

OS NOVOS DESAFIOS DO COMBATE AO BRANQUEAMENTO

Em períodos de crise, a atenção dos cidadãos a casos de criminalidade económico-financeira e a actividades de branqueamento de capitais tende a aumentar. Mas, num plano mais vasto, a produção legislativa e a articulação internacional há muito que se intensificaram, sobretudo após o II de Setembro.

| Por Rui Patrício e Filipa Marques Júnior

Num cenário de crise financeira como o actual, multiplicam-se notícias sobre escândalos financeiros, corrupção, fraude fiscal e branqueamento. O mundo parece viver em permanente sobressalto, antecipando qual será a próxima calamidade: mais uma fraude envolvendo milhões? Mais uma intervenção governamental num banco à beira da insolvência? Ou uma nacionalização? Talvez a detenção de um qualquer gestor conhecido ou a demissão de um titular de alto cargo público? Recorrendo ao adágio popular “uma desgraça nunca vem só”, dir-se-ia que a crise financeira revelou uma espécie de sub mundo da finança em que negócios obscuros praticados durante décadas vêm agora a público, como que fornecendo explicações para a actual situação de crise. Se é certo que os motivos da crise são explicados pelos analistas económicos, a verdade é que para o cidadão comum só uma parece ser a verdade: a crise terá de ser culpa de alguém. E quer seja culpa

das alegadas fraudes cometidas por quem tinha acesso ao sistema ou da falha de supervisão do sistema financeiro, certo é que a comunicação social alimenta esta “procura da culpa” com notícias constantes. Muitas vezes com especulações deseducadoras, como se estivéssemos na *silly season* em que nada mais há senão relatar a crise e alimentar a depressão do cidadão-espectador, verdadeiro “homo televisivus”.

É neste cenário que o combate ao branqueamento e ao financiamento do terrorismo tomam lugar no vocabulário popular, como realidades imprescindíveis à solução da crise, à punição dos responsáveis, ao combate à criminalidade económico-financeira e, sobretudo, ao desejado regresso à normalidade. Sempre em situações de crise, há fenómenos patológicos que se afirmam no imaginário popular, aí tendo lugar de pecado a expiar, de carne a flagelar. Sempre foi e será assim. Hoje, o branqueamento é um desses fenómenos. Mas, não obstante “estar na moda”, certo é que os temas do branqueamento,

Rui Patrício é advogado e partner da sociedade MLGTS, coordenando uma das equipas de contencioso e arbitragem. Lecciona na Universidade Nova de Lisboa, como professor convidado, e colabora com vários órgãos de comunicação social sobre temas da justiça. Filipa Marques Júnior é também advogada na MLGTS. Foi consultora do Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça e lecciona na Pós-Graduação em Direitos Humanos na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.



do financiamento do terrorismo e da criminalidade organizada há muito que são estudados, debatidos, legislados, bem como combatidos e prevenidos.

O branqueamento e as instituições de crédito

No plano internacional, desde a criação, em 1989 e no âmbito da OCDE, do Grupo de Acção Financeira (GAFI) — *Financial Action Task Force* —, que se vem desenvolvendo uma actividade legislativa destinada a combater o branqueamento, bem como o financiamento do terrorismo — sobretudo na sequência do 11 de Setembro de 2001, com especial destaque para o USA Patriotic Act, de 24 de Outubro de 2001, e para as Recomendações do GAFI. Este último, um organismo de natureza intergovernamental e multidisciplinar com a finalidade de desenvolver uma estratégia global de prevenção e de combate ao branqueamento de capitais e, desde Outubro de 2001, também contra o financiamento do terrorismo, é reconhecido como a entidade que define os padrões nesta matéria.

Ainda no plano internacional, é possível encontrar preocupações com a temática do branqueamento desde a Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Estupescientes e de outras Substâncias Psicotrópicas (1988), a Convenção do Conselho da Europa sobre o Bran-

queamento de várias transacções, com vista a levantar uma “cortina de fumo” sobre a real origem das vantagens, interrompendo assim o paper trail; e integração (*integration*) — investimento das vantagens já “branqueadas” em operações diversas, de forma a fazê-las reaparecer, com uma imagem de licitude, no sistema económico.

Desde o depósito de pequenas quantias para posterior transferência a operações financeiras complexas envolvendo várias entidades financeiras e diferentes jurisdições, passando pela compra e revenda de artigos de luxo, o branqueamento pode assumir diversas formas, métodos ou tipologias, impossíveis de determinar, já que as mesmas variam consoante a imaginação, técnica e perícia dos “branqueadores”. No entanto, o GAFI tem elaborado listas de tipologias detectadas nas várias regiões do mundo que devem ser tomadas em conta pelas entidades financeiras quando da adopção de procedimentos com vista à prevenção de práticas suspeitas de branqueamento.

Em Portugal, por exemplo, o Banco Central preparou uma lista de operações potencialmente suspeitas de branqueamento de capitais, que pode ser tomada como exemplo-padrão de uma tipologia:

— Operações em numerário: por exemplo, levantamentos em numerário de montantes elevados, aumentos substanciais de saldo sem causa aparente, em resultado de créditos em numerário, clientes com várias contas onde efectuam depósitos em numerário que no seu conjunto atingem montantes elevados;

— Operações com recurso a depósitos bancários: por exemplo, contas com frequentes depósitos de valores ao portador, grandes

débitos em contas inactivas, contas apenas utilizadas para transferência de fundos, contas com alterações de padrões de movimentação;

— Operações com recurso a crédito: por exemplo, amortização antecipada de empréstimos sem motivo aparente, empréstimos liquidados com fundos de origem incerta;

— Operações com recurso a transferências: por exemplo, transferências electrónicas com entrada e saída imediata da conta sem motivo aparente, transferências efectuadas de e/ou para jurisdições fiscalmente mais favoráveis, sem que existam motivos comerciais consistentes com a actividade conhecida do cliente, instruções para que os fundos a favor de um determinado beneficiário sejam levantados por terceiros;

— Outras operações: como sejam a recusa do cliente em fornecer a informação necessária para formalizar um crédito ou qualquer serviço, depósito de bens não compatíveis com a actividade conhecida do cliente, gestão de patrimónios em que a origem dos fundos não é clara, utilização da conta pessoal em operações que se relacionam com a actividade comercial, operações envolvendo

O branqueamento pode assumir diversas formas, métodos ou tipologias, variando consoante a imaginação, técnica e perícia dos “branqueadores”

queamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos dos Crimes (1990) e a Primeira e Segunda Directiva do Conselho e do Parlamento Europeu (de 1991 e 2001), relativas ao branqueamento.

Mas, afinal, em que consiste o branqueamento? Em termos gerais, pode dizer-se que o branqueamento tem na sua base um outro crime, como sejam o tráfico de droga, a corrupção, o tráfico de armas, o terrorismo — ou, pelo menos no caso português, a fraude fiscal ou qualquer facto ilícito típico punível com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos. Ora, é precisamente através desse crime subjacente que se obtêm vantagens que, quando “branqueadas”, constituem o crime de branqueamento — em Portugal, punido com pena de prisão de dois a doze anos.

Em geral, e não obstante as diferentes tipologias que pode assumir, o processo típico do branqueamento consiste em três fases: colocação (*placement*) — colocação das vantagens, obtidas com a prática de um crime base, no sistema financeiro; acumulação (*layering*) — reali-



Paraísos fiscais: Transações envolvendo bancos ou empresas sediadas em centros off-shore, como as Bahamas, estão no topo da lista das operações suspeitas

bancos ou empresas sediadas em centros *off-shore* cujos padrões de supervisão são reputadamente inferiores aos padrões internacionais, incluindo os constantes da Lista de Países e Territórios Não Cooperantes do GAFI.

Porque a melhor forma de evitar a utilização indevida do sistema financeiro é criar condições que previnam tal uso indevido, assiste-se nos últimos anos ao reforço da prevenção, através da criação de mecanismos que permitam às entidades (financeiras e não só) evitar a entrada de dinheiro com origem ilícita no sistema financeiro.

Assim, e para além da tradicional abordagem repressiva da criminalidade que dá origem à existência de vantagens susceptíveis de serem “branqueadas”, o sistema foi caminhando para uma abordagem preventiva, na qual as autoridades de supervisão do sistema financeiro desempenham um papel relevante, a par das entidades judiciais a quem compete analisar as comunicações de operações potencialmente suspeitas.

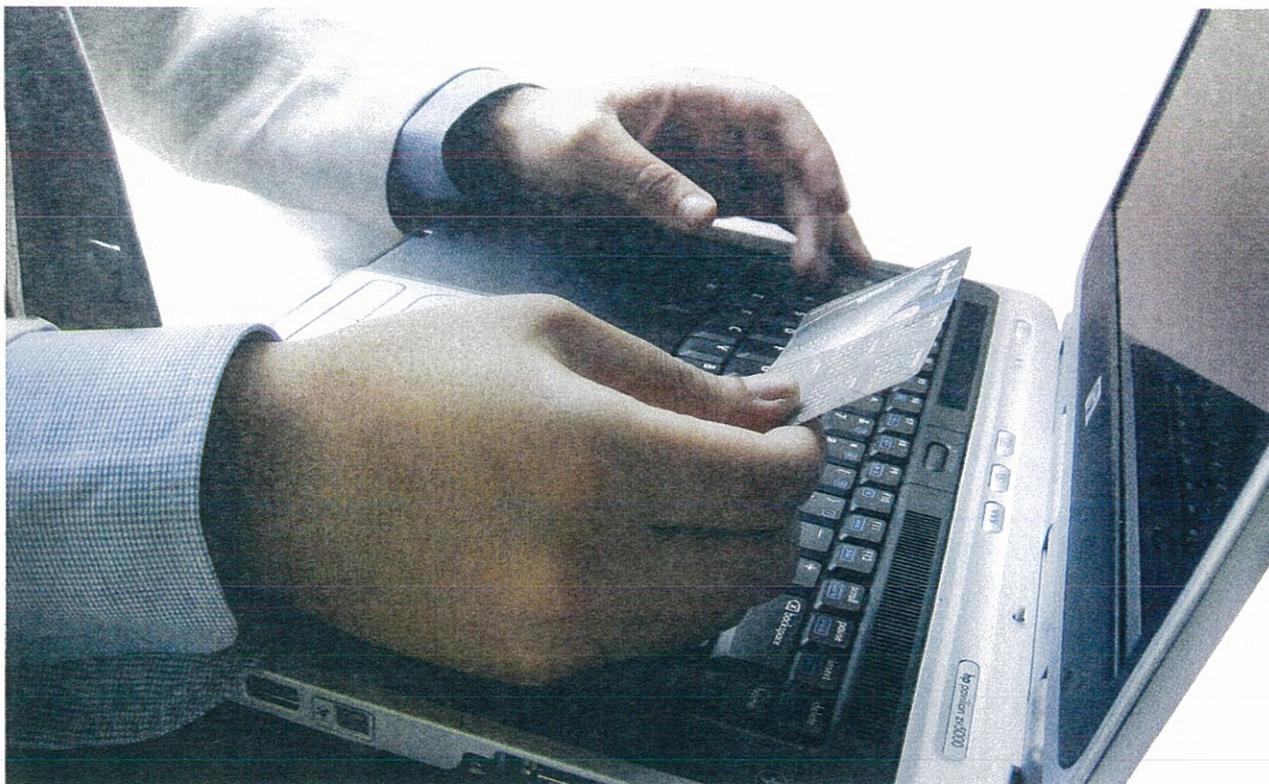
É neste plano preventivo que as obrigações impos-

tas às entidades financeiras assumem uma especial importância. Com efeito, serão estas entidades as primeiras interessadas em possuir um regime que lhes permita antecipar o uso indevido do sistema financeiro. Quer seja para evitar riscos operacionais, reputacionais ou de confiança por parte dos seus clientes, quer seja por interesse no funcionamento equilibrado do sector finan-

Nos últimos anos, a prevenção tem sido reforçada com a criação de mecanismos que permitem evitar a entrada no sistema financeiro de dinheiro com origem ilícita

ceiro, quer finalmente porque a isso são obrigadas por algumas legislações, as entidades financeiras têm vindo a munir-se de ferramentas que lhes permitam prevenir o uso indevido do sistema financeiro.

O uso de listas de excepção internacionalmente validadas, de software sofisticado, a criação de perfis de



Dinheiro limpo ou sujo? No financiamento do terrorismo até podem ser utilizados fundos de origem lícita, mas a origem do dinheiro é irrelevante

risco e de comportamento dos clientes, a implementação de estruturas de compliance numerosas, a formação dada aos seus funcionários, a troca de experiências com entidades congéneres, a participação em seminários internacionais, a contratação de empresas especializadas na análise de operações, são exemplos de meios que as instituições adoptam na expectativa de as proteger contra actuações criminosas, mas também de eventuais processos contra-ordenacionais instaurados pelas próprias entidades de supervisão, por violação dos seus deveres no âmbito da prevenção do branqueamento.

A colaboração entre várias entidades

É precisamente neste ponto que surge uma das maiores “perversões” do sistema na prática. É que para tal sistema funcionar com toda a eficácia é necessária uma confiança e uma colaboração entre todas as entidades envolvidas na prevenção do branqueamento (e do financiamento do terrorismo).

Com efeito, são as entidades financeiras aquelas que estão em melhores condições para detectar comportamentos ilícitos e usos indevidos do sistema financeiro. São elas quem, através das políticas rigorosas de *know your customer* e *know your transaction* melhor conhecem os seus clientes, as operações e transacções realizadas, estando assim em condições de melhor detectar padrões suspeitos. São também elas que estão em melhores condições para, face a operações suspeitas, analisar as mesmas (em cumprimento do dever de exame a que estão obrigadas) tentando compreender os motivos de desvios comporta-

mentais ou transaccionais dos seus clientes. É o reconhecimento de um sistema baseado numa *Risk based approach*, por oposição a uma *Rule based approach*.

No entanto, ao mesmo tempo que se confere às entidades financeiras margem para adaptarem a natureza e extensão dos seus procedimentos em função do risco associado ao tipo de cliente, à relação de negócio, à transacção e à origem ou destino dos fundos, sujeitam-se as mesmas à supervisão do respectivo regulador, que possui poder para as sancionar em caso de incumprimento dos deveres a que estão vinculadas. Não obstante se entender, no plano dos princípios, tal opção legislativa — designadamente como forma de incentivar o cumprimento dos deveres por parte das entidades financeiras em sede de prevenção do branqueamento —, os poderes sancionadores conferidos às entidades reguladoras podem gerar resultados contraproducentes. É o que pode acontecer naqueles casos em que, *a posteriori*, o regulador se depara com uma situação que não tenha sido detectada pelos procedimentos em vigor nas instituições supervisionadas.

É neste confronto entre os custos e os benefícios que um sistema eficaz traz para as entidades financeiras, designadamente o custo da adopção de políticas que permitam uma análise de operações potencialmente suspeitas, que a atitude da entidade reguladora com poderes de supervisão e sancionatórios assume a maior importância. Com efeito, se ao invés de colaboração e união de esforços para o cumprimento de um objectivo comum — a prevenção do branqueamento —, as entidades financeiras se depararem com injustas ou frequentes sanções por parte da

supervisão, então corre-se o risco de as mesmas optarem por um sistema “menos sofisticado”, em que procedam a uma mera recolha de informação e envio da mesma para análise às entidades competentes, sem que procedam, elas próprias, a um exame da informação recolhida. Um sistema assim concebido, de tudo reportar ao primeiro sinal de alerta, deixando a análise de tais operações às entidades competentes, aproximar-se-ia de uma prática “maximalista”, e talvez mesmo “paralisante” do sistema de prevenção do branqueamento e do financiamento do terrorismo, que não conseguiria lidar com tantos reportes de operações para análise.

É por demais evidente que a luta contra o uso indevido do sistema financeiro só terá a ganhar na conjugação de esforços entre todos os envolvidos, na sua união contra os verdadeiros criminosos, na partilha de informação, na colaboração, na confiança das entidades financeiras no seu supervisor e vice-versa e no constante *feed back* das suas comunicações.

O financiamento do terrorismo e as entidades financeiras

A principal inovação trazida pela legislação europeia, designadamente pela chamada “Terceira Directiva” (Directiva 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro), na sequência das recomendações do GAFI, prende-se com o financiamento do terrorismo, o qual passa a ser considerado crime subjacente ao crime de branqueamento — assim alargando ainda mais o âmbito deste.

Em termos gerais, o financiamento do terrorismo pode ser definido como o apoio financeiro, por qualquer meio, ao terrorismo ou ao seu planeamento e incentivo (crime que, em Portugal, é punido com pena de prisão de oito a quinze anos).

Pede-se agora às entidades financeiras que estabeleçam políticas de *know your customer* e *know your transaction*

rigorosas relativamente a dois processos que, afinal, são inversos do ponto de vista bancário. De facto, não obstante o branqueamento e o financiamento do terrorismo terem em comum a dissimulação e a ocultação, enquanto no branqueamento se usa o sistema financeiro para dissimular a origem das vantagens ilicitamente obtidas (em montantes, a maior parte das vezes, avultados) — *dirty money laundering* —, no financiamento do terrorismo, são retirados fundos (que podem ser diminutos) do sistema financeiro com vista à sua utilização para a execução ou

A luta contra o uso indevido do sistema financeiro só terá a ganhar na conjugação de esforços, na partilha de informação e no constante *feed back* das comunicações

incentivo de actividades terroristas. Ou seja, no branqueamento em sentido clássico branqueia-se depois do crime, alimentando-se o branqueamento do produto daquele. No financiamento do terrorismo, por outro lado, branqueia-se antes do crime, e é este que se alimenta daquele.

Acresce que a origem (lícita ou ilícita) destes fundos é irrelevante. Com efeito, no financiamento do terrorismo podem ser utilizados fundos de origem lícita — *clean money laundering* — num processo também denominado de *reverse money laundering*.

Tendo em conta as diferenças apontadas, fácil é perceber que os mecanismos de detecção não podem ser os mesmos do crime de branqueamento em sentido clássico. As dificuldades de criação de perfis de risco devem levar a que a colaboração com as autoridades revista a maior importância, designadamente no que diz respeito à partilha de informação.

Com efeito, as entidades financeiras terão tanta mais capacidade de analisar operações suspeitas de financiamento de terrorismo, quanta a informação que as autoridades judiciais e os serviços de *financial intelligence*

Sabia que...

...Em Portugal, a recente Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho, transpõe para o ordenamento jurídico nacional a Directiva 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo, conhecida como a “Terceira Directiva”. No entanto, pelo menos na sua vertente repressiva, a punição do branqueamento em Portugal é já antiga (desde o Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro), ainda que no início estivesse limitada ao tráfico de estupefacientes.

...Uma das novidades da Terceira Directiva é o conceito de Pessoas Politicamente Expostas, relativamente às quais as entidades financeiras devem aplicar um dever de diligência reforçado? Em Portugal, a Lei n.º 25/2008 define Pessoas Politicamente Expostas como “as pessoas singulares que desempenham, ou desempenharam até há um ano, altos cargos de natureza política ou pública, bem como os membros próximos da sua família e pessoas que reconhecidamente tenham com elas estreitas relações de natureza societária ou comercial”.



Medidas preventivas: Bancos são os primeiros interessados em possuir um regime que lhes permita antecipar o uso indevido do sistema financeiro

partilharem com elas. A colaboração, a cooperação e confiança são a pedra angular da detecção e prevenção do financiamento do terrorismo.

O conflito com as liberdades individuais

Quer seja em Portugal, quer seja na União Europeia, nos Estados Unidos ou no mundo em geral, um dado é certo: desde o 11 de Setembro de 2001, o mundo mudou. O direito à segurança colectiva parece prevalecer sobre as liberdades e, em especial, os direitos de defesa dos suspeitos, sacrificando-se a presunção de inocência e o núcleo das garantias de defesa em prol de medidas de combate à criminalidade organizada onde o processo parece prevalecer sobre a lei e os princípios fundamentais.

Com efeito, a pretexto da prevenção e do combate ao branqueamento, ao terrorismo e à criminalidade organizada são adoptadas medidas e métodos de investigação que, muitas vezes, colidem com as liberdades individuais que caracterizam o processo penal próprio de um Estado de Direito Democrático e de uma Democracia Liberal. Restrição admissível tendo em conta as necessidades de segurança individual e colectiva?

Tomemos como exemplo a adopção de regimes processuais “especiais” no combate à criminalidade económica e ao branqueamento que, em grande medida, como que derrogam o processo penal garantístico.

QUER SABER MAIS?

■ Para uma lista dos principais instrumentos das Nações Unidas relacionados com o branqueamento e o financiamento do terrorismo, consulte a página <http://www.unodc.org/unodc/en/money-laundering/Instruments-Standards.html>

■ Para mais informação sobre as actividades da União Europeia na luta contra a criminalidade organizada e

No seguimento da experiência internacional, Portugal adoptou regimes especiais de acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal, regimes especiais de recolha de prova, quebra do segredo profissional e perda de bens a favor do Estado, e adoptou legislação relativa ao mandado de detenção europeu, entre outras. Estabeleceram-se, assim, como “regra” excepções processuais relacionadas com a inversão do ónus da prova, a perda de privacidade, a violação do segredo profissional, o registo de voz e imagem, ao mesmo tempo que se passou a admitir a perda de bens a favor do Estado e o controlo e congelamento de contas bancárias por tempo indefinido.

Mas ao mesmo tempo que é possível perceber as necessidades que levam à criação destes regimes de excepção, torna-se já inadmissível que os mesmos não sejam acompanhados de uma definição clara dos direitos dos suspeitos sujeitos a tais regimes de excepção. E é neste aspecto que a legislação que os Estados vão adoptando “falha” no respeito pelos direitos fundamentais. Na ânsia de estabelecer regimes que respondam às necessidades de uma maior segurança colectiva, “esquecem-se” as liberdades individuais e os direitos fundamentais que, em qualquer caso, devem ser assegurados. Caberá, assim, e em último recurso, aos Tribunais garantir que, mesmos nestes casos, o respeito pelos direitos fundamentais, designadamente o direito a um processo justo e equitativo — o denominado *right to a fair trial* tal como é consagrado no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e desenvolvido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, bem como no artigo 14.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos —, seja assegurado.

É que, como a História ensina, a defesa do Estado de Direito Democrático e da Democracia Liberal não pode fazer-se à custa daquilo que é estruturante desse mesmo Estado e dessa mesma Democracia. Como em tudo na vida, a questão está em encontrar o equilíbrio entre forças em tensão, sendo que mesmo quando uma deve preponderar, a outra não pode ser esmagada. E como é do mais elementar bom senso, o pior inimigo de um regime é a sua corrosão, a sua destruição por dentro, mesmo que a pretexto (ou sobretudo) do combate ao inimigo. Roma não caiu às mãos dos Bárbaros, caiu às mãos de si própria, os Bárbaros só aproveitaram a oportunidade. **FP**

a prevenção da utilização do sistema financeiro para branqueamento de capitais, aceda a <http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/l24016a.htm>

■ Pode consultar as Recomendações do GAFI (Grupo de Acção Financeira), um organismo criado no âmbito da OCDE, bem como as várias tipologias de branqueamento, através do site www.fatf-gafi.org