

Revista de Direito Mercantil

industrial,
econômico e
financeiro

vol.

127



REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLI — n. 127 — julho-setembro de 2002

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

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

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros

Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato

Composição: *Scripta*

SUMÁRIO

DOCTRINA

SOCIEDADE ANÔNIMA: INTERESSE PÚBLICO E PRIVADO

- CALIXTO SALOMÃO FILHO 7

ATUALIDADES

REGIME SANCIONATÓRIO EM DIREITO BANCÁRIO

- ARMINDO SARAIVA MATIAS 21

AS SOCIEDADES LIMITADAS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

— A LIMITAÇÃO DO DIREITO DE CONTRATAR

- PAULO ALBERT WEYLAND VIEIRA E ANA PAULA DE CARVALHO REIS 30

ACORDOS FINANCEIROS E A RESOLUÇÃO 3.039/2002

DO BANCO CENTRAL — DISTORÇÃO NA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR

- HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA 52

SOBRE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA DE EMPRESAS NO BRASIL

- RENATO LUIZ DE MACEDO MANGE 56

OS COMPROMISSOS DE VOTO NOS ACORDOS DE ACIONISTAS E SUA EFICÁCIA EXECUTIVA

- JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA 63

CONFIDENCIALIDADE EM ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

- HEE MOON JO 68

A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL: O ART. 192 E O MITO DA LEI COMPLEMENTAR ÚNICA

- LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA E JEAN PAUL CABRAL VEIGA DA ROCHA 79

ACORDOS DE ACIONISTAS SOBRE O EXERCÍCIO DO PODER DE CONTROLE

(Análise das principais alterações introduzidas ao art. 118 da Lei das S/A
pela Lei 10.303/2001)

- MIGUEL TORNOVSKY 93

O SISTEMA DE PAGAMENTOS BRASILEIRO (SPB)

- ALMIR ROGÉRIO GONÇALVES 107

AS IMPORTAÇÕES PARALELAS À LUZ DO PRINCÍPIO DE EXAUSTÃO DO DIREITO DE MARCA E SEUS REFLEXOS NOS DIREITOS CONTRATUAL E CONCORRENCIAL

- CLÁUDIA MARINS ADIERS 127

FUNDAMENTO E EFEITOS JURÍDICOS DA GOVERNANÇA CORPORATIVA NO BRASIL	
— MILTON NASSAU RIBEIRO	165
PESSOAS JURÍDICAS DOMICILIADAS NO EXTERIOR	
— OBRIGATORIEDADE DE INSCRIÇÃO NO CNPJ	
— ZANON DE PAULA BARROS	175
 DIREITO E ECONOMIA	
MUDANÇA INSTITUCIONAL, A PERSPECTIVA DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL	
— BASILIA AGUIRRE	179
 JURISPRUDÊNCIA COMENTADA	
COBRANÇA JUDICIAL DE DIVIDENDOS PRIORITÁRIOS: DESNECESSIDADE DE ANULAÇÃO DE DELIBERAÇÃO ASSEMBLEAR	
— CARLOS EDUARDO DA COSTA PIRES	189
 ESPAÇO DISCENTE	
A RELAÇÃO ENTRE O NOVO SPB E OS TÍTULOS DE CRÉDITO. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS	
— ANDRÉ BUENO DA SILVEIRA, ARTHUR MARINHO, EDSON FÁBIO GARUTTI MOREIRA E IBERÊ UCHOA DE AZEVEDO BARBOSA	215
O ABUSO DE DIREITO NA DENÚNCIA DOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO: O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS E AS DISPOSIÇÕES DO NOVO CÓDIGO CIVIL	
— PAULO EDUARDO LILLA	229

COLABORAM NESTE NÚMERO

ALMIR ROGÉRIO GONÇALVES

Advogado em São Paulo

ANA PAULA DE CARVALHO REIS

Advogada

ANDRÉ BUENO DA SILVEIRA

Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP. Bolsista da FAPESP. Monitor da Cátedra de História do Direito na FADUSP

ARMINDO SARAIVA MATIAS

Professor Associado da Universidade Autónoma de Lisboa. Consultor do Banco de Portugal

ARTHUR MARINHO

Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP. Pesquisador do CNPq, junto ao Departamento de Direito do Estado

BASILIA AGUIRRE

Professora da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo — FEA/USP

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP

CARLOS EDUARDO DA COSTA PIRES

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

CLÁUDIA MARINS ADIERS

Especialista em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul — UFRGS. Advogada no Rio Grande do Sul

EDSON FÁBIO GARUTTI MOREIRA

Jornalista. Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP. Foi pesquisador selecionado pelo CNPq

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Mestre e Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo — USP. Professor de Direito Comercial das Faculdades de Direito da USP e da FAAP. Membro do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. Consultor

HEE MOON JO

Mestre em Direito pela *Korea University*. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo — USP. Professor do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da USF. Árbitro Comercial do *Korea Commercial Arbitration Board*

IBERÊ UCHOA DE AZEVEDO BARBOSA

Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP

JEAN PAUL CABRAL VEIGA DA ROCHA

Doutorando em Direito Econômico na Universidade de São Paulo — USP

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

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

LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo — USP.
Doutorando em Direito Constitucional e Teoria do Direito na Universidade de Kiel, Alemanha

MIGUEL TORNOVSKY

Formado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro — PUC/RJ.
Mestre em Direito pela *Columbia Law School*, em Nova Iorque. Advogado

MILTON NASSAU RIBEIRO

Pós-Graduado em Direito de Empresas e da Economia pela Fundação Getúlio Vargas — FGV. Mestrando em Direito de Empresa na Faculdade de Direito Milton Campos, BH/MG. Advogado

PAULO ALBERT WEYLAND VIEIRA

Professor de Direito Comercial da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro — PUC/RJ. Mestre em Direito pela Universidade de Cambridge, Inglaterra. Advogado

PAULO EDUARDO LILLA

Graduando da Fundação Armando Álvares Penteado — FAAP

RENATO LUIZ DE MACEDO MANGE

Ex-Presidente da Associação dos Advogados de São Paulo. Advogado em São Paulo

ZANON DE PAULA BARROS

Advogado

Atualidades

REGIME SANCIONATÓRIO EM DIREITO BANCÁRIO¹

ARMINDO SARAIVA MATIAS

1. Introdução. 2. Conceito de "ilícito bancário". 3. Ilícitos bancários e suas espécies. 4. Ilícitos bancários com natureza criminal e contraordenacional. 5. Ilícitos bancários com natureza criminal. 6. Crime de actividade ilícita de recepção de depósitos e outros fundos reembolsáveis. 7. Crime de violação do dever de segredo. 8. Práticas criminosas de branqueamento de capitais. 9. A contraordenação como "ilícito bancário" típico. 10. As contraordenações cambiais. 11. O regime sancionatório contraordenacional do RGICSF. 12. Regime inibitório dos direitos de voto. 13. Conclusões.

1. Introdução

A actividade bancária permeia todas as demais actividades económicas. Promove umas, alimenta outras. É instrumental relativamente a todas.

Quanto ao direito bancário, passa-se o inverso, porventura pelas mesmas razões.

É o direito bancário que acaba permeado pelos demais ramos do direito. O direito bancário pode ser autonomizado; há boas razões para que o seja, tendo, especialmente em conta, as suas fontes específicas, o seu objecto, o método, os fins que prossegue; mas convive, em intimidade, com alguns outros ramos do direito, mormente com o direito comercial, no que toca às ope-

rações bancárias, ou com o direito administrativo, no tocante à regulação institucional dos operadores bancários.

O direito bancário importa e recebe, assim, normatização de outros ramos do direito, reguladores de outros sectores de actividade.

Não constitui compartimento estanque; não reage contra, nem repele a aplicação de normas que lhe não digam, especificamente, respeito.

Assim sucede no que toca aos regimes de responsabilidade (civil, disciplinar, contraordenacional ou penal).

Isto para afirmarmos, logo à partida, que o direito bancário não contém uma especial definição do ilícito nem um diferente regime de imputabilidade. Valem, no âmbito do direito bancário, todos os princípios, noções legais e regimes consagrados noutros ramos do direito, como é, designadamente, o caso do ilícito (civil, contraordenacional ou criminal).

1. O presente trabalho é meramente descritivo. Propositada e necessariamente. É propositadamente descritivo para que o regime sancionatório do direito bancário, pouco abordado na bibliografia jurídica, resulte claro e descomprometido com questões doutrinárias; é necessariamente descritivo porque o seu autor não é perito em matéria penal.

2. Conceito de “ilícito bancário”

Todavia, existem práticas e actos tipicamente bancários, desconhecidos noutros sectores de actividade ou ramos do direito.

Há, em consequência, uma diferente valoração daquelas práticas e daqueles actos que só à luz da actividade bancária alcançam sentido, peso e dignidade.

É, por isso, natural, que as exigências e as virtualidades da actividade bancária imponham uma diferente disciplina aos seus agentes, contribuindo para a definição dos ilícitos, exigindo uma eventual tipificação criminal, definindo o enquadramento de regimes sancionatórios.

Gostaríamos de designar como “*ilícitos bancários*” estes actos, praticados no âmbito restrito da actividade bancária, expressamente previstos e cominados por lei especial, justamente a lei bancária.

E com este conceito, assim restringido, ficariam de fora todos os demais ilícitos, não expressamente previstos no direito bancário, ainda que praticados no exercício desta actividade (como o poderiam ser em qualquer outra).

Ao pretender estudar o “*ilícito bancário*” depararemos então, como sempre acontece, com a respectiva tipificação, isto é, com a previsão dos factos, e com a definição do respectivo regime sancionatório. Especificamente, agora, como se referiu, no âmbito da actividade bancária.

A tipificação será, por esta via, muito simples e parcimoniosa. Porque também são escassos os ilícitos exclusivos da actividade bancária.

3. Ilícitos bancários e suas espécies

Os ilícitos previstos no direito bancário, cometidos no exclusivo desempenho da actividade bancária,² podem revestir natu-

2. A actividade bancária poderá definir-se por um duplo critério: objectivo e subjectivo. Constituirá actividade bancária todo o acto levado a efeito no

reza civil, disciplinar, de mera ordenação social ou contraordenacional e penal.

Mas não é nossa intenção incluímos, neste brevíssimo trabalho, qualquer estudo sobre responsabilidade civil ou disciplinar.

Estes tipos de responsabilidades podem, de resto, existir, em simultaneidade, com responsabilidades de natureza contraordenacional ou penal.

Mas não lhe faremos referência por aqueles ilícitos não ganharem autonomia, em direito bancário, como já antes referimos. Com efeito, nos termos gerais, o ilícito bancário gerará responsabilidade civil se for adequado o nexo de causalidade entre o acto e o dano.

Do mesmo modo, poderá aquele ilícito implicar responsabilidade disciplinar:

a) laboral, se o acto praticado entender também com os deveres do trabalhador perante a sua entidade empregadora; ou

b) profissional, se violar regras estabelecidas entre os operadores, disciplinarmente tutelados, por exemplo, através de associações profissionais.

Mas não há, nem no caso de responsabilidade civil nem no caso da responsabilidade disciplinar, qualquer especificidade decorrente do direito bancário.

Tanto vale por dizer que nos vamos referir, daqui em diante, aos “*ilícitos bancários*” com natureza contraordenacional e penal.

4. Ilícitos bancários com natureza criminal e contraordenacional

Aos ilícitos praticados em violação do direito bancário, atribui a lei a natureza de contraordenação ou de crime, podendo o

âmbito das “operações” legalmente definidas no art. 4º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF); será subjectivamente bancária toda a operação levada a efeito por uma instituição bancária (instituição de crédito ou sociedade financeira), no âmbito do seu objecto. V. meu *Direito Bancário*, Coimbra Editora, 1998, pp. 8 e ss.

mesmo acto revestir cumulativamente, ambas as qualificações.

A contraordenação é a regra: o crime é a excepção.

Começemos pelas excepções, isto é, pelo regime penal.

5. *Ilícitos bancários com natureza criminal*

Tipificados como crimes susceptíveis de prática no âmbito da actividade bancária podemos identificar os seguintes:

a) “*actividade ilícita de recepção de depósitos e outros fundos reembolsáveis*”, prevista e punida nos termos do art. 200^o do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF);³

b) “*violação do dever de segredo*”, previsto no art. 78^o do RGICSF e punido nos termos aos arts. 195^o e 196^o do Código Penal, aliás em conformidade com o disposto no art. 84^o do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras;

c) “*práticas de branqueamento de capitais*”, previstas e punidas pelo art. 2^o do Decreto-lei 325/1995, de 2 de dezembro.

Analisemos cada um deles.

6. *Crime de actividade ilícita de recepção de depósitos e outros fundos reembolsável*

Por força de Directivas Comunitárias, hoje codificadas na Directiva 2000/12/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de março de 2000, dispõe o art. 2^o do RGICSF que são *Instituições de Crédito* as empresas cuja actividade consista em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis, a fim de os aplicarem por conta própria, mediante a concessão de cré-

dito. E o mesmo RGICSF enuncia, depois, as várias espécies de Instituições de Crédito.

Para cada uma destas espécies existe, aliás, regulamentação específica, definidora das respectivas actividades. E, algo estranhamente, tendo em conta a definição operada pelo citado art. 2^o, verifica-se haver Instituições de Crédito a que está vedada a recepção de depósitos junto do público.

Consta, ainda, do mesmo Regime Geral (art. 8^o), como que em reforço do disposto no art. 2^o, que só as Instituições de Crédito podem exercer a actividade de recepção, do público, de depósitos ou outros fundos reembolsáveis, para utilização por conta própria (*princípio da exclusividade*).

As excepções a esta regra são criadas pelo art. 9^o, excluindo daquele conceito de fundos reembolsáveis a emissão de obrigações, nos termos e limites do Código das Sociedades Comerciais, e os fundos obtidos através da emissão de papel comercial, nos termos e limites da legislação aplicável.⁴

Isto é: a actividade que consiste em receber do público depósitos e outros fundos reembolsáveis só é permitida às Instituições de Crédito e, de entre estas, apenas àquelas a que não esteja vedada tal actividade.

É, pois, ilícita, a actividade em violação desta norma.

E qual a natureza do ilícito?

Segundo o art. 200^o do RGICSF, aquele ilícito será punido com prisão até três anos.

É o mais típico (diria mesmo o único) crime típico do direito bancário. Só é praticável no âmbito desta actividade, traduz-se em actos tipicamente bancários como tal definidos na alínea *a*) do n. 1 do art. 4^o do mencionado Regime Geral.

A prática ilícita pode ser levada a efeito por pessoas singulares ou colectivas, recaiando, naturalmente, a responsabilidade

3. O Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF) foi aprovado pelo Decreto-lei 298/1992, de 31 de dezembro, e alterado pelo Decreto-lei 246/1995, de 14 de setembro, pelo Decreto-lei 232/1996, de 5 de dezembro, e pelo Decreto-lei 222/1999, de 22 de junho.

4. Decreto-lei 181/1992, alterado pelo Decreto-lei 231/1994, de 14 de setembro, e Avisos do Banco de Portugal 11/1992, de 8 de setembro, 6/1994, de 14 de setembro, e 2/1995, de 20 de maio.

penal apenas sobre as pessoas singulares⁵ (art. 11^a do Código Penal).

E o crime é tipificado como recepção de depósitos ou outros fundos reembolsáveis,⁶ junto do público, por entidade que, para tanto, careça de autorização. Naturalmente, e nos termos gerais (art. 12^a do CP), “é punível quem age voluntariamente como titular de um órgão de uma pessoa colectiva (...) ou em representação legal ou voluntária de outrem”.

A punição depende de dolo, uma vez que não está prevista a negligência (art. 13^a do Código Penal).

7. Crime de violação do dever de segredo

Art. 84^a do RGICSF dispõe que a violação do dever de segredo é punível nos termos do Código Penal.

De outro lado, o dever de segredo (profissional bancário) vem caracterizado no art. 78^a do mesmo Regime Geral como proibição de revelar ou utilizar informações sobre factos ou elementos respeitantes à instituição ou às relações desta com os seus clientes cujo conhecimento advenha exclusivamente do exercício de funções. Estarão, segundo aquele preceito, sujeitos a segredo os nomes dos clientes, as contas de depósito, seus movimentos e outras operações bancárias. São reconhecidas excepções ao dever do segredo, especialmente ao âmbito da supervisão e da informação sobre riscos.

O problema que se coloca é o de saber se o crime em questão é exclusivamente bancário, criado pela legislação bancária, designadamente pelo RGICSF, autónomo

5. Suscita-se aqui a interessante e controversa questão, hoje tanto em debate, da responsabilidade penal das pessoas colectivas que, porém, não trataremos, quer pela desejada dimensão deste trabalho quer pelas limitações da nossa falta de especialização em matéria penal.

6. Para a noção de fundos reembolsáveis, v., por todos, Conceição Nunes, *Recepção de Depósitos e Outros Fundos Reembolsáveis*, Actas do Congresso Comemorativo do 150^a aniversário do Banco de Portugal, Obra Colectiva, Coimbra Editora, 1997.

dos tipos criminais constantes do Código Penal. E a resposta tem de ser negativa.

Na verdade, o crime de violação do segredo bancário não é diferente nem autonomizado do crime de violação do segredo, previsto e punido, com carácter universal, no art. 195^a do Código Penal. Com efeito, resulta, justamente, deste preceito que comete o crime de violação de segredo todo aquele que, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento. A sanção é de pena de prisão até um ano ou de pena de multa até 240 dias.

O aproveitamento indevido do segredo é, por outro lado, previsto e punido, com total autonomia, mas com moldura igual à do crime anterior, pelo art. 196^a do Código Penal.

Pois bem, o dever de segredo bancário não é, então, ao contrário do que parece ser entendimento algo generalizado, um dever diferente do dever geral de segredo profissional. Conseqüentemente, a sua violação não constitui um “ilícito bancário” típico; a violação do segredo bancário é, antes, uma modalidade da “violação do segredo” prevista no já citado art. 195^a do Código Penal.

Como o será a violação de segredo inerente a qualquer outra profissão.

A tipificação do ilícito e a moldura do crime constam do Código Penal.⁷

7. O dever de segredo não é, contudo, absoluto, tal como resulta do art. 135^a do Código de Processo Penal. Em resumo, é o seguinte o regime processual. O obrigado deve escusar-se a depor ou a revelar qualquer facto coberto pelo dever de segredo. Se a escusa tiver lugar perante autoridade judiciária e esta a entender injustificada, pode ordenar que os factos sejam revelados (tratando-se de autoridade Judicial) ou requerer ao tribunal que a ordene (se a autoridade for o Ministério Público). Da decisão que ordene a revelação dos factos, caberá recurso, nos termos gerais.

Todavia, pode, ainda, ocorrer outra situação: a de ser julgada justificada a escusa. Nesse caso, e suscitada a questão, oficiosamente ou sob requerimento, pelo tribunal em que o problema haja surgido, poderá o tribunal superior ordenar a quebra do segredo, se entender que tal se justifica face às normas

O RGICSF contém, apenas, a modulação dos comportamentos que podem conduzir ou não à violação do segredo, no específico caso da actividade bancária. Isto é, o julgador, ao aplicar o disposto no Código Penal tem, a ancorá-lo, preceitos de natureza regulamentar que lhe determinem ou ajudem a determinar os contornos do ilícito ou as eventuais causas de justificação ou exclusão de ilicitude. Por outras palavras, o RGICSF não cria (nem é necessário que crie) um novo tipo criminal; mas pode contribuir, com recurso à interpretação sistemática, aliás de acordo com o disposto no art. 31^a do Código Penal, para definir e delimitar o campo da ilicitude.⁸

8. Práticas criminosas de branqueamento de capitais

Os crimes de branqueamento de capitais encontram-se previstos e são punidos com base no Decreto-lei 325/1995, de 2 de dezembro, na sequência, aliás, e de acordo com a Directiva 91/308/CEE, do Conselho, de 10 de junho, e do Decreto-lei 313/1993, de 15 de setembro, que transpôs aquela Directiva para a ordem jurídica interna.

Notar-se-á, porém, que o crime de branqueamento consiste, essencialmente, na conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos provenientes da prática de outros crimes. Naturalmente, o crime de branqueamento não se confunde com os crimes que lhe deram origem (terrorismo, tráfico de armas, extorsão de fundos etc.).

E as práticas que o consubstanciam não são, necessariamente, levadas a efeito com recurso a entidades bancárias ou mes-

e princípios da lei penal, como seja o princípio da prevalência do interesse preponderante.

8. Aproveito, assim, para esclarecer a posição assumida em *Direito Bancário*, Coimbra Editora, 1998, p. 87, que motivou o douto comentário de Rodrigo Santiago, no excelente estudo "Sobre o segredo bancário — Uma perspectiva jurídico-criminal e processual penal", *Revista da Banca* 42/43. Segundo este autor, uma tipificação autónoma do crime de violação do segredo bancário pelo RGICSF poderia conduzir à inconstitucionalidade orgânica do preceito.

mo financeiras. Logo, por aí, o branqueamento de capitais não será um "ilícito bancário" típico. De outro lado, e ainda que o crime seja praticado com recurso a instituições bancárias, o agente do crime é o cliente da instituição, não esta ou os agentes desta. A estes últimos incumbem obrigações de controlo e prevenção; mas o respectivo incumprimento não constitui crime, é mera contraordenação.

A menos que a instituição e seus agentes se constituam co-autores. Só neste caso, o crime de branqueamento de capitais traduziria, também, um ilícito bancário.

De resto, ao crime cometido com recurso a instituições financeiras aplica-se o disposto no Decreto-lei 313/1993, de 15 de setembro, particularmente no seu capítulo II.

Trata-se, porém, de um elenco de obrigações cometidas às entidades financeiras no sentido da prevenção e descoberta dos actos criminosos.

De modo que o crime de branqueamento de capitais, não constituindo ele próprio, em princípio, um "ilícito bancário", pode dar origem a outros ilícitos bancários, cometidos pelas instituições, revestindo estes, porém, a natureza de contraordenações, de que, seguidamente, trataremos.

9. A contraordenação como "ilícito bancário" típico

O conceito de "contraordenação" é, hoje, uma aquisição do ordenamento jurídico português e traduz a ideia de uma ilegalidade de natureza administrativa: é um ilícito administrativo.⁹ Mas a figura coloca-se a meia distância, entre o direito administrativo e o direito penal.

9. Por inspiração da doutrina alemã, foi introduzida na doutrina e jurisprudência portuguesas, pela mão de Eduardo Correia. Sobre este tema, ver Miguel Pedrosa Machado, *Contraordenação e Contraordenação*, em Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal, edição do Banco de Portugal, 1998.

A sanção do ilícito não se queda no âmbito do processo administrativo comum, mas também não se desloca para o campo do direito penal puro.

É certo que o processo se inicia por via administrativa, competindo à Administração a instrução e a prova da ilegalidade; a ela ainda é cometido o poder de aplicar a sanção que revestirá sempre natureza pecuniária, designada por *coima*. Mas, enquanto, em regra, seria deferida ao sancionado o direito de recurso para os tribunais administrativos, tal não sucede. Ao destinatário da coima é, agora, possível reagir para os tribunais comuns, com competência criminal.

De um lado, temos uma autoridade administrativa que instaura e instrui o processo, aplicando também a sanção, a coima; de outro lado, assistimos à entrega do julgamento da infracção às instâncias judiciais criminais para efeitos de verificação da correcção dos processos e da aplicação da sanção.

Trata-se, no fundo, do reconhecimento claro de dois princípios: o primeiro será o de que o ilícito administrativo não alcança a gravidade que lhe confira a natureza de crime; o segundo será o de que toda a aplicação de pena ou sanção (a coima é uma sanção pecuniária) deve estar sujeita à sindicância dos tribunais criminais.

Eis, pois, o resultado de um compromisso entre a necessidade de uma maior leveza dos comportamentos administrativos e a indispensabilidade da obediência aos princípios constitucionais e penais (*nulla poena, sine iudicio*).

A partir da sua introdução no ordenamento jurídico português (em 1979, através do Decreto-lei 232/1979, de 24 de julho), a qualificação de *contraordenação* (ou de *ilícito de mera ordenação social*) varreu todo o ordenamento jurídico português, mormente o ordenamento jurídico financeiro.

Ali, onde, frequentemente, o ilícito revestia natureza criminal, punido com penas de prisão ou multa, passou a existir

contraordenação, sancionável apenas com coima. E mesmo assim, com um especialíssimo regime de apreciação e aplicação.

Aliás, o regime geral das contraordenações veio a constar, definitivamente instaurado, não sem viva oposição de muitos e eminentes penalistas, do Decreto-lei 433/1982, de 7 de outubro, e do Decreto-lei 244/1995, de 14 de setembro.

O direito bancário constituiu campo de eleição para o estabelecimento do regime de contraordenações.

Foi, assim, em matéria cambial, é assim em todas as demais práticas bancárias, começando nas de índole institucional, para acabar nas operações bancárias, de natureza material.

A regra geral é, como já deixámos anotado, que o ilícito praticado no âmbito da actividade bancária seja qualificado e punido como contraordenação.

À excepção, isto é, à qualificação do ilícito como crime já fizemos referência.

Vejamos, agora, como funciona o regime das contraordenações, em direito bancário.

Distinguiremos duas áreas: a das contraordenações cambiais e a das contraordenações no âmbito do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

10. As contraordenações cambiais

Vigora, nesta matéria, o Decreto-lei 13/1990, de 8 de janeiro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-lei 176/1991, de 14 de maio, e pelo Decreto-lei 120/1993, de 11 de maio.

Apesar da profunda alteração introduzida com a liberalização plena dos movimentos de capitais, a verdade é que a matéria relacionada com a contratação e liquidação das operações com o exterior não deixou de contemplar restrições; nem disso abdicam os países comunitários, mesmo entre si; menos, é claro, com países terceiros.

É, designadamente, o caso do comércio de câmbios, como tal se entendendo a realização habitual e com intuito lucrativo, por conta própria ou alheia, de operações cambiais.¹⁰

Ora, a primeira e principal regra para realização de operações cambiais é a de que estas só podem ser efectuadas por intermédio de entidade autorizada a exercer o comércio de câmbios e dentro dos limites dessa autorização.

Comete, por isso, ilícito cambial quem realize, de forma habitual e com intuito lucrativo, sem estar autorizado, operações cambiais, como ainda quem denegue informação sobre as operações que tenha realizado.

A sanção é a coima que pode ser aplicada às pessoas singulares ou colectivas intervenientes naquelas operações, sem prejuízo das sanções acessórias, como sejam a perda de bens, a suspensão ou revogação de autorização do exercício da actividade, entre outras.

A aplicação da coima e das sanções acessórias é da competência do Ministro das Finanças, com recurso para o tribunal comum da Comarca de Lisboa. O processo administrativo é instruído pelo Banco de Portugal.

Em rigorosa consonância, como se vê, com o regime das contraordenações, consignado no Decreto-lei 433/1982, de 27 de outubro, a que já fizemos referência.

II. O regime sancionatório contraordenacional do RGICSF

É no Título XI do RGICSF que se mostra consagrado o respectivo regime sancionatório. O Capítulo I desse Título contempla (no seu único artigo) a actividade ilícita de recepção de depósitos a que já fi-

zemos referência. E todo o Capítulo II, integrado por 5 Secções (com 32 artigos) se refere aos ilícitos de mera ordenação social.

Este desequilíbrio quantitativo é bem ilustrador do sistema consagrado e cujas traves mestras são as seguintes:

- “os ilícitos bancários” constituem, em regra, contraordenações;
- a estas contraordenações aplicam-se os princípios gerais do citado Decreto-lei 433/1982, de 7 de outubro, com as alterações que lhe foram introduzidas e com as seguintes especificidades;
- são também puníveis a tentativa e a negligência, correspondendo à sanção da tentativa a do ilícito consumado, especialmente atenuada; e, em caso de negligência, os limites máximo e mínimo das coimas são reduzidos a metade.

Os ilícitos de mera ordenação social encontram-se tipificados nos arts. 210^a e 211^a do RGICSF, sendo as infracções previstas neste último preceito consideradas especialmente graves. Em conformidade, também as coimas são diferentes.

Pela prática dos ilícitos de mera ordenação social são responsáveis as pessoas colectivas¹¹ (Instituições de Crédito ou Sociedades Financeiras) e as pessoas singulares que intervenham nas respectivas práticas. As coimas aplicáveis às pessoas colectivas são de montante superior às previstas como sanção das pessoas singulares.¹²

Há uma disposição residual, a da alínea i) do art. 210^a que merece especial atenção. Por várias razões: em primeiro lugar, pelo seu grande alcance e pela abrangência de toda a actividade bancária; depois, pelas dúvidas que pode suscitar quanto à sua

11. Agora, no sentido da responsabilização das pessoas colectivas; v., *supra*, nota 5.

12. Os ilícitos menos graves são puníveis com coima que varia entre 150 e 150.000 contos para pessoas colectivas e entre 50 e 50.000 contos para pessoas singulares. Já as infracções mais graves são puníveis com coimas que variam entre 500 e 500.000 contos para pessoas colectivas e entre 200 e 200.000 contos para pessoas singulares.

10. Para a definição de operação cambial (art. 5^o do Decreto-lei 13/1990), é adoptado como critério essencial a diferente residência dos contratantes ou a origem da moeda objecto da operação.

conformação com o princípio do direito penal que também há-de estar presente na aplicação de coimas em contraordenações — o princípio da completa e clara tipificação do ilícito punível. Na verdade, ali se dispõe que são puníveis com coima todas as violações de preceitos imperativos do RGICSF e também de toda a legislação específica que rege as actividades das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras, bem como dos regulamentos emitidos pelo Ministro das Finanças e Banco de Portugal, para execução dos referidos preceitos.¹³

Ou seja, toda a prática desconforme com a regulamentação bancária é elevada a ilícito contraordenacional merecedor da coima.

Ainda que meramente tentada ou negligente.

13. Estamos perante uma autêntica *norma penal em branco*. Pelas seguintes razões. Em primeiro lugar, convém salientar que às contraordenações é subsidiariamente aplicável, no que respeita à fixação do regime substantivo, a lei penal (art. 32º do Decreto-lei 433/1982, de 27 de outubro). Ora, os criminalistas designam de *normas penais em branco* aquelas que, prevenindo embora a criminalização e a pena, deixam por definir alguns elementos do tipo. Estaria, assim, incompleta a norma penal primária, à espera de uma norma complementar. E daí podem resultar várias consequências. A mais importante seria quanto à própria admissibilidade da figura. Ora, os autores, cautelosos, admitem-na nos casos em que a norma complementar revista natureza análoga à da norma complementada. E isto porque, de contrário, resultaria em inconstitucionalidade orgânica ou formal. Já, porém, quanto às contraordenações, a Constituição reclama de reserva relativa da Assembleia da República apenas o seu regime geral (art. 165º, n. 1, al.ª d) da CRP), pelo que a sua definição, em concreto, resultará de acto legislativo. Deste modo, a admitir-se a figura da *norma penal em branco*, também no âmbito das contraordenações, a questão da eventual inconstitucionalidade da norma complementar deixa de ter a mesma acuidade, uma vez que ela pode resultar de simples acto legislativo. O que não pode, em caso algum, é resultar de acto que não possa como tal ser qualificado. Sobre normas penais em branco, v. Cavaleiro Ferreira, *Lições de Direito Penal*, v. I, p. 53; Germano Marques da Silva, *Direito Penal Português*, v. I, p. 220.

Aspecto verdadeiramente curioso e algo surpreendente¹⁴ deste regime sancionatório é também o de que, por vezes, se apresentam mais gravosas as sanções acessórias que as sanções principais. A apreensão e a perda dos bens objecto da infracção, a inibição do exercício de cargos sociais, a suspensão do exercício do direito de voto atribuído aos sócios das Instituições de Crédito (sanções acessórias) podem, na verdade, representar gravosidade superior à infligida pelas coimas (sanções principais).

Quanto ao processo: é instaurado e instruído pelo Banco de Portugal cujo Conselho de Administração aplica também a coima. Da decisão que aplique a sanção cabe recurso para os tribunais comuns (Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa).

12. Regime inibitório dos direitos de voto

Está prevista como infracção especialmente grave (alínea *h*) do art. 211º do RGICSF) a inobservância dos limites prudenciais relativos aos fundos próprios e às participações qualificadas.

Convém, por isso, salientar, aqui, um aspecto específico relativo ao dever de comunicação das alterações de participação qualificada. Não se procedendo àquela comunicação, para além das sanções que couberem, nos termos dos arts. 210º e 211º, opera *ex lege* a inibição do direito de voto

14. Dizemos curioso e surpreendente porque a terminologia *sanção acessória* inculca a ideia de que esta sempre seria menos gravosa que a *sanção principal*. Todavia, deve reparar-se que a lei faz depender a aplicação da sanção acessória de uma especial gravidade do ilícito. Por exemplo, a interdição do exercício de profissões ou actividades só pode ser decretada se a contraordenação foi praticada com flagrante e grave abuso da função que exerce ou com manifesta e grave violação dos deveres que lhe são inerentes (n. 2 do art. 21º-A do Decreto-lei 433/1982, de 27 de outubro). Naturalmente, nesse caso, também a sanção principal se aproximará do seu limite máximo.

na parte em que tenha sido excedido o limite mais baixo já autorizado.¹⁵

Trata-se de uma sanção de natureza meramente civil, todavia aplicável simultaneamente com a coima. E reveste, porventura, muito maior penosidade que aquela.

13. Conclusões

Deixamos, assim, desenhado o quadro em que se desenvolve o regime de sanções aplicáveis, no específico âmbito da actividade bancária.

Foi nosso propósito traçar um quadro simples. E claro. De que retiramos três principais conclusões.

A principal conclusão que extraímos é a de que no exercício da actividade ban-

cária pouco há de específico no tocante ao regime de sanções, por confronto com os quadros sancionatórios de outros sectores de actividade, em nenhum caso se excluindo normas sancionatórias dos demais ramos do direito.

Outra conclusão a retirar é a de que os ilícitos bancários são, na sua generalidade e até por via residual, qualificados como de mera ordenação social, assim se afastando, com as excepções que anotámos, a sua qualificação como crimes.

As sanções acessórias e as sanções civis podem, em certos casos, revestir maior gravosidade que as sanções principais.

Lisboa, janeiro de 2001.

15. Recordar-se que, nos termos do n. 1 do art. 102º do RGICSF, é obrigatória a comunicação prévia ao Banco de Portugal, sempre que se atinja ou

ultrapasse alguma das percentagens de 20%, 33% ou 50% do capital de instituição de crédito.