dissimulou a sua origem. Branqueador de capitais pode ser qualquer pessoa, mas só aquela que apoia a organização na conservação desses seus valores patrimoniais ou a dispor deles. Este conceito teve inicialmente pouco tempo de discussão na Suíça, mas foi criticado pelas razões já indicadas. Entretanto tem conseguido indirectamente exercer uma

certa influência. Surgem, porém, na sua aplicação problemas igualmente importantes que eu quero pelo menos de forma sumária, apontar.

Esses problemas manifestam-se já na questão de saber se ainda é necessário um tipo especial de branqueamento de capitais, quando a lei, como acontece igualmente na Suíça, ameaça em geral com pena o apoio a uma associação criminosa. Porque assim é também abrangido naturalmente o apoio em assuntos financeiros. Podia, no entanto, ser encontrado um fundamento na ideia de que um branqueador de capitais, em determinadas circunstâncias, sabe somente (ou prevê) que o seu comportamento tem a ver com dinheiros provenientes do comércio da droga, mas não se por detrás está realmente uma organização ou apenas, por exemplo, um conjunto de traficantes. Por outras palavras, o apoio punível a uma organização criminosa pressupõe o conhecimento da sua existência ou o dolo eventual correspondente, e a comprovação destes elementos pode fracassar. A vantagem das outras variantes do tipo de branqueamento de capitais está em conseguirem iludir esta dificuldade – apenas, como foi demonstrado, pagando o preço elevado de se estenderem também a comportamentos que não foram propriamente pensados e que não justificam uma pena elevada.

Neste plano não só tem de ser definido o que deve significar que determinados valores patrimoniais «pertencem» a uma associação criminosa – o que no caso de uma organização é seriamente problemático – mas também tem de ser comprovado que o valor patrimonial concreto é efectivamente desse tipo. A qualificação jurídica pode, contudo, não ser à partida o aspecto decisivo. Na medida em que as relações jurídicas neste campo não são nulas, os chefes daquelas organizações manter-se-ão encobertos, em regra, por detrás de sociedades aparentes ou de testas de ferro. Apenas pode ser determinante, portanto, se aquelas pessoas a quem os valores patrimoniais podem ser exteriormente atribuídos, são dominadas de facto pela organização e isto pressupõe a prova de que elas são tidas como seus membros ou apoiantes. Um processo complicado ! Mas o legislador suíço quer apoiar-se nele pelo menos no caso da apreensão. Segundo a nova regulação de 1994 ela deve ser estendida a todos os valores patrimoniais que – como se diz – «estão submetidos ao poder de disposição de uma organização criminosa» e este poder de disposição é «presumido até prova em contrário» no caso de valores patrimoniais de uma pessoa que participou numa organização criminosa ou a apoiou (artº 59 nº 3 do Código Penal). Se se tem conseguido confiscar quaisquer valores patrimoniais ao abrigo desta cláusula, escapa ao meu conhecimento como é que até hoje na Suíça parece não haver condenações por crime de organização. Note-se, de resto, só a título de curiosidade, que aquela presunção de poder de disposição não basta no quadro do tipo de branqueamento de capitais: aqui os valores patrimoniais têm realmente de provir de um crime. Algo resulta então quando a legislação actua por «salto de cavalo». Pode-se, no entanto, ver o resultado também positivamente: deste modo poupa-nos sempre a esforços que não só uma confiscação, mas também uma condenação por branqueamento de capitais, possa assentar numa simples presunção.

III

Concluindo esta análise geral dos conceitos pensáveis para a compreensão jurídico-penal do branqueamento de capitais, pode dizer-se que o balanço é mais do que decepcionante. Não se pode pensar já seriamente que se consegue pôr de joelhos, desse modo, o crime organizado. Se, apesar disso, se quer afastar o mais possível do próprio país valores patrimoniais obtidos por via criminosa – e para isso há naturalmente mais do que boas razões – só poderá ser percorrido legislativamente o outro caminho que consiste em deslocar a linha de defesa já (ou também) para a tutela antecipada. Um primeiro passo nesta direcção tinha dado inicialmente o Direito Penal suíço, cominando com pena o dever de identificar, no caso de colaboração em transacções com valores patrimoniais, o «beneficiário efectivo», o «real owner». Afirmei no começo que esta norma deixou em aberto questões essenciais do seu âmbito de aplicação e, por isso, exceptuando o caso dos bancos que estão sujeitos à inspecção federal, ela em princípio mal produziu algo. A consequência foi a criação da lei de branqueamento de capitais em 1997, que não fechou todas as lacunas que a lei penal deixou em aberto – quem deve ser considerado intermediário financeiro não está, por exemplo, ainda clarificado definitivamente – mas visa cobrir todo o país com uma densa rede de controlos. Não posso aqui entrar em detalhes – o comentário da lei agora existente feito por antigos consultores jurídicos de um grande banco suíço contém mais do que 700 páginas impressas – mas desejo indicar em breves palavras do que se trata.

O sistema de controlo que se encontra ainda em construção orienta-se pelo modelo do convénio sobre dever de cuidado, que foi concluído pelos bancos suíços pela primeira vez em 1977, para se anteciparem à época a uma regulação legal e que vigora hoje numa versão de 1998. Ele segue o princípio da auto-regulação orientada. Isto significa que os sujeitos económicos privados têm de criar, no seu âmbito negocial, por via do Direito estatutário codificado, uma ordem que salvaguarda o interesse público, através da elaboração de padrões sectoriais sobre o seu comportamento social, através do controlo da sua observância e através do sancionamento de infracções. A lei do branqueamento de capitais obriga todos os intermediários financeiros a formar uma tal organização auto-regulada que, reunidos determinados pressupostos, é reconhecida por uma instância de controlo para a luta contra o branqueamento de capitais, como também os obriga a aderir a ela ou a sujeitarem-se directamente à inspecção dessa instância de controlo. Isto é pressuposto para que um intermediário financeiro possa exercer a sua actividade. A lei afirma, de resto, explicitamente o que ele tem de fazer para identificar a parte contratual ou o beneficiário efectivo, impõe-lhe um especial dever de esclarecimento, quando uma transacção surge como inusual ou quando existem pontos de apoio no sentido de que valores patrimoniais procedem de um crime ou estão sujeitos ao poder de disposição de uma organização criminosa, e obriga-o finalmente também a denunciar quando ele sabe ou tem suspeita fundada de que tais valores patrimoniais contaminados podem estar envolvidos

na relação negocial. Ele tem de bloquear imediatamente os valores patrimoniais correspondentes e não deve informar da denúncia nem o visado nem terceiros. Se ele infringe estes deveres a lei do branqueamento de capitais ameaça – o já com penas de multa elevadas – além disso, existe naturalmente a suspeita de ele ter violado também as normas de branqueamento de capitais do Código Penal.

Permanece a expectativa sobre se este sistema de controlo alguma vez se imporá de forma alargada e se terá sucesso, como o legislador quis. Existem ainda nesta perspectiva dificuldades muito relevantes. Muitos intermediários financeiros não fizeram até agora o que deviam fazer. Fora de questão devia estar também que perante o estrangeiro, portanto, perante aqueles que querem pôr o seu dinheiro sujo em segurança na Suíça, como acontece em qualquer novela policial, produz algum efeito intimidatório, já que é sobretudo esse o sentido que uma tal lei ainda pode ter. Por outro lado, eu desejo referir-me uma vez mais ao preço bastante elevado que houve que pagar em pouco mais do que uma década à custa dos princípios jurídicos tradicionais: com a criação de tipos de crime que são incompatíveis com a função de garantia da lei penal; com a criminalização de comportamentos relativamente aos quais nós, anteriormente, com boas razões, nada fizemos; com uma inversão do ónus da prova inaceitável em termos de Estado de Direito no caso de sanções jurídico-penais; e com a mobilização de todo o sector financeiro e indiferenciadamente de outros ramos de negócios do país para tarefas de auxiliar de polícia, para mencionar só o mais importante. Qualquer país que esteja com problemas semelhantes terá de questionar-se se deve percorrer o mesmo caminho problemático.

