INSTITUTO PRESBITERIANO
INSTITUTO PRESBITERIANO
MACKENZIE
Biblioteca "George Alexander"
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

129

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano XLII (Nova Série)
janeiro-março/2003

MALHEIROS EDITORES

270

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLII — n. 129 — janeiro-março de 2003

FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)

PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,
HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,
RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTIN, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
publicação trimestral de
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940
São Paulo, SP - Brasil
Tel. (011) 3078-7205
Fax: (011) 3168-5495

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros
Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Assinaturas e comercialização:
CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE
LIVROS S.A.
Rua Conselheiro Ramalho, 928
CEP 01325-000
São Paulo, SP - Brasil
Tel. (011) 289-0811
Fax: (011) 251-3756

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato
Composição: *Scriptta*

SUMÁRIO

DOUTRINA

ALGUMAS INCIDÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA UNIÃO ECONÓMICA E MONETÁRIA

— António José Avelãs Nunes 7

ATUALIDADES

BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS — MEDIDAS LEGISLATIVAS EM PORTUGAL E NA EUROPA

— A. Saraiva Matias e Catarina Martinho 30

VERDADEIRA PROJEÇÃO DA ARBITRAGEM — CONVENÇÃO DE NEW YORK DE 1958

— Irineu Strenger 40

ACORDO DE ACIONISTAS — ARQUIVAMENTO NA SEDE SOCIAL — VINCULAÇÃO DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADE CONTROLADA

— Nelson Eizirik 45

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA REPRESENTAÇÃO COMERCIAL FRENTE AO NOVO CÓDIGO CIVIL

— Jairo Saddi 54

REGISTRO DO COMÉRCIO E OS LIMITES DE SUAS EXIGÊNCIAS

— João Luiz Coelho da Rocha 69

A LEI 10.303, DE 2001, E A INCLUSÃO DOS DERIVATIVOS NO ROL DOS VALORES MOBILIÁRIOS

— Daniel Krepel Goldberg 73

PODE A SOCIEDADE LIMITADA TER CAPITAL AUTORIZADO?

— Otávio Vieira Barbi 83

LIMITES DE ATUAÇÃO DO CONSELHO FISCAL

— Raul de Araujo Filho e Rodrigo Ferraz P. Cunha 96

EXCLUSÃO DE SÓCIO EM SOCIEDADES LIMITADAS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

— Leonardo Guimarães 108

O ISS NA CONSTRUÇÃO CIVIL

— José Alcides Montes Filho 121

ESPAÇO DISCENTE

A ARBITRAGEM NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS
— José Virgílio Lopes Enei 136

REFORMA REGULATÓRIA E SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL
— Marco Aurélio Gumieri Valério 174

ARBITRAGEM NA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS
— Livia Rossi 186

OFERTA PÚBLICA DE AQUISIÇÃO DE AÇÕES NA ALIENAÇÃO DE CONTROLE DE COMPANHIAS ABERTAS. Apontamentos sobre o art. 254-A da Lei das Sociedades Anônimas
— José Alberto Clemente Júnior 206

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

INDENIZATÓRIA MOVIDA POR FILHOS ALEGANDO MORTE DA MÃE POR CÂNCER DE PULMÃO DECORRENTE DE TABAGISMO
— Paulo Rogério Brandão Couto 220

TEXTOS CLÁSSICOS

"LEX MERCATORIA"
— Francesco Galgano, item 1 da Introdução da obra *Lex Mercatoria*. Tradução de Erasmo Valladão A. e N. França 224

PARECERES

LEGITIMAÇÃO DO SÓCIO DA SOCIEDADE CONTROLADORA PARA PLEITEAR A ANULAÇÃO DE ASSEMBLÉIA DA CONTROLADA SUBSIDIÁRIA INTEGRAL
— Erasmo Valladão A. e N. França 229

DEMANDA REPARATÓRIA AJUIZADA POR ACIONISTA EM VIRTUDE DE ADIMPLEMENTO IMPERFEITO. FUNÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. CARÁTER CONSTITUTIVO DAS DECISÕES ASSEMBLEARES TOMADAS POR ÓRGÃOS DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS. A AÇÃO REGULADORA E PRINCÍPIOS ESSENCIAIS VINCULADORES DE COMPANHIAS ABERTAS COM VALORES MOBILIÁRIOS NO MERCADO DE CAPITAIS. IMPOSIÇÕES DA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA. PRAZOS DE PRESCRIÇÃO NA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS
— Leandro Bittencourt Adiers 234

COLABORAM NESTE NÚMERO

ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra. Membro Correspondente da Academia Brasileira de Direito Constitucional

A. SARAIVA MATIAS

Professor de Direito. Advogado

CATARINA MARTINHO

Advogada Estagiária

DANIEL KREPEL GOLDBERG

Pós-Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Advogado em São Paulo

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

Professor-Doutor em Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Advogado em São Paulo

IRINEU STRENGER

Professor Titular de Direito Internacional Privado e de Direito do Comércio Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Professor da Academia de Direito Internacional de Haia (1991). Doutor *Honoris Causa* da Universidade Argentina John Fitzgerald Kennedy. Membro do *Institut du Droit et des Pratiques des Affaires Internationales*, da Câmara de Comércio Internacional de Paris. Árbitro no Brasil junto ao Mercosul e Árbitro da Câmara de Comércio Brasil-Canadá

JAIRO SADDI

Doutor em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo — USP. Professor e Coordenador dos Cursos de Direito do Ibmec/SP. Diretor do Centro de Estudos de Direito do Ibmec — IbmecLAW.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro — PUC/RJ. Advogado

JOSÉ ALBERTO CLEMENTE JÚNIOR

Pós-Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

JOSÉ ALCIDES MONTES FILHO

Advogado

JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI

Pós-Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Advogado em São Paulo

LEANDRO BITTENCOURT ADIERS

Advogado

LEONARDO GUIMARÃES

Professor na Faculdade de Ciências Econômicas da UFMG/FACE. Mestrando em Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG. Advogado

LIVIA ROSSI

Pós-Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

MARCO AURÉLIO GUMIERI VALÉRIO
Mestrando em Direito na UNESP.
Advogado

NELSON EIZIRIK
Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo

OTÁVIO VIEIRA BARBI
Mestrando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG.
Advogado

PAULO ROGÉRIO BRANDÃO COUTO
Advogado

RAUL DE ARAUJO FILHO
Advogado

RODRIGO FERRAZ P. CUNHA
Mestre em Direito pela Universidade de Bologna, Itália. Doutorando pela Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG. Advogado

Atualidades

BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS — MEDIDAS LEGISLATIVAS EM PORTUGAL E NA EUROPA

A. Saraiva Matias
e
Catarina Martinho

I — Introdução. II — Visão geral da problemática do branqueamento de capitais: 1. Breve noção; 2. Fases. III — Do sinal de alarme ao combate: 1. Evolução em geral; 2. Em Portugal: 2.1 Evolução legislativa; 2.2 Evolução da incriminação de branqueamento de capitais; 3. A problemática do crime precedente; 4. "Ratio" da criminalização do branqueamento de capitais. IV — Branqueamento de capitais e sigilo profissional: 1. O dever de sigilo em geral; 2. O sigilo profissional face ao dever de comunicação. V — Estudo comparativo em vários países da Europa. VI — Conclusões.

I — Introdução

Satisfazendo a solicitação que nos foi feita, pretendemos com este breve estudo, dar a conhecer a evolução e o actual tratamento legal reservado a esta criminalidade, comumente conhecida por "branqueamento de capitais", que, discretamente, invade todos os países. O branqueamento de capitais é uma realidade que aparece associada ao crime organizado e comporta, atrás de si, a prática de uma actividade ilícita — o chamado crime precedente. Mostrar-se-á porque é que o combate a esta prática toca num ponto nevrálgico das sociedades actuais, o sigilo profissional, e de que forma se tem abordado o problema. Em suma, com esta breve reflexão, pretende obter-se uma visão geral do tratamento que é dado ao branqueamento de capitais, em Portugal e na Europa, as reacções evolutivas, bem como dos meios através dos quais se tenta combater este flagelo que vai minando as sociedades.

Estamos perante a expansão fulminante de uma estratégia complexa e engenhosa, fazendo-se acompanhar das mais recentes tecnologias, o que, inevitavelmente, vem reflectir preocupação nas diversas sociedades, inoperância nas autoridades quanto à sua prevenção e combate, deixando pairar um clima de imunidade nos agentes que um dia enveredaram por tal prática.

II — Visão geral da problemática do branqueamento de capitais

1. Breve noção

Utiliza-se, frequentemente, a expressão "branqueamento de capitais", quando através de um processo, se pretende ocul-

tar fundos cuja proveniência é fruto da prática de actividades ilícitas.

Estamos perante uma realidade actual, ainda nova e não completamente delimitada, mas que tende a aparecer relacionada com a criminalidade organizada. Têm sido especialmente associadas à "lavagem" de capitais operações ligadas ao crime de colarinho branco, tráfico de armas, peculato, tráfico de pessoas, tráfico de droga, criminalidade informática, contrabando, imigração ilegal, todas elas susceptíveis de gerar um elevado volume de dinheiro que, posteriormente, é "branqueado" quando introduzido nos sistemas financeiros, com o intuito de nunca se vir a saber qual a origem, ilícita, de tão avultados fundos.

2. *Fases*

O processo de branqueamento de capitais é caracterizado pelo desenrolar de três fases:

• 1ª fase — *placement* — consiste na colocação dos capitais ilicitamente conseguidos, no sistema financeiro, como, por exemplo, o depósito numa instituição financeira de um elevado montante resultante da prática de uma actividade ilícita;

• 2ª fase — *layering* ou *agitation* — é a fase da circulação em que se visa dissimular a origem real, ilícita, dos fundos obtidos através da realização de sucessivas transacções, para que se torne impossível a reconstrução de todos os movimentos financeiros efectuados; pretende-se, assim, "apagar o rasto" da proveniência criminosa, como por exemplo, realizando transferências bancárias para sociedades anónimas em locais onde o branqueamento de capitais não é criminalizado ou através de sucessivas movimentações do dinheiro entre contas anónimas, bem como a sua aplicação em diversas operações financeiras ou comerciais. É cada vez mais frequente o recurso a meios electrónicos para efectuar as transferências desejadas, com o intuito de, mais rápida e discretamente, se alcançar o resultado pretendido, dificultando assim a investigação quanto à proveniência dos fundos.

Stricto sensu, é esta fase que consubstancia o chamado "branqueamento de capitais".

• 3ª fase — *integration* — consiste na utilização dos fundos, agora já "reciclados", "lavados", "branqueados", em diversas operações económicas. É a fase em que se pretende colocar o dinheiro "a salvo", empregando os fundos obtidos em negócios legais. São, muitas vezes, utilizados para a compra ou construção de imóveis, facturação falsa, entre outros. Desta forma, os fundos anteriormente obtidos ilicitamente aparecem, agora, à luz do sistema económico, como se nunca a ilicitude os tivesse originado.

Jorge Alexandre Godinho (in *Do Crime de Branqueamento de Capitais, Introdução e Tipicidade*, Coimbra, Almedina, 2001) ilustra como caso paradigmático deste processo de branqueamento de capitais, "o do indivíduo que se apresenta ao balcão de uma instituição financeira e pretende depositar uma elevadíssima quantia, em notas de pequenas denominações" (1ª fase); "o indivíduo anuncia desde logo a sua intenção de, feito o depósito, transferir imediatamente a quantia para o estrangeiro, *v.g.*, para um 'paraíso fiscal'" (2ª fase) e, por fim, utiliza a quantia na compra de um imóvel (3ª fase).

III — Do sinal de alarme ao combate

1. Evolução em geral

Dado o sinal de alarme, cedo se concluiu que a prevenção e repressão desta realidade só poderiam vir a tornar-se eficazes através de um combate global e homogéneo, a nível europeu, em detrimento de um tratamento legislativo heterogéneo e individualista, efectuado Estado a Estado. A cooperação internacional nesta matéria é necessária e essencial.

O sucessivo aparecimento de novos diplomas a nível europeu reflecte exactamente esta linha de pensamento.

Respeitantes a esta matéria, salientam-se:

• *Recomendação n. R (80) 10, do Comité de Ministros do Conselho da Europa* — veio realçar o facto de "que a transferência de capitais de origem criminosa de um país para outro e que o seu branqueamento através da respectiva inserção no circuito económico suscitam graves problemas, favorecem a prática de novos delitos e estendem o fenómeno tanto a nível nacional como internacional".

• "*Declaração de Princípios*" *de Basileia* — foi em 12 de dezembro de 1988 que o Comité para as Regulamentações Bancárias e as Práticas de Vigilância de Basileia emitiu uma Declaração de Princípios, tendo como pedra de toque a necessidade de salvaguarda contra o branqueamento de capitais que residia "na integridade dos responsáveis dos bancos e na sua vigilante determinação para evitar que as próprias instituições sejam coniventes com criminosos ou utilizadas como meio para o próprio branqueamento".

• *Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas* (Convenção de Viena de 1988).

• *Convenção sobre o Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, do Conselho da Europa* (1990) — em que todos os países confirmam "que a luta contra a criminalidade grave, cada vez mais um problema internacional, exige o emprego de métodos modernos e eficazes a nível internacional", sendo que "um desses métodos consiste em privar o delinquente dos produtos do crime".

• Na Cimeira dos Sete Países Mais Desenvolvidos ("G7"), realizada em julho de 1989, em Paris, foi criado um *Grupo de Acção Financeira Internacional* (GAFI), para que estudasse métodos de prevenção e cooperação nos sistemas bancário e financeiro ao nível do branqueamento de capitais.

Em 1990, foram conhecidas as Recomendações de acção definidas pelo GAFI que abarcavam, essencialmente, o sistema de justiça criminal, direito penal, o sistema financeiro e regulamentação da cooperação internacional.

Em 1996, o GAFI actualizou as respectivas Recomendações e em 2000 dá a conhecer aqueles países que constituem local paradisíaco para os aficcionados deste tipo de criminalidade.

• *Directiva 91/308/CEE, de 10 de junho de 1991* — impõe aos Estados-membros a obrigação de proibir a prática do branqueamento de capitais e define alguns deveres das entidades financeiras.

• *Directiva 2001/97/CE* que altera a Directiva 91/308/CEE do Conselho relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais.

2. *Em Portugal*

2.1 Evolução legislativa

Em Portugal, verificou-se uma recepção gradual dos diplomas acima referenciados, reflectindo-se, assim, a evolução igualmente sentida a nível europeu, *maxime*, resultante das Convenções das Nações Unidas e do Conselho da Europa e das Directivas da União Europeia, da qual resultou a seguinte panóplia legislativa:

• medidas de prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos do branqueamento de capitais — DL 313/1993, de 15 de setembro, (que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Directiva 19/308/CEE, do Conselho de 10 de julho) — onde se institui um rígido sistema sancionatório;

• "lei da droga" — DL 15/1993, de 22 de janeiro;

• medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira — Lei 36/1994, de 9 de setembro, com alterações produzidas pela Lei 5/2002, de 11 de janeiro;

• medidas de prevenção da utilização de entidades não financeiras para efeitos do

branqueamento de capitais — DL 325/1995, de 2 de dezembro com alterações produzidas pelo DL 323/2001, de 17 de dezembro, e Lei 10/2002, de 11 de fevereiro;

• incriminação do branqueamento de bens ou produtos provenientes da prática de outros crimes — DL 325/1995, de 2 de dezembro, na redacção que lhe foi dada pela Lei 10/2002, de 11 de fevereiro;

• Resolução da Assembleia da República 70/1997 que aprova, para ratificação, a Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, do Conselho da Europa, assinada por Portugal, em 8 de novembro de 1990.

2.2 Evolução da incriminação de branqueamento de capitais

Numa primeira fase, em conformidade com o disposto no DL 15/1993, de 22 de janeiro, a incriminação começou por cingir-se aos bens e produtos provenientes do tráfego de estupefacientes.

Num segundo momento, com a vigência do DL 325/1995, de 2 de dezembro, alarga-se aos bens e produtos provenientes da prática dos crimes de terrorismo, extorsão, rapto e lenocínio, peculato, corrupção, tráfico de armas, administração danosa e infracções económico-financeiras.

Num terceiro momento, Portugal alargou a incriminação de branqueamento a bens ou produtos provenientes da prática do crime de tráfico de menores e de pessoas.

Actualmente, de acordo com a Lei 10/2002, de 11 de fevereiro, a incriminação abrange os crimes de tráfico de produtos nucleares, de tecidos humanos e de órgãos, bem como de pornografia envolvendo menores, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal e "todos os crimes punidos por lei com pena de prisão cujo limite máximo seja superior a 5 anos".

3. A problemática do crime precedente

É da quantia de dinheiro obtida pela prática de determinado crime que surge a necessidade "da sua lavagem". Há que fazer parecer que a quantia obtida com a realização de um crime, não teve essa origem ilícita. O dinheiro faz-se aparecer no mercado como se de dinheiro "limpo" se tratasse. Deste modo, quando se chega à fase da "lavagem de dinheiro" propriamente dita, já existe por detrás a realização de um crime que proporcionou a obtenção de uma certa quantia de dinheiro. É o chamado crime precedente. Assim, o agente que pratica determinado crime pode ser punido pela prática do crime de branqueamento de capitais.

O branqueamento de capitais é, por isso, um crime de conexão, ou seja, pressupõe a anterior prática de um crime, apontando-se como mais frequentes, tráfico de drogas, peculato, tráfico de armas e rapto. Estamos, assim, perante actividades susceptíveis de gerar um elevado volume de fundos que depois interessa pôr rápida e discretamente em circulação.

O que efectivamente está em causa é que do crime praticado tenham resultado vantagens económicas para quem o cometeu que são, depois, "branqueadas".

4. "Ratio" da criminalização do branqueamento de capitais

Sendo o branqueamento de capitais um tema ainda recente e alvo de estudo por parte da doutrina, não há unanimidade quanto ao bem jurídico que cumpre tutelar pelo crime de branqueamento.

Dos próprios textos legais resulta um vasto conjunto de interesses ameaçados pela prática da "lavagem de dinheiro".

De entre os vários autores, realçam-se algumas posições:

• segundo João Davin (in *Revista do Ministério Público*, ano 23, jul.-set. 2002), "no caso do branqueamento de capitais o bem jurídico tutelado não é a concorrência ou a credibilidade e confiança nas instituições financeiras, mas a protecção da transparência e a integridade do sistema econó-

mico/financeiro na vertente nacional e internacional. Assim sendo, a conduta de branqueamento de capitais lesa um outro bem jurídico autónomo e diverso daquele que é protegido pelo crime precedente, pelo que se justifica, desta forma, a sua punibilidade em concurso efectivo". Este Autor refere três elementos literais que confirmam esta tese:

— *ponto i*) da alínea *b*) do art. 3º da Convenção de Viena onde se refere: "a conversão ou a transferência de bens, com o conhecimento de que os mesmos provêm de qualquer das infracções estabelecidas de acordo com a alínea *a*) do n. 1 deste artigo, ou da participação nessa ou nessas infracções, com o objectivo de ocultar ou dissimular a origem ilícita (...)";

— *ponto ii*) da alínea *b*) do art. 3º da Convenção de Viena onde se refere: "(...) ou de actos de participação nessa ou nessas infracções";

— a 1ª parte do n. 1 do art. 23º da Lei 15/1993, de 22 de janeiro, onde se refere: "quem, sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática, sob qualquer forma de comparticipação, de infracção (...)".

• Jorge Manuel Dias Duarte (in *Branqueamento de Capitais, o Regime do DL 15/1993 de 22 de janeiro e a Normativa Internacional*, Porto, UCP, 2002) refere que "o autor do crime de tráfico pode cometer, em concurso efectivo com o crime-base, o crime de branqueamento de capitais".

• Jorge Alexandre Fernandes Godinho (in *Do Crime de Branqueamento de Capitais, Introdução e Tipicidade*, Coimbra, Almedina, 2001) defende que "o bem jurídico protegido é a pretensão estadual de confiscar os bens de origem ilícita, um interesse supra-individual, de realização da justiça, que é posto em perigo pelas condutas de branqueamento de capitais, na medida em que estas dissimulam a origem ilícita de um bem — de cuja prova depende a possibilidade de o confiscar e, como tal, de fazer valer o princípio segundo o qual 'o crime não deve compensar'. (...) Assim, o que se tutela é a pretensão estadual ao confisco das vantagens do crime, um interesse supra-individual que é posto em perigo pelas condutas de branqueamento de capitais".

Procedendo a uma análise doutrinal, pode concluir-se que se apontam essencialmente como bens jurídicos que se pretendem tutelar com a criminalização do branqueamento de capitais:

• o combate ao tráfico de estupefacientes;

• o bem jurídico protegido pelo crime precedente;

• a ordem social e económica;

• a Administração da Justiça;

• o sistema económico-financeiro.

Não parece correcto dizer-se que com a criminalização se tutela este ou aquele bem jurídico, quedando-se na defesa acérrima de uma destas posições. Não se pode individualizar um único bem jurídico, nem é essa a *ratio* da criminalização do branqueamento de capitais. O que se verifica é que se protegem diversas realidades, desde o bem jurídico violado pelo crime precedente, como a ordem sócio-económica, nomeadamente a concorrência e a credibilidade nas instituições financeiras são postas em causa aquando da prática de "lavagem de dinheiro".

IV — Branqueamento de capitais e sigilo profissional

1. O dever de sigilo em geral

O dever de sigilo, ou dever de segredo profissional, destina-se a proteger os direitos pessoais ao bom nome e à reserva da vida privada de cada um.

O Prof. Menezes Cordeiro (in *Manual de Direito Bancário*, 2ª ed., Almedina, 2001) afirma inclusivamente que "o sigilo profissional corresponde a uma concretização da tutela da confiança entre os contraentes, mas assume também a dimensão

duma exigência pública necessária para o funcionamento das instituições".

Actualmente, a jurisprudência portuguesa considera o sigilo bancário um direito inquestionável, mas que não pode ser considerado isoladamente, não pode ser tratado como se se estivesse em presença de um direito absoluto, uma vez que pode mostrar-se incompatível com outros direitos fundamentais. O dever de sigilo destina-se a proteger os direitos pessoais, mas o interesse público do exercício do direito de punir e da administração da justiça prevalece sobre aquele. A quebra do segredo impõe uma criteriosa ponderação dos valores em conflito em ordem a determinar se a salvaguarda do segredo deve ou não ceder perante os outros interesses em jogo. No âmbito da matéria ora em apreço, a questão do sigilo profissional sempre apareceu muito associada ao sigilo bancário. Como exemplos constantes da nossa jurisprudência, podem citar-se, nomeadamente, aqueles em que o sigilo cede perante um outro direito também assegurado pela mesma ordem jurídica, perante um interesse preponderante: falecendo o titular de uma conta bancária, o banco não pode, invocando o sigilo bancário, recusar informações aos herdeiros (Ac. Relação de Lisboa de 2000.11.14); recusando um dos cônjuges o seu consentimento para a revelação ao outro de bens comuns depositados em instituição bancária em nome apenas do recusante, prevalece como solução o suprimento do consentimento deste (Ac. STJ de 1995.4.19); admite-se o despacho proferido pelo juiz, em processo de inventário, de ordenar que o banco informe se existem aí contas em nome do *de cuius*, para o credor ver satisfeito o seu direito de crédito (Ac. STJ de 1997.12.19).

Atendendo à prática jurisprudencial, conclui-se que os tribunais foram assumindo uma feição mais favorável à quebra do segredo perante o problema dos crimes. Em 24 de janeiro de 2001, decidiu o Tribunal da Relação de Porto que se dispense o cumprimento do dever de sigilo bancário a fim de permitir o visionamento do vídeo de protecção de uma caixa de ATM, como forma de conseguir a identificação do indivíduo que tentou usar um cartão furtado.

Verifica-se igualmente a quebra do sigilo bancário em matéria de branqueamento de capitais, já que, frequentes vezes, os bancos têm sido utilizados para dissimular a origem criminosa da obtenção de determinados fundos.

Ainda que se considere que para a lícita quebra do segredo se tenha que verificar uma ponderada avaliação dos interesses em conflito, o certo é que, tal como refere Nuno Brandão (in *Branqueamento de Capitais, o Sistema Comunitário de Prevenção*, Coimbra Editora, 2002) "casos há, todavia, em que essa avaliação do interesse preponderante é feita, logo à partida, em abstracto, pelo próprio legislador. É o que acontece, por exemplo, no âmbito da luta contra o branqueamento de capitais ou contra o tráfico de estupefacientes, em que é sempre admitida e até imposta a quebra do sigilo bancário (...) independentemente de qualquer ponderação concreta dos interesses conflituantes, verificando-se a justificação da violação do segredo com base na figura dirimente das autorizações e deveres legais".

2. *O sigilo profissional face ao dever de comunicação*

Em Portugal, à semelhança do que se verifica nos seus congéneres europeus, existe o dever de comunicação à autoridade judiciária de todas aquelas operações das quais resultem indícios de se estar perante uma prática de branqueamento, nomeadamente pelos montantes envolvidos, ocasionalidade, entre outras circunstâncias que rodeiam determinada operação.

Conforme consagra o DL 313/1993, de 15 de setembro, as entidades financeiras começaram por ser as primeiras a quem cabia a denúncia de suspeitas da prática de branqueamento de capitais.

Num segundo momento, o DL 325/1995, de 2 de dezembro, alargou tal obrigação às entidades não financeiras, como por exemplo aos casinos, mediação imobiliária, compra e venda de imóveis, bilhetes ou títulos ao portador, bens de elevado valor unitário. Posteriormente, passa a abranger técnicos de contas, auditores externos e transportadores de fundos.

Do exposto resulta que é no desenvolvimento de uma luta incessante contra o crime de branqueamento que a Lei 5/2002, de 11 de janeiro, consagra quanto a determinados crimes, que o segredo profissional de membros de determinadas instituições deve ceder, no caso de haver razões para crer que as respectivas informações têm interesse para a descoberta da verdade.

Hoje em dia, esta obrigação recai ainda, nomeadamente, sobre os notários, conservadores e outras entidades que intervenham na compra e venda de bens imóveis, operações relativas a fundos, valores mobiliários, no âmbito de contas bancárias, gestão de empresas e de todas as operações financeiras em geral.

Em Portugal, actualmente, discute-se a transposição da Directiva 2001/97/CE que tem, entre outras, implicações na profissão e deveres deontológicos dos advogados, já que toca na questão do segredo profissional. Estamos perante uma questão extremamente delicada pois, ao pretender-se que seja o próprio advogado a denunciar um cliente que a ele se dirige para que seja aconselhado e/ou defendido, estamos a esquecer-nos, nomeadamente, da parcialidade que desde sempre caracterizou a advocacia. Seria utópico pensar que o agente do crime de branqueamento se dirigia a um advogado contando-lhe as operações ilícitas por ele efectuadas, sabendo, à partida, que o advogado estava obrigado a comunicar às autoridades competentes o sujeito e as actividades criminosas realizadas. O cliente deixaria de confiar no advogado, quebrando-se a relação de confiança e abertura que caracteriza esta profissão. Incumbe ao Estado criar medidas eficazes para o combate desta vaga de criminalização, mas com isto não pode pôr em causa outros direitos fundamentais. Convirá advertir que, admitindo-se, agora, a quebra do segredo em relação ao crime de branqueamento de capitais, não faltará quem venha proclamar a mesma quebra do sigilo para os mais variados crimes. Tal obrigação é incompreensível se nos lembrarmos de que os advogados têm, além de outras, a missão de defender também os agentes do crime qualquer que seja. Porque é que o branqueamento de capitais há-de ter um tratamento privilegiado?

Sobre o assunto dá-se a conhecer a opinião do actual bastonário da Ordem dos Advogados portugueses (www.oa.pt): "(...) os advogados portugueses — nos quais se baseia o estado de direito — são favoráveis à luta contra o crime económico e o branqueamento de capitais (...) ser contra o branqueamento de capitais não significa, porém, ser a favor de um regime legal que pode afectar profundamente e sem vantagens relevantes o núcleo central da ética dos advogados, que reside no segredo profissional. E este núcleo central não existe para proteger os advogados, mas acima de tudo para proteger os cidadãos e o Estado de Direito".

Reforçando a mesma ideia, Alfredo Castanheira Neves, numa comunicação apresentada durante o 2º Encontro Luso-Espanhol de Jovens Advogados (www.oa.pt), afirma que "o papel do advogado, muito embora assuma por vezes o papel de acusador processual, é tradicionalmente de defesa e o que parece pretender a nova redacção da Directiva é a sua transformação em entidade de investigação, o que, a caracterizar o advogado tal como se pretende mantido, resulta numa mistura que, sem peias, bem se pode caracterizar como antinatural ou aberrante".

Em Portugal, cabe à Procuradoria Geral da República receber estas comunicações, que são depois enviadas para a Polícia Judiciária, para a Secção Central de Investigação de Branqueamento (SCIB)

que, sendo caso disso, remete o processo para o Ministério Público.

Segundo informações dadas a público, entre 1993 e 2002 foram feitas 371 comunicações. Pode concluir-se que os números falam por si e, ainda que em alguns países da União Europeia se verifique um maior número de comunicações, certo é que muitas operações de branqueamento se efectuam diariamente e o combate, bem como a consequente repressão, ainda se encontram muito abaixo do necessário.

V — Estudo comparativo em vários países europeus

Espanha

Constata-se que todas as intervenções legislativas, sobre esta matéria, levadas a cabo em Espanha, visam o alargamento da tipologia dos crimes precedentes e a redefinição do tipo de crime.

Em 1988, o legislador espanhol, pela introdução do art. 546º-*bis* alínea*f*) no Código Penal, criminalizou o branqueamento de capitais procedentes do tráfico de drogas. Em 1992, introduziram-se no Código Penal espanhol os arts. 344º-*bis h*) e 344º-*bis i*). O Código espanhol de 1995 passou a contemplar uma única regulamentação uniforme.

Contrariamente ao que acontece na maioria dos países europeus, em Espanha pune-se o branqueamento de capitais negligente.

Alemanha

A criminalização do branqueamento de capitais fez-se em 1992, destinando-se ao combate do tráfico de drogas e estupefacientes.

Em 1994, alargou-se a "lista" dos crimes precedentes.

A negligência é punível e no caso de os fundos terem origem externa, tal facto só constitui crime no caso de as actividades que os geraram serem também puníveis nessa jurisdição.

Suíça

Na Suíça, o branqueamento de capitais passou a ser considerado crime em 1990 e com a introdução no Código Penal suíço do art. 305º-*ter*, com a epígrafe *Blanchissage d'argent*, passou a incidir sobre todos os profissionais envolvidos em operações financeiras o dever de identificar o agente a quem pertencem os capitais.

Em 1994, acrescentou-se um n. 2 ao citado art. 305º-*ter*, com o intuito de consagrar o dever de comunicar às autoridades todos os factos que permitam suspeitas sobre a origem dos capitais.

Começou, primeiramente, por se consagrar simplesmente o direito de comunicar às autoridades os indícios da suspeita de que os fundos provinham de uma actividade ilícita; direito esse que, posteriormente, se converteu numa obrigação.

Itália

Em 1978, Itália foi país pioneiro na criminalização do branqueamento de capitais através do art.648º-*bis* do Código Penal.

Os crimes precedentes considerados eram os de furto agravado, extorsão agravada e sequestro.

Posteriormente, em 1990, com a introdução do art. 648º do Código Penal, também o tráfico de drogas passou a ser considerado crime precedente.

Em 1993, verificou-se nova alteração do art. 648º, procedendo-se ao alargamento da "lista" de infracções precedentes.

Actualmente, por alteração operada em 1997, assegura-se a confidencialidade da identificação das pessoas que comuniquem operações suspeitas. Também, com vista a alcançar uma maior eficácia na investigação, passou a haver uma centraliza-

ção das comunicações de operações suspeitas, a cargo do *Ufficio Italiano dei Cambi* (UIC).

Reino Unido

Neste país há três diplomas fundamentais: *Criminal Justice Act*, *Drug Trafficking Offences Act* e o *Prevention of Terrorism Act*.

Actualmente, são identificados três grandes grupos de infracções penais:

- branqueamento de capitais resultante do tráfico de drogas;
- aquisição ou utilização de fundos derivados do tráfico de droga;
- branqueamento de capitais obtidos pelo próprio.

No Reino Unido, recai o dever, sobre qualquer pessoa, de comunicação de suspeita, se esse conhecimento tiver sido adquirido no exercício das suas funções.

De acordo com a legislação deste país, tanto o dinheiro como outros bens que sejam apreendidos e que tenham sido adquiridos ilicitamente, revertem para o Tesouro.

Luxemburgo

Em 1989, deu-se no Luxemburgo a primeira intervenção legislativa, que veio criminalizar o branqueamento de capitais.

Posteriormente, em 1998, introduziu-se a criminalização do branqueamento dos produtos do crime perpetrado através de uma associação criminosa e agravaram-se as penas.

Foi constituída a obrigação de comunicação de operações suspeitas que actualmente abrange notários, casinos, bem como os revisores oficiais de contas.

Em 2001, o Luxemburgo ratificou a Convenção de Strasbourg relativa ao branqueamento, à despistagem, à apreensão e ao confisco dos produtos do crime.

França

Em 1996, aditou-se ao Código Penal francês o arti. 324º, n. 1, pelo qual se punia, pelo crime de branqueamento de capitais, todo aquele que "por qualquer forma, facilitar a falsa justificação da origem dos recursos ou bens obtidos pelo autor de um crime tipificado nos arts. 222º-34 a 222º-37 (tráfico de drogas), causando-lhe um proveito directo ou indirecto".

Um ano mais tarde, a criminalização passou a abranger também as operações que tivessem algum ponto de contacto com um país estrangeiro.

Também em França se prevê a obrigação, para certos organismos e pessoas, de comunicarem operações suspeitas de actividades criminosas.

Bélgica

Em legislação específica de 1993, eram susceptíveis de ser apreendidos todos os fundos obtidos em consequência de actividades criminosas ligadas ao terrorismo, crime organizado, tráfico de estupefacientes, de armas, entre outras.

Também aqui se consagra o dever de comunicar todas as operações suspeitas.

Em 1998, procedeu-se ao alargamento das entidades sujeitas a esta comunicação, passando a incluir profissionais não financeiros, tais como, agentes imobiliários, revisores oficiais de contas, oficiais de justiça, peritos contabilísticos e notários.

VI — Conclusões

Do exposto conclui-se, em primeiro lugar, que foi, sobretudo, a partir dos anos 1980, que se impulsionou, na Europa, a luta contra o branqueamento de capitais, resultando na criação de vários diplomas legais.

É possível, por outro lado, constatar que se caminha para uma cada vez mais intensa harmonização, no espaço europeu, quanto à prevenção e combate deste novo crime e que,

de uma maneira geral, em todos os países, há um sucessivo alargamento daquilo que se considera crime precedente — verifica-se, pois, uma expansão da incriminação.

A luta contra este crime passa, necessariamente, pela criminalização de certos comportamentos, mas principalmente pela sua prevenção, nomeadamente, pela comunicação às autoridades competentes das operações que, pelas características que apresentam, se possam considerar suspeitas.

Finalmente, o controlo e a cooperação internacional são indispensáveis.

A luta torna-se, no entanto, cada vez mais difícil, face à criminalidade praticada através de meios electrónicos, com a criação de esquemas sofisticados, capazes de tirar partido da falta de homogeneidade legislativa que ainda se verifica em diversos países europeus.

Tratando-se, de resto, de uma criminalidade profissionalizada e altamente qualificada, é susceptível de gerar resultados vultosos que são, posteriormente, destinados a financiar outras actividades criminosas — é o chamado efeito bola de neve.