

Sobre a Diretiva nº. 2005/60/CE, de 26 de outubro de 2005, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo (About Policy no. 2005/60/EC of 26 October 2005 on the prevention of the use of the financial system for money laundering and terrorist financing) - Submetido em 01/12/2011, aprovado em 20/12/2011, publicado no V. 4, N. 2 (dezembro 2011).

Antônio de Padova Marchi Júnior, Procurador de Justiça - MPMG, Belo Horizonte-MG*

Resumo. 1. Considerações gerais – 2. Fundamentos e precedentes – 3. Objeto, âmbito e definições – 4. Deveres de vigilância – 5. Obrigações de comunicação – 6. Medidas de aplicação e execução – Bibliografia.

Abstract. 1. General considerations - 2. Fundamentals and precedents - 3. Object, scope and definitions - 4. Due diligence - 5. Reporting obligations - 6. Implementing and running - Bibliography.

1 Considerações gerais

A lavagem de dinheiro é designada em Portugal¹ através da expressão *branqueamento de capitais*, significando o “conjunto de atos de favorecimento, por

* Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais (Ministério Público de Minas Gerais), Doutorando em Ciências Penais pela UFMG, Mestre em Ciências Penais pela UFMG, Professor do Curso de Direito do UNI-BH.

ocultação, conversão ou transferência, e de aproveitamento, para si ou para outrem, de bens de significação econômica e que procedem de delitos graves”.²

Muito embora não seja um fenômeno socioeconômico recente, tem proporcionado intensos debates no contexto jurídico devido a suas conexões com o tráfico internacional de drogas, com o crime organizado e, em especial, com o terrorismo.

Paulatinamente, diversos instrumentos jurídico-internacionais foram sendo criados com o objetivo de combater o branqueamento de capitais, com destaque para a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas (Convenção de Viena), de 19.12.1988; a Convenção do Conselho da Europa (Convenção de Strasbourg), de 08.11.1990; a Diretiva n. 91/308, do Conselho da Comunidade Européia, de 10.06.1991 e, por fim, a Diretiva n. 2005/60, do Parlamento e do Conselho Europeu, objeto do presente trabalho.

Tais acordos são resultantes da preocupação internacional com o branqueamento de capitais e se transformaram em ferramentas essenciais para o enfrentamento dessa atividade ilícita, recomendando a “adopção de uma reacção de natureza penal ao problema da reciclagem de dinheiro”.³

¹ A denominação *lavagem de dinheiro* originou-se nos Estados Unidos (*money laundering*) por volta de 1920, quando *gangsters* passaram a encobrir a origem de suas fortunas através de lavanderias. No Brasil, segundo a exposição de motivos da Lei n.º. 9.613/98, a opção pelo termo *lavagem de dinheiro* deve-se à sua consagração no jargão das atividades financeiras e na linguagem popular; ao passo que o termo *branqueamento* sugeriria um caráter racista do vocábulo. Várias terminologias são empregadas em outros países para denominar esse fato delituoso, como, por exemplo, *blanchiment d'argent*, na França; *riciclaggio del denaro sporco*, na Itália; *money laundering*, nos Estados Unidos; *Geldwäsche*, na Alemanha; *blanqueo de dinero* ou *de capitales*, na Espanha; *lavado de dinero*, nos países sulamericanos.

² GUZMÁN DALBORA, José Luis. *Del bien jurídico a la necesidad de la pena en los delitos de asociaciones ilícitas y lavado de dinero*. RBCCrim n. 30, São Paulo: RT, 2000, p. 14.

³ BRANDÃO, Nuno. *Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. p. 61.

A preocupação tem razão de ser, pois os vultosos rendimentos financeiros advindos da prática do crime organizado⁴ colocam em risco a própria Administração Pública.

Segundo levantamento apresentado por Michel de Faro e Ernesto Savona no Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro e Crime Organizado, ocorrido na Itália em 1994, estima-se que sejam movimentados por ano 850 bilhões de dólares de procedência ilícita.⁵

Relatório anual do Programa das Nações Unidas pela prevenção do abuso e do tráfico ilícito de entorpecentes de 1997 avaliou que somente o tráfico de entorpecentes giraria cerca de 400 bilhões de dólares anualmente.⁶

A principal causa do aflitivo crescimento dessa modalidade criminosa reside no “processo de globalização ou internacionalização da economia (dinheiro, mercadorias e capitais), ao lado do progresso vertiginoso da informática e da comunicação”.⁷

Na verdade, juntamente com as vantagens de celeridade e de segurança nas transações internacionais, a universalização do setor financeiro provocou também o aperfeiçoamento e a expansão das modalidades de lavagem de dinheiro.

Trata-se de um fenômeno emergente e típico da sociedade pós-industrial, assinala Silva Sánchez, “em que se evidencia uma espécie peculiar de criminalidade organizada, de cunho transnacional e multiforme – delinqüência

⁴ O art. 2 *bis a*, do Projeto de Convenção contra a delinqüência organizada transnacional da ONU, de 2000, define o crime organizado como obra de “um grupo estruturado de três ou mais pessoas que exista durante um certo período de tempo e que atue ajustadamente com o propósito de praticar um ou mais delitos graves tipificados (...) com fim de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro de ordem material”.

⁵ DAVID, Pedro R. *Globalizzazione, prevenzione del delitto e giustizia penale*. Milão: Giuffrè, 2001, p. 40.

⁶ *Ibidem*, p. 2.

⁷ PRADO, Luiz Regis. *Delito de lavagem de capitais: um estudo introdutório*. Disponível em <<http://www.professorluizregisprado.com>>. Acesso em 27.7.2011.

transnacional, econômica e organizada –, na qual se insere o delito de lavagem de capitais”.⁸

Ao se abrir e se internacionalizar, o sistema financeiro ofereceu ao capital de origem ilícita “lugares mais secretos, circuitos mais rápidos, rendimentos mais atrativos”,⁹ favorecendo o desenvolvimento de um comércio *global* do crime, onde a oferta e a demanda de produtos de procedência ilícita são organizadas em forma de mercado.

Outrora controlado por oligopólios confidenciais, assinala Luiz Regis Prado, “esse ‘mercado do crime’, que tem na internet um de seus vetores essenciais, abre-se, na atualidade, a uma ampla concorrência em todos os domínios”.¹⁰

Além disso, outros fatores também concorreram para a expansão do branqueamento de capitais, como a “ausência de intermediação financeira, a facilidade crescente oferecida às empresas para criar filiais *offshore*, a expansão dos paraísos fiscais, as sociedades-fantasma ou de fachada, as dificuldades operacionais redirecionadas aos proprietários reais de algumas empresas que utilizam todas as possibilidades jurídicas para proteger suas identidades e ativos, a concorrência entre estabelecimentos financeiros, os avanços tecnológicos no campo das telecomunicações e as transferências eletrônicas de fundos são igualmente”.¹¹

Em geral, são identificadas três fases no processo de branqueamento de capitais: a) a *colocação* ou *inserção* do dinheiro líquido no mercado financeiro (ex.: banco, corretora); b) a *ocultação*, *encobrimento* ou *cobertura*, disfarçando sua origem ilícita (ex.: paraíso fiscal, superfaturamento) e c) a *integração* ou

⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. Madrid: Civitas, 1999. p. 63 e ss.

⁹ PRADO, Luiz Regis. *Delito de lavagem...*, cit.

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Delito de lavagem...*, cit.

¹¹ GOES PINHEIRO, Luís. O branqueamento de capitais e globalização. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* n. 4, Coimbra: Coimbra Ed., 2002, p. 618 e ss.

reciclagem, que busca a reintrodução do dinheiro reciclado ou lavado na economia legal (ex.: aquisição de bem, empréstimo).

Evidentemente, esse percurso clássico está sujeito a inúmeras variações diante do constante aperfeiçoamento das técnicas empregadas em sua prática.

Por recomendação do Grupo de Ação Financeira (GAFI), “único organismo internacional especializado e concentrado tão-somente na luta contra a lavagem de dinheiro”,¹² alargou-se seu conceito para admitir qualquer delito prévio de natureza grave.

Desse modo, consideram-se atos de lavagem de dinheiro dolosa “a conversão ou a transferência de bens de origem ilícita efetuadas com conhecimento no sentido de dissimular sua origem ou de auxiliar toda pessoa envolvida na prática da infração principal a se elidir das conseqüências jurídicas de seus atos (introdução, colocação); a dissimulação da natureza, da origem, da colocação, da disposição, do movimento ou da propriedade real de bens e de direitos relacionados, cujo autor sabe que provêm da prática de crime (transformação, ocultação); e a aquisição, a detenção ou a utilização de bens, cujo adquirente sabe, no momento em que os recebe, que provêm da prática de crime (integração, investimento)”.¹³

Por tudo isso, a 3ª Diretiva, como é conhecida a Diretiva nº. 2005/60/CE, de 26 de outubro de 2005, apresenta especial relevância para o funcionamento preciso da ordem socioeconômica dos países da União Européia, protegendo a licitude dos bens e capitais que circulam livremente entre os países membros do bloco econômico.

¹² ABEL SOUTO, M. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2002, p. 117.

¹³ PRADO, Luiz Regis. *Delito de lavagem...*, *cit.*

2 Fundamentos e precedentes

O principal fundamento da Diretiva é impedir que os fluxos maciços de dinheiro sujo prejudiquem a estabilidade e a reputação do setor financeiro e do mercado único, além de combater o crime organizado, o tráfico internacional de entorpecentes e, em especial, o terrorismo.

O primeiro documento a alertar para os riscos decorrentes da tolerância com o branqueamento de capitais foi a Recomendação do Conselho da Europa, de 27 de junho de 1980, relativa às disposições contra a transferência e dissimulação de fundos de origem ilícita, oportunidade em que sugeriu aos Estados-Membros que obrigassem os bancos a verificar, cuidadosa e corretamente, a identidade dos clientes, além de sublinhar a importância da cooperação com as autoridades policiais e judiciais no combate ao Branqueamento de Capitais.¹⁴

Oito anos depois, dois novos instrumentos internacionais de combate ao branqueamento de capitais foram promulgados: a *Declaração da Basiléia*, de 12 de outubro de 1988, e a *Convenção de Viena*, de 19 de dezembro de 1988.

O primeiro estabeleceu como princípios fundamentais o dever de identificação dos clientes, o respeito pelas leis e cooperação com as autoridades incumbidas da sua aplicação e o estabelecimento de ações de formação e treinamento de pessoal e de sistemas internos de controle.¹⁵

O segundo, por sua vez, promoveu a cooperação internacional no combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e delitos correlatos, oportunidade em que recomendou a tipificação do branqueamento de capitais no quadro de

¹⁴ GONÇALVES, Pedro Correia. *Combatendo o branqueamento de capitais*. Lisboa: Verbo Jurídico, 2008, p. 8.

¹⁵ GONÇALVES, Pedro Correia. *Combatendo o branqueamento... op cit.*, p. 9.

infrações criminais de cada país, a adoção de medidas facilitadoras do confisco do produto do crime em processo de branqueamento e a cooperação internacional nas áreas de investigação e julgamento.

No ano seguinte, por iniciativa do G-7, foi criado o Grupo de Ação Financeira (GAFI) com o objetivo de desenvolver e promover políticas nacionais e internacionais de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo.

O GAFI elabora, revisa e publica os padrões internacionais (*Standards*) a serem seguidos pelos países em matéria de prevenção de repressão à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo.

No exercício de suas atribuições, o GAFI produziu um amplo relatório intitulado “*La lutte contre le blanchissement de capitaux (rapport demande par les Chefs d’État lors du Sommet de L’Arche)*”, quando adotou o seguinte quadro geral de recomendações:

- 1 – Cada país deveria tomar, sem delongas, as medidas necessárias para dar eficácia à Convenção de Viena e proceder à respectiva ratificação;
- 2 – As leis sobre o segredo profissional das instituições financeiras deveriam ser concebidas de forma a não constituírem entrave à efetivação das recomendações do Grupo;
- 3 – Um programa eficaz de luta contra o branqueamento de capitais deveria englobar um melhoramento da cooperação multilateral e da entreaajuda judiciária nos inquéritos e atuações repressivas nos casos de branqueamento de capitais bem como processos de extradição.¹⁶

¹⁶ GONÇALVES, Pedro Correia. *Combatendo o branqueamento... op cit.*, p. 9-10.

Recomendou-se ainda o aperfeiçoamento dos sistemas jurídicos nacionais, o reforço do papel do sistema financeiro na prevenção ao Branqueamento e o incremento da cooperação internacional.

Tais recomendações viriam a ser revistas em 1996 e, mais recentemente, em 2003, culminando na elaboração da 3.^a Diretiva.¹⁷

Merece registro também a Convenção nº. 141 do Conselho da Europa, assinada no dia 8 de novembro de 1990, referente ao branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime.

A preocupação da União Européia com a problemática do branqueamento de capitais é bastante compreensível, pois se propôs a construir um mercado único estruturado em quatro liberdades fundamentais: livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais.¹⁸

Não por acaso, foi criada a Diretiva 91/308/CE, de 10 de junho de 1991, direcionada à prevenção da utilização do sistema financeiro para o branqueamento de capitais.

A 1.^a Diretiva, como ficou conhecida, estabeleceu uma série de medidas preventivas de operações de branqueamento de capitais e obrigou as entidades financeiras a conservar documentos, colaborar com as autoridades, capacitar pessoal, exercer a vigilância e denunciar operações suspeitas.

Somente dez anos depois, no dia 4 de dezembro de 2001, surgiu a Diretiva 2001/97/CE, de 4 de dezembro de 2001, considerada a 2.^a Diretiva acerca do branqueamento de capitais.

Esta Diretiva ampliou o objeto da incriminação do branqueamento de capitais previsto na 1.^a Diretiva, que apenas considerava os proventos resultantes do crime de tráfico de drogas e substâncias psicotrópicas, bem como as

¹⁷ GONÇALVES, Pedro Correia. *Combatendo o branqueamento... op cit.*, p. 10.

¹⁸ GONÇALVES, Pedro Correia. *Combatendo o branqueamento... op cit.*, p. 10.

categorias profissionais que estavam sujeitas aos deveres de prevenção, incluindo advogados e profissionais independentes de consultoria jurídica, o que provocou grandes críticas por toda a Europa.¹⁹

Com as novas recomendações do GAFI, que foram profundamente revistas e ampliadas em 2003, tornou-se necessária a criação da 3ª Diretiva, cujos contornos e principais inovações serão adiante abordados.

3 Objeto, âmbito e definições

A Diretiva atribui aos Estados-Membros o dever de assegurar a proibição do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo (art. 1º, 1).

O próprio ordenamento descreveu os comportamentos que devem ser entendidos como branqueamento de capitais (art. 1º, nº. 2), *in verbis*:

a) A conversão ou transferência de bens, com conhecimento de que esses bens provêm de uma actividade criminosa ou a participação numa actividade dessa natureza, com o fim de encobrir ou dissimular a sua origem ilícita ou de auxiliar quaisquer pessoas implicadas nessa actividade a furtarem-se às consequências jurídicas dos seus actos;

b) A dissimulação ou encobrimento da verdadeira natureza, origem, localização, utilização, circulação ou propriedade de determinados bens ou de direitos relativos a esses bens, com conhecimento de que tais bens provêm de uma actividade criminosa ou da participação numa actividade dessa natureza;

¹⁹ GONÇALVES, Pedro Correia. *Combatendo o branqueamento... op cit.*, p. 11.

c) A aquisição, detenção ou utilização de bens, com conhecimento, aquando da sua recepção, de que provêm de uma actividade criminosa ou da participação numa actividade dessa natureza;

d) A participação num dos actos referidos nas alíneas anteriores, a associação para praticar o referido acto, as tentativas de o perpetrar, o facto de ajudar, incitar ou aconselhar alguém a praticá-lo ou o facto de facilitar a sua execução.

A 3ª Diretiva ampliou o rol das pessoas e instituições sujeitas às suas medidas, constando do seu âmbito de aplicação (1) as instituições de crédito, (2) as instituições financeiras, (3) os auditores, técnicos de contas externos e consultores fiscais; os notários e outros membros de profissões jurídicas independentes; prestadores de serviços a sociedades ou fundos fiduciários (*trusts*); agentes imobiliários; pessoas singulares ou coletivas que comercializem bens quando o pagamento for efetuado em numerário de montante igual ou superior a EUR15.000 (quinze mil euros) e os cassinos (art. 2º, nº. 1).

Com o intuito de evitar interpretações conflitantes, a Diretiva cuidou de realizar algumas definições, esclarecendo o que se deve compreender por *instituição de crédito, instituição financeira, bens móveis e imóveis, atividade criminosa, crime grave, beneficiário efetivo, prestadores de serviços a sociedade e fundos fiduciários (trusts), pessoas politicamente expostas, relações de negócios e bancos de fachada* (art. 3º).

A definição que interessa mais diretamente ao direito societário diz respeito ao significado de *beneficiário efetivo*.

O conceito originalmente adotado pela *Proposta de Diretiva*, considerava como *beneficiário efetivo* a pessoa singular que, em derradeira instância, direta ou indiretamente, detinha a propriedade ou controlava 10% ou mais das ações ou dos direitos de voto de uma pessoa coletiva ou do patrimônio de uma fundação, fundo fiduciário ou instrumento jurídico semelhante ou que

exercesse uma influência sobre uma proporção comparável, por exemplo, da gestão.²⁰

Formalmente consultado, o Comitê Econômico e Social Europeu, considerou que a definição apresentada implicava “um limite demasiado baixo, quando conjugada com o disposto no art. 7º, nº. 1, ‘b’ e a referência a medidas em funções do grau de risco, constante do art. 7º, nº. 2”, motivo pelo qual recomendou que o requisito mínimo para identificação ou controle do beneficiário efetivo fosse estendido para 25%, podendo tal percentagem pertencer tanto a um indivíduo como a grupo, funcionando em “acordo secreto de cooperação”.²¹

O Parlamento Europeu ratificou a proposta do Comitê ao argumento de que “a possibilidade de influenciar uma pessoa coletiva começa a partir do momento em que parte das ações detidas é suficiente para constituir uma minoria de bloqueio e, conseqüentemente, influenciar os estatutos e outras estruturas e ações” e que “abaixo desse limite, não é possível exercer uma influência econômica determinante”, pelo que “uma percentagem de 25% afigura-se, por conseguinte, um compromisso razoável”.²²

Esta posição foi a que prevaleceu, ficando o art. 3º, n.º 6, da 3ª Diretiva, assim redigido:

Art. 3.º Para os efeitos da presente directiva, são aplicáveis as seguintes definições:

...

6. Por «beneficiário efectivo» entende-se a pessoa ou pessoas singulares que, em última instância, detêm ou controlam o cliente e/ou a pessoa singular por conta de quem é realizada uma

²⁰ GONÇALVES, Pedro Correia. *Combatendo o branqueamento... op cit.*, p. 16.

²¹ GONÇALVES, Pedro Correia. *Combatendo o branqueamento... op cit.*, p. 16.

²² GONÇALVES, Pedro Correia. *Combatendo o branqueamento... op cit.*, p. 16.



transacção ou actividade. São considerados beneficiários efectivos, pelo menos:

a) No caso de entidades empresariais:

- i) A pessoa ou pessoas singulares que, em última instância, detêm a propriedade ou controlam, através da propriedade ou controlo, directo ou indirecto, de uma percentagem suficiente de acções ou de direitos de voto, incluindo através de acções ao portador, uma entidade jurídica que não seja uma sociedade cotada num mercado regulamentado sujeita a requisitos de informação consentâneos com a legislação comunitária ou normas internacionais equivalentes; para preencher este critério, considera-se suficiente uma percentagem de 25% mais uma acção;
- ii) A pessoa ou pessoas singulares que de outro modo exercem o controlo da gestão de uma entidade jurídica;

b) No caso de entidades jurídicas, tais como fundações, e de centros de interesses colectivos sem personalidade jurídica, tais como fundos fiduciários (*trusts*), que administram e distribuem fundos:

- i) Se os futuros beneficiários já tiverem sido determinados, a pessoa ou pessoas singulares beneficiárias de 25% ou mais do património da entidade jurídica ou do centro de interesses colectivos sem personalidade jurídica;
- ii) Se os indivíduos que beneficiam da entidade jurídica ou do centro de interesses colectivos sem personalidade jurídica ainda não tiverem sido determinados, a categoria de pessoas em cujo interesse principal a entidade jurídica ou o centro de interesses colectivos sem personalidade jurídica é constituído ou exerce a sua actividade;
- iii) A pessoa ou pessoas singulares que exercem um controlo sobre 25% ou mais do património de uma entidade jurídica ou centro de interesses colectivos sem personalidade jurídica

A redação final da 3ª Diretiva mereceu elogios, pois a fixação de requisitos mínimos extremamente baixos, como seria a percentagem de 10%, acabaria por penalizar os consumidores e os investidores “por implicar num controle excessivo e custos adicionais perfeitamente dispensáveis que, ao fim e ao cabo, pouco ou nenhum relevo têm no combate às atividades ilícitas”.²³

4 Deveres de vigilância

A determinação de medidas de vigilância caracteriza-se como uma das premissas básicas do combate ao branqueamento de capitais.

Por isso mesmo, a 3ª Diretiva encampou todas as medidas referentes à identificação dos clientes por parte das instituições, bem como das demais pessoas alcançadas por suas normas.

A novidade em relação à Diretiva precedente ficou por conta da implementação de requisitos mais pormenorizados quanto aos procedimentos de vigilância, tão mais consistentes quanto maior o risco da operação (princípio do *grau de risco*).

Além disso, o processo de verificação da identidade do cliente e do beneficiário efetivo deve ser concluído antes da formalização da relação de negócio ou da realização de qualquer transação (art. 9.º, n.º 1).

Duas exceções foram admitidas para possibilitar a identificação do cliente e do beneficiário efetivo no curso do desenvolvimento do negócio: quando for indispensável para sua concretização e quando houver risco reduzido de branqueamento de capitais ou de financiamento de terrorismo (art. 9.º, n.º 2).

²³ GONÇALVES, Pedro Correia. *Combatendo o branqueamento... op cit.*, p. 16.

A 3ª Diretiva também estabeleceu as coordenadas para a correta identificação do cliente, que será feita com base em documentos, dados ou informações obtidas de fonte independente e segura.

Para a identificação do *beneficiário efetivo* poderão ser tomadas medidas adequadas, considerando-se o *grau de risco* envolvido.

Por fim, as instituições deverão obter todas as informações relativas à finalidade e à natureza da relação de negócio pretendido, bem como manter vigilância contínua sobre as relações de negócio.²⁴

Vale registrar que o dever de vigilância da clientela e das relações de negócio é maleável em função do risco envolvido, estando previstos na 3ª Diretiva processos *simplificados* (art. 11º) e *reforçados* de vigilância (art. 13º).

Os Estados-Membros podem autorizar que as instituições e pessoas abrangidas pela 3ª. Diretiva apliquem deveres simplificados de vigilância quando:

i – o cliente seja uma sociedade cotada cujos valores mobiliários tenham sido admitidos à negociação num mercado situado num Estado-Membro ou num país terceiro com legislação similar à legislação comunitária (art. 11.º, n.º 2, ‘a’);

ii - o cliente seja um “beneficiário efetivo” de conta conjunta detida por notário e por outro membro de profissão jurídica independente do Estado-membro ou de país terceiro, desde que esteja sujeito “a requisitos em matéria de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo que se coadunem com os padrões internacionais e esteja sujeito a supervisão no que diz respeito ao cumprimento desses requisitos, e desde que a informação relativa à identidade do beneficiário efetivo seja disponibilizada, mediante pedido, às instituições que agem como instituições depositárias para as contas conjuntas” (art. 11.º, n.º 2, ‘b’);

iii – o cliente seja uma autoridade pública nacional (art. 11.º, n.º 2, ‘c’);

²⁴ GONÇALVES, Pedro Correia. *Combatendo o branqueamento... op cit.*, p. 20.

iv - os produtos sejam “apólices de seguro de vida cujo prêmio anual não seja superior a EUR 1.000 ou cujo prêmio único não exceda EUR 2 500 (art. 11.º, n.º 5, ‘a’).

v - os produtos sejam “apólices de seguro associadas a planos de pensão, desde que não contenham uma cláusula de resgate nem possam ser utilizados para garantir empréstimos” (art. 11.º, n.º 5, ‘b’).

vi - estejam em causa “regimes de pensão, planos complementares de pensão ou regimes semelhantes de pagamento de prestações de reforma aos trabalhadores assalariados com contribuições efetuadas mediante dedução nos salários e cujas regras vedam aos beneficiários a possibilidade de transferência dos seus direitos (art. 11.º, n.º 5, ‘c’);

vii - o produto ou a transação disser respeito a “moeda eletrônica” e o dispositivo não possa ser recarregado, desde que o montante máximo armazenado no dispositivo não exceda € 150; se o dispositivo puder ser recarregado, desde que se imponha um limite de € 2 500 para o montante total transacionado durante um ano civil (art. 11.º, n.º 5, ‘d’).

Seguindo uma vez mais as Recomendações do GAFI, a 3.ª Directiva veio estabelecer deveres especiais de vigilância quando estejam em causa clientes ou relações de negócio que, pela sua natureza, envolvam um *grau de risco* elevado de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo.²⁵

Nesse sentido, foram consagradas três situações com elevado *grau de risco*:

i - Não se encontrar o cliente fisicamente presente (art. 13.º, n.º 2);

ii - quando as instituições de crédito e financeiras tenham ou encetem relações transfronteiriças de correspondentes bancários

²⁵ GONÇALVES, Pedro Correia. *Combatendo o branqueamento... op cit.*, p. 21.

com instituições similares estabelecidas em *países terceiros* (art. 13.º, n.º 3);

iii - a realização de relações de negócio com *peças politicamente expostas* (art. 13.º, n.º 4).

A diretiva estabeleceu deveres especiais de vigilância para cada situação retro identificada.

Desse modo, o art. 13.º, n.º 2, estipula um conjunto de medidas a ser tomada pelas instituições e pessoas abrangidas pelo seu âmbito de aplicação no caso do cliente não se encontrar fisicamente presente para efeitos de identificação.

No que se refere às relações transfronteiriças, as instituições de crédito devem recolher informações suficientes sobre sua correspondente para compreender plenamente a natureza das suas atividades e apreciar, com base em informações acessíveis ao público, a sua reputação e a qualidade da respectiva supervisão (art. 13.º, n.º 3, 'a'); avaliar os controlos em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo aplicados pela sua correspondente (art. 13.º, n.º 3, 'b'); obter autorização da direção antes de estabelecer novas relações de correspondente bancário (art. 13.º, n.º 3, 'c'); especificar por escrito as responsabilidades respectivas de cada instituição (art. 13.º, n.º 3, 'd'); em relação às contas correspondentes de transferência (*payable through accounts*), assegurarem-se de que a instituição de crédito sua correspondente verificou a identidade dos clientes que dispõem de acesso direto às contas do banco correspondente, manteve em relação aos mesmos uma vigilância contínua e está apta a fornecer dados relevantes sobre a vigilância da clientela à instituição correspondente, mediante pedido (art. 13.º, n.º 3, 'e').

Por último, a nova Diretiva vem ainda determinar que as instituições e pessoas abrangidas disponham de procedimentos adequados e baseados no risco para determinar se o cliente é uma *pessoa politicamente exposta*.

Em caso positivo, deverão obter autorização da direção antes de estabelecer relações de negócio com tais clientes; tomar medidas adequadas para determinar a origem do patrimônio e dos fundos envolvidos nas transações e assegurar uma monitorização contínua reforçada das relações de negócio.²⁶

Ainda a respeito dos deveres de vigilância, um das maiores inovações da 3ª Diretiva encontra-se prevista no art. 14.º, que permite aos Estados-Membros autorizar as instituições e pessoas nela abrangidas recorrer a terceiros para cumprir os requisitos para diligenciar acerca da identificação dos clientes, permanecendo, todavia, a responsabilidade sobre os outorgantes.

5 Obrigações de comunicação

Segundo o art. 21.º da 3ª Diretiva, “cada Estado-Membro deve criar uma UIF²⁷ a fim de combater eficazmente o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo”.

As UIF's devem ter acesso em tempo hábil à informação financeira, administrativa, judiciária e policial necessária ao correto desempenho das suas atribuições (art. 21.º, n.º 3).

Tais informações devem ser prestadas pelas pessoas e instituições abrangidas pela Diretiva, sem necessidade de pedidos ou requisições.

²⁶ GONÇALVES, Pedro Correia. *Combatendo o branqueamento... op cit.*, p. 22-5.

²⁷ Unidade de Informação Financeira

Com efeito, a obrigação de comunicação deve ser cumprida por iniciativa própria por quem tiver conhecimento ou suspeitar de operação que represente branqueamento de capitais ou financiamento de terrorismo (art. 22.º, n.º 1, 'a').

A extensão da obrigação de comunicação aos advogados provocou grandes discussões em todos os países membros diante do inevitável confronto com o sigilo profissional e a relação de confiança que envolve o contratado e seu constituinte.

Daí porque foi concedida aos Estados-Membros a possibilidade de prever derrogações sob certas condições e não estender a obrigação de comunicação aos notários, membros de profissões jurídicas independentes, auditores, técnicos de contas externos e consultores fiscais no que diz respeito às informações por eles recebidas de um dos seus clientes (art. 23.º, n.º 1 e 2).

A exigência de comunicação às autoridades competentes, sem prévia autorização judicial, tem gerado controvérsias por relativizar a garantia do sigilo bancário e financeiro.

No entanto, o enfrentamento do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo justifica a moderna tendência que considera como propósito do sigilo bancário impedir que o conhecimento das transações financeiras chegue ao domínio público, o que não ocorre quando é repassado ao órgão estatal fiscalizador do sistema financeiro (Bancos Centrais) ou do órgão criado especificamente para identificar ocorrências de operações suspeitas de lavagem de dinheiro (UIF).

Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade permite ponderar entre o direito à intimidade (sigilo bancário) e o direito constitucional à segurança (pública, financeira e econômica), fazendo com que este prevaleça a fim de se preservar direitos fundamentais superiores.

Conclusão

Não existe democracia sem legitimidade, compreendida hodiernamente a partir da essencialidade do Estado de Direito constitucional (democracia participativa).

Na eterna tensão entre a segurança pública, por um lado, e as garantias individuais, por outro, a sensação de insegurança tem favorecido a primeira, culminando com a restrição sistemática das liberdades individuais em prol da manutenção das liberdades civis contempladas no contrato social.

As medidas de exceção encontram fundamento no princípio da proporcionalidade, que permite o confronto entre os direitos individuais e os princípios constitucionais de quarta geração, como o direito à Democracia, para autorizar a relativização de determinadas garantias e, desse modo, prevenir com maior eficiência os crimes que colocam em risco a legitimidade do Estado.

A real possibilidade da desestabilização econômica de um país, com o conseqüente comprometimento de seu desenvolvimento, tornou prioritário o combate à *criminalidade macroeconômica*, *organizações criminosas* e o *terrorismo* por meio da prevenção do branqueamento de capitais.

Nesse sentido, a Diretiva 2005/60/CE, de 26 de outubro de 2005, estabeleceu medidas inovadoras que tangenciam as garantias individuais sedimentadas nas constituições modernas, como o direito à privacidade e ao sigilo bancário.

A tentação de se relativizar os princípios penais de garantia em prol da maior efetividade na prevenção e repressão da *criminalidade macroeconômica*, das *organizações criminosas* e do *terrorismo* deve ser confrontada com os riscos

que representa para o progresso e aprimoramento da cultura jurídico-penal, marcada por lentas e sucessivas conquistas contra o arbítrio estatal.

Hassemer adverte que eventuais desrespeitos aos princípios penais de garantia acabariam por destruí-los e *destruída também estará a cultura jurídica em que vivemos.*²⁸

Desse modo, os limites investigatórios devem ser respeitados como garantia de todo cidadão, competindo ao Estado orientar a prevenção da criminalidade macroeconômica mediante um maior controle interno de seus atos, a ampliação e aperfeiçoamento do serviço de inteligência e, sobretudo, o aperfeiçoamento de seu sistema financeiro.

²⁸ HASSEMER, Winfried. *El derecho penal en los tiempos de las modernas formas de criminalidad*. In *Criminalidad, evolución del derecho penal y crítica al derecho penal en la actualidad*. Eugenio Raul Zaffaroni *et al.*, 1ª. ed., 2009, Bueno Aires: Del Puerto,

Referências bibliográficas

ABEL SOUTO, M. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2002.

BRANDÃO, Nuno. *Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

DAVID, Pedro R. *Globalizzazione, prevenzione del delitto e giustizia penale*. Milão: Giuffrè, 2001.

GOES PINHEIRO, Luís. O branqueamento de capitais e globalização. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* n. 4, Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

GONÇALVES, Pedro Correia. *Combatendo o branqueamento de capitais*. Lisboa: Verbo Jurídico, 2008.

GUZMÁN DALBORA, José Luis. *Del bien jurídico a la necesidad de la pena en los delitos de asociaciones ilícitas y lavado de dinero*. RBCCrim n. 30, São Paulo: RT, 2000.

HASSEMER, Winfried. *El derecho penal en los tiempos de las modernas formas de criminalidad*. In *Criminalidad, evolución del derecho penal y crítica al derecho penal en la actualidad*. Eugenio Raul Zaffaroni et al., 1ª. ed., Bueno Aires: Del Puerto, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Delito de lavagem de capitais: um estudo introdutório*. Disponível em <<http://www.professorluizregisprado.com>>. Acesso em 27.7.2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. Madrid: Civitas, 1999.