

REVISTA  
DE CONCORRÊNCIA  
E REGULAÇÃO



ANOS V-VI • NÚMEROS 20-21  
OUTUBRO 2014 – MARÇO 2015

# REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

*direção*

PAULO DE SOUSA MENDES • MIGUEL SOUSA FERRO

*presidência do conselho científico*

ANTÓNIO FERREIRA GOMES • EDUARDO PAZ FERREIRA

*presidência do conselho de redação*

CATARINA ANASTÁCIO

*conselho consultivo*

JOÃO E. GATA • JORGE SIMÕES • NUNO CUNHA RODRIGUES



INSTITUTO  
DE DIREITO  
ECONÓMICO  
FINANCEIRO  
E FISCAL FDL

  
ALMEDINA



AUTORIDADE DA  
CONCORRÊNCIA

**REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO**

Anos V-VI • Números 20-21

outubro 2014 – março 2015

**PROPRIETÁRIOS**

**AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA**

Av. de Berna, 19

1050-037 Lisboa

NIF: 506557057

**IDEF**

**FACULDADE DE DIREITO**

Alameda da Universidade

1649-014 LISBOA

NIF: 506764877

**EDITOR**

**EDIÇÕES ALMEDINA, SA**

Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76-80

3000-167 Coimbra, Portugal

T: 239 851 904

F: 239 851 901

editora@almedina.net

www.almedina.net

**EXECUÇÃO GRÁFICA**

**EDIÇÕES ALMEDINA, SA**

Preço avulso desta Revista €25,00

Assinatura anual da Revista (4 números) €90 (desconto de 10%)

**ABRIL 2016**

**DEPÓSITO LEGAL**

304538/10

**TIRAGEM**

500 EXEMPLARES

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seus(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.

# ÍNDICE

## 7 EDITORIAL

## 13 DOUTRINA

### 15 Doutrina geral

17 Pablo Galain Palermo – *Lavado de activos en Uruguay: una visión criminológica*

51 Miguel da Câmara Machado – “*Corrupção: denuncie aqui*” – *vale tudo no combate à corrupção?*

131 Sérgio Joaquim Varela Alves – *Da participação da banca em sociedades não financeiras: Mais do que all finance*

141 João Zenha Martins – *Consultoria em inovação e o redesenho dos apoios ao emprego e à formação no Regulamento (UE) n.º 651/2014*

### 165 Dossier temático

*Regulação financeira e lusofonia*

167 Rute Saraiva – *Um breve olhar português sobre o modelo de supervisão financeira em Macau*

181 Luís Pedro Fernandes – *Dos sistemas de microcrédito na lusofonia: Problemas e soluções*

203 Daniela Pessoa Tavares – *O segredo bancário na legislação bancária de Angola, Cabo Verde e Moçambique*

237 Raluca Tabita Ghiurco – *As instituições de supervisão financeira em Moçambique*

261 Francisco Mário – *Supervisão bancária no sistema financeiro Angolano*

283 Catarina Anjo Balona/João Pedro Russo – *O Banco de Cabo Verde – Principais aspetos orgânicos e funcionais*

309 José Gonzaga Rosa – *União Económica e Monetária da África Ocidental: uma boa ideia, com uma execução pobre*

335 Tiago Larsen – *Regulação bancária na Guiné-Bissau*

## 361 LEGISLAÇÃO

### 363 Legislação nacional

363 Legislação nacional de regulação – outubro de 2014 a março de 2015

**371 JURISPRUDÊNCIA**

**373 Comentário de Jurisprudência**

**373** *The Judgement of the European Court of Justice in Kone; Any Real Added Value?* – Marco Botta/Natalie Harsdorf

**387 Jurisprudência Geral**

**387** Jurisprudência nacional de concorrência – outubro de 2014 a março de 2015

**389** Jurisprudência de concorrência da União Europeia – outubro de 2014 a março de 2015

**397 BIBLIOGRAFIA**

**399 Recensão**

**399** Nuno Cunha Rodrigues – *A contratação pública como instrumento de política económica*, Coimbra: Almedina, 2015 (reimp.) – Miguel Sousa Ferro

**403 Novidades Bibliográficas**

**405 NOTAS CURRICULARES**

**411 Colaboração com a *Revista de Concorrência e Regulação***

**413 Órgãos Sociais**

## EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

*Paulo de Sousa Mendes*

*Miguel Sousa Ferro*

Com o presente número, a *C&R* ultrapassa os vinte números publicados, o que é prova bastante de que a Revista já se afirmou no mercado das publicações periódicas como um projeto sólido, passados seis anos da sua existência.

É um número duplo, dada a necessidade de reunir num único Dossier Temático um conjunto vasto de artigos sobre “Regulação financeira e Lusofonia”, produzidos no âmbito da disciplina de Mercados Financeiros do Mestrado Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a coordenação da Professora Doutora Rute Saraiva, nos anos letivos de 2012/2013 a 2014/2015. O referido Dossier Temático constitui um importante contributo para o debate

*With the current issue, C&R goes beyond 20 published issues, which is evidence enough of how this Journal has affirmed itself in the market for periodical publications, as a solid project, six years on.*

*This is a double issue, given the need to gather in a single Thematic Dossier a broad number of papers on “Financial Regulation and Portuguese Speaking Countries”, produced in the framework of the course on Financial Markets in the Scientific Masters of the University of Lisbon Law School, under the coordination of Professor Rute Saraiva, from 2012/2013 to 2014/2015. This Thematic Dossier is an important*

de uma multiplicidade de aspetos da regulação financeira no quadro de ordens jurídicas que têm como denominador comum a Lusofonia e a herança da sua tradição jurídica. A sua publicação enquadra-se no contínuo esforço da C&R de fomentar as discussões e partilhas transfronteiriças de conhecimentos, virando a nossa atenção para ordenamentos com laços históricos, culturais e económicos profundos.

Em sede de Doutrina Geral, o presente número abre com um artigo de Pablo Galain Palermo sobre prevenção e repressão do branqueamento de capitais no Uruguai, numa perspetiva de análise doutrinária (aliás, muito crítica) e jurisprudencial, mas também numa perspetiva criminológica (o que é invulgar). As características intrínsecas do branqueamento de capitais exigem metodologias de abordagem inovadoras. Não bastam as metodologias normalmente utilizadas pelas autoridades administrativas e judiciárias, que visam geralmente só a avaliação dos factos ilícitos já consumados. Em especial, a prevenção do branqueamento de capitais implica uma atitude pró-ativa por parte das autoridades administrativas e judiciárias e pressupõe a colaboração das entidades sujeitas na concepção e implementação das medidas adequadas. É, pois, do maior interesse perceber qual é

*contribution to the debate of a large number of financial regulation issues in the framework of legal orders which have, as a common denominator, the Portuguese language and the inheritance of the respective legal tradition. Its publication fits into the continued effort of C&R to foster crossborder discussions and exchanges of knowledge, turning our attention to legal orders with profound historic, cultural and economic ties.*

*In the section on General Doctrine, this issue opens with a paper by Pablo Galain Palermo, on the prevention and fight against money laundering in Uruguay, from an academic (very critical) and case-law perspective, but also from a criminological perspective (which is unusual). The intrinsic characteristics of money laundering required innovative methodological approaches. Methodologies usually used by administrative and judicial authorities are not enough, as they generally focus only on the assessment of unlawful facts which have already occurred. Especially, the prevention of money laundering requires a pro-active attitude on behalf of administrative and judicial authorities and presupposes the cooperation of targeted entities in the creation and implementation of adequate measures. It is, thus,*



estratégia político-criminal seguida nos diversos países, não obstante o menor denominador comum imposto a todas as ordens jurídicas nacionais pelas Recomendações do Grupo de Ação Financeira sobre o Branqueamento de Capitais (GAFI), nas suas sucessivas versões.

Segue-se um artigo de Miguel da Câmara Machado sobre um tema muito atual e polémico, que é o da consagração entre nós da possibilidade prática de qualquer cidadão denunciar, até de forma confidencial e anónima, pela Internet, crimes de corrupção ou fraude que ocorram no âmbito das atividades de entidades ou serviços públicos, do setor privado, do comércio internacional e da atividade desportiva. O autor pergunta-se, a propósito desta iniciativa do Ministério Público português designada por “Corrupção: Denuncie aqui”, se há norma habilitante no direito processual penal para criar este tipo de procedimentos, ao mesmo tempo que se concede ao denunciante, através de uma chave de acesso informático, um direito de informação sobre o processo que os próprios sujeitos processuais não têm.

João Zenha Martins debruça-se sobre o ponto de encontro entre o direito e política laborais e o direito da concorrência da União Europeia. Num contexto em que amiúde se cri-

*very important to understand what is the political-criminal strategy adopted in the different countries, notwithstanding the inferior common denominator imposed upon all national legal orders by the Recommendation of the Financial Action Group on Money Laundering (FATF), in its successive versions.*

*This is followed by a paper by Miguel da Câmara Machado, on a very current and controversial topic, which is the foreseeing, in Portugal, of the practical possibility of any citizen to denounce, even confidentially and anonymously, over the internet, crimes of corruption or fraud which occur in the scope of the activities of public bodies or services, in the private sector, in international trade and in sports activities. Regarding this initiative of the Portuguese Public Prosecutor's Office entitled “Corruption: Denounce it here”, the author poses the question of whether there is a legal basis in criminal procedural law for the creation of this type of proceedings, while giving the denouncing party, through an electronic access key, the right to information on the file which even the procedural persons themselves do not have.*

*João Zenha Martins looks at the meeting point between labour law and policy and European Union competition*

ticam as instituições europeias pela falta de iniciativas e apoios no domínio social e da promoção do emprego, é sempre importante recordar contributos que podem passar mais despercebidos, como é o caso das isenções categoriais previstas para auxílios de Estado no domínio da formação e do emprego. O autor chama a atenção para a tendência de ampliação do âmbito desta isenção categorial em reação à crise económico-financeira, facilitando e abrindo as portas às políticas dos Estados-membros de combate ao desemprego.

Por último, Sérgio Varela Alves discute a realidade da inclusão de empresas não financeiras em grupos financeiros, dos conflitos internos que tal suscita e dos problemas que daí podem decorrer para o grupo e para a economia no seu conjunto, como se viu recentemente em Portugal. O autor identifica as dificuldades suscitadas para a regulação e supervisão destes grupos, parecendo defender, no essencial, uma manutenção do *statu quo*, com acertos menos radicais do que têm sido ocasionalmente propostos.

Neste momento em que há uma renovação parcial da Direção da Revista, os atuais Diretores gostariam de destacar o seu papel de continuadores de um projeto coletivo, assegurando assim a perenidade do

*law. At a time when European institutions are often criticized for their lack of initiatives and support to social policies and to job promotion, it is always important to keep in mind contributions which may go more unnoticed, such as the case of category exemptions foreseen for State aid in the area of training and employment. The author draws our attention to the tendency for expansion of the scope of this category exemption as a reaction to the economic-financial crisis, making it easier and opening the door for Member States to develop and implement policies to fight unemployment.*

*Lastly, Sérgio Varela Alves discusses the reality of the inclusion of non-financial companies in financial groups, of the internal conflicts that this creates and the problems which may arise therefrom for the group and for the economy as a whole, as was recently evidenced in Portugal. The author identifies the difficulties this poses for the regulation and supervision of these groups, seeming to defend, for the most, the maintenance of the status quo, which less radical adjustments than have occasionally been proposed.*

*At this moment when there is a partial renewal of the Direction of the Journal, the current Directors would like to highlight their role as continu-*

contributo que os membros fundadores da Direção da *C&R* deram para a afirmação pública, através da Revista, de uma cultura de concorrência e de regulação económica, no quadro de uma economia de mercado que respeita os direitos fundamentais. Acresce que os atuais Diretores pretendem continuar a aprofundar a singularidade deste projeto editorial que, para além das referidas grandes opções de política económica e social, também incorpora uma vertente científica, no sentido em que a Revista tem sido um fórum permanente de diálogo e de debate entre várias perspetivas autorais, no domínio jurídico e económico, sobre temas de concorrência e de regulação económica, o que tem sido particularmente evidente na prática de cada número da Revista conter um ou mais Dossiers Temáticos. Os atuais Diretores procurarão, pois, concretizar o voto formulado no Editorial do número precedente de prossecução continuada, nos planos que se mostrem mais adequados, dos esforços em prol da *cultura de concorrência*.

Em cada fase da sua existência, a *C&R* rende homenagem aos membros dos seus órgãos, cada um dos quais tornou possível a consolidação da Revista, designadamente os seus primeiros Diretores, o Professor Doutor João Espírito Santo Noronha e o Professor Doutor Luís Silva Morais.

*ing a collective project, thus ensuring the perpetuation of the contribution of the founding members of the Direction of C&R to the public affirmation, through the Journal, of a culture of competition and economic regulation, in the framework of a market economy which respects fundamental rights. The current Directors also wish to continue to deepen the singularity of this editorial project which, aside from the mentioned macro options of economic and social policy, also incorporate a scientific component, insofar as the Journal has been a permanent forum for dialogue and debate between different doctrinal perspectives, in the sphere of law and economics, on topics of competition and economic regulation, as evidenced in the practice of each issue of the Journal including one or more Thematic Dossiers. The current Directors will, therefore, seek to fulfil the goal expressed in the Editorial of the previous issue, regarding the continued promotion, as deemed most suitable, of the efforts to develop a competition culture.*

*In each phase of its existence, C&R pay homage to the members of its bodies, each of which has made the publication of this Journal possible, namely its first Directors, Professor João Espírito Santo Noronha and Professor Luís Silva Morais.*



C&R

DOCTRINA

*Doutrina Geral*



# DOCTRINA GERAL





# LAVADO DE ACTIVOS EN URUGUAY: UNA VISIÓN CRIMINOLÓGICA

*Pablo Galain Palermo\**

*ABSTRACT: This article offers a criminological view of the factual, normative and juridical problems of money laundering in Uruguay. The sociological critical position, which criticizes the identification of money laundering actions, primarily as a consequence of drug trafficking and other criminal forms identified such as organized crime, is considered. In addition, the article analyzes the problem of protected legal interest and denies the “enemy theory” that advocates the building of a standard perpetrator image, apart from the economic-financial system. The article also highlights the contradiction between the international criminal policies of seeking a “war against enemies”, and the national criminal policy, which advocates a more “friendly” treatment of the financial market players.*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El lavado de activos en el orden jurídico penal uruguayo. 3. El problema del bien jurídico. 4. ¿Cuál es la estrategia político criminal sobre lavado de activos en Uruguay? ¿Qué se quiere prevenir? ¿Qué y cómo se castiga? ¿Cuánto se colabora con otras jurisdicciones?. 5. La praxis judicial. 6. Conclusión.

## 1. INTRODUCCIÓN

1. Esta contribución tiene como objetivo un breve análisis criminológico sobre el fenómeno del lavado de activos en relación con el sistema jurídico uruguayo. Para ello el planteamiento del artículo se realiza como forma de responder a una pregunta en particular: ¿Tiene el Uruguay un interés real en perseguir el lavado de activos para la protección del orden socio-económico?

---

\* Agradezco la colaboración de Eduardo Sasson y Sofía Lascano, miembros del Observatorio Latinoamericano en Política Criminal y Reformas Penales (OLAP), <http://olap.fder.edu.uy/>.

Si consideramos como variables explicativas que Uruguay cuenta con un sistema financiero basado en el secreto tributario y bancario que se alimenta de capital off shore y que su ordenamiento jurídico no considera como delito precedente del lavado a la defraudación tributaria, cabe preguntar: ¿Por qué Uruguay colocaría a su ordenamiento jurídico penal en contra de su propia definición como Estado-Nación, obligando a los operadores financieros con deberes y posiciones de garantía propias de un gendarme que recolecta información privada para informar a las haciendas y administraciones de otros Estados, colocando bajo sospecha a sus propios clientes? La única explicación racional a estas interrogantes es que la “sociedad global” está en guerra contra determinados fenómenos (enemigos) y que Uruguay está obligado a colocar sus cañones de guerra de forma amenazante contra su propio territorio (amigos). La imposición que viene en forma de Recomendación (GAFI), Declaración (Organización de Naciones Unidas – ONU) y seguimiento posterior por un Comité de Antiterrorismo, deviene obligatoria y su no acatamiento acarrea consecuencias políticas y económicas en el plano internacional, previa inclusión en “listas negras” o “listados” que clasifican a los países en “colaboradores”, “poco colaboradores” o “no colaboradores”. Estas listas que recuerdan a viejas polarizaciones del mundo en época de Guerra Fría dividen a los Estados del orbe en “amigos” y “enemigos” y depende de la “voluntad política” de cada Estado el grupo en el que se posiciona y en el que puede llegar a ser clasificado por los controladores del sistema económico-financiero universal.

2. En Uruguay tradicionalmente el derecho penal es una forma política de ejercicio del poder mediante el control de determinadas personas (generalmente vulnerables) y actividades por medio de la amenaza de graves castigos contra los infractores. La pena, por su parte, se utiliza como una forma de excluir socialmente a determinadas personas por medio del encierro y de la suspensión de varios derechos ciudadanos abusando de la prisión preventiva. La lógica cambia cuando se trata de enfrentar a la criminalidad organizada y cuando el derecho penal se inmiscuye preventivamente en el ámbito económico porque allí ya no asume como objetivo el castigo de los actores individuales sino el decomiso de las ganancias ilícitamente obtenidas. Ello, sin embargo, no quiere decir que aun dentro de un derecho penal para ciudadanos la persecución y los castigos se lleven a cabo con la misma “eficacia” para los delincuentes comunes que contra los delincuentes que cometen delitos económicos.

3. Según la política criminal para el crimen organizado la pregunta elemental que fundamenta el castigo ya no se formula sobre la base de “quien ha hecho tal cosa” (daño efectivo) sino “si lo que ha acontecido se puede catalogar como delito” (peligro de lesión).<sup>1</sup> Este mismo problema tampoco es ajeno al *common law*, que ve como se abandona paulatinamente el derecho penal construido en el Siglo XIX sobre los postulados de Stuart Mill y el *harm principle*<sup>2</sup> y recobra fuerza en determinadas áreas de la política criminal el *legal moralism*, que ha servido para la prohibición y el castigo de los “vicios” (alcohol, prostitución, homosexualidad, drogas, etc).<sup>3</sup> En el sistema continental gana adeptos el castigo de los peligros y la disminución de la libertad individual, propios de los postulados descritos por Günter Jakobs de una política criminal de guerra contra determinados enemigos (*Feindstrafrecht*).<sup>4</sup> El derecho penal ya no “dialoga” con ciudadanos incapaces de cumplir con expectativas sociales o normativas sino que se “protege” de fuentes de peligro consideradas una amenaza que legitima la intervención penal en etapas anteriores a la lesión de los bienes jurídicos protegidos.<sup>5</sup> El derecho penal, aun cuando se aplica para ciudadanos se concentra en prevenir el peligro abstracto puramente formal (delitos de peligro abstracto puro) carente de contenido de injusto material (delitos de “pura desobediencia” o “con función puramente organizativa formal”)<sup>6</sup> por medio de reacciones violentas.<sup>7</sup> El derecho penal se construye así sobre infracciones a determinados deberes de conducción funcional (o en la vida) y no sobre la protección de bienes jurídicos.<sup>8</sup> En el fondo se trata de criminalizar a la mera infracción administrativa, a los “deberes inherentes a un cargo o función”, pero también de trasladar las cargas preventivas de los riesgos inherentes a esos cargos o funciones a los particulares mediante la creación de

---

1 Albrecht, 2001: 259 y s.

2 Silverman, 2011: 126.

3 Von Hirsch, 2007: 38 y ss.

4 Jakobs, 2000: 52 y s. En el caso de los actos de terrorismo, como se identifica a los mismos con una especie de crimen de guerra obliga a que el derecho también se convierta en un derecho de la guerra. Ver Oehmichen & Saux, 2009: 648.

5 Para el caso alemán, Müller, 2009: 463 y ss.

6 Martínez-Bujan, 2011: 795.

7 A favor de reprimir las causas de los delitos, Waller, 2007: 155 y ss.

8 Ver Jakobs, 1996.

deberes específicos de actuación.<sup>9</sup> De este modo, la ausencia de una víctima concreta que ha sufrido un daño no impide al sistema (penal) privar al autor de un delito de la ganancia ilícitamente obtenida.<sup>10</sup> La expansión del derecho penal no solo obliga a castigar a las conductas peligrosas que no provocan un daño concreto y/o delitos sin víctimas sino que conlleva a la disminución de garantías, a la celeridad, a la eficacia, a la inversión de la carga de la prueba, a la administrativización y desnaturalización del derecho penal tradicional, entre otras características, trasladando la función de contralor del funcionario estatal a los privados.<sup>11</sup> A los cambios político-criminales también han contribuido el “redescubrimiento de la víctima”<sup>12</sup> y el “reingreso de la reparación dentro del derecho penal”,<sup>13</sup> los modelos criminales asociacionistas y corporativos,<sup>14</sup> así como la aplicación de nuevas modalidades punitivas que difuminan las fronteras entre lo penal y lo civil, como el caso del decomiso.<sup>15</sup> El derecho penal se empieza a utilizar para corregir las disfunciones en los flujos económicos, las obligaciones tributarias y el funcionamiento de los mercados,<sup>16</sup> y para ello, el bien jurídico se concentra en la protección de determinadas instituciones (como la institución crediticia).<sup>17</sup> Por imposición de organismos monetarios internacionales<sup>18</sup> el sistema jurídico administrativo y penal se convierten en una herramienta de cooperación internacional para perseguir las ganancias ilícitamente obtenidas, llevando a que la pena de privación de libertad no se considere a priori como la reacción adecuada para estos “enemigos” a quienes

---

9 El mejor ejemplo son los programas de “compliance” que vienen siendo instalados en las empresas en muchas jurisdicciones nacionales. Estos programas “son concebidos y se basan fundamentalmente en tres pilares: prevención, reconocimiento y reacción”. La empresa crea sus propios deberes y reglas de comportamiento que traslada a sus empleados, en una cadena de traslaciones que comienza en el Estado y termina en los trabajadores. Sobre el tema, ampliamente, Engelhart, 2010: 6.

10 Kofele-Kale, 2012: 28 y ss.

11 Tiedemann, 2009: 82 y ss; Silva Sánchez, 1999.

12 Eser, 1992; ampliamente, Galain Palermo, 2010.

13 Zipf, 1980: 189 y ss; ampliamente, Galain Palermo, 2010.

14 Manacorda, 2009: 352.

15 Pieth, 2009: 294.

16 Hay quien se pregunta si incluso podría servir para prevenir las crisis financieras, ver Demetrio, 2014: 11 y ss.

17 Tiedemann, 2009: 85.

18 El Estado neoliberal ve “limitada su soberanía por el poder de las transnacionales o por el de las organizaciones internacionales de las que forma parte e integra”. Borja Jiménez, 2012: 41.

se los amenaza con “embargos preventivos”, “confiscaciones”, “incautaciones” y el decomiso de sus ganancias ilegales).<sup>19</sup> De esta forma, el reproche penal se direcciona al daño y el castigo individual pierde sentido como “pérdida” de la libertad individual y se transforma en una mera pérdida económica, como si se tratase de un “negocio” que no ha sido redituable para quien ha intentado una ganancia valorable en dinero por fuera de las “reglas del juego económico”. De esta forma, aunque simbólicamente se pretenda dar el mensaje de “lucha contra determinados enemigos” la pena ya no marca con claridad la frontera entre lo administrativo y lo penal.

4. Como se ha dicho, la comunidad internacional exige la persecución internacional de los dineros evadidos sin que ningún obstáculo nacional (secreto bancario o tributario, ausencia de norma administrativa o penal, exigencia de orden judicial, etc) impida la transferencia de información y el posterior decomiso. De algún modo, cuando los obstáculos existen se produce un conflicto entre el orden internacional y el nacional en tanto la política criminal internacional de lucha contra enemigos (que termina abarcándolo todo y difuminando los límites entre un derecho de guerra y un derecho para tiempos de paz) exige que se trate como enemigos a determinados individuos que no son considerados tales por los Estados nacionales.<sup>20</sup> Este enfrentamiento dialéctico se agrava cuando a nivel nacional tales actores del mundo económico-financiero son considerados incluso ciudadanos respetables.<sup>21</sup>

5. Esta incómoda situación obedece a que las razones del cambio de paradigma en el tema que nos convoca no se pueden encontrar en el *aggionamiento* de una política criminal nacional que responde al cambio de las modalidades

---

19 Según el Art. 2.f de la Convención de ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos de 2004: “Por “embargo preventivo” o “incautación” se entenderá la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal u otra autoridad competente”; y en el Art. 2.g: “Por “decomiso” se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente”.

20 “...las normas de estas características tienden a contaminar otros ámbitos de incriminación...” de modo que hay buenas razones para pensar que es ilusoria la imagen de dos sectores del Derecho penal (el Derecho penal de ciudadanos y el Derecho penal de enemigos) que puedan compartir espacio vital en un mismo ordenamiento jurídico”. Cancio Meliá, 2007: 168.

21 Jakobs sostiene que ante los crímenes relacionados con el mundo económico el derecho penal no actúa según la lógica del derecho penal del enemigo, porque todavía no se adapta a las reglas de la economía. Ver Böhm, 2013: 332.

delictivas a lo largo del tiempo, sino que estas razones son producto de lo que la sociología denomina “colonización” o “aculturación legal”.<sup>22</sup> Este fenómeno describe una nueva forma de influencia de los países poderosos en los menos influyentes por medio del uso de la posición dominante en los organismos internacionales y supranacionales para transpolar una necesidad normativa que responde exclusivamente a los intereses de aquellos. La colonización o aculturación legal se lleva a cabo por medio de la construcción de “paradigmas” como “crimen organizado”, “finanzas criminales”, “narco-economía”, “lavado de activos”, que son definidos de forma difusa y general para facilitar la adopción de instrumentos y medidas flexibles e invasivas que permiten usar las mismas herramientas de política criminal para combatir fenómenos tan dispares como el “fraude fiscal”, la “corrupción”, la “lucha contra las drogas” o la “financiación del terrorismo”.

6. Este nuevo paradigma, entonces, se lleva a cabo como una imposición de lo internacional a lo nacional (Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988, Convención sobre Financiación del Terrorismo de 1999, Convención de Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000), con base en ciertas razones procedimentales. Por un lado, porque las sedes nacionales se ven dificultadas en la persecución de estos grupos que actúan de modo transnacional utilizando diversas jurisdicciones para la comisión de ilícitos que comienzan en una determinada jurisdicción penal pero que surten efectos antijurídicos en otras cercanas o distantes entre sí, y por otro lado, porque estos delitos perjudican a las economías y administraciones de justicia de los países más poderosos (y con mayor incidencia internacional) que sufren la evasión de esos capitales. La “lucha contra las drogas” fue solo el dispositivo amplificador que permitió la elaboración de los estándares internacionales para atacar un fenómeno multiforme como el crimen organizado. De esta forma, la construcción del enemigo es la que ha legitimado la elaboración conjunta de las medidas de cooperación internacional para la recuperación de activos. Una vez definido el enemigo la comunidad internacional escogió –dentro de todas las posibles– a aquellas conductas más lucrativas (por excelencia, el tráfico de drogas), concentrando su atención en las conductas posteriores a esos delitos precedentes mediante las cuales los delincuentes pretendían “reintroducir” sus botines en los flujos legales

---

22 Fernández Steinko, 2008: 274.

de la economía. De ahí la lógica que une a determinados delitos precedentes (en un principio, delitos de cierta gravedad) con los procesos posteriores de aseguramiento de las ganancias. En realidad, esa tarea de “lavado”, “blanqueo” o “reciclaje” no debe ser considerada como la etapa de agotamiento de un delito previo, sino como una nueva conducta criminal mediante la cual las resultancias de determinados delitos sirven de objeto material para el castigo de una nueva conducta criminal de “ocultamiento” y “reconversión” del producto de un delito en la economía legal de un determinado sistema, aunque el mismo no tenga relación alguna con el lugar en el que el delito precedente aconteció. Por otra parte, la política criminal internacional también reprocha la conducta de los controladores mediante la sanción administrativa por la falta de diligencia de un sistema económico determinado en los controles administrativos que se exige a nivel internacional o estándar.<sup>23</sup>

7. En la última década del siglo XX, EE.UU, Canadá, Japón, Alemania, Reino Unido, Italia y Francia dictaron una serie de recomendaciones (*Task Force Report*) para crear un sistema internacional de lucha o combate contra el lavado de dinero, que al día de hoy se constituye como la norma internacional básica a la que se tienen que “someter” los países menos industrializados.<sup>24</sup> En esa lucha los Estados, las empresas de intermediación financiera y las personas dedicadas a determinadas profesiones vinculadas a la gestión, representación e intervención en operaciones con bienes o capitales están obligados a cumplir con determinados deberes que conducen a la actual sospecha de un “posible delincuente” adonde siempre hubo un “potencial cliente”. Ahora bien, aunque se pueda llegar a pensar que desde un punto de vista dogmático las cosas también deberían de estar claras, lo cierto es que el castigo de las tareas de “limpieza de rastros” crea la dificultad de diferenciar el nuevo delito (de lavado) de la tradicional conducta post criminal de “ocultamiento” de las

23 Como se exige en los sistemas que aceptan la equiparación entre actos de conspiración, tentativa y consumación o que admiten un sistema unitario de autor o que no diferencian cuestiones penales de las civiles, obligando a las empresas a adoptar medidas de compliance basadas en las obligaciones de denuncia y cooperación según una política de “conocimiento del cliente”. Ver Nieto, 2009: 442 y s.

24 Surge del discurso del Secretario General de la Secretaría Nacional Antilavado de Activos de Uruguay Lic. Carlos Díaz: “Pero, además de ello el mundo, a través de las nuevas 40 recomendaciones del GAFI nos pide que demos que lo que hacemos lo estamos haciendo bien.– Nos pide que demos que hemos hecho correctamente nuestros análisis de riesgos para orientar nuestros recursos eficientemente.– Nos pide que pueda verificarse que hemos cumplido técnicamente con los requisitos necesarios para contar con un sistema eficaz en la lucha contra el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo”. Apertura del XXVIII Pleno del GAFISUD, Montevideo, 12.12.2013.

pruebas incriminatorias. Por eso, no es descabellado pensar que el sistema penal (internacional) cansado de las dificultades probatorias en materia de delitos transnacionales haya optado por una política criminal que reprocha (injusto) y castiga (pena) las conductas que, justamente, obstaculizan el descubrimiento de las ganancias obtenidas mediante previas acciones delictivas. Pero, ¿hasta dónde esta “inversión”, “simplificación”, “auxilio” de la carga probatoria mediante la criminalización de las conductas postdelictivas de ocultamiento (y reintroducción) de los bienes ilícitamente obtenidos puede ser considerada en sí misma un delito autónomo?<sup>25</sup>

## 2. EL LAVADO DE ACTIVOS EN EL ORDEN JURÍDICO PENAL URUGUAYO

8. En el sistema jurídico de Uruguay para regular el lavado de activos coexisten leyes penales con la normativa emitida por el Banco Central del Uruguay (BCU). El lavado de dinero ingresa al ordenamiento penal vinculado a la política criminal internacional de la lucha contra las drogas y las formas de financiación del narcotráfico.<sup>26</sup> Por eso, en una primera instancia es legislado en una ley especial relacionada con las sustancias estupefacientes (Ley 17.016 de 22.10.1988 que modificó el Decreto Ley 14.294 de 1974).<sup>27</sup> Posteriormente los delitos precedentes se ampliaron a las formas de corrupción pública (Ley 17.060 de 23.09.2004),<sup>28</sup> aunque años más tarde dicho artículo fue derogado.<sup>29</sup> El 23.05.2001, siguiendo con la política penal expansiva, la Ley 17.343 amplió la lista de delitos precedentes a conductas identificadas como propias del

25 En todo caso, se acepta que el derecho penal (económico) asuma como paradigma la lucha contra el enriquecimiento ilícito impidiendo la utilización de lo obtenido de modo ilegal, aunque con ello se posicione en una zona muy próxima al derecho civil. Como propuso Winfried Hassemer, se debería debatir con mayor profundidad sobre la necesidad de contar con un *derecho de intervención* que responda a postulados distintos a las dos ramas jurídicas anteriormente mencionadas. Hassemer, 1992: 378 y ss.

26 Ver Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Viena, 1988); Recomendaciones de la Comisión Interamericana para el Control de Abuso de Drogas en el ámbito de la Organización de Estados Americanos.

27 Sobre el tema, Adriasola, 1999: 27 y s. Ver Fleitas, 2009: 157.

28 Artículo 30 – (Blanqueo de dinero) –. El que obstaculizara la identificación del origen, la investigación, la incautación o la confiscación del dinero u otros valores patrimoniales, a sabiendas de que provienen de alguno de los delitos establecidos en los artículos 156, 158, 158 bis, 160, 161, 162, 163, 163 bis y 163 ter del Código Penal, o del delito establecido en el artículo 29 de la presente ley, será castigado con una pena de tres meses a seis años de penitenciaría” de la Ley N° 17.060 de fecha 23 de diciembre de 1998.

29 Artículo 22 Ley 17.835 de 23.09.2004.



tráfico ilícito y del crimen organizado, a las que se añadió sin coherencia política criminal otras conductas como el proxenetismo o el contrabando, generalmente cometidos por individuos no asociados en grupos criminales. Tan solo los delitos de extorsión y secuestro podrían tener una vinculación con la actividad de los grupos criminales organizados, si es que esta era la intención del legislador.<sup>30</sup> Esta ley introduce, sin embargo, como delito precedente a los delitos de terrorismo sin que los mismos hayan sido definidos previa o concomitantemente por el legislador nacional, que en su apuro por cumplir con las obligaciones internacionales olvidó tipificar la conducta que introducía en el orden jurídico como delito precedente del lavado. Es decir, el sistema uruguayo a partir de 2001 creó una situación extraña en la que aumentó la lista de delitos precedentes aun cuando uno de ellos (de la gravedad del terrorismo), no contaba con definición típica. Esta inexplicable situación (en un Estado en el que el terrorismo era un fenómeno considerado ajeno a la realidad uruguaya) recién se regularizó el 23.09.2004 con la Ley 17.835 denominada *Prevención y Control del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo* que ofreció una definición de delito terrorista.<sup>31</sup> Esta misma ley, como veremos más adelante, tipificó el delito de financiación de terrorismo, tipicidad que se diferencia de la infracción penal del “lavado de activos” que proviene del terrorismo.<sup>32</sup> Esta ley reintroduce los delitos de corrupción como delito precedente de lavado, en cuya lista no se hace mención al tráfico de armas. La incesante ampliación de delitos precedentes siguió con la Ley 18.026 de 25.10.2006 añadiendo a esta lista los crímenes internacionales que se incorporaban por primera vez al

---

30 Artículo 81 – “Los delitos tipificados en los artículos 54 a 57 de la presente ley se aplicarán también cuando su objeto material sean los bienes, productos o instrumentos provenientes de delitos tipificados por nuestra legislación vinculados a las siguientes actividades: terrorismo, contrabando superior a U\$S 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América); tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción; tráfico ilícito de órganos, tejidos y medicamentos; tráfico ilícito de hombres, mujeres o niños; extorsión; secuestro; proxenetismo; tráfico ilícito de sustancias nucleares; tráfico ilícito de obras de arte, animales o materiales tóxicos” de la Ley N° 17.343 de fecha 23 de mayo de 2001”.

31 Aunque también aprovechó la situación para incluir en los delitos precedentes de lavado al delito de estafa cometido por “personas físicas o representantes o empleados de las personas jurídicas sujetas al control del Banco Central de Uruguay en el ejercicio de sus funciones; y todos los delitos comprendidos en la Ley N° 17.060, de 23 de diciembre de 1998” (Art. 8).

32 Esta ley fue reglamentada por el decreto 86/2005 de 24.02.2005, y posteriormente los Arts. 1° y 4° de la Ley 18.494 de 05.06.2009, que sustituyeron varias de la ley anterior. La Ley 18.362 de 06.10.2008 creó los Juzgados Letrados de Primera Instancia en materia Penal con especialización en Crimen Organizado.

orden nacional, tales como genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad.<sup>33</sup> La Ley 18.494 de 03.06.2009, amplió los delitos antecedentes del lavado de activos, modificó la definición del terrorismo y del delito de financiación del terrorismo y otorgó nuevos poderes de investigación y prevención por medio de la creación de diversos mecanismos y de figuras procesales (agente encubierto, arrepentido, escuchas telefónicas, etc), consideradas medidas necesarias para el combate al terrorismo y a la criminalidad organizada.

9. Pese a las constantes ampliaciones de la lista de delitos precedentes, como se puede apreciar, en ninguna de ellas el legislador incluyó a la evasión fiscal, que de esa forma no podría dar lugar a la persecución por lavado de activos.

10. La otra arista de la política criminal de lucha contra determinado fenómeno (en este caso, el lavado de dinero), es la reglamentación legal y administrativa para intervenir preventiva y reactivamente contra el mismo. La circular del BCU 1.722 de 21.09.2000 creó la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) con el objetivo de recibir información y advertir a las autoridades responsables de la investigación y sanción sobre operaciones financieras sospechosas en relación con supuestos delitos relacionados con el lavado de activos y la financiación del terrorismo.<sup>34</sup> La Ley 17.835 dispuso las primeras disposiciones legales preventivas como la adjudicación de potestades fiscalizadoras a la UIAF del BCU y, además, estableció la obligación de denun-

---

33 Artículo 28 (Lavado de activos y financiación de los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra) Sustitúyese el artículo 8 de la Ley 17.835, de 23.9.2004, por el siguiente: Artículo 8 Los delitos tipificados en los artículos 54 a 57 del DL 14.294, de 31.10.74, incorporados por el artículo 5 de la Ley 17.016, de 22.10.98, se configurarán también cuando su objeto material sean los bienes, productos o instrumentos provenientes de delitos tipificados por nuestra legislación vinculados a las siguientes actividades: crimen de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, terrorismo, contrabando superior a U\$S 20.000 (veinte mil dólares de los EEUU); tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción; tráfico ilícito de órganos, tejidos y medicamentos, tráfico ilícito de personas, extorsión, secuestro, proxenetismo, tráfico ilícito de sustancias nucleares, tráfico ilícito de obras de arte, animales o materiales tóxicos; estafa, cuando es cometida por personas físicas o representantes o empleados de las personas jurídicas, sujetas al control del Banco Central del Uruguay, en el ejercicio de sus funciones, y todos los delitos comprendidos en la ley 17.060 de 23.12.98. En los casos previstos en el presente artículo serán aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 58 a 67 y 71 a 80 del DL 14.294, de 31.10.1974, incorporadas por el artículo 5 de la L 17.016, de 22.10.1998. Las disposiciones del presente artículo regirán aun cuando el hecho antecedente origen de los bienes, productos o instrumentos hubiera sido cometido en el extranjero, en tanto el mismo hubiera estado penado en el lugar de su comisión y en la República Oriental del Uruguay" de la Ley 18.026.

34 Sobre la reglamentación para individualizar operaciones sospechosas de lavado de activos, ver Cervini, 2002: 23 y ss.

ciar operaciones sospechosas para determinados actores del mundo económico financiero y profesionales liberales. La Ley 17.861 de 15.12.2004 aprobó la Convención de la ONU contra la delincuencia organizada de 2000, estableciendo una obligación futura de tipificar algunos delitos y normas procesales para mejorar las técnicas de investigación en ese ámbito tan difuso denominado “crimen organizado”. Por último, la ley 18.362 de 06.10.2008, creó los Juzgados Letrados de Primera Instancia en materia Penal con especialización en Crimen Organizado.

11. El sistema penal uruguayo ha desarrollado un modelo de prevención mixto que involucra tanto a la administración de justicia como a algunos sujetos del sector privado relacionados con determinadas operaciones financieras. En relación a la obligación de informar, la Ley 17.835 impone a determinados sujetos privados<sup>35</sup> el deber de poner en conocimiento de las autoridades competentes (UIAF) las operaciones o transacciones *sospechosas*<sup>36</sup> y las *inusuales*, aquellas que escapan del giro habitual de ese cliente o que salen de la habitualidad o de los parámetros de normalidad del mercado, aquellas que llamen la atención de los sujetos obligados por la ley a esta actividad de contralor, por ejemplo, por razón de cuantía.<sup>37</sup> La ley traslada la tarea de contralor de la esfera

35 Artículo 2º.- Con las mismas condiciones también estarán sujetos a la obligación establecida en el artículo anterior: I) los casinos, II) las inmobiliarias y otros intermediarios en transacciones que involucren inmuebles, III) los escribanos, cuando lleven a cabo operaciones para su cliente, relacionadas con las actividades siguientes: a) compraventa de bienes inmuebles; b) administración del dinero, valores u otros activos del cliente; c) administración de cuentas bancarias, de ahorro o valores; d) organización de aportes para la creación, operación o administración de sociedades; e) creación, operación o administración de personas jurídicas u otros institutos jurídicos y f) compraventa de establecimientos comerciales, IV) los rematadores, V) las personas físicas o jurídicas dedicadas a la compra y la venta de antigüedades, obras de arte y metales y piedras preciosos, VI) los explotadores de zonas francas, con respecto a los usos y actividades que determine la reglamentación; VII) a personas físicas o jurídicas que a nombre y por cuenta de terceros realicen transacciones o administren en forma habitual sociedades comerciales.

36 La transacción sospechosa requiere de la presunción de que proviene de una actividad ilícita. Sobre el tema, Caro Coria & Reyna, 2013.

37 Artículo 1º.- Todas las personas físicas o jurídicas sujetas al control del Banco Central del Uruguay estarán obligadas a informar las transacciones, realizadas o no, que en los usos y costumbres de la respectiva actividad resulten inusuales, se presenten sin justificación económica o legal evidente o se planteen con una complejidad inusitada o injustificada. También deben ser informadas las transacciones financieras que involucren activos sobre cuya procedencia existan sospechas de ilicitud, a efectos de prevenir el delito de lavado de activos tipificado en los artículos 54 y siguientes del Decreto-Ley Nº 14.294, de 31 de octubre de 1974 –incorporados por el artículo 5º de la Ley Nº 17.016, de 22 de octubre de 1998– y de prevenir asimismo el delito tipificado en el artículo 16 de la presente ley. En este último caso, la obligación de informar alcanza incluso a aquellas operaciones que –aun involucrando activos de origen lícito– se sospeche que están vinculadas a las personas físicas o jurídicas comprendidas en el artículo 16 de la presente ley o destinados a financiar cualquier actividad terrorista. La información deberá comunicarse a

pública a la privada, lo que puede generar diversos problemas de evaluación en la función de contralor y diversos errores que puedan cometerse en una situación difícil entre el prestador de servicios y sus clientes. El prestador de servicios es colocado por la ley en una situación similar al estado de necesidad en materia penal, en tanto tiene que enfrentarse a la espinosa tarea de ejercer su profesión movido por un afán económico o de lucro en un área sumamente competitiva en la que compite por la captación de los mejores clientes al mismo tiempo que tiene que poner a ese cliente bajo sospecha y ejercer contra él, en el peor de los casos, un acto de delación. La doctrina penal uruguaya entiende que estamos frente a auténticos mandatos de acción para los sujetos y entidades obligadas a deberes de vigilancia que lo colocan como en posición de garante respecto del bien jurídico.<sup>38</sup> En realidad, desde un punto de vista sociológico, estamos ante un sistema de prevención, contralor y represión tan barato como ineficaz, pues obliga a los operadores del sistema, por un lado, a actuar como juez y parte, y por otro, a invadir los espacios privados de sus clientes construyendo una frontera tan peligrosa que ningún operador querrá cruzar.<sup>39</sup> La disyuntiva casi *shakesperiana* obliga a decidir entre “cumplir con un deber con el Estado” o “cumplir con los deseos del cliente”, o mejor expresado, a decidir entre ser un buen “agente de contralor” o un buen “operador del sistema económico-financiero”. En los hechos la norma construye para los privados una especie de delito de infracción de un deber (típico de los

---

la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) del Banco Central del Uruguay, en la forma que éste reglamentará. La obligación de informar comprenderá asimismo a: i) las empresas que presten servicios de arrendamiento y custodia de cofres de seguridad, de transporte de valores y de transferencia o envío de fondos; ii) los fiduciarios profesionales y iii) las personas físicas o jurídicas que, en forma profesional, presten desde Uruguay asesoramiento en materia de inversiones, colocaciones y otros negocios financieros a clientes, cualesquiera sea su residencia o nacionalidad. La supervisión de la actividad de estos sujetos obligados estará a cargo del Banco Central del Uruguay.

El incumplimiento de la obligación de informar determinará la aplicación, según las circunstancias del caso, de las sanciones y medidas administrativas previstas en el Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, con la redacción dada por la Ley N° 16.327, de 11 de noviembre de 1992 y las modificaciones introducidas por las Leyes N° 17.523, de 4 de agosto de 2002 y N° 17.613, de 27 de diciembre de 2002”.

38 Vide Adriasola, 1996: 102.

39 Hay quien analiza la obligación del escribano en relación a su posición de garante frente al lavado de dinero desde el ámbito de la objeción de conciencia, que operaría como una causa de justificación, aunque en algunos casos podría considerarse incluso como una causa de exculpación en el ámbito de la no necesidad preventiva de reproche y castigo. La causa de inculpabilidad tendría que suponer prácticamente una alienación del sujeto (escribano) que lo sumiera en un estado de no comprender la antijuridicidad de su acto o de quererlo (Art. 30 CP); mientras que la causa de justificación operaría siguiendo la línea constitucional del cumplimiento de la ley (Art. 54 CU y Art. 28 CP). Ver Montano, 2013.

funcionarios públicos) que le exige la cooperación con el sistema público de contralor para el descubrimiento de las riquezas ilegalmente obtenidas y para la protección mediata del orden socioeconómico. Esto es, la ley convierte al operador financiero en un agente de control e investigación del origen de las mismas riquezas que paradójicamente su cliente espera que el operador ponga a buen resguardo.<sup>40</sup>

12. La misma ley introduce al proceso penal medidas de investigación específicas para estos delitos como la entrega vigilada (Art. 4), la vigilancia electrónica (Art. 5), el colaborador (Art. 6) y el agente encubierto (Art. 7). En el Art. 8 la ley prevé medidas de protección para víctimas, testigos y otros colaboradores de la Administración de Justicia (peritos). Las sanciones previstas son de penitenciaría (Arts. 54 a 57 Ley 17.016), aunque también se prevén penas pecuniarias (Art. 2 Ley 18.494), de prisión y de inhabilitación para funcionarios públicos que violen las medidas de protección de las víctimas, testigos y otros colaboradores de la Administración de Justicia (Art. 9 Ley 18.494). La Ley 18.494 establece medidas cautelares que pueden ser dictadas para asegurar la disponibilidad de los bienes sujetos a eventual decomiso” (Art. 62). También prevé el decomiso (Art. 63) en relación con alguno de los delitos mencionados en la ley.<sup>41</sup> La ley prevé el denominado decomiso por equivalente, que podría ser considerado como una medida resarcitoria cuando no se han podido recuperar los bienes enumerados en el Art. 63.2.<sup>42</sup>

---

40 Ahora bien: “De modo coherente con el principio *societas delinquere non potest* que rige en Uruguay, las personas y entidades jurídicas obligadas a las funciones de control y prevención del lavado solo pueden ser sancionadas según el Derecho Administrativo”. Ver Galain Palermo, 2011: 258.

41 63.2. (Ámbito objetivo). En la sentencia definitiva de condena por alguno de los delitos previstos en la presente ley o delitos conexos, el tribunal penal competente dispondrá, a solicitud del Ministerio Público, el decomiso de: a) los estupeficientes y sustancias psicotrópicas prohibidas que fueran incautadas en el proceso; b) los bienes o instrumentos utilizados para cometer el delito o la actividad preparatoria punible; c) los bienes y productos que procedan del delito; d) los bienes y productos que procedan de la aplicación de los provenientes del delito, comprendiendo: los bienes y productos en los que se hayan transformado o convertido los provenientes del delito y los bienes y productos con los que se hayan mezclado los provenientes del delito hasta llegar al valor estimado de éstos; e) los ingresos u otros beneficios derivados de los bienes y productos provenientes del delito.

42 63.3. (Decomiso por equivalente). Cuando tales bienes, productos e instrumentos no pudieran ser decomisados, el tribunal penal competente dispondrá el decomiso de cualquier otro bien del condenado por un valor equivalente o, de no ser ello posible, dispondrá que aquél pague una multa de idéntico valor.

### 3. EL PROBLEMA DEL BIEN JURÍDICO

13. En la doctrina penal uruguaya Cervini sostiene que el bien jurídico tutelado es “la preservación del normal funcionamiento de los resortes o mecanismos superiores de la economía, particularmente los de tipo abierto: financieros y bursátiles”.<sup>43</sup> Para un concepto funcional el desvalor que justifica el castigo se centra en que el lavado de activos tiene que ser perseguido porque afecta la transparencia operativa de los mecanismos que inciden en la economía.<sup>44</sup> Véase que la cuantificación del daño social ocasionado por este delito es sumamente compleja de determinar y, además, que se castigaría por la conducta en sí misma y no por el resultado, porque consecuencia de las conductas de lavado esa economía podría incluso verse beneficiada con la llegada de nuevos capitales. El crecimiento económico de los países de la comunidad andina es evidente a pesar de las graves sospechas que puedan existir por cuestiones relacionadas con el narcotráfico y el lavado de activos. ¿Cómo se prueba la lesividad al bien jurídico cuando se defiende una posición como esta? Pero, además, si la economía fuera el único bien jurídico tutelado, se podría llegar a castigar a la misma persona que genera la ganancia ilícita y luego se beneficia mediante el lavado de esos activos.<sup>45</sup> Un bien jurídico tan abstracto como la protección del orden socio económico provoca un extraño y contradictorio efecto, porque por un lado –en cuanto a lo discursivo– conduce a una expansión normativa del sistema penal que parece abarcarlo todo, mientras que por otro lado –en la práctica– logra el efecto contrario al pretendido por el legislador porque los jueces rehúsan a castigar por conductas tan alejadas al daño material.<sup>46</sup> En realidad, un bien jurídico colectivo y abstracto como ese solo sirve a la construcción de un sistema simbólico sin aplicación práctica si no se funcionaliza en relación a las personas, como Hassemer ha puesto en evidencia.<sup>47</sup> Por su

---

43 Cervini, 2010.

44 Cervini, Adriasola & Gomes, 2002: 110.

45 De la misma opinión Caro John, 2010: 187 y s.

46 Un sector de la literatura uruguaya, sin embargo, defiende esta posición: “La reducción de las tasas de crecimiento del mercado, la desviación de fondos de la economía real y productiva para ser invertidos en el aparato especulativo – lo que incide directamente en el precio de algunos productos y en los índices de desempleo-, los efectos adversos que produce sobre la recaudación tributaria, la falta de credibilidad en el sistema financiero, son algunas de las consecuencias que provoca el impacto del ingreso de la riqueza sucia en la economía nacional e internacional, constituyendo la prueba más evidente de la afectación del “orden socio – económico” de un estado”. Ver Fleitas, 2009: 172 y s.

47 Por todos, Hassemer, 1995: 26; Hassemer, 2007: 96.

parte, Adriasola y Chaves se refieren a una conducta pluriofensiva, que lesiona a dos bienes jurídicos fundamentales: por una parte, la administración de justicia (Arts. 56<sup>48</sup> y 57<sup>49</sup> de la Ley 17.016); por otra, el orden socio económico (Arts. 54<sup>50</sup> y 55<sup>51</sup> de la Ley 17.016).<sup>52</sup> El lavado de activos sería, por una parte, una forma autónoma del favorecimiento, en cuanto propende a que el autor asegure el resultado del delito base: todas las fases de este proceso propenden a sustraerle a la Justicia los medios de prueba para verificar aquél, sea cuando la conducta refiere a los bienes, a los efectos o a los instrumentos derivados de ese delito previo.<sup>53</sup> Ahora bien, ¿se tiene que provocar una importante distorsión en el mercado financiero o en el orden socio económico para realizar el tipo penal de lavado de dinero? En un sistema penal como el uruguayo apegado al viejo aforisma *societas delinquere non potest*: ¿Cuántos actores individuales tienen la capacidad de poner potencialmente en riesgo el orden socio económico?

---

48 Artículo 56.– El que oculte, suprima, altere los indicios o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de tales bienes, o productos u otros derechos relativos a los mismos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por la presente ley o delitos conexos, será castigado con una pena de doce meses de prisión a seis años de penitenciaría.

49 Artículo 57.– El que asista al o a los agentes de la actividad delictiva en los delitos previstos en la presente ley o delitos conexos, ya sea para asegurar el beneficio o el resultado de tal actividad, para obstaculizar las acciones de la Justicia o para eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones, o le prestare cualquier ayuda, asistencia o asesoramiento, será castigado con una pena de doce meses de prisión a seis años de penitenciaría.

50 Artículo 54.– El que convierta o transfiera bienes, productos o instrumentos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por la presente ley o delitos conexos, será castigado con pena de veinte meses de prisión a diez años de penitenciaría.

51 Artículo 55.– El que adquiera, posea, utilice, tenga en su poder o realice cualquier tipo de transacción sobre bienes, productos o instrumentos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por la presente ley o de delitos conexos, o que sean el producto de tales delitos, será castigado con una pena de veinte meses de prisión a diez años de penitenciaría.

52 Adriasola, 2009: 89.

53 “En todos estos casos la administración de justicia queda defraudada, no sólo porque se frustra la actividad dirigida a averiguar la verdad del delito sino, también, porque lo mismo ocurre con la posibilidad de privar a los agentes, mediante la incautación o la confiscación, del resultado de su conducta. De modo que la administración de justicia no sólo resulta afectada por el proceso de lavado, sino que éste, estructural y funcionalmente, está dirigido a asegurar el resultado del delito con las técnicas más apropiadas para eludir la acción de aquélla. El proceso de lavado es la afectación endémica de la acción de la Justicia”. De esta forma, cuanto más defraudada la administración de justicia, mayor éxito tendrá el autor del lavado de dinero; y en cuanto al orden socioeconómico, como el proceso de lavado escapa al control de las leyes, el mismo se desenvuelve conforme a sus propias “leyes” (como sucede con los mercados ilícitos), provocando importantes distorsiones dentro del ámbito socio económico. Chaves, 2009.

14. La jurisprudencia uruguaya interpreta que en los casos de lavado estamos ante un atentado contra el orden socio económico, con lo cual, alejada la conducta de la modalidad del encubrimiento, el sujeto del delito base puede ser el mismo del lavado, interpretación que conduce al concurso delitos porque rompe con la lógica de unidad de acción y de finalidad de quien comete un delito y luego quiere asegurar el botín al poner esos bienes a buen resguardo. En mi opinión, “los Arts. 54 y 55 de la Ley 17.016 se distinguen de la lógica del delito de receptación, lo que indicaría que no estamos frente al mismo autor que realizó el tipo penal del delito precedente, porque en la receptación el objeto de protección es el mismo del delito precedente pero el que realiza el tipo penal es otra persona. Además la propia redacción de estos dos artículos indica que el objeto de protección puede ser distinto del orden socio económico (concepto demasiado vago o abstracto), dado que se habla de conversión, no sólo de bienes, sino, además, de instrumentos, lo que parece aludir muy claramente a una ocultación de elementos utilizados para delinquir, y no sólo del producto obtenido por medio de los delitos. Ello refiere claramente a una política criminal de protección concreta de la administración de justicia en su tarea de investigación y no a la protección abstracta del orden socio económico. Por su parte, el Art. 56 sigue la lógica del encubrimiento, en el que el objeto de protección del lavado es distinto al del delito precedente, y pretende que el beneficio ilícito obtenido con el delito fuente no ingrese y se diluya en el flujo económico sino que, por el contrario, pueda ser identificado y decomisado. Es decir, de algún modo se quiere prevenir y por eso se castiga la receptación y/o el encubrimiento (real) de los activos obtenidos ilícitamente. Mediante las conductas de lavado se persigue el objetivo de disimular el origen ilícito de la riqueza hasta que se le pueda dar ingreso en el mercado como si fuera lícito; por ello una política criminal coherente que respete principios generales como el *nemo tenetur* (en Uruguay con rango constitucional, en tanto el Art. 20 prohíbe cualquier declaración o confesión sobre “hecho propio”) no castigaría el “autolavado” así como no castiga la *auto-receptación* o el *auto-encubrimiento*, en tanto no existe la obligación de *auto-declarar* en contrario sobre el origen de la riqueza ni tampoco una obligación de cooperar con el esclarecimiento del delito.<sup>54</sup> En opinión de la doctrina mayoritaria en Uruguay el bien jurídico de estas figuras –de forma inmediata– es la administración de justicia

---

54 Caro John, 2010: 187 y s; Fernández Steinko, 2008: 95 y ss.



y –de forma mediata– se protegería el orden socioeconómico.<sup>55</sup> Sin embargo, una pregunta que la doctrina uruguaya no responde es: ¿hasta dónde y con qué herramientas puede intervenir el derecho penal para “trazar la frontera” entre el dinero obtenido ilícitamente del obtenido lícitamente valiéndose de la protección de la “economía legal” o del orden socio-económico como bien jurídico?<sup>56</sup> Además, ¿Qué volumen, qué cifra, cuánto daño se necesita para lesionar el orden socio-económico? En realidad, según lo que hemos visto todo indica que la pregunta decisiva no es ¿cuánto? O ¿cómo? sino ¿Quién? puede cumplir con el tipo penal y de ese modo poner en peligro el bien jurídico.

15. En el sistema penal uruguayo el delito fiscal (la evasión fiscal) no integra el grupo de delitos antecedentes o precedentes del lavado de activos. Ello es celebrado por la doctrina penal nacional<sup>57</sup> y por la sociología,<sup>58</sup> de allí que, por un lado, la lista de delitos precedentes no puede ampliarse constantemente a figuras que no revisten gravedad y, por otro lado, haya que limitar las funciones policíacas del Estado a la persecución por lavado cuando existen pistas claras de comisión del delito precedente.

#### **4. ¿CUÁL ES LA ESTRATEGIA POLÍTICO CRIMINAL SOBRE LAVADO DE ACTIVOS EN URUGUAY? ¿QUÉ SE QUIERE PREVENIR? ¿QUÉ Y CÓMO SE CASTIGA? ¿CUÁNTO SE COLABORA CON OTRAS JURISDICCIONES?**

16. “Lavado de dinero”, “lavado de activos”; “blanqueo de dinero”; “blanqueo de activos”, “blanqueo de bienes”, “blanqueo de capitales”, “lavado de activos de origen delictivo”, “reciclaje de dinero”, etc; son todas formas de denominar

55 Galain Palermo, 2011: 257 y s.

56 Blanco Cordero, 2002: 288 y ss.

57 “El riesgo de elencar los delitos tributarios dentro de los delitos antecedentes, comporta quebrar con el concepto de delito exclusivamente territorial que tenía el delito tributario”. Adriasola, 1999: 118. En su crítica a la Ley 17.343 que amplió la lista de delitos precedentes dice Cervini: “Por ello resulta inocultable otro grueso error de la Ley sancionada: incorporar entre los delitos antecedentes al de contrabando de más de US\$ 20.000...y tratándose el contrabando de un delito contra la hacienda pública, se está abriendo una peligrosa puerta para la inclusión de los delitos fiscales como figuras antecedentes del blanqueo de capitales, cuando los mismos se vienen excluyendo sistemáticamente de la cooperación internacional en función de su territorialidad”, Cervini, 2011: 175.

58 En un mundo en el que más de la mitad de todas las transacciones comerciales no están documentadas fiscalmente se abre la puerta a la arbitrariedad y a la burocratización de las relaciones sociales. Fernández Steinko, 2008: 97.

el hecho de reintroducir en el mercado legal dinero proveniente de actividades ilícitas precedentes. La influencia del lenguaje inglés *money laundering* ha incidido para que mayormente en América Latina nos refiramos a “lavado de dinero” o simplemente “lavado” cuando queremos tratar esta cuestión.<sup>59</sup> El tema del lavado de dinero está muy vinculado a las actividades ilícitas mediante las que ese dinero es generado, aquello que la doctrina penal denomina: delito precedente. Es decir, solo puede haber lavado cuando se quiere “limpiar” el origen ilícito de dinero proveniente de determinadas actividades delictivas establecidas como *numerus clausus* y no en cualquier otro caso. El lavado en sí mismo, no es otra cosa que la reintroducción de los capitales ilícitos provenientes de algunos delitos taxativamente previstos por la ley nacional en la plaza financiera o en el giro comercial legal; y ello implica hablar de un “proceso de lavado”, de varias acciones de ocultamiento y de falsificación de la procedencia de determinados bienes o activos.<sup>60</sup>

17. El elemento subjetivo requerido por la ley es el dolo, que según la parte general del sistema penal uruguayo abarca tanto la modalidad directa como eventual (Art. 18 del Código Penal Uruguayo (CP)). Recientemente, el 08.10.2013 la jurisprudencia dictó el primer auto de procesamiento que dio inicio a un juicio penal por un caso de asistencia a actividades de narcotráfico relacionadas con el lavado de dinero, llevadas a cabo con dolo eventual.<sup>61</sup> En

59 Jiménez Sanz, 2009; Reggiani, 2013.

60 Como dice Gastón Chaves, “como toda falsificación, tiende a la genuinidad, o, mejor dicho, a que se tenga lo inauténtico por genuino o, en otras palabras, lo ilegal por legítimo. Pero, del mismo modo que el falsificador, por más acabada y perfecta que sea su obra, nunca logrará que su falsificación se transforme en genuina, tampoco podrá el lavador coronar su tarea con el crisma de la legitimidad. Esta última quedará siempre por fuera del proceso de lavado; es una perpetua tendencia que vuelve al proceso de lavado mismo en una *suerte de gerundio sin término*, dentro del cual la Justicia siempre tendrá la posibilidad y la oportunidad de intervenir, cualquiera sea la etapa del proceso de lavado en que ello ocurra: así, puede ser en la etapa de colocación (esto es, de transformación de las grandes cantidades de dinero de baja denominación, producto del tráfico ilícito, en billetes de mayor numeración), en la de conversión (etapa que supone un número relativamente importante de operaciones de transferencia, con el fin de desvanecer los rastros de procedencia ilícita de los bienes), como en la de integración (esto es, aquella en que los bienes ingresan a la economía formal, con apariencia de haber sido lícitamente habidos).” Ver nota de pie 52.

61 Se trata de dos profesionales liberales (un escribano y un contador público) que fueron contactados por extranjeros de nacionalidad española que pretendían comprar un yate con dinero en efectivo. El notario solicitó entonces ayuda de un contable propietario de una casa de cambio para que proceda a “bancarizar” los activos para brindar mayor “seguridad” a la parte vendedora en cuanto a la procedencia del dinero. El titular de la casa de cambio emitió un cheque por un valor inferior (US\$ 141.000, conservando el excedente de tan solo US\$ 13.000 como remuneración) que fue depositado en un banco de plaza en la cuenta de la parte vendedora. Según la justicia penal esta operación “debió despertar por lo menos y como mínimo dada su condición de profesional del derecho, de escribano público y como obligado de

esta causa la investigación se inicia por asistencia a actividades preparatorias del narcotráfico porque con el yate adquirido (por medio del proceso de lavado) los compradores fueron apresados con un cargamento de cocaína. De este modo, aunque se recurra dialécticamente a los deberes relacionados con la prevención del lavado, se aprecia que para la justicia uruguaya no se trata de un caso por incumplimiento de los deberes relacionados con el principio de sospecha de personas obligadas a reportar operaciones posiblemente vinculadas con el narcotráfico (delito precedente) ni por un delito de lavado, sino que la justicia se concentra y se contenta con la investigación del delito precedente.<sup>62</sup> Desde un punto de vista argumental y de doctrina penal, es fundamental para la imputación subjetiva por dolo eventual que el sujeto obligado por la norma haya actuado en contra del bien jurídico tutelado (¿Cuál de ellos?) y cumplido con el tipo penal, siempre y cuando haya podido saber o prever el origen ilícito del dinero o de los activos que se pretenden “lavar”. Sin embargo, la procedencia del dinero con el que el yate fue adquirido no interesa a la administración de justicia de Uruguay, sino que lo que importa es que la conducta de los sujetos encargados de reportar operaciones sospechosas favoreció la compra de un bien con el que se intentó tiempo después cometer un delito de tráfico de drogas. Al parecer no hay un razonamiento teleológico de prevención de un determinado fenómeno (lavado de dinero) sino meramente causal o de causa-efecto, por el que no se reprocha la ausencia de reporte de una conducta de lavado sino que por causa de esa omisión tuvo lugar un posterior delito de narcotráfico. De este modo vemos que la argumentación judicial es tan confusa como la

---

reportar operaciones de carácter sospechosos (sic) a la UIAF, el Esc. ... debió representarse al menos que podría tratarse de una operación de carácter ilícito no obstante lo cual decidió continuar con la gestión de la misma supuestamente para la obtención de sus honorarios profesionales ya que no surge de autos un beneficio extra”. En cuanto al contador se dijo que “estuvo motivado en la obtención de un lucro como en el caso lo constituyó la diferencia entre la suma de dinero depositada de 154 mil dólares y el valor del cheque emitido por 142 mil dólares americanos...La participación de ambos indagados se establecerá a título de dolo eventual conforme lo establece el art. 18 CP, ya que dada su condición de profesionales universitarios y obligados a reportar operaciones sospechosas, dada su condición de escribano y dada su condición de operador de una casa de cambio, conforme lo establece la Ley 18494, no solo no reportaron la operación a la UIAF como hubiera correspondido sino que aun previendo que podía tratarse de una actividad ilícita decidieron continuar con sus gestiones en procura de sus beneficios económicos”. Auto de Procesamiento de 08.10.2013, Juzgado Especial contra el Crimen Organizado de 1º Turno.

62 De este modo, para la estadística judicial estamos ante un caso relacionado y clasificado como un delito preparatorio de narcotráfico, que en el caso concreto fue un acto posterior al lavado (en el supuesto caso que el dinero utilizado para la compra del yate hubiera tenido procedencia ilícita), perdiendo todo rastro de las conductas de lavado de dinero que se terminan diluyendo dentro de la causa correspondiente a un delito posterior al lavado. Por lo tanto, toda la cuestión judicial se concentra en delitos vinculados con el narcotráfico, que es el único fenómeno que se vuelve visible como conducta criminal.

propia normativa penal en la materia, que parece colocar al lavado de dinero como un medio y no como un fin. Un caso como este nos permite plantear las siguientes preguntas: ¿Qué importancia tiene para la política criminal uruguaya la represión y prevención del lavado de activos y cuan funcional resulta para el castigo de otras conductas delictivas? ¿Es posible que la carencia de condenas por lavado de activos se deba a su subsunción dentro de las causas de los delitos precedentes o posteriores?

18. La intervención del sistema penal para el “combate” de este problema con alcance internacional requiere de una estrecha colaboración judicial, que no es justamente la característica primordial del sistema judicial uruguayo, generalmente receloso y reticente a colaborar con la justicia de otros países cuando se trata de solicitudes concretas relacionadas con el sistema tributario y bancario. El lavado requiere de transacciones financieras de singular magnitud, operadas desde distintas plazas (generalmente transnacionales), para dificultar la prueba de los titulares de los activos o de los denominados “beneficiarios finales”. Quienes lavan dinero utilizan instituciones intermediarias legales o del giro comercial, que arrojan como resultado que la certeza de la prueba sea muy difícil de conseguir mediante la utilización del proceso penal y de los agentes de la administración de justicia, aun cuando existan en dicha jurisdicción tribunales especializados en el “combate al crimen organizado”. De este modo, es imposible seguir pistas concretas sin una colaboración internacional eficiente. Ahora bien, más allá de los problemas relacionados con la obtención de la prueba a nivel nacional, la pregunta que hay que responder es: ¿si las leyes especiales creadas para prevenir y reprimir el lavado son efectivas ante un fenómeno que tiene características internacionales? O si, por el contrario, nos encontramos ante normas que operan y tienen validez principalmente en un ámbito meramente simbólico.

19. Según la política criminal los autores de conductas de lavado de dinero que pueden afectar el ámbito socio económico son aquellos que forman parte de la denominada “Criminalidad Organizada”, que según los organismos internacionales de contralor mueven cifras millonarias de capitales ilícitos. Esta visión reduccionista alimentada también por el Banco Internacional de Pagos de Basilea<sup>63</sup> favorece a la política de “guerra” y permite construir la imagen del

---

63 Circular Prevention of Criminal Use of the Banking System for the Purpose of Money-Laundering (BIS 988).

“enemigo” fuera del sistema financiero, como si se tratara de un *outsider* del que el sistema se tiene que proteger.<sup>64</sup> Los organismos de contralor que dictan las recomendaciones generales de tipificación legitiman la lógica criminal del lavado en base a la peligrosidad de los potenciales actores de las conductas vinculadas al proceso de lavado y en base a las grandes sumas ilícitas que son vertidas en el flujo económico legal con capacidad de modificar el sistema socio económico. Pero como ha demostrado la criminología ni todos esos actores pertenecen a lo que se denomina “criminalidad organizada”<sup>65</sup> ni tampoco las cifras consideradas como *ganancias millonarias* tienen sustento científico.<sup>66</sup> Es verdad que el proceso de lavado puede llegar a insertarse en contextos de macro-criminalidad (por ejemplo, un profesional que se encargue de la ocultación reiterada y sistemática de bienes a través de maniobras contables o jurídicas para una gran organización criminal internacional) y de esta forma afectar el orden socio económico, una vez sumadas todas las pequeñas contribuciones (teoría de la acumulación delictiva).<sup>67</sup> Pero también puede haber situaciones cotidianas, como bien dice Chaves y suena más racional, “en que la contribución de un sujeto a los actos de lavado sea de algún modo marginal (como ocurre en los casos de los arts. 56 y 57 del DL 14.294 en la redacción de la Ley 17.106), donde aparece como discutible la afectación a este bien pero, en todo caso, sí se mantiene la relevancia de la conducta con respecto a la Administración de Justicia”.<sup>68</sup> Esto quiere decir que cuando no se produce una única conducta millonaria de lavado burlando todos los controles del sistema financiero, sino que se acumulan sistemáticas conductas de ocultación utilizando a operadores del sistema financiero, no solo estamos ante situaciones en las que pueden ser responsabilizados por lavado los *enemigos* del sistema sino también los *operadores del sistema*, y de este modo, el delito de lavado va tomando distancia de su origen como proceso vinculado a un delito precedente que legitima la punición de los que contribuyen mediante aportes a sus operaciones ilícitas. En ese sentido, la lógica de lucha o guerra contra un delincuente peligroso (terrorista, *outsiders*, derecho penal para enemigos) quedaría reducida a las conductas de

---

64 Fernández Steinko, 2013: 249 y ss.

65 Paoli, 2002: 51-97; Fijnaut & Paoli, 2004; Militello, Arnold & Paoli, 2000.

66 Ver Fernández Steinko, 2013: 248 y ss.

67 Ver Hefendehl, 2002: 192 y ss; críticamente, García Palominos, 2014: 392 y ss.

68 Ver nota de pie 52.

lavado capaces de afectar el orden socio económico, aunque en la práctica esa afectación concreta sea de difícil comprobación. Para las otras conductas que lesionarían el bien jurídico “administración de justicia” podría aplicarse la lógica del derecho penal para ciudadanos, porque es una conducta que puede ser cometida por *insiders* que en lugar de actuar como “colaboradores” del sistema de prevención administrativa asisten o colaboran con dolo directo o eventual en las prácticas de lavado. De esta forma, la política criminal que se esconde detrás del lavado de activos es una política bipolar que puede llegar a lesionar los principios de igualdad y de proporcionalidad al momento de su aplicación, en tanto puede aplicarse como una política que difiere en tanto la persona del autor, aquello que se denomina desde antaño como *derecho penal de autor*. Pero también esta bipolaridad normativa que pone su énfasis en los autores (y no en los actos) indica que el sistema judicial tendrá que decidir si se apega a la política criminal internacional de combate a los *enemigos*, y, además, decidir si amplía esa misma lucha al combate de los *amigos*. Pero una ampliación de este tipo rompería con la lógica política criminal que ubica al enemigo fuera del sistema (financiero) de contralor y del cumplimiento de posiciones de garantía. Una decisión de la administración de la justicia de esta naturaleza tiene consecuencias inmediatas y mediatas que influirán en la vida política y económica nacional. En el caso uruguayo, que considera el secreto tributario y bancario como una cuestión del orden público nacional e internacional, y que asienta su razón de ser en la fortaleza de su sistema financiero y bancario, las decisiones judiciales se convierten prácticamente en una cuestión de Estado.<sup>69</sup> El tema en cuestión, es de extrema sensibilidad para el Uruguay que se enfrenta a una disyuntiva peligrosa entre el cumplimiento de las obligaciones político criminales internacionales reflejadas en su ordenamiento jurídico (ámbito legislativo) y la interpretación político criminal a seguir al momento de la aplicación nacional de las mismas (ámbito judicial).

20. En el plano teórico, Uruguay fue considerado por algunos autores como un país de tránsito en materia del tráfico de drogas y un “paraíso de lavado de dinero”<sup>70</sup> y, en el plano político, ha sido observado en varias oportu-

69 Ver Adriasola, 1996: 22 y s.

70 Malamud Goti, 1994: nota 12. Para el lavado del dinero se utilizan transferencias electrónicas, sociedades offshore (también casas bancarias, de cambio de moneda, financieras, etc), valores negociables, bienes y servicios (transacciones dentro del mundo del futbol, la construcción, sector inmobiliario, etc), juegos de azar (casinos estatales y privados, apuestas, etc) y ciberlavado. La plaza financiera y bancaria del Uruguay

tunidades por diversos organismos internacionales supervisores de intereses financieros de las grandes potencias, como la OCDE y el GAFI. El lobby de países vecinos, principalmente en los últimos años de Argentina,<sup>71</sup> ha logrado incluir a Uruguay en determinadas “listas” que obligan al país a “flexibilizar” su sistema de intercambio de información bancaria y tributaria. Esta flexibilización, no obstante, no es tarea sencilla porque Uruguay ha incluido el secretismo bancario y tributario en el orden público nacional e internacional, aquello que lo define como nación frente a sus pares.<sup>72</sup> Este no es un tema menor cuando la afectación al *orden público nacional* es la causa más frecuente que aduce el ordenamiento jurídico uruguayo para rechazar las solicitudes de cooperación judicial internacional.<sup>73</sup> Surge de la Ley 17016 que legisla el tema de la “lucha contra los estupefacientes” que “las solicitudes de cooperación penal internacional podrán ser rechazadas por los Tribunales nacionales encargados de su diligenciamiento, cuando concluyan que las mismas afectan en forma grave, concreta y manifiesta el orden público, así como la seguridad u otros intereses esenciales de la República” (Art. 77.4). Pero las razones de denegación de cooperación también se asientan en el *orden público internacional*: siempre que se pueda afectar “en forma grave, concreta y manifiesta, normas y principios esenciales de orden público internacional en los que cada Estado asiente

---

–basada en el secreto bancario y tributario–, el mundo del fútbol (en una sociedad generadora de grandes talentos), balnearios exclusivos de reconocido nivel mundial (como Punta del Este), son todos focos de riesgo para la utilización del Uruguay para la reintroducción del dinero en el giro comercial, porque permiten el traspaso de grandes cantidades de dinero para devolver al mercado legal dinero proveniente de determinadas actividades ilegales. En los días en que se escribe este trabajo la prensa informa que solo Pablo Escobar habría lavado en Uruguay unos 1.200 millones de dólares. <http://www.elobservador.com.uy/noticia/292381/la-familia-del-pablo-escobar-visitaba-colonia-para-renovar-visa/>, visitado el 21.11.2014.

71 El problema es que Uruguay recibe grandes flujos de dinero de origen ilícito de civiles y de funcionarios públicos de aquel país. Algunos casos “bajo sospecha” de lavado con repercusiones en Uruguay involucran a altas autoridades del gobierno argentino [http://www.elpais.com.uy/mundo/entrevista-periodista-investigacion-argentino-alconada.html?utm\\_source=news-elpais&utm\\_medium=email&utm\\_term=%22Solo%20el%20tres%20por%20ciento%20de%20casos%20de%20corrupci%C3%B3n%20son%20procesados%22&utm\\_content=17082014&utm\\_campaign=Resumen%20Matutino](http://www.elpais.com.uy/mundo/entrevista-periodista-investigacion-argentino-alconada.html?utm_source=news-elpais&utm_medium=email&utm_term=%22Solo%20el%20tres%20por%20ciento%20de%20casos%20de%20corrupci%C3%B3n%20son%20procesados%22&utm_content=17082014&utm_campaign=Resumen%20Matutino).

72 Sobre este tema hace hincapié Cervini, 2002: 50 y ss.

73 Ver Sentencia de 02.12.2013 emitida por la Jueza Adriana de los Santos del Juzgado Letrado de 1ª Instancia en lo Penal Especializado en Crimen Organizado, en una solicitud argentina de cooperación para el diligenciamiento de determinadas medidas sobre: 1) la Asociación Uruguaya de Fútbol y/o los Clubes de Fútbol involucrados respecto de la inscripción (fichaje) y transferencia de diversos jugadores argentinos, etc., así como normativa aplicable a los clubes, nómina del plantel profesional y operaciones que pudieren haber llevado adelante, etc.; y 2) la Dirección General Impositiva referente a normativa aplicable, clase de tributos, obligados, grado de cumplimiento, etc”.

su individualidad jurídica”.<sup>74</sup> Dentro de este orden público nacional e internacional se incluye el secreto bancario y tributario, que solo pueden ser relevados en casos concretos (Art. 25 Decreto-Ley 15.322 y Art. 47 Código Tributario). Estas limitaciones impiden al BCU, a la administración tributaria y de justicia intercambiar información con administraciones extranjeras, salvo en las situaciones expresamente autorizadas por ley nacional.<sup>75</sup> Para la doctrina penal uruguaya la ley nacional tiene primacía frente a cualquier compromiso internacional asumido por Uruguay.<sup>76</sup> Cuando se defiende esta posición no parece importar tanto la lucha contra determinados fenómenos (narcotráfico, lavado, financiación del terrorismo) como el derecho del Uruguay a recibir inversión extranjera.<sup>77</sup> En esa línea de pensamiento se habla de la “seguridad de la plaza financiera” para captar inversión extranjera como valor superior,<sup>78</sup> aunque para algunos internacionalistas, ello pueda ser armonizado buscando un “punto de equilibrio” entre los compromisos internacionales de cooperación y los intereses nacionales.<sup>79</sup> Es claro que el sigilo bancario y tributario es parte de la esencia nacional, sobre lo que se asienta la identidad del Uruguay, lo que pone al país en una incómoda situación en relación a sus obligaciones internacionales en un mundo globalizado que limita la libertad de decisión nacional por medio de órganos supranacionales de contralor y vigilancia de políticas internacionales que pueden colisionar con los intereses particulares. Esta defensa que hace el Uruguay a su derecho autónomo de definir su identidad nacional en base a un sistema tributario, financiero y económico determinado lo pone en una encrucijada con las “imposiciones” que provienen de un selecto grupo de países industrializados<sup>80</sup> que “controlan” los flujos económicos a nivel mundial y que “cobijan” en su territorio (incluyendo a los países pertenecientes a su “common world”, sus ex colonias o países satélites) también a regímenes de secreto y de banca off shore que se nutre de capitales generados en el extran-

---

74 Declaración de la delegación uruguaya en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1979.

75 Sobre el tema, Adriasola, 2002: 16.

76 Cairolí, 2000: 55; críticamente, Galain Palermo, 2009: 522 y ss.

77 Adriasola, 2002: 20.

78 Cairolí, 2000: 53 y ss.

79 Operti, 1995: 73.

80 Puede utilizarse para definir a estos países el concepto del “norte global” desarrollado por Boaventura Santos. Ver Boaventura Sousa, 2007.



jero. El problema que en principio parece ser de derecho público y de política internacional, tarde o temprano se traslada al orden jurídico penal interno, cuando las convenciones y recomendaciones (impositivas) internacionales se convierten en leyes especiales que engrosan el sistema penal. Es a partir de ese momento que incluso en sistemas apegados a la persecución obligatoria de todas las conductas con apariencia delictiva como el uruguayo, la selectividad de la política criminal juega un papel preponderante para, por una parte, “adaptar” las normas penales al sistema jurídico (constitucional) nacional y, por otra parte, para seleccionar qué delitos y qué delincuentes serán perseguidos.

21. En esta cuestión, sin embargo, el Uruguay no goza de libertad de decisión porque la presión política internacional es constante. A fines de 2014 tuvo lugar en Berlín el Foro global de transparencia e intercambio de datos con propósitos fiscales, ámbito promovido por la OCDE en su lucha contra la evasión fiscal. Allí Uruguay se vio una vez más “arriñonado” por objetivos políticos de terceras naciones al punto de prometer una flexibilización casi total de su secreto bancario y de combate al lavado de activos. En los últimos tiempos Uruguay ha firmado decenas de tratados bilaterales de intercambio de información tributaria y de levantamiento del secreto bancario, para escapar de la lista de país no colaborador en la que fue “ubicado” en 2009. Para 2017 Uruguay promete a los países firmantes del acuerdo de Berlín entregar información tributaria sin necesidad de una orden judicial<sup>81</sup> que permita, por ejemplo, levantar el secreto bancario, lo que en los hechos sería la estacada final para el secretismo y obligaría a redefinir la declaración de orden público nacional e internacional.

23. El tema no es sencillo desde un punto de vista político, tal como recientemente, en la apertura de la reunión del Grupo de Expertos para el Control de Lavado de Activos de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas llevada a cabo en Uruguay, puso de manifiesto el Presidente José Mujica, para quien los EEUU imparten normas a nivel mundial que ellos no cumplen, porque cuando Uruguay aplica los controles exigidos internacionalmente “el dinero se va para Miami”. Mujica reveló que “un empresario importante del río de la Plata” le brindó detalles sobre “la probable plata que se hubiera colocado en Uruguay, escapando de la Argentina, pero que fue a colocar a Miami, porque en nuestro país hicimos lo que teníamos que hacer”

81 Ver Semanario Búsqueda, 06.11.2014, p. 23.

(sic).<sup>82</sup> Según denuncia Mujica, de un modo cuasi perverso, quien más presiona internacionalmente no es quien mejor cumple con las prerrogativas que a otros se imponen.

## 5. LA PRAXIS JUDICIAL

Las siguientes tablas reflejan con datos provenientes de la praxis judicial uruguaya muchos de los argumentos expresados en este trabajo:

TABLA 1

**Total causas penales y condenas en Juzgados Letrados Penales de Primera Instancia de Montevideo y de los Juzgados Especializados en Crimen Organizado<sup>83</sup>**

AÑO	Total de causas	Total procesamientos	Total condenas	Total causas crimen organizado	Total procesos infraccionales crimen organizado	Total condenas crimen organizado	Total delitos de lavado	Total delitos de financiación terrorismo
2009	9455	4016	4368	425	57	14	#	#
2010	9196	3623	4408	452	119	26	#	#
2011	9027	3553	4350	510	54	35	#	#
2012	8468	3626	4166	408	41	28	#	#

#: NO ARROJA INFORMACIÓN ESPECÍFICA SOBRE EL DATO

TABLA 2

**Cantidad de procesamientos por el delito de Lavado de Activos según el año:**

AÑO	PROCESOS INICIADOS	AÑO	PROCESOS INICIADOS
2005	10	2010	32
2006	26	2011	31
2007	16	2012	47
2008	37	2013	69
2009	44	TOTAL	312

82 <http://www.lr21.com.uy/politica/1196264-mujica-destaca-que-uruguay-es-un-pais-derecho-que-evita-el-ingreso-de-dinero-sucio>

83 <http://www.poderjudicial.gub.uy/images/stories/anuario/si/anuario2009.pdf>; <http://www.poderjudicial.gub.uy/images/stories/anuario/si/anuario2010.pdf>; [http://www.poderjudicial.gub.uy/images/stories/anuario/Anuario/anuario\\_2011.pdf](http://www.poderjudicial.gub.uy/images/stories/anuario/Anuario/anuario_2011.pdf); [http://www.poderjudicial.gub.uy/images/institucional/estadisticas/anuario\\_2012.pdf](http://www.poderjudicial.gub.uy/images/institucional/estadisticas/anuario_2012.pdf).

TABLA 3  
Cantidad de condenados por el delito de Lavado de Activos según Ley  
y artículo por año:

Ley	Art.	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
14.294	54	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0
14.294	55	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
14.294	56	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
14.294	57	0	0	0	0	0	0	0	3	4	0
17.016	5	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0
17.016	57	1	1	6	2	0	0	3	0	0	0
<b>TOTAL CONDENAS: 22</b>											

## 6. CONCLUSIÓN

24. La normativa nacional tipifica el lavado de activos a través de diversos artículos que protegen tanto al orden socio-económico (Arts. 54 y 55 Ley 17.016) como a la administración de justicia (Art. 56 y 57 Ley 17.016).

25. La praxis judicial uruguaya se concentra en la persecución y recuperación de activos que principalmente provienen del narcotráfico. Como surge de los datos ofrecidos, en los hechos, los juicios penales se realizan –principalmente– para la condena del delito precedente. El lavado de dinero se difumina como conducta criminal y no consta en los datos empíricos, como si se tratara de un fenómeno invisible o inexistente.

26. La realidad del mundo económico financiero uruguayo parece indicar que más que ante enemigos del sistema estamos frente a sujetos funcionales a los designios de la economía nacional y de su plaza bancaria. La poca cantidad de reportes de “sospecha” y el escaso número de sanciones por parte del BCU apoyan este razonamiento.<sup>84</sup>

<sup>84</sup> Se habla para el 2013 de 275 reportes de sospecha, 105 solicitudes de información o asesoramiento recibidas de las autoridades judiciales. El intercambio de información con unidades de inteligencia financiera del exterior asciende a 65 (47 recibidos y 18 enviados). En el período la UIAF puso 9 casos en conocimiento de la justicia penal competente y en uno de ellos se dispuso la inmovilización previa de fondos por U\$S

27. El gran problema al que se enfrenta el Estado uruguayo y su sistema administrativo (en mucho menor medida su sistema jurídico penal) en cuanto al fenómeno del lavado de activos está relacionado con su sistema tributario y bancario (financiero) basado en el sigilo y con las fortalezas de su sistema financiero como “sitio seguro para invertir”.<sup>85</sup> La situación política actual se puede denominar como de “inestabilidad” o de “cambio”, lo que puede provocar “intranquilidad” en los “inversores” y en los operadores financieros. El problema no solo se agrava porque las cargas de vigilancia se trasladan a todo un sector de operadores del ámbito financiero y profesional sino porque esta normativa generada en el ámbito supranacional convierte al Uruguay en una plaza financiera insegura e inhóspita para el capital extranjero.

---

100.000, actuando en función de las facultades establecidas por el artículo 6 de la Ley 17.835 de 23 de setiembre de 2004, en la redacción dada por la Ley 18.494 de 5 de junio de 2009.

Ver <http://www.bcu.gub.uy/Servicios-Financieros-SSF/UIAF/Memoria%20UIAF%202013.pdf>, <http://www.bcu.gub.uy/Estadisticas-e-Indicadores/Paginas/Default.aspx>, <http://www.elpais.com.uy/economia/noticias/reportan-mas-operaciones-posible-lavado.html>

85 La condición de “sitio seguro para invertir” no se condice con la “obligación” que tienen los operadores del sistema de “sospechar”, “reportar”, “denunciar”, “perseguir”, “dar a conocer”, “informar”, “levantar el secreto”, “invadir la privacidad”, etc.

**BIBLIOGRAFIA**

ADRIASOLA, Gabriel

- 1996 “El lavado de dinero del narcotráfico y la responsabilidad de las entidades financieras”, *Secreto Bancario en el Uruguay*, 2ª. Ed, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- 1999 “La nueva ley de estupefacientes y lavado de dinero. Análisis de la Ley Nº 17.016 de 22 de octubre de 1998”, Del foro, Montevideo.
- 2002 “El delito tributario, la cooperación penal internacional y la extradición”, LJU, 126, doctrina 9, versión internet.
- 2009 “El lavado de dinero como expresión del crimen organizado. Perspectivas de prevención y represión desde el sector público y privado”, Langón (Dr), *Derecho Penal Económico. Ponencias del Curso de Postgrado 2008*, Universidad de Montevideo, Montevideo.

ALBRECHT, Hans-Jörg

- 2001 “Investigaciones sobre la criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas”, en AAVV., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y la Criminología*, UNED, Madrid.

BLANCO CORDERO, Isidoro

- 2002 *El delito de Blanqueo de Capitales*, 2ª. Ed., Aranzadi, Pamplona.

BOAVENTURA SOUSA

- 2007 “Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes”, [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000300004&script=sci\\_arttext#back1](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000300004&script=sci_arttext#back1), visitado el 10.09.2014.

BÖHM, Maria Laura

- 2013 “Políticas de seguridad y neoliberalismo”, Fernández Steinko, Armando (Ed.), *Delincuencia, finanzas y globalización*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano

- 2012 *Acerca de lo universal, y lo universal y lo particular del Derecho Penal*, Tirant lo Blanch.

CAIROLI, Milton

- 2000 *La cooperación penal internacional, la asistencia mutua y la extradición*, FCU, Montevideo.

CANCIO MELIÁ, Manuel

- 2007 “Algunas reflexiones preliminares sobre los delitos de terrorismo: eficacia y contaminación”, en *Derecho penal de excepción*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CARO CORIA, Carlos & REYNA, Luis

2013 *Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo*, Lima.

CARO JOHN, José

2010 “Impunidad del “autolavado” en el ámbito del delito de lavado de activos”, en *Dogmática Penal Aplicada*, Ara, Lima.

CERVINI, Raúl

2002 “Lavado de activos e individualización de operaciones sospechosas”, en Cervini, Raúl, Adriasola, Gabriel, Gomes, Luis, *Lavado de activos y secreto profesional*, Carlos Álvarez Ed., Montevideo.

2010 “El lavado de activos como proceso desestabilizador de la economía”, VI *Encuentro Nacional sobre Prevención del lavado de activos y Financiación del Terrorismo*, Buenos Aires, 29.04.2010.

2011 “Evolución de la Legislación antilavado en el Uruguay”, in Cuadernillo FD, Facultad de Derecho, Universidad Austral de Buenos Aires – Fapla, Curso de Posgrado: Administración del Riesgo de Prevención del lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo 2011

CERVINI, Raúl, ADRIASOLA, Gabriel & GOMES, Luis

2002 *Lavado de activos y secreto profesional*, Carlos Álvarez Ed., Montevideo.

CHAVES, Gastón

2009 Conferencia dictada en la ciudad de Rivera en Congreso de Derecho Penal organizado por el ex Instituto Universitario de Punta del Este, 12.06. 2009.

DEMETRIO, Eduardo

2014 “El significado político del derecho penal económico”, en Demetrio, Eduardo (Dir.) & Maroto, Manuel (Coord.), *Crisis Financiera y Derecho Penal*, Buenos Aires: B de f.

ENGELHART, Marc

2010 *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*, Duncker&Humblot, Berlin.

ESER, Albin

1992 “Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal”, *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires.

FERNÁNDEZ STEINKO, Armando

2008 *Las pistas falsas del crimen organizado. Finanzas paralelas y orden internacional*, Catarata, Madrid.

- 2013 “Blanqueo, narcotráfico y desregulación financiera”, in Fernández Steinko, Armando (Ed.), *Delincuencia, finanzas y globalización*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid.
- FIJNAUT, Cyrille & PAOLI, Letizia (eds.)
- 2004 *Organised Crime in Europe: Concepts, Patterns and Policies in the European Union and Beyond*, Springer, Dordrecht.
- FLEITAS, Sandra
- 2009 “El bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos. Su regulación en la legislación uruguaya”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Año 8, 16.
- GALAIN PALERMO, Pablo
- 2007 “Uruguay”, Ambos *et al* (eds.), *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo.
- 2010 *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- 2011 “El delito de blanqueo de dinero”, *Revista Penal* 28, Julio 2011, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCIA PALOMINOS, Gonzalo
- 2014 *Die Funktionseinheitsstörung als Grundstein des Insiderstrafrechts: Zurechnungsstruktur und Unrechtsbegründung bei Informationsdelikten im deutschen und chilenischen Kapitalmarktrecht*, [http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/9502/pdf/Promotion\\_Final\\_2014\\_am\\_finalsten.pdf](http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/9502/pdf/Promotion_Final_2014_am_finalsten.pdf)
- HASSEMER, Winfried
- 1992 “Kenzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Heft 10.
- 1995 “Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos”, trad. Larrauri, in Bustos Ramírez (Dir.), *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*, Cono Sur, Santiago.
- 2007 “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, in Hefendehl, Roland (Ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid.
- HEFENDEHL, Roland
- 2002 *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Heymanns, Köln/Berlin/Bonn.
- JAKOBS, Günter
- 1996 *La imputación objetiva en Derecho penal*, Civitas, Madrid
- 2000 “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)“, in Eser *et al* (Hrgs.), *Die deutsche*

*Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendenwende. Rückbesinnung und Ausblick*, Beck, Berlin.

JIMÉNEZ SANZ, Cesar

2009 *El blanqueo de capitales*, Tesis Doctoral, Universidad Rey Juan Carlos, <http://www.eumed.net/tesis-doctorales/2009/cjs/>.

KOFELE-KALE, Ndivia

2012 *Combating Economic Crimes. Balancing Competing Rights and Interests in Prosecuting the Crime of Illicit Enrichment*, Routledge, London/New York.

MALAMUD GOTI, Jaime

1994 *Humo y Espejos. La paradoja de la guerra contra las drogas*, del Puerto, Buenos Aires.

MANACORDA, Stefano

2009 “La parábola” de la armonización penal: a propósito de las dinámicas de integración normativa relativa a la organización criminal”, Delmas-Marty, Mireille, Pieht, Mark & Sieber, Ulrich (Drs.), *Los caminos de la armonización penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MARTÍNEZ-BUJAN, Carlos

2011 “Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial”, Muñoz Conde et al (Dir.), *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MILITELLO, Vincenzo, ARNOLD, Jörg & PAOLI, Letizia (Hrsg.)

2000 *Organisierte Kriminalität als transnationale Phänomen Erscheinungsformen, Prävention und Repression in Italien, Deutschland und Spanien*, Freiburg.

MONTANO, Pedro

2013 “Objeción de conciencia”, [http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/montano\\_objeccion-de-conciencia.pdf](http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/montano_objeccion-de-conciencia.pdf).

MÜLLER, Tim

2009 “Prävention durch Strafrecht? Terrorismusabwehr und Vorfeldtatbestände“, in Yenisey, Feridun & Sieber, Ulrich (eds.), *Criminal Law in the Global Risk Society. German-Turkish Colloquium in Honour of Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck*, Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Vol. 11.

NIETO, Adán

2009 “¿Americanización o europeización del derecho penal económico?”, in Delmas-Marty, Mireille, Pieht, Mark & Sieber, Ulrich (Drs.), *Los caminos de la armonización penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.



- OEHMICHEN, Anna & SAUX, Soledad  
 2009 “La guerra y la paz: la situación del terrorismo internacional”, in Manacorda, Stefano, Nieto, Adán (Drs.), *Criminal Law between War and Peace. Justice and Cooperation in Criminal Matters in International Military Interventions*, Ediciones Universidad Castilla La Mancha, Cuenca.
- OPERTI, Didier  
 1995 *El secreto bancario y actuación del Poder Judicial en el marco de los instrumentos de cooperación penal*, Montevideo.
- PAOLI, Letizia  
 2002 “The paradoxes of organized crime”, *Crime Law & Social Change*, 37.
- PIETH, Marc  
 2009 “La armonización del Derecho penal: la prevención de la corrupción como caso de estudio”, in Delmas-Marty, Mireille, Pieht, Mark & Sieber, Ulrich (Drs.), *Los caminos de la armonización penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- REGGIANI, Carlos  
 2013 “Lavado de activos”, [http://www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/cpc/art.\\_303\\_\\_lavado\\_de\\_activos.pdf](http://www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/cpc/art._303__lavado_de_activos.pdf).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús  
 1999 *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid.
- SILVERMAN, Emiliy  
 2011 “Concept and systematization of the criminal offense in USA”, in Sieber et al (eds.), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context*, vol. 3.1, Duncker & Humblot, Berlin.
- TIEDEMANN, Klaus  
 2009 *Derecho Penal Económico. Introducción y Parte General*, Grijley, Lima.
- VON HIRSCH, Andrew  
 2007 “El concepto de bien jurídico y el „principio del daño“, en Hefendehl, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid.
- WALLER, Irvin  
 2007 *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, Ubijus.
- ZIPF, Heinz  
 1980 *Kriminalpolitik. Ein Lehrbuch*, 2. Auflage, Müller, Heidelberg.



## “CORRUPÇÃO: DENUNCIE AQUI” – VALE TUDO NO COMBATE À CORRUPÇÃO?

*Miguel da Câmara Machado\**

*ABSTRACT: Study on the new measures to fight corruption launched by the portuguese Ministério Público in 2011 (which have led, over the last few years, to increased number of investigations and proceedings), especially on the online anonymous reports mechanism (a very special model of whistleblowing) that allows the informers, using a password, to access information on the criminal procedures and investigations related to their complaints (which we believe can, among others, pose a threat to the Constitution, protection of privacy and personal data, and represent an illegitimate exercise of powers of the prosecutors). This study also aims to discuss other issues such as the participation of individuals in criminal proceedings, the general system of complaints, with regard to combating and investigating economic and financial crimes.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O sistema de denúncias “corrupção: denuncie aqui”. 2.1. Descrição do funcionamento do sistema. 2.2. O sistema em estudo como uma “whistleblower hotline”. 2.3. Direito comparado e antecedentes em Portugal. 2.4. O conceito de investigação criminal e o enquadramento do sistema no seu âmbito. 2.5. O sistema em estudo como uma “medida de combate à corrupção”. 3. Poderia o Ministério Público lançar este serviço de denúncia? 3.1. Conformidade material com a Constituição. 3.2. Conformidade orgânica e formal com a Constituição. 3.3. Legalidade do sistema. 3.4. Conformidade com o Direito da União Europeia. 4. O denunciante de corrupção como sujeito processual? 4.1. Sujeito processual e participante processual. 4.2. A participação dos particulares no exercício da ação penal. 5. Conclusões.

---

\* Assistente convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Advogado.

Este texto corresponde, com pequenas alterações, ao Relatório de Mestrado de Direito Processual Penal, apresentado no ano lectivo de 2010/2011, época em que o tema da “corrupção” era tema do dia. Realidade que, infelizmente, se mantém. Infelizmente, também, desde essa época, não foram feitas quaisquer alterações legislativas para enquadrar este mecanismo de denúncias do Ministério Público ou para corrigir os problemas aí detectados, que se mantêm actuais (em sentido oposto, e demonstrando uma realidade que contrasta com a aqui descrita, o Banco de Portugal lançou, já em 2015, uma linha de denúncias enquadrada legislativamente e procurando respeitar os problemas aqui detectados).

## 1. INTRODUÇÃO

Iniciámos, em outubro de 2010, no âmbito do Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais, e orientados pelo tema “Criminalidade organizada e investigação criminal”, um estudo sobre as alterações legislativas em matéria de combate à corrupção e os seus reflexos no direito processual penal, procurando identificar características e problemas próprios da investigação destes crimes.

Já após o início desse estudo, e posteriormente à publicação (em setembro desse ano) das leis que integravam o “*Pacote Anticorrupção*”<sup>1</sup>, o Departamento Central de Investigação e Ação Penal (DCIAP) do Ministério Público (MP) lançou, a 10 de novembro de 2010, uma página na *internet* para denúncia de atos de corrupção e fraude<sup>2</sup>. A criação deste sistema, denominado “Corrupção: *Denuncie aqui*”, com um sítio da *internet* próprio e específico, com acesso a partir do sítio da Procuradoria-Geral da República (PGR), foi uma medida que desde logo nos interpelou, perturbou e levou a dúvidas que suscitaram o interesse pelo presente tema.

Deste modo, por iniciativa do MP, passou a ser possível denunciar, até de forma confidencial e anónima, pela *internet*, crimes de corrupção ou fraude que ocorram no âmbito das atividades de entidades ou serviços públicos, do sector privado, do comércio internacional e da atividade desportiva. A cada denunciante é atribuída uma chave de acesso eletrónica que permite, segundo descrição do próprio sítio, “*tomar conhecimento da investigação*” e de “*outros dados*” e “*estar disponível para esclarecer dúvidas ou transmitir informação adicional às autoridades*”. Fundamenta-se esta medida, na mesma página, com dois motivos: o facto de a corrupção ocorrer muitas vezes entre indivíduos sujeitos a segredo profissional, e a circunstância de combater e eliminar a corrupção ser, diz-se,

---

1 Este “*Pacote Anticorrupção*” é composto por oito leis resultantes dos trabalhos da Comissão eventual para o acompanhamento político do fenómeno da corrupção e para a análise integrada de soluções com vista ao seu combate (v. *online*: <http://www.parlamento.pt/sites/COM/XILEG/CEAPFCAISVC/Paginas/Default.aspx> (consultado em 14.09.2011)). Para efeitos do cumprimento do disposto na Resolução do Conselho de Ministros n.º 71/2010, de 10 de setembro, foi ainda constituído um grupo de trabalho para a *Monitorização das alterações introduzidas pela Assembleia da República*, que já apresentou um *Relatório preliminar*, em junho de 2011 (este grupo reúne representantes da Direção Geral da Política de Justiça, da Polícia Judiciária, do Gabinete do Ministro da Justiça, da Inspeção Geral de Finanças e da Inspeção Geral do Ambiente e do Ordenamento do Território), disponível *online* em [http://www.dgpj.mj.pt/sections/DestBanner/prevenir-e-combater-a/downloadFile/attachedFile\\_f0/Prevenir\\_combater\\_corupcao\\_preliminar.pdf?nocache=1308589045.35](http://www.dgpj.mj.pt/sections/DestBanner/prevenir-e-combater-a/downloadFile/attachedFile_f0/Prevenir_combater_corupcao_preliminar.pdf?nocache=1308589045.35) (consultado em 25.09.2011).

2 *Online*: <https://simp.pgr.pt/dciap/denuncias/> (consultado em 20.09.2011).

“*uma responsabilidade de todos*”, sendo que é realçado que “*quem não denuncia, conhecendo os factos relevantes, tem também uma quota de culpa*”<sup>3</sup>.

Segundo os responsáveis do MP pelo acompanhamento deste novo sistema, a medida surgiu na sequência de recomendações internacionais, é legitimada pela natureza dos crimes de corrupção e fraude<sup>4</sup>, e justifica-se, apesar da enorme capacidade de reunir informação e dados irrelevantes, pela relativamente pequena quantidade de factos relacionados com crimes de corrupção que só assim podem chegar ao conhecimento dos investigadores. Neste sentido, é defendida por todos os magistrados envolvidos na perseguição criminal, e tem vindo a originar averiguações preventivas, inquéritos e novos processos que nunca antes poderiam ter começado.

Independentemente das questões que colocaremos, importa perceber que estamos perante uma nova forma de atuação na investigação criminal e elogiar a ideia por detrás da medida: colocar todos os meios para uma justiça penal mais eficiente e mais moderna, socorrendo-se das mais recentes tecno-

3 V. o já referido sítio *online*: <https://simp.pgr.pt/dciap/denuncias/> (consultado em 20.09.2011).

4 Perante isto, deve perguntar-se: porque é que são apenas estes os crimes denunciáveis por esta via? Qual foi o critério para escolher apenas a corrupção e a fraude? Não haveria fundamentos igualmente importantes para alargar desde logo esta medida a outros crimes? E o que é a “fraude”? Tomámos a opção de excluir do âmbito deste trabalho a “denúncia eletrónica de fraude”, ainda que grande parte do que dizemos quanto à denúncia de crimes de corrupção possa (e deva) aplicar-se à denúncia desses outros crimes. No entanto, quer por uma consequência da metodologia da investigação (que começou por se debruçar, em geral, sobre alterações no direito processual penal, especificamente quanto à corrupção), quer por uma delimitação de temas e problemas necessárias pelo tipo de trabalho pedido (seus limites, extensão e objeto), quer pelas maiores dificuldades em delimitar um conceito de “crimes de fraude” que “crimes de corrupção”, optámos por nos restringir ao estudo da denúncia eletrónica de corrupção – até, e também, por ter sido esta a forma como foi divulgado o sistema de denúncias. A inclusão de “fraude” gera incertezas que originam, aliás, uma crítica que acreditamos poder ser muito rapidamente feita a este sistema de denúncias com maior pertinência quanto a este tipo de crimes: que “fraude” pode ser denunciada pelo sistema do MP? Apenas a *fraude e corrupção de eleitor* (p. e p. pelo art. 341.º, CP)? O que seria defensável seguindo-se uma lógica sistemática, por ser o único momento em que o legislador associa “fraude” e “corrupção”? Ou a, naturalmente muito próxima, *fraude na obtenção de subsídio ou subvenção* (p. e p. art. 36.º do DL n.º 28/84, de 20 de janeiro)? Serão aceitáveis denúncias de crimes de *fraude sexual* (p. e p. pelo art. 339.º CP); *fraude em eleição* (p. e p. pelo art. 341.º CP); *entrega ilícita de pessoa a entidade estrangeira* (p. e p. pelo art. 321.º CP), na medida em que “usando para tal fim de violência ou de fraude”; ou ligações com o estrangeiro (p. e p. pelo art. 331.º CP), na medida em que colaborar em atividades consistindo em ameaçar outra pessoa ou utilizar fraude contra ela? E porque não também o *favorecimento pessoal praticado por funcionário e branqueamento* (p. e p. pelos arts. 368.º e 368.º-A, CP)? Em suma, não nos parece que seja claro qual o fundamento para os crimes escolhidos e anunciados terem sido apenas corrupção e fraude, sendo que optámos apenas pelo estudo da primeira, pelos motivos apresentados. Apesar disso, parece que ao longo deste ano de utilização do sistema, o MP tem aceitado denúncias de outros tipos de crime, não ignorando aquelas que não são de fraude ou corrupção, embora lhes dê tratamentos diferentes (que referiremos sumariamente adiante). Assim, esta questão acaba por perder um pouco a relevância prática, embora continue a ser interessante, na teoria, compreender quais os motivos da escolha daqueles crimes.

logias para combater crimes que, pela sua natureza e características, minam o funcionamento da República, da democracia e do Estado de Direito como o concebemos.

Não temos dúvidas de que esta medida é uma forma de o MP representar do Estado e defesa do interesse público e da democracia, e, apesar de todas as críticas que possamos fazer ao modo como foi implantada, e até ao seu conteúdo, esta ideia estará sempre presente ao longo de todo este trabalho. De facto, o fenómeno da corrupção tem esta dimensão jurídica, extravasando o plano criminal, de pôr em causa o próprio Estado de Direito, o que pensamos dos governantes, da democracia, implicando violações dos princípios mais estruturantes da República, como o princípio da igualdade de tratamento de todos os cidadãos. Assim, são já conhecidas e repetidas as terríveis consequências da corrupção a nível político, económico, financeiro, judicial e democrático. Assim, a perseguição criminal da corrupção deve ser, na nossa opinião, dotada de todos os meios constitucional e legalmente aceitáveis e os agentes devem ser munidos de todos os instrumentos que permitam impedir qualquer situação de vantagem resultante de corrupção, perseguindo-se aqueles a quem o Estado empresta o seu prestígio e poder e que os utilizam para se enriquecer ou para fins para os quais não lhes foram conferidos.

Apesar de quaisquer críticas finais ao sistema “Corrupção: *Denuncie aqui*”, entendemos que este, foi, de facto, uma tentativa de chegar a novos modelos para combater o crime organizado e a corrupção que tanto têm sido procurados pela sociedade, pela doutrina<sup>5</sup>, e mesmo pelo legislador<sup>6</sup>, procurando

---

5 Neste sentido, e apelando a novas estruturas dentro do MP, refiram-se inúmeros autores: pela departamentalização e especialização do MP, cf. Figueiredo Dias, 2004: 80; pela necessidade de novos modelos adaptados à nova criminalidade, cf. Rodrigues, 2003: 30; e pela utilização dos mais modernos meios na adequação para um “combate sério” a crimes de corrupção, cf. Rodrigues Maximiano, 2008: 107; reclamando e propondo mais formação especializada para o exercício de determinadas funções, secções de inquérito especializadas, cf. Gomes, 2011: 106-107; reconhecendo, defendendo e descrevendo as medidas que visam dotar o MP de instrumentos legais mais aptos à investigação em causa, cf. Amado, 2009: 27-28; e identificando a defesa e exigência social de meios reforçados na investigação criminal: “*um arsenal de métodos de investigação com os quais a praxis do direito penal pretende enfrentar a criminalidade: investigadores camuflados e agentes de ligação, sondagens e observações prolongadas (...) buscas por meios electrónicos (...) utilização de anotações íntimas*”, cf. Hassemer, 1995: 69.

6 Em matéria de investigação criminal, também é extenso o número de leis que podemos referir: (i) a Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto, que aprovou a Lei de Organização da Investigação Criminal; (ii) a Lei n.º 73/2009, de 12 de agosto, que estabeleceu as condições e os procedimentos a aplicar para assegurar a interoperabilidade entre sistemas de informação dos órgãos de polícia criminal; (iii) Lei n.º 74/2009, de 12 de agosto, que aprovou o regime aplicável ao intercâmbio de dados e informações de natureza criminal entre as autoridades dos Estados membros da União Europeia, transpondo para a ordem jurídica interna a Decisão Quadro n.º 2006/960/JAI, do Conselho, de 18 de dezembro; (iv) o Decreto-Lei n.º 292/94, de 16 de

maior eficácia no combate aos crimes com estas características. Note-se, no entanto, que essas justificações, como bem nos lembram tantos autores<sup>7</sup>, têm sido utilizadas para dotar o MP de poderes exagerados. Neste sentido, e identificando uma tendência de apelos e exigências da sociedade aos investigadores criminais, Hassemer anunciava que nem sequer os direitos fundamentais serão “*capazes de deter a avalanche da actividade policial ‘razoável’, com a desculpa do combate ao crime, o Estado investigador invade a privacidade e a alma das pessoas e, no trajecto, perde a presunção de credibilidade*”<sup>8</sup>. Parece-nos que a criação do sistema “Corrupção: Denuncie aqui” implica estas mesmas inquietações e coloca questões que têm de ser tratadas.

Assim, perante esta medida, ficamos, à partida, com três dúvidas:

- 1) Como poderemos caracterizar e enquadrar este serviço de denúncias à luz do Direito português que regula a investigação criminal e o processo penal?
- 2) Será que o MP poderia ter desenvolvido este sistema nos termos em que o fez – sem qualquer regulamentação e apenas com os procedimentos descritos e anunciados no sítio da *internet* em que o aloja? Esta medida está em conformidade com a Constituição, a lei, e o Direito da União Europeia? O MP, enquanto titular da ação penal, tinha competência para tomar esta medida (cabendo esta nas suas atribuições e funções)? Terá sido criado *direito processual penal novo*?

---

novembro, que criou o Gabinete Nacional SIRENE – “*Supplementary Information Required at the National Entries*”; (v) a Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, que aprovou o regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal; e (vi) o Decreto-Lei n.º 81/95, de 22 de abril, prevendo a criação de brigadas anticrime e de unidades mistas de coordenação integrando a Polícia Judiciária, a Guarda Nacional Republicana, a Polícia de Segurança Pública, o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras e a Direção Geral das Alfândegas.

7 Veja-se, por exemplo, o que é dito por António Garcia Pereira: “*o caso mais paradigmático de tudo isto é, aliás, o da Justiça Criminal: sempre sob os argumentos da ‘necessidade do reforço de meios’ e do ‘excesso de garantismo’ em particular dos arguidos, sob a capa do discurso tão inverídico quando demagógico do ‘combate aos crimes de colarinho branco’, e na base de um evidente entendimento entre o Governo e a Procuradoria-Geral da República, transformou-se o Ministério Público num autêntico ‘Estado dentro do Estado’, monolítico e fortemente hierarquizado, omnipresente (...) e onipotente (dirigindo a seu bel prazer e sem qualquer controle real) toda a fase do inquérito do processo crime*” (Pereira, 2000: 4). Num sentido semelhante, v. também Valente, 2004: 169, em que este autor defende “*uma investigação criminal que não destrua a essência e o conteúdo dos direitos fundamentais – património da humanidade – pela troca da efêmera e da escassa eficácia, esta sim é inimiga de se investigar de modo que se localize, contacte e apresente o culpado, pois apenas nos remeterá para um culpado*”.

8 Cf. Hassemer, 1995: 70. Este autor nota ainda que “*a investigação criminal não pode, num Estado de direito democrático, ser a catapulta para a instauração da moda actual da não “jurisdicionalização” do processo penal, mas sim para a um efectivo combate à criminalidade*”.

- 3) Para um enquadramento especificamente processual penal, como qualificar processualmente aquele que tem possibilidade de formular ou prestar informações *online* e a tarefa de continuar a colaborar com o MP mesmo depois da denúncia? Será que estas novidades tornam este denunciante num verdadeiro *sujeito processual*? Ou, pelo menos, dão-lhe uma posição processual diferente do simples denunciante? Como enquadrar no Processo penal português aquele que pode consultar informação relativa a um processo penal, mesmo sem a pedir, bastando introduzir a “chave de acesso” no sistema?

Procuraremos relacionar a resposta a estas questões com os fundamentos invocados para esta novidade processual (das características sociológicas, históricas e filosófico-jurídicas do crime de corrupção às dificuldades de investigação criminal e provas e à sua censurabilidade própria). A corrupção, já o sabemos, é tão velha como a política. Primeiro como “atentado à República” e, bem mais tarde, como crime, é um fenómeno com características estudadas desde a antiguidade e tem merecido a maior das atenções na doutrina jurídica e não só.

Pretendemos, então, contribuir para o enquadramento jurídico-processual penal do sistema de denúncias electrónicas de crimes de corrupção lançado pelo MP. Relembremos, assim, os três níveis de análise deste sistema, que orientam a estrutura do relatório:

- 1) Num plano compreensivo, importa descrever o funcionamento do sistema e perceber que tipo de medida foi criada no contexto da prevenção, investigação e processo criminal (capítulo I);
- 2) Num plano de conformidade com o bloco de legalidade português, é necessário detectar vícios materiais, formais e orgânicas na relação com a Constituição, com a lei e com o Direito da União Europeia, reconhecendo as “especialidades” da denúncia deste tipo e as competências para poder introduzir este tipo de regimes (capítulo II);
- 3) Num plano especificamente de enquadramento processual penal, cumpre-nos estudar e conhecer o estatuto de quem denuncia através do sistema, procurando saber se estamos perante um novo sujeito processual, ou pelo menos um participante processual, e com que direitos e estatuto (capítulo III).



## 2. O SISTEMA DE DENÚNCIAS “CORRUPÇÃO: DENUNCIE AQUI”

Para podermos responder às questões a que nos propusemos, é importante começar por compreender o funcionamento deste sistema de denúncias e procurar alguns lugares paralelos no passado jurídico português e no direito comparado.

### 2.1. Descrição do funcionamento do sistema

Na sequência da apresentação sumária do sistema “Corrupção: Denuncie aqui” que fizemos anteriormente, e que consta do próprio sítio da *internet*, importa aprofundar um pouco mais a sua forma de funcionamento, tendo como base a curta experiência e trabalho desenvolvido entre o final de 2010 e o primeiro semestre de 2011<sup>9</sup>.

As denúncias de actos de corrupção e fraude enviadas electronicamente chegam directamente ao conhecimento do MP, sendo que todos os factos comunicados são, segundo referência da mesma página, “*objecto de apreciação pelos Magistrados do Ministério Público no DCIAP*”. Sabemos, ainda, que, no MP, um Procurador Adjunto é responsável, em exclusividade, pelo recebimento, tratamento e acompanhamento de todas as denúncias recebidas, garantindo-se uma resposta fundamentada a todas estas.

O âmbito dos crimes denunciáveis é o dos crimes de corrupção, ainda que, segundo o MP, esteja a servir, em sentido muito mais amplo, para investigar a “criminalidade de funcionários”, sendo que, ao longo deste primeiro ano de funcionamento, as denúncias apresentadas tenham correspondido a realidades tão díspares como factos relacionados com a prática de crimes de corrupção, ilícitos administrativos ou de outras naturezas, até meras insatisfações com os serviços públicos<sup>10</sup>, conduzindo a arquivamentos, reencaminhamentos, pré-inquéritos formalizados, averiguações preventivas e instauração de inquéritos.

---

9 Os dados sobre o funcionamento, resultados e estruturas deste sistema que apresentamos neste capítulo, e ao longo de todo o trabalho, resultam da consulta do próprio sítio da *internet* que aloja o sistema e explica o seu funcionamento nos termos que citamos, da consulta das diversas informações disponíveis *online*, principalmente nos meios de comunicação social, apresentando este sistema e os seus resultados (que periodicamente vêm sendo noticiados), mas também de informações e esclarecimentos que nos foram diretamente prestados em contactos sobre este sistema junto do DCIAP, da Procuradoria-Geral da República, cuja ajuda e disponibilidade muito agradecemos.

10 De facto, a grande maioria das denúncias recebidas até hoje não tem sido propriamente relacionada com práticas de corrupção. De acordo com a notícia publicada no jornal *Sol*, de dia 10.05.2011, disponível *online* em [http://sol.sapo.pt/inicio/Sociedade/Interior.aspx?content\\_id=18800](http://sol.sapo.pt/inicio/Sociedade/Interior.aspx?content_id=18800) (consultado em 24.09.2011), desde novembro de 2010 até maio de 2011, foram apresentadas 794 denúncias, que deram origem a 60 averiguações preventivas e à abertura de três inquéritos (sendo que dois correm no Departamento de Investigação e Ação Penal de Lisboa (DIAP) e um no DIAP do Porto). Em 160 destes casos, o DCIAP

Na página de *internet* é adiante referido que o envio da denúncia só levará à instauração de inquérito se houver, de facto, indícios da prática de crime, mas é realçado que “*nenhuma informação será deixada sem desenvolvimento, visando sempre alcançar a verdade dos factos*”. Os denunciantes são ainda informados de que será decidida a forma processual através da qual será iniciada a investigação.

Quanto à apresentação da denúncia, no espaço que lhe é dedicado<sup>11</sup>, é disponibilizado um formulário electrónico em que é pedido (em campos de preenchimento obrigatório) ao autor da denúncia que indique o sector de actividade em que ocorreram os factos e que os descreva ao pormenor<sup>12</sup>, revelando datas<sup>13</sup>, identificando suspeitos<sup>14</sup> e indicando como teve conhecimento dos mesmos<sup>15</sup>. Por sua vez, é facultativa a indicação do valor aproximado das quantias envolvidas<sup>16</sup>, de outras pessoas que têm conhecimentos dos factos<sup>17</sup>, de um nome (que pode, ou não, corresponder à verdadeira identidade do denunciante, visto que esta não é verificada) e contactos, bem como a entrega de documentos que possam comprovar as suspeitas<sup>18</sup> (sendo possível anexá-los).

---

destinou a informação a outras entidades. Assim, nos primeiros seis meses de funcionamento desta página de *internet*, foram recebidas 794 denúncias, sendo que 351 estão pendentes, 349 arquivadas e 94 foram eliminadas. A notícia refere ainda que 320 estão relacionadas com o sector público, 266 com o sector privado, 4 com o desporto, 11 referem-se ao comércio internacional e 65 pertencem à rubrica “não especificado”. Quanto a dados mais recentes, sabemos que até ao dia 9 de setembro de 2011 (isto é, em 10 meses de funcionamento), foram recebidas 1184 denúncias, 840 das quais no ano de 2011.

11 Cf. *online*: [https://simp.pgr.pt/dciap/denuncias/den\\_criar.php](https://simp.pgr.pt/dciap/denuncias/den_criar.php) (consultado em 20.09.2011).

12 Com a seguinte nota explicativa: “*Narre os factos de que tem conhecimento com o maior detalhe possível, incluindo locais, pessoas e empresas envolvidas, modo de actuar, se foram feitos pagamentos e como, através de que meios, contas bancárias e titulares, procurando ser objectivo*”.

13 Também com nota explicativa: “*Exemplo: em 30 julho de 2009, em finais de julho de 2009, entre 15 e 30 de julho de 2009, em agosto de 2009, em meados de 2009, em 2009, entre janeiro e março de 2009, a situação vem-se repetindo desde há cerca de 2 anos, etc...*”.

14 E, desta outra nota, sublinhe-se a quantidade de *dados pessoais* que são requeridos e cuja proteção adiante questionaremos: “*Indique todos os dados que sabe sobre as pessoas e empresas envolvidas na corrupção ou fraude, local de trabalho, profissão, residência, pessoas das suas relações, contactos, veículos automóveis, outras propriedades, etc.*”.

15 Explicado como “*Diga se ouviu alguém e, nesse caso, a quem, falar dos factos, se os presenciou, se os leu em algum documento*”.

16 Ainda com nota: “*Se não houver entrega/recebimento de dinheiro, indique uma estimativa do valor dos bens em causa*”.

17 Outra nota: “*Identifique outras pessoas que possam auxiliar a investigação, dando informações ou prestando testemunho*”.

18 Também com nota explicativa: “*Indique se possui ou onde se encontram documentos que pensa serem relevantes para a prova. Se os tiver digitalizado, envie-os através da função abaixo “Anexar ficheiro”. Se preferir, pode enviá-los por correio para a morada do DCIAP*”.

As denúncias são recebidas e tratadas pelo DCIAP, que chega a dar exemplos de indicadores de corrupção como “*percentagens de comissão anormalmente altas*”, “*reuniões privadas com agentes públicos que tenham a seu cargo a negociação dos contratos ou com empresas interessadas nesses contratos*” e “*presentes ou dádivas não justificadas*”<sup>19</sup>.

Sendo este sistema orientado para a recolha de informação sobre factos criminosos, designadamente prática de corrupção, qualquer facto relacionado com um crime que seja recebido pelo MP recebe seguimento igual ao dado a denúncias anónimas entregues por outras vias aos magistrados. Assim, foi-nos dito que factos relacionados com a prática de fraude sexual ou de homicídio serão encaminhados para as instâncias competentes, podendo, na prática, o sistema “Corrupção: Denuncie aqui”, servir para denunciar (anonimamente) qualquer tipo de crime. Conforme explica o DCIAP, todas as denúncias têm apenas “utilidade de pré-inquérito”, tendo valor equiparável ao de uma denúncia anónima tal como vêm previstas na lei, sendo-lhes dado um tratamento prévio, ou de pré-processo, e quando haja indícios ou necessidade, podem conduzir a pré-inquéritos ou averiguações preventivas.

Ainda, segundo o MP, não há qualquer intenção directa de premiar ou pagar as denúncias apresentadas, apesar de alguns dos sistemas e mecanismos internacionais que inspiram esta plataforma tenham essa filosofia<sup>20</sup>. Os responsáveis pela medida concebem-na como mera “*due diligence*” do MP, no âmbito das suas competências e funções. É, no entanto, feito este apelo à denúncia e colaboração: “*todos aqueles que se sentiram directamente afectados pela prática de actos de corrupção ou que dispõem de informação privilegiada são convidados a utilizar este meio para contactarem com as autoridades responsáveis pela investigação*”.

E, assim, quase como “recompensa”, ao autor da denúncia é atribuída a chave de acesso para poder aceder à comunicação e tomar conhecimento da investigação, podendo o autor da comunicação manter o anonimato durante todo este processo. No entanto, e ainda de acordo com os responsáveis pelo sistema, o “*feedback*” dado, serve, pelo contrário, para encorajar o denunciante a apresentar-se e revelar a sua identidade, colaborando com a investigação.

19 Cf., mais uma vez, o sítio do sistema, *online* em [https://simp.pgr.pt/dciap/denuncias/den\\_criar.php](https://simp.pgr.pt/dciap/denuncias/den_criar.php) (consultado em 20.09.2011).

20 Designadamente o sistema brasileiro “*Disque Denuncia*” (<http://www.disquedenuncia.org.br/> e <http://www.procurados.org.br/> (consultados em 24.09.2011)) que abaixo referiremos, onde são oferecidas recompensas (monetárias e não só) pelas denúncias, mesmo mantendo-se o anonimato.

Conforme referimos atrás, é facultada uma chave de acesso electrónica a cada denunciante, passando a ser possível, através do mesmo sistema, uma interação entre os investigadores e os denunciantes, a quem é prometido o que já citámos: “*tomar conhecimento da investigação*” e “*outros dados*”. Através desta chave de acesso, os denunciantes podem conhecer o destino das suas denúncias. Assim, quando há arquivamento, o que, segundo nos informou o MP, acontece na maioria das situações, o denunciante é informado através da fundamentação<sup>21</sup> da decisão, seja quando há arquivamento simples, seja quando há reencaminhamento para outras entidades (por haver indícios da prática de outros tipos de ilícito, em muitos casos, administrativos), seja quando, em razão da matéria (não se tratar de práticas de corrupção), deva ser outra instância ou departamento a prosseguir a investigação. A ideia começa por ser assegurar a confiança no sistema e, através do “*feedback*”, permitir aos denunciantes perceber a actuação do MP.

Se é desencadeado procedimento de investigação criminal, a consulta do sítio permite comunicar ao denunciante a abertura de inquérito ou de averiguação preventiva, e informá-lo sobre as novas fases, devendo a informação dada após o início da instrução e, depois, do julgamento, ser limitada ao essencial. Segundo os responsáveis pelo sistema, a informação dada, ou resposta prestada, começa por ter como objectivo levar o denunciante a “dar a cara”, pretendendo desincentivar o anonimato e apelar à colaboração na investigação. No entanto, o anonimato pode manter-se em todas as situações e circunstâncias, continuando a ser prestada informação sobre o destino dado à denúncia e fundamentando o procedimento<sup>22</sup> seguido pelo magistrado e o tipo e formas de averiguação seguidas. Ainda de acordo com as informações dadas pelo MP,

---

21 A fundamentação do arquivamento da denúncia ocupa, em geral, três a quatro parágrafos, e destina-se a justificar a apreciação do magistrado, explicando a desnecessidade de prosseguimento de investigação criminal, e justificando arquivamentos, reencaminhamentos e as escolhas de determinados procedimentos investigatórios, das averiguações preliminares à abertura de inquéritos. Seja pela ainda relativamente curta existência do sistema, seja pela sua vocação e âmbito, a prestação de informações tem sido essencialmente relacionada com factos e averiguações pertencentes a uma fase anterior ao processo penal (“pré-processo”) e, em muito poucos casos, a inquéritos.

22 Assim, são apresentadas mensagens como “*a sua queixa foi enviada para averiguação preventiva*” ou “*foi aberto o inquérito*”, podendo até, eventualmente, ser dado ao denunciante do número único de identificação do processo-crime (NUIPC) do denunciado. Por agora, não se prevê que venham a ser disponibilizadas informações sobre momentos futuros do processo, como, por exemplo, “*foi ouvida a testemunha X*”, ou “*efectuaram-se buscas no domicílio de Y, com os seguintes resultados...*”, mas recorde-se que, não havendo qualquer regulamentação, tudo estará na discricionariedade de quem der informações no caso concreto. Note-se, no entanto, que alguns magistrados são de opinião favorável à prestação desse género de informações.

apesar de se seguirem formulários e modelos de resposta<sup>23</sup>, a informação é individual e personalizada para cada denúncia, limitando-se a descrever sucintamente a actuação dos magistrados e, depois de começar processo penal, não deverá conduzir à prestação de informações sobre o processo ou seus autos. Conforme referimos, segundo as informações do MP, à partida não deverão ser dadas informações seja na instrução seja no julgamento. Assim, a resposta não deverá conter informações sobre terem sido efectuadas buscas ou escutas, ou sobre as testemunhas ouvidas ou os elementos juntos aos autos. Não deverá haver *consulta do processo* através da chave de acesso. Mais uma vez, dentro do MP, há quem demonstre vontade de que isto possa ser possível.

Os dados comunicados ao denunciante, mais do que informações estáticas, são uma verdadeira “comunicação”, estabelecendo-se uma via (que até à utilização destas tecnologias era impossível, especialmente, na relação com denunciante anónimo) entre investigador e denunciante, que deverá ser sobretudo utilizada em averiguações preventivas, ou durante o chamado “pré-processo”. Durante este período, em averiguações correspondentes a diferentes processos tem sido muito distinta a actuação de cada magistrado responsável pelos procedimentos, variando as condutas toleradas e aceites por cada investigador.

Este sistema parece, deste modo, ser a consagração de uma linha directa (ou *hotline*) a incentivar aquilo que é muitas vezes denominado como *whistleblowing*<sup>24</sup>, com alguns antecedentes no direito comparado e em Portugal, e configurando-se eventualmente como investigação criminal e/ou como medida de combate à corrupção (nos termos em que estas figuras vêm previstas na lei), como veremos em seguida.

## 2.2. O sistema em estudo como uma “*whistleblower hotline*”

Ao longo das últimas décadas, e com o desenvolvimento dos meios de comunicação<sup>25</sup>, tanto electrónica como telefónica, têm crescido as possibilidades de criação de novas vias e formas para conseguir obter informação e conhe-

23 Estes formulários e modelos de resposta são meros documentos internos, partilhados entre os magistrados responsáveis, resultantes da prática e utilização do sistema, e não estão disponíveis para consulta.

24 *Whistleblowing* pode definir-se, muito sinteticamente, como a denúncia por funcionários dos crimes que têm conhecimento no exercício das suas funções profissionais.

25 Sobre a evolução da comunicação e a sua relação com o direito penal, cf., entre muitos e por todos, Faria Costa, 1998b e 1998c.

cimento de factos suspeitos, detectando comportamentos abusivos, ilícitos e mesmo criminais. Sendo o objetivo facilitar e maximizar as possibilidades de transmissão de factos (particularmente com relevância penal), tem-se utilizado estas novas tecnologias para aumentar e tornar mais eficientes os canais de comunicação. Foi neste contexto que se desenvolveram as denominadas “*whistleblower hotlines*” ou linhas directas de denúncia, com variações nos mecanismos, mas prosseguindo estes objectivos de canalização de informação sobre factos suspeitos.

Desta forma, em meios e circunstâncias em que há enormes dificuldades de acesso a essas informações, seja por se tratar de “*círculos fechados de indivíduos protegidos por regimes de segredo profissional*”<sup>26</sup>, seja por pressões internas, regimes hierárquicos e de subordinação, seja pela exposição de quem toma conhecimento dos factos a represálias da própria organização, de entidades relacionadas e mesmo sanções disciplinares, a criação, fomento e defesa de mecanismos de “*whistleblowing*”<sup>27</sup>, nomeadamente, linhas directas que protejam e facilitem a prestação de informações, tem-se revelado adequada, ajustada e necessária ao combate a certo tipo de crimes e abusos<sup>28</sup>. Estas necessidades foram particularmente sentidas em meios empresariais, verificando-se enormes perdas na sequência de crimes económicos e fraudes dentro das empresas<sup>29</sup>, que muito contribuíram para o desenvolvimento das tecnologias e sistemas na base destas linhas directas.

Neste sentido, podemos adoptar o conceito dado por Rhys Stacker<sup>30</sup> para “*anonymous or whistleblower hotlines*”, definindo-as como serviços de *email* ou telefone que dão aos funcionários oportunidade para fornecer informação

26 São estas as palavras usadas na explicação do sítio *online*: <https://simp.pgr.pt/dciap/denuncias/> (consultado em 20.09.2011).

27 A expressão “*whistleblower*”, surgiu, nos anos 70, como figura de estilo, da junção entre “*whistle*” (um apito, como algo que soa, um alerta) e “*blower*” (aquele que sopra). O termo vem ligado à imagem que está na base desta figura (que era, antes, usada, em calão americano, para designar árbitros desportivos): um apito soprado por alguém, para sinalizar uma atividade ilícita ou uma falta. Assim, cf., *online*, <http://www.etymonline.com/index.php?search=whistleblower+&searchmode=none>.

28 Neste sentido, identificando as vantagens e capacidades destas linhas directas, cf., por exemplo, Slovin, 2011.

29 Muitas têm sido as agências a analisar os números e efeitos da criminalidade económicas em diversas empresas por todo o mundo. Cf., nomeadamente e aprofundadamente, um recente relatório detalhado sobre essas consequências, PriceWaterhouseCoopers, 2009.

30 Cf. Stacker, 2011: 2.

sobre actividades criminosas que se verifiquem nos seus locais de trabalho, sem medo de represálias<sup>31</sup>.

Parece-nos que as semelhanças entre o sistema em estudo e os sistemas englobados por este conceito saltam à vista. No entanto, esta definição tem, necessariamente, de ser adaptada, para que se possa considerar o sistema “Corrupção: *Denuncie aqui*” como uma *whistleblower hotline*, nomeadamente no que diz respeito ao elemento subjectivo, visto que nessa linha de denúncias criada pelo MP qualquer um tem a oportunidade de fornecer informação sobre o facto ou factos que lhe pareçam consubstanciar um crime de corrupção, não sendo necessário ser funcionário (nem público, nem de qualquer empresa<sup>32</sup>).

Conforme vimos, as *linhas directas de denúncia* começaram por surgir, desde finais do séc. XX, em empresas por todo o mundo, como resposta, a nível interno, a problemas de corrupção, *governance* e ética empresarial<sup>33</sup>. Já então, estes mecanismos procuravam prevenir e detectar abusos e falhas dentro das várias empresas que os instituía, quase se podendo dizer que estamos perante um fenómeno de “investigação criminal por particulares”. É a criação de mecanismos deste tipo em determinadas empresas passou até a ser obrigatória, em alguns países, desde o início do século XXI<sup>34</sup>, tendo crescido o número de sistemas deste tipo por todo o mundo.

---

31 Os “denunciantes” que utilizam estas linhas, ou “*whistleblowers*”, são geralmente “*insiders*” (ou “pessoas que têm a informação de dentro”) que denunciam a uma autoridade, ou mesmo ao público em geral, actividades ou comportamentos desonestos ou ilegais, que se verifiquem em algum serviço público, numa organização pública ou privada, ou numa empresa. A aparente violação ou infração pode ser uma violação de lei, regra ou regulamento muitas vezes com supostos danos ou ameaças ao interesse público e referem-se frequentemente como casos típicos, atos de corrupção.

32 Conforme referimos, a grande maioria das denúncias apresentadas no sistema provém de utentes de empresas ou serviços públicos, insatisfeitos com o tratamento que lhe foi dado ou com a decisão desfavorável às suas pretensões.

33 Neste sentido, entre muitos, por exemplo, cf. Burke, Tomlinson & Cooper: 2010: 279, e o sítio dedicado ao tema, *online*: <http://www.ethicsworld.org/> (consultado em 05.09.2011).

34 Em 2002, nos Estados Unidos da América, a lei federal *Sarbanes–Oxley Act*, de 30 de julho, estabeleceu uma série de padrões para as empresas, passando a exigir legalmente a existência, em certas empresas, destas *hotlines*, devendo assegurar-se a possibilidade de anonimato. Este diploma, também conhecido como *Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act* (no Senado) ou *Corporate and Auditing Accountability and Responsibility Act* (na Câmara dos Representantes) e comumente referido como *Sarbanes–Oxley* (ou abreviadamente *Sarbox* ou *SOX*), herdando o nome dos Senadores que propuseram e apoiaram esta lei. O projeto de lei surgiu em reação à sequência de grandes escândalos corporativos e contabilísticos do início do séc. XXI, que afetou empresas como *Enron*, *Tyco International*, *Adelphia*, *Peregrine Systems* e *WorldCom*. Esses escândalos custaram milhões de dólares aos investidores quando os preços das ações das empresas afetadas entraram em colapso e abalaram a confiança do público nos mercados de valores mobiliários do país.

Parece-nos clara a influência destas experiências internacionais na criação pelo MP português do sistema “Corrupção: *Denuncie aqui*”<sup>35</sup>. Contudo, também sabemos que o fomento e proteção do *whistleblowing* não são novidades no processo penal, nem português, nem internacional, importando relembrar, a propósito, a sua proteção no direito internacional público e no direito internacional dos direitos humanos, que autores como Paulo Pinto de Albuquerque consideram “*há muito consolidada*”<sup>36</sup>. Essas disposições, não apenas de direito nacional<sup>37</sup>, mas principalmente direito internacional público<sup>38</sup>, implicam que este tipo de denúncia não constitua, em caso algum, violação do segredo profissional ou de quaisquer deveres de natureza análoga disciplinar.

A proteção do *whistleblowing* tem-se concretizado, inclusivamente, no direito comparado e no passado jurídico português, através de sistemas com algumas semelhanças evidentes com o sistema em estudo.

### 2.3. Direito comparado e antecedentes em Portugal

A procura de alguns lugares paralelos torna-se necessária, visto que, segundo os magistrados do MP ouvidos sobre o sistema “Corrupção: *Denuncie aqui*”, esta medida não foi original, decorrendo de recomendações internacionais<sup>39</sup>

---

35 Ainda que este sistema tenha como objetivo o combate à corrupção em organismos quer públicos, quer privados, parece estar particularmente vocacionada para a atuação do Estado, quase o tratando como uma empresa e cada cidadão como um funcionário dessa empresa. E acreditamos que a realidade do Estado *prestador* português, repartindo-se essas prestações de serviços desde logo por inúmeras empresas públicas, mas também por um número (tantas vezes criticado) de serviços, órgãos e departamentos da Administração Pública e decisores políticos e administrativos, confere ao Estado-administração nacional determinadas características de “grande empresa”, parecendo simples estabelecer esses paralelos. Assim, as consequentes múltiplas possibilidades nocivas dos denominados “crimes internos” de corrupção, ou mesmo a dita “criminalidade de funcionários” parecem justificar esta medida da “empresa” que é o Estado Português. Sobre esse tema, cf., nomeadamente, Cunha, 2008.

36 Cf. Pinto de Albuquerque, 2011: 664, em anotação ao artigo 242.º CPP.

37 Assim, cf. as garantias que adiante referiremos do artigo 4.º da Lei n.º 19/2008.

38 Cf., ainda, o artigo 33.º da Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, o artigo 5.º da Convenção da OECD sobre o combate à corrupção dos funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais, ainda a regra 12.º da recomendação n.º R (2001) 10 sobre códigos de conduta para funcionários públicos, e a regra II.7 da recomendação (2001) 11, relativa aos princípios que regem a luta contra o crime organizado, as duas recomendações adoptadas pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, e também a Resolução 1551/2007 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa.

39 No entanto, das várias recomendações internacionais públicas e disponíveis para consulta, nenhuma refere, explicitamente, a introdução de sistemas como aquele que estudamos. Assim, desde logo, as mais recentes avaliações do GRECO (*Group of States against Corruption*), através dos chamados “Evaluation Report on Portugal, Third Evaluation Round adopted by GRECO”, de dezembro de 2010. Estão disponíveis *online*, os Relatórios do GRECO de avaliação a Portugal de 2010 (vols. I e II), de 2005 (vols. I, II e III) e de 2002 (vols. I, II e III, em [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default_en.asp) e em



e importando modelos de outros ordenamentos jurídicos. Por isso, é-nos útil, muito sucintamente, fazer referência a outras experiências semelhantes a esta – *linhas directas, electrónicas, de denúncia de crimes (de corrupção) a autoridades públicas* no direito comparado. Podemos encontrar algumas iniciativas muito semelhantes a este sistema, normalmente associadas a circunstâncias de grande suspeição e vontade de intensificar o combate à corrupção. O caso mais paradigmático de outra linha deste tipo no estrangeiro é o da África do Sul<sup>40</sup>, mas, mais recentemente, parecem também ter passado a existir linhas directas (apenas telefónicas) para denúncia de corrupção na Rússia<sup>41</sup> e no Chile<sup>42</sup>.

Contudo, em vários outros países, podemos encontrar programas relacionados com *hotlines* electrónicas para combate à criminalidade, designadamente os projectos que nasceram de grupos de particulares que pretendem colaborar com as autoridades, auto-denominados “*Crime Stoppers*”<sup>43</sup>. A grande marca distintiva desses sistemas em relação a este é o facto de não terem sido lançados pelas próprias autoridades.

Em Portugal, a ideia de convocar particulares para a investigação criminal, através de várias formas, não é nova, nem na História, nem na mais recente evolução do processo penal, como veremos adiante. No entanto, no que diz respeito ao envolvimento dos particulares através de *whistleblower hotlines*, não

---

tcontas.pt/documentos.html, sendo que nenhum desses documentos recomenda a instituição de *hotlines* deste tipo. Também não procede assim o recente *Global Corruption Barometer 2010*, da *Transparency International*, (*The global coalition against corruption*), disponível online em <http://www.transparency.org> (todas as páginas consultadas em 05.09.2011). Parece-nos que as recomendações internacionais referidas pelo MP deverão ser documentos internos, entre investigadores criminais europeus, e não só, que apontarão neste sentido.

40 *Online*: <http://www.southafrica.info/services/government/hotline-anticorruption.htm> (consultado em 28.08.2011).

41 *Online*: <http://www.infobae.com/notas/561649-Rusia-tiene-una-linea-directa-contr-la-corrupcion.html> (consultado em 28.08.2011).

42 *Online*: <http://www.denunciaseguro.cl/preguntas-frecuentes/#1> (consultado em 28.08.2011).

43 Assim, nos Estados Unidos da América *online* em <http://www.crimestoppersusa.com/>; no Reino Unido *online* em <http://www.crimestoppers-uk.org/>; no Canadá *online* em <http://www.canadiancrimestoppers.org/>; na Austrália *online* em <http://www.crimestoppers.com.au/cs/home.jsp>; no Brasil *online* em <http://www.disquedenuncia.org.br/>, em <http://www.procurados.org.br/>, e ainda, mais recentemente, uma página aparentemente para quaisquer “denúncias de descontentamento”, mas curiosamente com o mesmo nome do sistema da PGR, *online* em <http://www.denunciaaqui.com.br/com/>; e no Chile (aparentemente já com apoio público, mas para denúncias de delinquência) em <http://www.denunciaseguro.cl/>. A plataforma internacional “*Crime Stoppers*” encontra-se *online* em <http://www.c-s-i.org/> (todas as páginas consultadas em 16.09.2011).

encontramos antecedentes semelhantes no ordenamento jurídico português, pois embora tenham existido linhas electrónicas ou telefónicas de queixa, estas pressupunham sempre a identificação do denunciante, como veremos adiante, pelo que não eram mais do que uma simplificação do método tradicional de denunciar um crime, em papel.

Muito resumidamente, podemos identificar antecedentes de protecção, mesmo legal, do *whistleblowing* relacionado com a corrupção, na Lei n.º 19/2008, que alterou o art. 4.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que estabeleceu medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira. Esta lei introduziu um conjunto de “*garantias dos denunciantes*”, que protegem e garantem o *anonimato*, até à dedução de acusação (no art. 4.º, n.º 3), aos trabalhadores da Administração Pública e de empresas do sector empresarial do Estado que denunciem o cometimento de infrações de que tiverem conhecimento no exercício das suas funções. Coloca, assim, em vigor, um conjunto de medidas de combate à corrupção (como uma presunção de que a aplicação de sanções disciplinares é abusiva ou um direito a transferência a seu pedido, sem faculdade de recusa, após dedução de acusação), que, no entanto, são claramente distintas daquela que é introduzida pela medida em estudo.

O Sistema “Corrupção: *Denuncie aqui*” lembra também o “Sistema de Queixa Electrónica”<sup>44</sup>, introduzido pela Portaria n.º 1593/2007, de 17 de dezembro (que iniciou o projecto chamado “*e-policing*”, relacionado com o “*projecto do governo electrónico em curso*”, de acordo com o preâmbulo da Portaria). Este sistema consiste apenas numa forma de *desmaterialização* do acto de denúncia de qualquer crime, que passa a ser feita *online*, através do preenchimento de um formulário, funcionando exactamente como as queixas em papel: tem de ser assinada pelo denunciante e este devidamente identificado, não sendo possível denunciar anonimamente (isto é possível pela admissão do uso da certificação electrónica para assinatura da queixa, exigindo a utilização do cartão do cidadão – ainda que o mesmo preâmbulo refira, quanto à identificação que “*de forma realista, não deixa de prever-se, contudo, um sistema de autenticação presencial junto de uma rede alargada de entidades que, além das forças de segurança, incluem as lojas do cidadão e a vasta rede nacional de estações dos CTT*”). Deste modo, a referida portaria criou apenas um “balcão virtual” da polícia, para recebimento de denúncias, que são apenas distintas das “tradicionais” por causa da utilização de formulá-

---

44 O “Sistema de Queixa Electrónica” está alojado em <https://queixaselectronicas.mai.gov.pt> (consultado em 12.09.2011).

rios em suporte eletrónico. Note-se, no entanto, que essa pequena diferença, só em termos de forma de envio da denúncia, implicou uma alteração ao Código de Processo Penal (CPP). Parece ser também uma semelhança entre os dois sistemas, o facto de ambos preverem uma “consulta sobre o estado do processo”. No entanto, note-se que a Portaria que regula o Sistema de Queixa Eletrónica acrescenta que só há consulta do estado do processo “até que este transite para a entidade competente” (art. 2.º, n.º 2, al. c)). Assim, existem normas que definem a informação que é dada: o denunciante saberá que a sua denúncia está pendente, até ter a notícia de que já foi encaminhada para o departamento correto do MP, para a ASAE, para a CMVM, entre outros (recorde-se que este sistema aceita denúncias para qualquer tipo de crime), sendo que esse é o único ato de que terá conhecimento, nos termos da Portaria. Assim, podemos concluir que este sistema consubstanciou, apenas, uma alteração de procedimento, não sendo uma verdadeira alteração do processo penal, mas ainda assim sentiu-se a necessidade de a regulamentar através de uma portaria.

Por fim, ainda podemos encontrar antecedentes de uma *hotline* especificamente para corrupção na “Área de Conteúdos – Queixa Electrónica” do sítio da *internet* da IGAL (Inspeção-Geral da Administração Local)<sup>45</sup>, que, no entanto, exigia detalhadamente os dados dos queixosos, exigindo os números de identificação e de contribuinte para a apresentação de uma queixa, e consistindo, também, apenas numa desmaterialização dos atos de queixa à Inspeção-Geral de maus procedimentos das autarquias.

O sistema “Corrupção: Denuncie aqui” parece assemelhar-se com os três sistemas anteriores, reunindo características de todos eles – protegendo o *anonimato*, *desmaterializando* o ato de denúncia e relacionando-se com atuações ilícitas da administração ou *de funcionários* – mas é totalmente novo! Em nenhum destes sistemas foram criadas e dadas aos denunciante “chaves de acesso”, nem informações, nem se verificou qualquer promoção das *denúncias anónimas* a nível global, para todos os cidadãos. As referidas garantias relacionadas com o anonimato existem para defender trabalhadores do despedimento e de outras sanções.

O sistema em estudo não é, assim, equiparável a nenhuma destas realidades, não bastando, portanto, os seus enquadramentos para melhor o compreender e qualificar. No entanto, no Direito processual penal português identificamos

45 Cf. *online* em <http://www.igal.pt/aaaDefault.aspx?back=1&f=1&mcna=1&inc=6167AAAAAAAAAAAAAAAA&código=61626163AAAAAAAAAAAAAAAA> (consultado em 08.08.2011).

dois regimes gerais, com os quais devemos relacionar, e procurar enquadrar, o sistema “Corrupção: *Denuncie aqui*”: os regimes respeitantes à *investigação criminal* e às *medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira*.

#### **2.4. O conceito de investigação criminal e o enquadramento do sistema no seu âmbito**

Tendo em conta o que até agora dissemos, conseguimos compreender que a criação deste sistema foi, no fundo, uma diligência do MP que visou facilitar e aumentar o seu conhecimento da prática de atos que preenchem o tipo legal dos crimes de corrupção, a determinação dos seus agentes e da sua responsabilidade, e a recolha de provas. O que acabámos de dizer remete-nos necessariamente para a definição de “investigação criminal” que consta do artigo 1.º da Lei de Organização da Investigação Criminal (Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto): “*A investigação criminal compreende o conjunto de diligências que, nos termos da lei processual penal, se destinam a averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade e descobrir e recolher as provas, no âmbito do processo*”. Será que podemos, assim, considerar que a criação e manutenção deste sistema é uma forma de *investigação criminal*<sup>46</sup> levada a cabo pelo MP?

A resposta, à partida, poderia parecer positiva, por estarem preenchidos todos os pressupostos do conceito desenhado pelo legislador: não há dúvidas de que o sistema “Corrupção: *Denuncie aqui*” se destina a levar ao conhecimento do MP a existência de crimes, dos seus autores, da sua responsabilidade, e do máximo de provas que os particulares consigam disponibilizar, sendo uma diligência que surgiu como resposta à insuficiência da forma clássica de denúncia, no que aos crimes de corrupção e fraude diz respeito. Há, no entanto, dois pontos de diferenciação que importa realçar: o primeiro é o facto de a investigação criminal, como entendida pelo legislador, se desenvolver na fase de inquérito, enquanto que o sistema em estudo foi criado pelo MP como forma de obter denúncias de crimes, logo, logicamente, localiza-se temporalmente

---

46 Note-se que há quem defenda, como Guedes Valente, que o conceito de *investigação criminal* deve ser mais abrangente do que aquele que resulta da definição legal. Assim, este autor considera que se deveria incluir também “*o processo de procura de indícios e de vestígios que indiquem e expliquem e nos façam compreender quem, como, quando, onde e porquê foi/é cometido o crime x*”, exigindo que todo esse processo e procedimentos sejam padronizados e sistematizados segundo regras jurídicas que travem o poder de quem o pode abusar. Cf. Valente, 2004: 161.

num momento anterior à abertura do inquérito – o MP não criou este sistema para o auxiliar na investigação de crimes na fase do inquérito, mas sim para o auxiliar na tomada de conhecimento de crimes para, mais tarde, poder abrir inquérito; o segundo ponto prende-se com o facto de este sistema, como já referimos anteriormente, não vir previsto na lei processual penal (como exige a definição apresentada, exigindo uma tipicidade das formas de investigação criminal), o que é mais uma razão a ponderar quando analisarmos esta falta de consagração legal.

### 2.5. O sistema em estudo como uma “medida de combate à corrupção”

Assim, mais do que “investigação criminal”, parece-nos quase evidente qualificar este sistema como uma “medida de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira”, tal como vêm previstas na lei que as prevê, a Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, que confere ao MP e à Polícia Judiciária, através da Direção Central para o Combate à Corrupção, Fraudes e Infrações Económicas e Financeiras, competência para realizar ações de prevenção para determinados crimes, como os de corrupção<sup>47</sup>.

Quanto às medidas de combate concretamente permitidas, são admitidas as “ações de prevenção”, cuja enumeração é apenas exemplificativa (art. 1.º, n.º 3), compreendendo, entre outras: (i) a recolha de informação relativamente a notícias de factos susceptíveis de fundamentar suspeitas do perigo da prática de um crime (al. *a*); (ii) outras diligências que se revelem necessárias e adequadas à averiguação da conformidade de determinados atos ou procedimentos administrativos, no âmbito das relações entre a Administração Pública e entidades privadas (al. *b*); e (iii) propostas de medidas susceptíveis de conduzirem à diminuição da corrupção e da criminalidade económica e financeira (al. *c*). Parece-nos muito fácil relacionar a descrição destas ações com a descrição que fizemos do sistema: há recolha de informação, há diligência adequada (e necessária?) às averiguações e parece haver mais do que uma proposta de uma medida que conduz à diminuição da corrupção. As grandes dúvidas prendem-se com o facto de *haver mais do que isso* (desde logo, a “contraprestação” de informações) e de poder haver limites a estas possibilidades previstas na lei que não sejam explícitos nem venham necessariamente regulados.

---

47 O elenco taxativo de crimes para os quais é conferida competência para realizar ações de prevenção vem previsto no artigo 1.º, n.º 1, alíneas *a*) a *e*), da mesma lei.

Tem sido com base nas normas deste diploma que o MP vem enquadrando o sistema “Corrupção: *Denuncie aqui*”, bem como, em geral, toda a sua atuação pré-processual, ou de “pré-inquérito”, e averiguações fora do inquérito ou, melhor, desta fase tal como vem delimitada no CPP<sup>48</sup>.

O inquérito, *em sentido amplo*, pode ser definido como o conjunto de actos de polícia que visam a averiguação sumária de certas infrações, descoberta dos seus autores e colheita das provas respectivas, numa “fase policial”<sup>49</sup>, e, *em sentido estrito*, conforme prevê o artigo 262.º CPP, corresponde ao conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação de um processo concreto. Já o “pré-inquérito” será a fase, da responsabilidade do MP, que compreende as “ações de prevenção” que atrás referimos e todas as diligências de investigação criminal, visando a averiguação de infrações, autores (e eventualmente recolha de prova), antes mesmo de iniciado um processo penal.

---

48 Uma questão que não podemos aprofundar neste texto prende-se com as dúvidas que se têm vindo a colocar quanto à constitucionalidade de determinadas normas das leis que referimos como enquadrando a atuação dos magistrados, designadamente as referidas Lei n.º 36/94 e Lei n.º 49/2008, na medida em que alteram a estrutura do processo ou violam as garantias gerais dos investigados (como, por exemplo, de autorização prévia de um juiz de determinados atos). Estas dúvidas terão de ser necessariamente “importadas” para analisar o sistema em estudo, que origina novas situações em que os magistrados agem “preventivamente” sem que exista qualquer “lei do pré-processo” que os balize. Relembre-se, sobre isso, o problema dos “pré-inquéritos”, do “processo preparatório” ou da investigação criminal fora e prévia ao processo penal. Entre nós, infelizmente, a bibliografia que estuda este tema também é muito escassa, apesar da atenção que vem sendo dada à etapa imediatamente seguinte, do chamado “processo penal preliminar”, por todos: cf. Silva, 1990. O autor distingue os conceitos de “processo preparatório” (a antiga fase em que se procedia à investigação dos factos suspeitos de constituírem crime e dos seus agentes) e de “processo penal preliminar” (o que vem previsto no novo CPP e que corresponde à fase que antecede o julgamento), cf. *idem*, *ibidem*: 17-18. Quanto ao tema das “diligências pré- ou extra-processuais”, cf. Mendes, 2008: 31-35, que recupera a questão levantada por Figueiredo Dias quanto às vulnerabilidades decorrentes de “mudanças ou burlas de etiquetas” aplicadas ao inquérito (e pré-inquérito), que podem ajudar à violação, designadamente, dos limites dos prazos de inquérito. Sobre este problema, cf. Figueiredo Dias, 1989: 7.

Quanto ao “regime do pré-processo”, cf., ainda, Albuquerque, 2011, em anotação ao artigo 249.º, pp. 674-687, onde distingue a “competência para a prevenção criminal” das restantes, identifica a ausência de um regime legal geral das ações de prevenção criminal, e aponta a necessidade de realizar interpretações conformes à Constituição para “salvar” alguns dos atuais regimes, inclusivamente questionando a possibilidade de “pré-inquéritos”, devido às dúvidas levantadas quanto à conformidade com a Constituição de procedimentos de investigação criminal fora de um processo penal.

Sobre estes problemas, também Noronha do Nascimento alertou para os perigos dos pré-inquéritos: “se, fora dos quadros constitucionais, o inquérito é admissível (como o processo de 87 o consagrou) também o será o pré-inquérito controlado por qualquer polícia de investigação, e assim indefinidamente por aí fora, numa sequência contínua e perigosa”, cf. Nascimento, 2011.

49 Neste sentido, cf. Codeço, 1979: 80.

Assim, se será claro que a criação do sistema ocorreu, genericamente, antes de todos os processos, também a sua utilização, para cada denúncia, começa por preceder, necessariamente, todos eles, podendo, depois, os períodos de utilização do sistema decorrer sem se iniciar o processo (e “trocando-se” informações entre denunciante e investigador através do sistema) e sendo ainda possível continuar a ser utilizado depois de começado o processo, já não havendo nem prevenção, nem investigação criminal, concebendo-se uma “medida de combate à corrupção” completamente distinta daquelas “ações de prevenção” que descrevemos.

### **3 PODERIA O MINISTÉRIO PÚBLICO LANÇAR ESTE SERVIÇO DE DENÚNCIA?**

Observando o sistema de denúncias electrónicas tal como anteriormente o descrevemos, importa, então, procurar responder à segunda questão levantada, que corresponde ao título deste capítulo, e que se prende, essencialmente, com a necessidade de compreender se esta medida do MP está em conformidade, a nível material e a nível orgânico e formal, com o espírito e as normas que compõem o ordenamento jurídico português.

Como fomos, em alguns pontos, adiantando, há alguns aspectos do sistema “Corrupção: *Denuncie aqui*” que levantam problemas de conformidade com o Direito português. Dividiremos, assim, a análise desta questão em quatro partes, correspondendo às desconformidades do sistema em estudo com várias fontes do ordenamento jurídico português: em primeiro lugar, a conformidade material com a Constituição, depois, a conformidade orgânica e formal com a mesma lei fundamental, seguindo-se a lei, e finalmente o Direito da União Europeia.

#### **3.1. Conformidade material com a Constituição**

Materialmente, encontramos, desde logo e principalmente, dúvidas quanto à harmonia deste sistema de denúncias com alguns dos direitos fundamentais consagrados na Constituição da República Portuguesa (CRP), em especial, os direitos à reserva da intimidade da vida privada e à utilização não abusiva das informações pessoais e familiares, previstos, respectivamente, nos números 1 e 2 do artigo 26.º.

E as principais dúvidas que colocamos não se concentram na incursão na vida privada dos denunciados que qualquer investigação criminal ou processo penal implica, sendo conhecidos os múltiplos e clássicos problemas de arti-

culação entre os valores da segurança e da liberdade. Neste sentido, exige-se sempre em qualquer juízo uma ponderação constitucional<sup>50</sup> entre as necessidades de proteção da privacidade e intimidade de cada cidadão, mesmo perante o Estado, reconhecendo-se esferas invioláveis a cada indivíduo<sup>51</sup> e as necessidades da justiça penal (sobretudo processual, na vertente investigatória) e da defesa do Estado. A questão primordial, na nossa opinião, prende-se com os dados da investigação penal que são revelados a terceiros (os denunciante) na “fundamentação” ou “*feedback*” prestados através do sistema, que podem entrar na reserva de intimidade protegida pela Constituição.

Quanto ao direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, relembramos que este vem sendo decomposto, por muita doutrina<sup>52</sup>, em dois direitos menores: (i) o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e (ii) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada de outrem (que se encontra, ainda, no artigo 80.º

---

50 Este tipo de ponderação é exigido em qualquer restrição de direitos fundamentais, não devendo as dificuldades que lhe são inerentes absolver qualquer intérprete e aplicador do direito de não proceder dessa forma. Sendo que também sobre estes problemas é extensa a bibliografia, entre nós, refira-se, por todos, Novais, 2010. Nomeadamente, sobre ser a ponderação de bens a “*metodologia constitucionalmente adequada*”, v. pp. 639-726.

51 Assim, discutindo essas “invasões” na liberdade de cada um em nome da segurança e necessidades da justiça penal, recorde-se todas as discussões, das mais clássicas às mais modernas, sobre temas como as escutas telefónicas, as buscas ou o levantamento de sigilo e segredo, profissionais ou bancários. Muita doutrina identifica, aliás, uma profunda inflexão nos valores jurídico-penais desde o 11 de setembro de 2011, com um claro reforço de ideologias securitárias e com consequências a nível substantivo multiplicando-se as incriminações, mas, essencialmente, começando a distinguir-se um “direito penal do inimigo”. Cf., entre outros, Martins, 2003: 581-610; Castro, 2005: 65-95; Costa, 2008: 415-445; Prittwitz, 2004: 31-45. Sobre estes mesmos problemas, da tensão entre segurança e liberdade, ao “*direito penal do inimigo*”, é muito oportuno – mesmo para outras questões tratadas neste trabalho – ler jurisprudência recente do Tribunal da Relação do Porto, nomeadamente no Ac. de 28 de maio de 2008, Proc. n.º 0812167, e no Ac. de 29 de outubro de 2008, Proc. n.º 0814711, ambos relatados por Maria do Carmo Silva Dias, em que é dito: “É certo que, hoje em dia (...) há uma certa tensão entre a ideia de segurança por um lado e a liberdade por outro. Mas, não é pelo facto de no direito penal liberal se dar preferência (primazia) à segurança, que vamos cair na defesa do ‘direito penal do inimigo’. E, não obstante aderirmos à posição dos que concluem que o ‘direito penal do inimigo’ desconsidera a noção de pessoa (tal como, por outro lado, o direito penal simbólico só quer sucesso simbólico, sucesso político e, nessa medida, não contribui para um melhor direito penal), a verdade é que é preciso não esquecer que há muito que o legislador abandonou aquela ideia da pena como retribuição e expiação. Todos sabemos que qualquer reforma penal não pode prescindir da protecção dos direitos fundamentais que são assegurados a qualquer pessoa em sociedades democráticas, liberais, tolerantes e solidárias”, disponível online em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/03338ece895ccf4e802574fa003b1d0e?OpenDocument>. (consultado em 20.09.2011).

52 Cf. Canotilho & Moreira, 2007: 467 ss., em anotação ao artigo 26.º. Ainda sobre o tema da reserva da intimidade da vida privada no direito penal, v. Andrade, 1997: 25-57; Faria Costa, 1998: 63-82; e especialmente sobre as “*comunicações electrónicas e a privacidade*”, cf. Neves, 2011: 15-63; e, em geral, v., por todos, Capelo de Sousa, 1978: 93 e ss..



do Código Civil (CC), que é considerado Constituição material por autores como Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>53</sup>).

Quanto ao direito previsto no art. 26.º, n.º 2, a CRP exige que a lei estabeleça garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas de informações relativas às pessoas, “*compreendendo-se essa preocupação suplementar face aos sofisticados meios que a técnica hodierna põe à disposição da devassa da vida privada e da colheita de dados sobre ela*”, como explicam aqueles autores<sup>54</sup>.

É importante notar que não será fácil delimitar as áreas da vida privada e familiar que gozam de reserva de intimidade, daquelas que estarão mais ou menos abertas à publicidade<sup>55</sup>, e que a extensão normativa do direito fundamental à vida privada deverá partir de um conceito de «vida privada» que respeite (i) os comportamentos, (ii) o anonimato e (iii) a vida em relação<sup>56</sup>. Todas essas dimensões serão necessariamente afectadas por uma investigação criminal, na medida em que, à partida, qualquer denúncia consiste num relato que identifica o denunciado e descreve seus comportamentos e vida em relação. No entanto, note-se que no sistema que estudamos é pedido especificamente ao denunciante que, num espaço do formulário, “[*n*]arre os factos de que tem conhecimento com o maior detalhe possível, incluindo locais, pessoas e empresas envolvidas, modo de actuar, se foram feitos pagamentos e como, através de que meios, contas bancárias e titulares, procurando ser objectivo”, o que poderá ser indício de que se promove uma “investigação privada” dos crimes, potencialmente violadora da esfera de intimidade, independentemente das dificuldades em demarcar essas áreas<sup>57</sup>.

53 V. Canotilho & Moreira, 2007: 467, nota X.

54 *Idem, ibidem*: 467, nota 3. Cf., ainda, as remissões dos mesmos autores para os Acórdãos do TC n.ºs 255/02 e 207/03.

55 Procurando delimitar áreas distintas, em Direito Civil distingue-se uma *esfera pessoal íntima* – absolutamente protegida –, de uma *esfera privada simples* – apenas relativamente protegida, eventualmente cedendo quando em conflito com outro interesse ou bem público. Desaconselhando a transposição desses raciocínios para o Direito Constitucional, Gomes Canotilho e Vital Moreira defendem que “*à luz deste preceito da CRP parece que tal distinção não é relevante. O critério constitucional talvez devesse arrancar dos conceitos de «privacidade» (n.º 1 in fine) e «dignidade humana» (n.º 2), de modo a definir-se um conceito de esfera da vida privada de cada pessoa, culturalmente adequado à vida contemporânea*”. Cf. Canotilho & Moreira, 2007: 468.

56 V. *idem, ibidem*.

57 Também para o problema da delimitação de áreas ou esferas de intimidade e privacidade não temos aqui o tempo e espaço necessários, cumprindo-nos remeter para alguma doutrina portuguesa que abundantemente tem tratado o problema, procurando critérios seguros – geralmente a partir da “teoria das esferas” – para delimitar núcleos e correspondentes graus de proteção mais ou menos exigidos. Neste

Por outro lado, a possibilidade de consultar o “estado do processo”, traduzida num acesso a informações sobre esse processo, oferecidas gratuitamente, sem sequer serem requeridas – que, como já referimos, consideramos como a “recompensa” do sistema “Corrupção: *Denuncie aqui*” –, terá certamente a potencialidade de violar esferas de reserva de intimidade, pelo que nos centramos neste aspecto.

Conforme relatámos, são prestadas aos denunciante, essencialmente, informações acerca do destino das suas denúncias, consistindo numa fundamentação das decisões do MP durante o “pré-processo” – do arquivamento da denúncia às averiguações preliminares e abertura de inquérito –, ficando na discricionariedade de cada magistrado<sup>58</sup>, para cada denúncia, definir o que e como informa e revela a cada denunciante quanto às averiguações, procedimentos e processo, não estando previamente fixados limites, nem parecendo haver qualquer preocupação quanto a proteção de dados pessoais do denunciado.

Segundo os responsáveis pelo sistema, a prestação de informações tem como principal função desincentivar o anonimato e fomentar a participação activa do denunciante na investigação criminal, reforçando a sua confiança nos agentes da justiça penal. Neste sentido, e na nossa interpretação, os dados revelados pretendem “seduzir” o denunciante, e demonstrar-lhe a dedicação e trabalho dos investigadores – sendo estas as principais preocupações, e sem quaisquer critérios ou limites previamente fixados, a preocupação com a proteção da privacidade do investigado é secundária e poderá ser mesmo esquecida.

---

sentido, cf. Cordeiro, 2011: 130 ss; e Miranda & Rui Medeiros, 2010: 603-632, em anotação ao artigo 26.º, e bibliografia aí citada.

58 Neste sentido, terá muita utilidade convocar os estudos sobre a discricionariedade administrativa e adaptá-los convenientemente à atuação do MP, tendo em conta as características de próprias decorrentes da titularidade da ação penal. Esse estudo, infelizmente, ainda não terá sido feito com a extensão necessária para o MP (nem para a atuação das polícias secretas!). Como ponto de partida, aceitemos que a discricionariedade administrativa consiste na liberdade conferida pela lei a um órgão administrativo para que este escolha o comportamento que lhe pareça, em concreto, mais adequado à satisfação da necessidade pública específica prevista na lei, de entre uma série limitada ou ilimitada de comportamentos possíveis. A doutrina, essencialmente de Direito administrativo, tem vindo a aprofundar a compreensão do conceito de “discricionariedade” para melhor compreender a atuação da Administração. Sabemos, assim, hoje que a “discricionariedade administrativa (...) é um resultado normativo relativo a uma escolha entre alternativas: o que a identifica é, exactamente, a circunstância de se tratar de uma situação, derivada de uma norma, em que se apresentam alternativas e em que deve ser realizada uma escolha. A invariante do conceito normativo de discricionariedade administrativa está, por isso, na existência (...) de alternativas geradoras de uma escolha”, cf. David Duarte, 2008: 35. Sobre a discricionariedade, a liberdade conferida ao decisor e a ilegalidade, cf., entre outros, Raposo, 2006: 407-419; Oliveira, 1984 (cuja definição, mais simples, adaptámos nesta nota); David Duarte, 2006; Maria Luísa Duarte, 1987: 35-74; e Rebelo de Sousa & Matos, 2007: 107-108.

Conforme ficou atrás descrito, a “consulta do estado” disponível através da chave de acesso é, essencialmente, uma fundamentação do destino dado à informação apresentada e os dados comunicados ao denunciante, mais do que informações estáticas, são uma verdadeira “comunicação aos interessados”, estabelecendo-se uma via (até à utilização destas tecnologias impossível, na relação com denunciante anónimos) entre investigador e denunciante, que deverá ser sobretudo utilizada em averiguações preventivas, ou durante o chamado “pré-processo”. Durante este período, em averiguações correspondendo a diferentes processos, tem sido muito distinta a actuação de cada magistrado responsável pelos procedimentos, variando as condutas toleradas e aceites por cada investigador.

Assim, parece-nos que esta ampla discricionariedade na prestação de informações sobre um processo penal tem o enorme potencial de violar a área de privacidade do denunciado, que a CRP exige que se proteja. A consagração de um sistema deste tipo vai contra a exigência de previsão de garantias efectivas contra a utilização abusiva de informações, garantindo exactamente o contrário: oferece informações sem serem sequer pedidas, permitindo que o denunciante siga um processo que irá perturbar, sem dúvida, a vida pessoal do denunciado, sem ter sequer de se deslocar. Para além de se promover a delação e o anonimato, promove-se quase uma mórbida perseguição da “desgraça alheia” (ainda que vista pela sociedade como “merecida” ou “justa”), que é usada como recompensa da delação<sup>59</sup>!

No entanto, é possível que os magistrados, na utilização da sua discricionariedade, optem sempre por dar o mínimo de informação, fazendo-a consistir apenas numa fundamentação de decisões administrativas, e procurando não invadir a esfera de intimidade do denunciado, mas apenas a sua esfera privada simples (que, como já referimos<sup>60</sup>, é aquela que pode eventualmente ceder quando em conflito com outro interesse ou bem público – neste caso, o combate ao crime). Contudo, a verdade é que não há qualquer norma que o imponha especificamente, ficando essa opção na discricionariedade do magistrado.

---

59 Como forma de ilustrar a violação destes direitos fundamentais, imagine-se o caso de um jornalista que denuncia anonimamente uma série de pessoas por crimes de corrupção (com o aumento dos âmbitos das incriminações levado aos limites que a doutrina tem questionado é bem possível que afete algum deles, ainda que sem o saber!) e que passa a receber no seu computador notícia do estado dos processos – como se fosse uma *newsletter*! – e dados da investigação sobre os atos dos denunciados, sem que nada tenha de fazer para adquirir essa informação!

60 Cf. acima, nota de rodapé n.º 55.

Um exemplo de uma informação que se parece enquadrar na esfera privada simples é, por exemplo, a notícia de que foi aberto inquérito. De facto, até muito recentemente, qualquer denúncia implicava necessariamente a abertura de inquérito (ainda que fosse arquivado de imediato), o que apoia esta convicção de que o facto de correr um inquérito contra alguém não pertence à esfera uma pessoa. No entanto, consideramos que há muitas outras informações relacionadas com o processo penal (diríamos, até, que serão a maioria) que já pertencem a áreas reservadas que, ainda que possam ser conhecidos pelas autoridades, não devem ser revelados a particulares<sup>61</sup>.

Perante isto, será que devemos concluir que este sistema é materialmente inconstitucional, por violar os direitos fundamentais referidos? Parece-nos que não. Só seria assim se tivéssemos concluído que este sistema levava inequivocamente a que se dessem informações violadoras da intimidade da vida privada. Pelo contrário, acabámos de referir que há informações muito gerais, como dizer, por exemplo, “o processo foi arquivado por falta de indícios suficientes”, que embora se refiram à vida pessoal alheia, se situam na sua esfera privada simples, aceitando-se a sua divulgação em ponderação com outros valores de especial relevo. Assim, não é o próprio sistema que viola o direito à intimidade da vida privada; a actuação discricionária do MP é que a pode violar. Mas isso não determina, só por si, a inconstitucionalidade de todo o sistema, pelo contrário, a discricionariedade administrativa nunca é total, estando sempre balizada pelos princípios constitucionais e administrativos, entre os quais os direitos fundamentais. Neste sentido, o MP deverá assegurar a proteção da intimidade dos denunciados e deverá concretizar, para cada caso, as necessidades que, nesta matéria, decorrem da Constituição.

No entanto, não deixamos de querer realçar que a omissão legislativa e a ausência de critérios gerais permitem que se abra uma porta a invasões da privacidade e, em concreto, a violações pelos magistrados do direito dos cida-

---

61 Aceite-se que, na sua actuação discricionária, cada magistrado que utilize o sistema terá presentes estes limites decorrentes de incriminações, isto porque, se os violar, devemos lembrar os crimes dos arts. 190.º ss. CP, para além dos direitos fundamentais que vamos referindo. Ao inserir informação sobre um processo penal neste sistema, estar-se-á assustadoramente próximo do crime dos arts. 195.º e 196.º CP (violação e aproveitamento indevido de segredo), pelo que deverão, de facto, reforçar-se os cuidados. Alguns autores defendem que a CRP ainda contém uma imposição legiferante que implica concretizações, até a nível penal, tipificando-se e penalizando-se os comportamentos violadores da intimidade, que, como vamos tentando demonstrar, podem ocorrer pela divulgação de informações do processo aos denunciantes através deste sistema. Sobre este tema, cf., por todos, Canotilho & Moreira, 2007: 472, nota XVI, em anotação ao art. 26.º.

dãos a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre as suas vidas privadas<sup>62</sup>.

### 3.2. Conformidade orgânica e formal com a Constituição

Referidas as dúvidas quanto à conformidade material do sistema em estudo com a Constituição, regressamos a uma das nossas primeiras inquietações após conhecer este sistema: o facto de ter sido criado “à margem da lei” e sem qualquer outra norma a regular o seu funcionamento, e, ligada a isto, a dúvida quanto à competência do MP para decidir assim, criando um sistema deste tipo.

Desde o início, impressiona-nos a total falta de normas que regulem o funcionamento do sistema. E, se não conseguimos identificar qualquer regra ou princípio jurídicos que especificamente enquadrem a criação do sistema, o mesmo se diga quanto à sua utilização por denunciante e magistrados (desde logo como prestadores de informações), que foi deixada completamente na discricionariedade dos agentes e responsáveis pelo mecanismo de denúncias.

Conforme veremos, nem as competências especiais conferidas ao MP nos termos na também chamada “lei da prevenção da corrupção” (a já referida Lei n.º 36/94), nem as restantes normas desse diploma, oferecem a concretização que consideramos indispensável neste caso, sendo certo que não referem este sistema, havendo uma norma habilitadora (com quase duas décadas!) para ações de prevenção em geral, não ficando fixados quaisquer limites ao que podem fazer os magistrados durante essas ações.

Assim, não conseguimos identificar quaisquer normas, nem em lei, nem em regulamento, nem sequer em circulares internas.

Esta despreocupação no desenvolvimento do sistema “Corrupção: *Denuncie aqui*” opõe-se ao cuidado da regulamentação prevista aquando da criação do Sistema de Queixa Electrónica, tendo ficado definidos os termos, procedimentos e demais trâmites a adoptar pelos agentes aquando da apresentação por parte de cidadão de queixa através de formulário em suporte electrónico, na supramencionada Portaria n.º 1593/2007, de 17 de dezembro, do Ministério da Administração Interna. Nessa época, até foi feita revisão ao CPP, pelo artigo 1.º da Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, tendo sido dada nova redação

---

62 Merecendo muito maior desenvolvimento, que teremos de deixar para outro trabalho, refira-se a possibilidade de nulidade das provas obtidas através deste sistema, se considerarmos haver, ainda que apenas com a prestação de informações, “abusiva intromissão na vida privada”. Esta nulidade de provas vem logo prevista na CRP, no seu artigo 32.º, n.º 8. Não será possível neste trabalho tomar posição quanto a esse problema, que acreditamos poder vir a colocar-se.

ao artigo 94.º, n.º 3, daquele Código, passando a permitir-se o uso de formulários em suporte eletrónico.

E notem-se as enormes diferenças quanto às alterações operadas por cada um dos sistemas. Se, naquele, apenas se simplificava a relação dos cidadãos com a Administração Pública<sup>63</sup>, recorrendo às novas tecnologias de informação e desmaterializando o acto de denúncia, no sistema em estudo altera-se o conteúdo da própria relação dos cidadãos com a Administração Pública (nomeadamente, pelo novo fluxo de informação que passa a existir – do investigador para o denunciado – e pela irrelevância dada à assinatura do denunciante).

Quando entramos nestas questões, o primeiro tema a analisar é a reserva de lei, que, a existir, resolve quer o problema da competência, quer o problema da forma.

De facto, a CRP consagra três âmbitos de competência legislativa reservada à AR<sup>64</sup>: um *absolutamente reservado*, outro *relativamente reservado* (respectivamente, nos arts. 164.º e 165.º CRP) e outro em que a AR pode legislar concorrentemente com o Governo<sup>65</sup>. Importa, assim, verificar se este sistema se enquadra dentro de algum dos dois primeiros âmbitos, como forma de perceber

---

63 Falamos em Administração Pública por ser essa a previsão legal, e que acreditamos aplicar-se inteiramente ao MP. Mais uma vez, infelizmente, porque limitados pela natureza e extensão do trabalho, não podemos aprofundar esta fascinante questão da posição do MP, que, sem espaço para justificação, rapidamente consideramos como parte da administração do Estado, devendo ser tratado, nas suas características muito próprias, à luz de critérios de Direito administrativo, e aqui excedeu claramente qualquer margem de livre apreciação ou discricionariedade que lhe fossem permitidas. E relembremos, ainda, a discussão de Direito Constitucional sobre serem as funções do MP judiciais ou não. Em sentido negativo, a propósito da função de julgar e precisando esta distinção, cf., desde logo, Jorge Miranda, 2000a: 37; em sentido oposto, e caracterizando o MP como “órgão de ligação” entre o poder judicial e o poder político, mas um “órgão do poder judicial”, cf. Canotilho, 1998: 634-635; e, mais dedicado às consequências jurídico-criminais do tema, Gouveia, 2006: 922-923 e 927; e também (referindo a “posição ambígua do MP), Mendes, 2008: 83 ss. Sendo certo que nenhum tribunal ou órgão da Administração poderia lançar um sistema assim, a distinção entre a “independência dos tribunais” e a “autonomia do MP” também perde relevância, mas será oportuno recuperar esses estudos como únicas reflexões disponíveis sobre a *separação de poderes* dentro do sistema de justiça penal. Neste sentido, cf. ainda e também, dizendo que “a autonomia do MP é (apenas!) uma anteparo da independência dos Tribunais, tendo em conta a função de iniciativa condicionante da actividade dos Tribunais”, Miranda, 2000b: 259.

64 Lembramos, a este respeito, a afirmação categórica de Miranda: “A competência legislativa do Parlamento, num Estado de Direito democrático, funda-se, simultaneamente, na ideia de democrática de que a lei, dirigida a todo o povo, deve ser votada pelos seus representantes eleitos; na ideia liberal do debate público e contraditório em que se espera pôr a razão a plena luz; e na ideia pluralista de que uma assembleia com diversidade de opiniões e interesses é mais apta para tomar as grandes deliberações do que qualquer órgão”, cf. Miranda, 2008: 420. Neste sentido, ao MP faltará a tríplice base de legitimidade, racionalidade e democrática que decorre da separação de poderes prevista na Constituição.

65 Neste sentido, e demarcando “três esferas” de competência, cf. Canotilho & Moreira, 2010: 308 e 309, em anotação ao artigo 164.º, nota 1.

se era exigida a forma de lei para a sua criação, e de descobrir quem tinha a competência para a mesma. Afastando desde logo o art. 164.º (por nenhuma das suas previsões ter relevância neste caso concreto), analisaremos duas alíneas do art. 165.º, n.º 1, que se parecem relacionar com o sistema “Corrupção: Denuncie aqui”, e que instituem uma reserva relativa de competência, na qual não poderão entrar o Governo sem autorização da AR, e, muito menos, o MP.

Deste modo, em primeiro lugar, sabemos que é da exclusiva competência da AR, salvo autorização ao Governo, legislar sobre “*direitos, liberdades e garantias*”, nos termos da alínea *b*) do artigo 165.º, n.º 1, CRP.

Como vimos, independentemente de *violar* direitos fundamentais, esta medida pelo menos *toca* em direitos fundamentais de que falámos no ponto anterior. No ponto anterior, algumas questões acerca dos direitos fundamentais parecem ficar sem resposta definitiva, por ser necessário conhecer a actuação, em concreto, para cada denúncia e correspondente fundamentação do magistrado responsável: terá este sistema a potencialidade de afectar direitos à protecção de dados, à semelhança do que já se considerou noutros países para mecanismos de *whistleblowing* semelhantes? A reserva de intimidade da vida privada? O bom nome e reputação? A regulamentação que responderia a estas respostas não existe, ficando tudo na discricionariedade dos agentes.

A alínea *b*) do artigo 165.º, n.º 1, CRP inclui “*seguramente a regulamentação de todos os direitos enunciados no Título II da Parte I da Constituição*”<sup>66</sup> (como acontece com os direitos atrás referidos), valendo não apenas para as restrições (previstas no artigo 18.º CRP), mas também para toda a intervenção no âmbito dos direitos, liberdades e garantias. Note-se que prestação de informações de um processo penal, qualquer que seja a fase em que se encontre, está necessariamente relacionada com os direitos, liberdades e garantias daquele que é imediatamente afectado por esse processo, pelo que deveremos exigir lei, ou decreto-lei autorizado<sup>67</sup>, por estarmos no âmbito do artigo 165.º, n.º 1, *b*) CRP.

Assim, e independentemente de, possivelmente, na maioria das situações concretas acabar por não se verificar qualquer violação destes direitos, parecemos que as enormes potencialidades que a utilização deste sistema tem de violar direitos fundamentais dos denunciados (nomeadamente por lidar com

66 Cf. Canotilho & Moreira, 2010: 327-330, notas VIII a X.

67 Não nos ocuparemos neste trabalho do problema das autorizações legislativas e relevância que poderiam ter nesta matéria (nomeadamente, problemas quanto à extensão da densificação das autorizações e da regulamentação exigidas).

dados pessoais dos mesmos), exige que houvesse, pelo menos, uma lei que desse orientações genéricas aos utilizadores do sistema. Não basta, para tal, o conteúdo da Lei n.º 36/94, porque, apesar de conter uma norma habilitadora da criação, em geral, de medidas como esta, esta não contém quaisquer orientações ou indicações para a aplicação das ações de prevenção aí previstas. Sem lei que defina o que pode ser comunicado ao denunciante, a actuação do magistrado pode facilmente, por exemplo, ir para além da reserva da intimidade da vida privada do denunciado, dando, consciente ou acidentalmente, informações excessivas que, em concreto, violam algum dos seus direitos fundamentais. Assim, não há dúvida de que este sistema está em forte relações com direitos, liberdades e garantias, preenchendo a previsão do art. 165.º, n.º 1, alínea *b*).

Quanto à extensão da reserva, e para perceber até que ponto este *tocar* é relevante, relembremos que a CRP não estabelece qualquer delimitação material entre domínio legislativo e domínio regulamentar, o que, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, decorre directamente do princípio da reserva de lei da AR, devendo, em dúvida, e devido à preeminência legislativa da AR, preferir-se “*a interpretação mais favorável ao alargamento da competência reservada da AR*”<sup>68</sup>, identificando-se quase um princípio de *in dubio pro legem*. A propósito da relação entre o domínio legislativo reservado da AR e o poder regulamentar do Governo, será exigida à AR regulamentação exaustiva (uma verdadeira *reserva absoluta de lei material*) para conformar o desenho de todas as concretizações, como especificamente enunciam os autores<sup>69</sup>, em matérias como a restrição de *direitos, liberdades e garantias* ou a *definição dos crimes e penas*.

Assim, todo o regime jurídico das matérias reservadas pertencerá à reserva de lei “*não podendo elas ser objecto de regulamento, salvo nos casos previstos pela própria lei*”<sup>70</sup>. Note-se que a referida Lei n.º 36/94 também não prevê qualquer regulamentação ulterior. É importante realçar que estes são os limites estudados a propósito do *poder regulamentar do Governo*, devendo-se necessariamente e mais restritivamente aplicar a quaisquer poderes que o MP tenha para actuar.

Acresce ainda que os casos, que adiante analisaremos, de “*whistleblowing hotlines*” em empresas, que foram declaradas ilegais em França e na Alemanha<sup>71</sup>, levantavam não só questões quanto ao anonimato, mas também quanto ao

68 Neste sentido, cf. Canotilho & Moreira, 2010: 327, anotação ao artigo 165.º.

69 Cf. *idem, ibidem*: 326, nota V.

70 Novamente, v. *idem, ibidem*.

71 V. Schreiber, Held, Bond, Runte, Dana & Flower, 2005: 3.



enquadramento normativo dentro do qual estes sistemas são criados. De facto, as normas europeias de proteção de dados requerem, entre outros que todos os sistemas que tenham relação com dados pessoais sejam previstos e regulamentados por normas jurídicas<sup>72</sup>.

Concluindo, a “intensidade do toque” nos direitos fundamentais referidos, faz com que esta matéria seja reserva relativa da AR, sendo que isso implica que esta medida tomada pelo MP esteja ferida de inconstitucionalidade orgânica (pelo facto de ser tomada pelo MP) e formal (pela ausência de forma de lei).

Em segundo lugar, é também da exclusiva competência da AR, salvo autorização ao Governo, a “*definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos, bem como processo criminal*” pertencendo à reserva legislativa da AR todo o direito penal e processual penal<sup>73</sup>, como decorre do disposto na alínea c) do mesmo artigo 165.º, n.º 1, CRP. Deste modo, para compreender a extensão desta reserva, importa perceber o que é a “definição do processo penal”, isto é, o que é *direito processual penal novo*, sendo que devemos sempre ter presente a necessária interpretação favorável ao alargamento do âmbito reservado que decorre da posição da AR que atrás descrevemos.

Perceber de que forma é alterado o direito processual penal pela criação e utilização de um sistema como este é o assunto que nos ocupará nos próximos pontos. Será que o processo português passou a ter um novo *sujeito processual* (ou, pelo menos, alterações nesse estatuto) ou um *participante processual* com poderes reforçados? Terá havido alteração relevante na forma como os particulares participam no exercício da ação penal (do já abordado acesso aos autos, ou acesso a informação do processo, às possibilidades de colaboração e controlo da actuação do MP)? Terá havido alteração no regime e forma das denúncias? Estaremos perante uma *denúncia especial*?

---

72 A exigência europeia de normas jurídicas vai ao detalhe de especificar as matérias que têm de estar regulamentadas, garantindo aos cidadãos: (i) o direito de qualquer pessoa saber que dados estão a ser processados sobre si; (ii) o tratamento dos dados pessoais ter de ser feito de forma lícita e respeitando o princípio da boa fé; (iii) os dados deverem ser guardados apenas enquanto forem necessários, estiverem corretos e atualizados; (iv) os dados recolhidos deverem ser mantidos seguros e protegidos e, quando processados por terceiros deverem aplicar-se as mesmas obrigações, e (v) sejam impedidas quaisquer transferências destes dados para fora da Área Económica Europeia para outro país que não tenha uma proteção adequada dos direitos de cada um. Em Portugal, convoquem-se, ainda, as exigências legais consagradas nos artigos 5.º, 6.º e 7.º da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, as restantes exigências que esse diploma contém quanto a esta matéria, e ainda a interpretação e aplicação que dele tem vindo a ser feita pela Comissão Nacional de Proteção de Dados.

73 A mesma ideia é defendida também em Canotilho & Moreira, 2010: 328.

Um dos objectivos deste trabalho é, assim, questionar se se verificou uma alteração de carácter verdadeiramente processual ou meramente procedimental. Se no final, em qualquer destes pontos, concluirmos que se tratou de uma alteração processual, então, necessariamente, haverá inconstitucionalidade orgânica, por violação da reserva relativa e preenchimento da alínea c) do art. 165.º, n.º 1, CRP. Se a alteração tiver sido meramente procedimental, esta medida não estará ferida por este vício. Como a análise desta questão implica o tratamento de matérias que serão estudadas nos capítulos seguintes, deixaremos a resposta a esta questão para a conclusão do trabalho.

Posto isto, e sendo que consideramos que nenhuma das alíneas que prevê a reserva relativa da AR está inequivocamente violada (podendo haver quem, com argumentos igualmente, ou até mais, válidos do que os nossos, defenda que este sistema é orgânica e formalmente conforme com a CRP), achamos essencial não deixar outras questões subsidiárias a esta sem resposta. Tentaremos, deste modo, dar resposta a outras duas questões:

- i) Se a CRP não previsse qualquer reserva de competência, seria o MP seria competente para criar um sistema com as características apresentadas?
- ii) Se o MP fosse competente para o criar, teria de o fazer através de algum instrumento jurídico, ou poderia manter-se, como existe hoje, sem qualquer norma escrita que o regule?

Quanto à questão i), começemos por dizer que consideramos que o desenho de competências decorrente do *princípio da separação de poderes*<sup>74</sup> na CRP, e as próprias ramificações desse princípio na legislação ordinária, aconselham a que, se não houvesse reserva relativa de competência da AR, não devesse, ainda assim, ser a mesma entidade a criar e a utilizar o sistema, devendo distinguir-se quem limita a actuação de quem actua.

Não podemos ignorar que, ao criar este sistema, o MP procurou representar o Estado e defender o interesse público e a democracia, correspondendo, assim,

---

74 A concretização deste princípio para as matérias que estudamos é feita por Lopes Rocha defendendo que um sistema submetido a uma direcção única, inteiramente integrado, levaria à supressão dos “freios e contrapesos” que a doutrina, desde Montesquieu, tem vindo a relacionar com as maiores possibilidades de defesa dos direitos do Homem e liberdades fundamentais necessários para a existência de um Estado de Direito democrático. Desenvolvendo estes problemas, cf. Rocha, 1993: 25-43. V. ainda, sobre a separação de poderes na CRP, Piçarra, 1989. E, num sentido mais geral mas sempre indispensável quando se aborda a separação de poderes, v. Montesquieu, 2011.

ao que a lei determina quando define a sua função no Estatuto do MP<sup>75</sup>. No entanto, a norma referida não é neutra em relação à sua competência, evidenciando uma lógica de separação de poderes no sistema de justiça penal e concretizando a necessidade de uma *fragmentação funcional*<sup>76</sup>, como forma de assegurar o seu melhor funcionamento. Assim, dispõe que o MP “*defende os interesses que a lei determinar*” e “*participa na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania*”<sup>77</sup>, sendo que as melhores cautelas aconselham a que o MP se limite a executar, e que os limites à sua actuação sejam fixados por outras entidades. Do mesmo modo, consideramos que a regulamentação de um sistema como aquele que estudamos deve caber a outra entidade. Ainda que aceitemos que a criação deste sistema não integra o conceito de “*definir a política criminal*”, estamos certos que definir como actuam os magistrados ao utilizar um sistema que foi concebido de forma a colocar o combate à corrupção acima de valores como a intimidade da vida privada, a desvalorização e desincentivo ao anonimato, e a repulsa social à cultura da delação (decorrente de uma marca histórica nacional e europeia profunda), invertendo alguns princípios aos quais a nossa tradição jurídica nos habituou, sem a intervenção de qualquer legislador, assume uma importância que, pelo menos, se aproxima da ideia de “política criminal”.

Paulo Pinto de Albuquerque explica que: “*A política criminal strictu sensu consiste no programa de objectivos, de métodos de procedimento e de resultados que o Ministério Público e as autoridades de polícia criminal prosseguem na prevenção e repressão da criminalidade*”<sup>78</sup>. Assim, definir de que forma se deve ponderar

75 A definição da função do MP consta do artigo 1.º do Estatuto do MP, Lei n.º 47/86, de 15 de outubro, mais recentemente alterada pela Lei n.º 9/2011, de 12 de abril, estipulando que “*o Ministério Público representa o Estado, defende os interesses que a lei determinar, participa na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exerce a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defende a legalidade democrática, nos termos da Constituição, do presente Estatuto e da lei*”.

76 Anabela Miranda Rodrigues considera esta *fragmentação funcional* indispensável para “*identificação das estratégias que visam melhorar as relações entre os diferentes órgãos*”. Cf. Rodrigues, 1988a: 9.

77 É neste sentido que Gonçalves identifica os “Poderes da República” ou, pelo menos, os condicionamentos que deles vêm, como “limites externos” à atuação do MP. Embora não concretize nem refira os limites em concreto, acreditamos estar aqui começado o desenho de uma esfera limitada quanto à área de atuação do MP no Direito brasileiro, com a qual concordamos. Cf. Gonçalves, 2004: 149-150. No mesmo sentido, e dedicando capítulo autónomo ao tema, “*Dos (in)constitucionais e abusivos) poderes institucionais do Ministério Público*”, Cf. Vieira, 2004: 336 ss. Este autor comenta uma decisão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro (Brasil, STF, 2.ª T., RO, em HC 81.326-DF, rel. Min. Nelson Jobim, DJU 1.º.08.2003). De acordo com essa decisão, o MP brasileiro não possui atribuições para realizar, diretamente, investigações de carácter criminal, sendo abordada a fronteira entre as áreas de atuação do MP e da Polícia Judiciária.

78 Cf. Albuquerque, 2004: 1.

os valores acima referidos com a prevenção e repressão da corrupção não será política criminal? A resposta à questão “vale tudo no combate à corrupção?” e, sendo “não”, determinar, então, o que vale, não será política criminal? Bem sabemos que a Lei n.º 36/94 pretendeu definir a política criminal para os crimes de corrupção, mas não podemos ignorar o facto de ser especialmente sucinta no tratamento dos conteúdos, sendo que, utilizando a definição do autor citado, define os “objectivos”, mas deixa sem orientações os “métodos de proceder” e os “resultados”. Sendo o objectivo o combate à corrupção, permite-se *“a recolha de informação relativamente a notícias de factos susceptíveis de fundamentar suspeitas do perigo da prática de um crime”* (art. 1.º, n.º 3, al. a)), e impõem-se alguns deveres às autoridades, mas não conseguimos encontrar nessa lei nada que oriente a necessária ponderação entre os valores do combate à criminalidade e da intimidade, por exemplo. E se a maioria da doutrina insiste que deve ser o legislador a fixar a política criminal – *“A solução mais conforme à Constituição da República é a seguinte: A política criminal deve ser definida pelo Governo e pela Assembleia da República através de directivas genéricas e executada pelos magistrados do Ministério Público e, sob a orientação funcional destes, pelas autoridades de polícia criminal”*<sup>79</sup> – não faz também sentido aplicar essa lógica de separação de poderes ao caso em estudo, exigindo que se faça uma distinção entre quem cria sistemas e regulamenta a ação penal e quem actua, designadamente procedendo a investigações, averiguações e utilizando um sistema como este – tanto recolhendo, como fornecendo informação? Parece-nos que mais do que a conveniência da distinção entre *criador* e *utilizador*, como já entre *definidor* e *executor*, o próprio o princípio da *separação de poderes* aponta para a incompetência do MP para a criação de um sistema como este.

Assim, parece-nos que o MP se terá “aproveitado” das ambiguidades da sua posição para agir em áreas que não são as suas, e para tentar assegurar resultados que lhe vão sendo pedidos não apenas pela sociedade, como por outros responsáveis no sistema de justiça penal<sup>80</sup> – dos titulares do poder

---

79 *Idem, ibidem*: 7.

80 Dentro do sistema de justiça penal, tem-se colocado mesmo a questão da *separação de poderes* a propósito da relação entre OPC e MP, limitando-se a competência dos primeiros, a quem vem sendo negada a possibilidade de investigar fora das normas processuais penais que regulam a atividade do MP. A propósito de temas como a *investigação encoberta* (normalmente por *agentes infiltrados*), Anabela Miranda Rodrigues identifica um fenómeno que vem sendo descrito como uma *“nova filosofia assente na legalização dos meios de actuação que até aqui se encontravam numa zona de semi-clandestinidade”* – parece-nos poder ser traçado um paralelo com a situação em análise, a qual reclama, nos termos que vamos demonstrando, exatamente uma *“legalização dos meios de actuação”*. Só pela forma de lei e competência

legislativo aos do poder político e judicial – e terá lançado mãos desta medida, sem a necessária articulação entre os vários poderes referidos. O combate à corrupção pelo sistema de justiça penal deve ser feito por todos os responsáveis do sistema, nomeadamente os titulares dos poderes político e legislativo. Se o legislador quiser facilitar a maneira como os factos suspeitos de consubstanciar corrupção chegam ao conhecimento do MP, terá de criar condições legais para isso, sendo que não podem ser pedidos resultados no combate à corrupção aos magistrados, sem os dotar de instrumentos eficazes. Parece-nos que se levantam assim, também, problemas quanto ao, já muito discutido, problema da *interação* entre os diversos órgãos ou instâncias do sistema de justiça penal e, com “*olhos postos nos inconvenientes que resultam de uma deficiente coordenação entre eles*”<sup>81</sup>, devemos propor novas soluções e melhores caminhos para que se prossiga a investigação criminal desejada por todos<sup>82</sup>.

Neste sentido, defendemos que, mesmo que não houvesse inconstitucionalidade orgânica e formal, deveria ter sido, pelo menos, o Governo, nos seus poderes legislativos ou regulamentares, a definir a actuação dos magistrados.

Quanto à questão ii), já demonstrámos que consideramos da maior importância a existência de regras escritas para limitar a actuação do MP. Este é, aliás, um dos poucos pontos a que a Lei n.º 36/94 se refere, quando no seu art. 2.º, n.º 1, cria o dever de o MP documentar todos os procedimentos que adopta, entre os quais os sistemas de aquisição de notícias de crime, como aquele que estudamos. Assim, apesar das escassas orientações que o legislador deixou ao MP, em termos de política criminal no combate à corrupção, uma delas foi, precisamente, o dever de reduzir a escrito a criação e regulamentação de medidas como esta.

---

da AR (ou do Governo autorizado), poderá ser lançado um sistema como o “Corrupção: Denuncie aqui” e tomados os riscos que acarreta, isto porque, ainda que a consagração deste sistema “*represente um risco*” de “*utilização abusiva dessas medidas*”, como representou para outras medidas de investigação criminal muito discutíveis – das buscas às escutas, os riscos de utilização abusiva dos sistemas desenvolvidos são enormes! Riscos que, segundo aquela autora, foram assumidos pelo Código (parece-nos, no entanto, que, sem haver a legitimidade decorrente do processo legislativo, não podem ser assumidos estes novos riscos ainda que inferiores! – a mera utilização da medida já será abusiva por não ter título). Para as citações e reflexões sobre este fenómeno, nova filosofia dos meios de atuação e riscos, cf. Rodrigues, 1988b: 71.

81 Cf. também Rodrigues, 1988a: 8; e a remissão para os trabalhos da 17.ª Conferência de Investigações Criminológicas, organizada pelo Conselho da Europa em novembro de 1986 subordinada ao tema “*Interações no seio do sistema da justiça penal*”.

82 Referindo estes problemas e juntando-se à discussão sobre o tema de “vários seminários e encontros académicos”, cf. Valente, 2004: 157.

Veja-se, mais uma vez, o que é dito por Pinto de Albuquerque quanto à tarefa de *definição da política criminal*. Este autor defende que a Constituição impõe a conjugação de esforços dos dois órgãos de soberania com competência legislativa em matéria de direitos, liberdades e garantias, a AR e o Governo. Também a Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa 2000 (19) prevê idêntico “modelo de organização do MP”, recomenda que a sua organização seja transparente, e que os seus objectivos e as prioridades da sua actividade sejam submetidos a directivas do conhecimento público (previamente definidas pelo órgão parlamentar, quando este exista). E ainda, de modo muito semelhante, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 53/2004 prevê que a política de reforma do serviço público assente numa gestão por objectivos e medição dos resultados.<sup>83</sup>

Deste modo, o princípio de que a Administração Pública deve ser transparente, associado às recomendações acima citadas, deve levar-nos a defender, sem grande margem para dúvidas, que é exigível ao MP que, se não for heterovinculado, pelo menos se autovincule, determinando o conteúdo da sua actividade, e regulamente os moldes em que se processa (como se priorizam as denúncias, que informação será prestada, de que forma serão tratados e conservados os dados obtidos, em que termos se processa a comunicação entre denunciante e MP, entre outros), e delineando os seus objectivos. Note-se ainda a importância dessa autovinculação para possibilitar o controlo da sua actividade<sup>84</sup>, mas também por exigências de igualdade: a inexistência de regras escritas abre a porta a actuações pouco uniformes entre os agentes, em prejuízo dos receptores da sua actividade (neste caso, quer denunciante, quer denunciado).

Em suma, consideramos que existe reserva de lei (por aplicação da alínea *b*) do art. 165.º, n.º 1, mas talvez também da sua alínea *c*), nos termos que veremos adiante; no entanto, se não existisse reserva de lei, o princípio da separação de poderes para o sistema penal previsto na CRP e na lei aconselharia a que fosse o Governo ou a Assembleia da República a determinar a criação do sistema e as condições do seu funcionamento; no entanto, se não existisse este limite à actuação do MP, ao menos é certo que este órgão teria de criar este sistema através de um instrumento jurídico-normativo público.

---

83 Cf. Albuquerque, 2004: 7.

84 A inexistência dessa regulamentação, como a inexistência de regulamentação de qualquer atividade administrativa, implica, necessariamente, piores condições para controlo e fiscalização da atuação e maiores facilidades de abuso. Sobre estes problemas, no controlo e fiscalização, relacionando-os com o tema da discricionariedade, cf. Sousa, 2003: 18.

Note-se, a título de conclusão, que o já referido Sistema de Queixa Eletrónica, que se limitava a desmaterializar o ato de denúncia, passando a permitir a denúncia *online*, foi criado pelo Governo, e foi criado através de uma portaria. Se até para uma alteração tão inofensiva se tomaram estas cautelas em termos de competência e de forma, como poderemos justificar a total ausência dessas mesmas preocupações com o actual sistema, que não através de uma fuga à legalidade que só revela uma urgência em atingir os fins, sacrificadora dos meios, e, assim, da segurança jurídica, da justiça, da igualdade, da democracia e, em última análise, do Estado de Direito (embora o fim seja, na verdade, protegê-lo)?

Detectámos, assim, para além das dúvidas quanto à inconstitucionalidade material (que não parece verificar-se), certezas quanto à incompetência do MP para actuar deste modo:

- (i) Era necessário enquadramento normativo (independentemente de quem o fizesse);
- (ii) “Tocando” em *direitos, liberdades e garantias*, terá de se respeitar a reserva relativa de competência do art. 165.º, n.º 1, al. b), CRP;
- (iii) Parece haver *direito processual penal novo*, convicção que ainda iremos tentar provar ou refutar, pelo que terá de se respeitar a reserva relativa de competência do art. 165.º, n.º 1, al. c), CRP;
- (iv) Ainda que não se tratasse de matéria reservada, estando perante uma realidade próxima da *definição de política criminal*, tinha de ter sido um órgão de soberania, e não o MP, a regulamentar.

Como referimos, se ficou identificada a relevância da área dos *direitos, liberdades e garantias*, não ficou demonstrado que com este sistema se criou *direito processual penal novo*, alterando o existente. Assim, essa averiguação implicará um confronto do sistema com a lei vigente, devendo ser esse o ponto de partida da análise da legalidade do sistema.

### 3.3. Legalidade do sistema

Para além das dúvidas quanto à conformidade do sistema “Corrupção: Denuncie aqui” com a Constituição, identificamos outras quanto à sua compatibilidade com a lei processual penal portuguesa, nomeadamente com o Código de Processo Penal.

Analisar estas questões é relevante quer para perceber se estamos perante reserva de lei – identificando aqui *novo direito processual penal* –, quer pelas

ilegalidades em si. E queremos lembrar o que é manifesto: caso a criação deste sistema tivesse revestido a forma de lei, poderíamos estar (na relação com a lei pré-existente) perante um regime *excepcional* ou *especial*; não tendo sido tomada essa forma, a criação e utilização do sistema poderá consistir numa *violação da lei*, caso concluamos que a contrária.

Para averiguar da legalidade do sistema, importa confrontá-lo com o regime geral da denúncia em processo penal<sup>8586</sup> – procurando identificar se há alguma novidade ou característica própria que implique alteração desse regime. Seguindo a lógica da própria tramitação do processo, abordaremos os seguintes aspetos:

- (i) O procedimento na receção das denúncias;
- (ii) A prestação de informações a denunciantes;
- (iii) O acesso aos autos e a publicidade do processo;
- (iv) A responsabilidade por custas; e
- (v) O acolhimento que é dado ao *anonimato* na lei processual.

---

85 Previsto, essencialmente no Código de Processo Penal, nos seguintes artigos: 53.º, n.º 2, al. a), estabelecendo a competência do MP para receber denúncias; 241.º, enquanto forma de aquisição da notícia do crime; 242.º a 247.º: regulando o regime próprio das denúncias – forma, conteúdo e espécies (246.º) obrigatória (242.º), facultativa (244.º), auto de notícia (243.º), a entidade incompetente (245.º), comunicação, registo e certificado (247.º) –; 248.º, comunicação da notícia do crime; 273.º, n.º 3, informação de mandado de comparência ao denunciante (com faculdade de se constituir assistente); 275.º, obrigatoriedade de redução a auto da denúncia oral; 277.º, n.ºs 3 e 4, al. c), comunicação do despacho de arquivamento ao denunciante (com faculdade de se constituir assistente); 278.º, n.ºs 1 e 2, possibilidade de intervenção hierárquica a requerimento do denunciante (com faculdade de se constituir assistente); 303.º, n.º 4 e 359.º, n.º 2, validade como denúncia da comunicação de alteração substancial dos factos, quando autonomizáveis do objeto do processo; 391.º-B, n.º 1, em processo abreviado, possibilidade de identificação do arguido e a narração dos factos, no todo ou em parte, apenas por remissão para o auto de notícia ou para a denúncia; 520.º, responsabilidade pelo pagamento de custas do denunciante, quando se mostrar que denunciou de má fé ou com negligência grave.

86 É inequívoco que a denúncia feita através do sistema “Corrupção: Denuncie aqui” é uma *denúncia processual penal*. Podemos qualificá-la como *denúncia* pois é uma *comunicação jurídica*: tem emissor, destinatário e conteúdo, neste caso, respetivamente, o denunciante (identificado ou não), o MP e a informação sobre os factos pedidos no formulário eletrónico. Podemos também qualificá-la como *processual penal* na medida em que esta é, numa formulação um pouco simplista, o modo ou ato de comunicação de informação de facto de aparente relevância criminal que provoca a abertura de um procedimento ou processo através do qual se pretende comprovar a verdade da denúncia, e, como consequência, a imposição de uma sanção penal, permitindo que todos os sujeitos processuais tenham a oportunidade de intervir. Note-se que o objeto da denúncia processual penal deve ser sempre um facto com aparência de ilícito penal, necessariamente tipificado na lei como tal, como é o caso dos atos de corrupção. O conceito de denúncia processual penal que propusemos resulta da adaptação das definições propostas em Torres Rosell, 1991: 12-38 e Gayraud, 1995: 19-32. Realcem-se, em especial, os critérios que a primeira autora enuncia para a qualificação das denúncias como processuais penais, assim como as obras aí citadas; cf. Torres Rosell, 1991: 27-38.



Quanto ao procedimento adoptado na recepção das denúncias (i), é referido no sítio da *internet* que o envio da denúncia só levará à instauração de inquérito se houver, de facto, indícios da prática de crime<sup>87</sup>, o que parece apenas concretizar e repetir o que já decorre da lei vigente, não se revelando, neste aspecto, intenção de derrogar o regime previsto, principalmente, no artigo 246.º CPP, para denúncias anónimas, que se mantém intocado nas suas linhas gerais quanto à decisão de abertura de inquérito.

Já quanto à prestação de informações sobre o andamento do processo denunciante (ii), aponte-se uma marca muitíssimo importante do referido e vigente regime geral (nomeadamente, quanto à comunicação do arquivamento): segundo as previsões legais, apenas são prestadas informações a denunciante que *tenham a faculdade de se constituírem assistentes*. Ora, esta marca deixa de se verificar a partir da entrada em vigor da alteração que estudamos, uma vez que passou a existir um novo universo de denunciante a quem se prestam informações (incluindo denunciante anónimos!) e novos procedimentos para essa prestação de informações. E se os novos procedimentos poderiam ser considerados apenas uma adaptação aos novos meios disponíveis e uma rentabilização do trabalho a ser feito pelo MP, já o alargamento do número dos “informáveis” parece requerer a reserva de lei que referimos e, por esta não ter sido respeitada, ser *contra legem*, contrariando-se desde logo um princípio que se pode identificar nas disposições referidas quanto à prestação de informações: o princípio segundo o qual *só são informados os denunciante que tenham a faculdade de se constituírem assistentes* no processo<sup>88</sup>, e também a regra da exclusão da prestação de informações a denunciante que não tenham esta faculdade (que podemos retirar *a contrario* do disposto nos artigos 277.º, n.º 3 e 4, al. c) e 273.º, n.º 3, ambos do CPP).

O regime do acesso aos autos e da publicidade do processo penal (iii) é ainda mais rigoroso do que o regime da prestação de informações referido. Devido às características marcadamente invasivas<sup>89</sup> da investigação e do processo penal,

87 Online: <https://simp.pgr.pt/dciap/denuncias/> (consultado em 20.09.2011).

88 E não se argumente que, quanto aos crimes de corrupção, *qualquer um se pode constituir assistente* (art. 68.º, n.º 1, al. e) CPP), uma vez que este “*qualquer um*”, obviamente, não se pode aplicar a anónimos! Se alguém se quiser constituir Assistente no processo penal tem de se identificar, é impossível compatibilizar os dois regimes.

89 Sobre esta mesma problemática e característica invasiva, abordando as recentes alterações legislativas de 2010, e identificando um “*sensível alargamento do processo penal especialmente invasivo, que passou, em boa medida, despercebido, mas que não pode deixar de ser acompanhado de acordo com critérios de proporcionalidade*”, cf. Duro, 2010: 4-5.

o acesso à informação que diga respeito a esses processos é limitado no CPP, até como concretização de direitos fundamentais (daqueles que dizem respeito à privacidade e proteção de dados pessoais que referimos, mas também pelas garantias do art. 32.º, n.º 2, CRP). Sendo assim, é necessário compreender a extensão das limitações (e permissões) no acesso aos autos, constantes do regime aplicável à publicidade dos processos penais.

Independentemente do facto de as informações inseridas no sistema pelos magistrados em cada caso serem muito curtas, breves e restritas, sabemos que passou a haver informação respeitante às investigações e processos penais sempre disponível na *internet*, bastando introduzir a chave de acesso, sem necessidade de qualquer requerimento para a consulta. Parece-nos difícil entender este tipo de divulgação de dados a denunciante que até se podem manter anónimos (assim, no conforto do seu lar, quase poderá o denunciante “perseguir” uma “vítima”, o denunciado, do processo penal, com uma investigação criminal – independentemente da sua justificação!). Ainda que a informação dada seja pouca, este sistema muda o paradigma do acesso aos autos e da publicidade previsto no CPP.

A publicidade externa do processo penal tem vindo a ser defendida como uma importante conquista histórica, a “*liberdade de ver a justiça a ser feita*”<sup>90</sup>. Contudo, esta publicidade<sup>91</sup> do processo penal não é absoluta (veja-se, por exemplo, o regime aplicável à consulta dos autos constante nos arts. 89.º e 90.º CPP). Em matéria de publicidade é importante distinguir: por um lado, a liberdade de assistência aos actos declarados públicos pela lei, da liberdade de acesso ou assistência a outros actos ou a informação do processo; por outro, distinguir os processos em que há liberdade externa daqueles em que há restrição da assistência do público, nos termos previstos no artigo 87.º CPP – podendo ser requerido e deferido segredo de justiça<sup>92</sup> nos termos aí

---

90 Cf. Pinto de Albuquerque, 2011: 256, em anotação ao artigo 87.º.

91 Neste trabalho, não entraremos (por não estar dentro do objeto do trabalho) no problema da compatibilidade da regra da publicidade interna do processo com a Constituição, referido, por exemplo, por Albuquerque, 2011: 266-267, em anotação ao artigo 89.º CPP.

92 Segundo os responsáveis pelo sistema, a maioria dos casos relacionados com crimes de corrupção encontra-se em segredo de justiça, sendo aplicável este regime mais restritivo da publicidade dos processos – desta realidade parecem estar conscientes os magistrados do MP, defendendo que, após o avanço dos processos, as informações prestadas pelo sistema irão ter em conta o regime do segredo. Assim, apesar do potencial de se violar o segredo de justiça previsto no artigo 87.º CPP, confiamos que não se colocam problemas desse tipo, nem sequer no caso mais sensível em que vigora a publicidade externa no processo, mas restringida pelo juiz nos termos do mesmo artigo.

previstos<sup>93</sup> –; em último lugar, distinguir a referida publicidade externa do processo penal da publicidade interna do inquérito (sendo que o objectivo da *publicidade interna*<sup>94</sup> é permitir o contraditório pleno sobre a prova dos autos, permitindo que todos os envolvidos no processo, nomeadamente o arguido, conheçam todos os detalhes da investigação – prejudicando-se muitas vezes a própria investigação e mesmo, segundo algumas vozes críticas<sup>95</sup>, a própria segurança das vítimas). Neste último sentido, colocam-se dúvidas acerca da conformidade desta publicidade interna do inquérito com a Constituição<sup>96</sup>, para mais quando esta é levada ao extremo pela quase “recompensa do Faroeste” de oferecimento de uma “chave de acesso preciosa” que garante informação sobre o processo e a investigação em curso.

Apesar de, na prática, ainda não se terem colocado problemas quanto ao acesso aos autos – poucos “autos” existem sequer para serem consultados pelo curto tempo de existência do sistema (ainda não há nenhum processo com origem em denúncias por este sistema que tenha atingido esta fase) –, devemos também perceber se poderá também haver alteração nestas matérias<sup>97</sup>. A oferta ao denunciante de informação sobre o estado do processo, a investigação e “dados que lhe interessam” tem, pelo menos, o potencial de ir mais longe do que a mera assistência actos processuais declarados públicos e assemelha-se necessariamente ao acesso aos autos na medida em que é uma consulta de um suporte escrito do processo, obrigando a questões que ficam sem resposta (pela ausência de regulamentação e de prática): a “fundamentação do andamento” do processo continuará a ser dada quando os processos que hoje começam se encontrarem em julgamento? Quem irá inserir informação no sistema?

---

93 O despacho que decidir sobre o segredo de justiça será recorrível, nos termos do artigo 407.º, n.º 3, CPP – quando restrinja –, e nos termos dos artigos 406.º, n.º 2, 407.º, n.º 1 e 408.º, n.º 3, *in fine* – quando rejeite a restrição, subindo em separado, de imediato e com efeito suspensivo da decisão, “*atento o prejuízo irreversível que pode resultar da publicidade do acto processual em causa*” –, cf. Albuquerque, 2011: 256-257, em anotação ao artigo 87.º.

94 Pela perspectiva oposta, entende-se por segredo interno a “*limitação de acesso dos sujeitos e participantes processuais aos elementos probatórios e de outro tipo constantes dos autos, bem como a assistência pelos mesmos a certos actos e sua narração*”, referindo-se o segredo externo a todas as pessoas que, não sendo sujeitos ou participantes processuais, por qualquer título, tomam contacto com o processo ou adquirem conhecimento de elementos a ele pertencentes. Aprofundando esta distinção, cf. Leite, 2006: 540-541.

95 Entre outros, cf. Albuquerque, 2011: 262 ss., em anotação ao artigo 89.º CPP.

96 *Idem, ibidem*: 249.

97 Sobre alguns dos mais recentes problemas colocados a propósito do acesso aos autos, cf. Ferreira Leite, 2010: 5-87.

Segundo o MP será dada informação não exaustiva, mas continuará ser prestada informação nova. Defendemos que isso certamente violará a imposição do artigo 90.º, n.º 1 *ab initio* CPP, de exigência de demonstração de um *interesse legítimo* para que seja admitida a consulta do processo e, mais grave ainda, dispensa a decisão, por despacho, da autoridade judiciária que presida à fase em que se encontre o processo ou que nele tenha proferido a última decisão (artigo 90.º, n.º 1, *in fine*) – decisão essa que parece um reduto final da privacidade do denunciado que a lei não permite ultrapassar<sup>98</sup>.

Outro problema que poderá ser identificado, no sistema em análise, é a potencialidade de aumento das impossibilidades práticas de aplicação do regime da responsabilidade pelo pagamento de custas do denunciante (iv), quando se mostrar que denunciou de má fé ou com negligência grave. Se esta impossibilidade aparentemente já se pode verificar pela aceitabilidade de denúncias anónimas nos termos do art. 246.º, n.º 5, al. a) CPP, acreditamos que, aumentando as vias e possibilidades para a recepção deste tipo de denúncias pelo MP, necessariamente os problemas na identificação dos denunciantes<sup>99</sup>

---

98 Conforme tem vindo a ser sentido por magistrados do MP, falta uma lei do “pré-processo” que oriente os investigadores nas várias averiguações que têm de conduzir. Vimos que o regime também é insuficiente quanto à prestação de informações, identificando-se essa insuficiência. Parece-nos dever defender-se a aplicação analógica dos limites previstos para o acesso aos autos – esta defesa implica que qualquer atuação do MP que contrarie esses requisitos (nomeadamente a demonstração de *interesse legítimo* e a decisão por despacho) deva ser considerada ilegal.

99 Colocam-se também, forçosamente, novos problemas quanto aos crimes de denúncia caluniosa (p. e p. no art. 365.º CP), simulação de crime (366.º CP) e eventualmente também quanto ao crime de omissão de denúncia (p. e p. no art. 245.º CP) e quanto à dispensa de pena (374.º-B, n.º 1, al. a) CP) sempre que o agente de crimes de corrupção (p. e p. nos arts. 372.º a 374.º CP) tenha denunciado o crime. Desde logo, pelas dificuldades na identificação dos denunciantes (cujo anonimato é prometido no sítio da *internet* da PGR!), mas também pelas complicações no preenchimento dos tipos – a chave de acesso vale como prova para o denunciante pedir a aplicação da dispensa de pena ou provar que denunciou? E o mesmo se diga quanto aos restantes casos de *denúncia obrigatória*. Sobre estes regimes, cf. desde logo, as anotações aos artigos referidos em AA.VV., *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, 2001. Sobre os crimes de denúncia ou acusação caluniosas ou falsas, em direito penal substantivo, é muita a doutrina que os tem abordado com maior ou menor profundidade, não permitindo este estudo maior profundidade no cruzamento deste tema com o das novas denúncias eletrónicas – e a forma como estas podem ser, em si, crimes destes tipos – remeta-se para alguma doutrina espanhola que os tem estudado, procurando as necessárias adaptações e novidades. Para tal, cf., entre outros, Magaldi Paternostro, 1987: 37-72; Díaz Pita, 1996; Ordeig Orero, 2000; Cobo del Rosal, 1995: 657-669. Sobre estes problemas e quanto a todas as denúncias inseridas no sistema, importa sublinhar o que já foi afirmado pelo STJ, “*Toda a participação criminal dirigida contra pessoa certa contém, objectivamente, ainda que a nível de suspeita sustentada por argumentos meramente indiciários, uma ofensa à honra e consideração do denunciado, por se traduzir na imputação de factos penalmente ilícitos*”, cf. o já citado Ac. do STJ de 18 de dezembro de 2008, rel. por Sebastião Póvoas.

se irão acentuar<sup>100</sup> (o que não implica ter havido alteração, nem procedimental, nem processual).

Por fim, defendemos que esta alteração (apesar das “boas intenções” dos magistrados ao convidarem o denunciante a “dar a cara”) altera por completo a forma como o *anonimato* é tratado no processo penal (v). Podemos identificar no CPP uma valorização negativa deste fenómeno pela inadmissibilidade de prova anónima prevista no art. 164.º CPP, pelos critérios excepcionais em que as denúncias anónimas determinam a abertura de inquérito do art. 264.º, n.º 6 e pela regra do n.º 7 que obriga a que sejam destruídas nos restantes casos. Com a criação deste sistema, para conseguir mais denúncias, o MP “usa o anonimato como trunfo” e parece contrariar o regime legal, passando a promovê-lo! Em vez de destruir as denúncias que não preenchem os critérios para abertura de inquérito, responde-se ao denunciante, e garante-se a qualquer anónimo informação sobre o processo o que revela uma nova forma de lidar com o *anonimato* que acreditamos ser oposta ao espírito das normas do CPP.

Para além destas alterações em momentos pontuais do processo, e olhando para o processo como um todo<sup>101</sup>, é, ainda, importante realçar que a denúncia que estudamos é um acto completamente novo na evolução do processo penal, na medida em que tem como um dos seus resultados a criação de uma chave de acesso ao processo (ainda que em pequeno vislumbre, pelo seu “estado”) e, na medida em que cria uma via de comunicação entre o denunciante e o MP, que permite ao denunciante a junção posterior de novos elementos ao processo.

Qualquer uma destas alterações que identificámos leva-nos a concluir que a denúncia por este sistema é distinta daquelas que vêm previstas no CPP – principalmente se for anónima, mas ainda que não o seja –, o que significa que foi criado um novo instituto ou regime de direito processual penal<sup>102</sup>, com as consequências que já referimos e a que voltaremos nas conclusões deste trabalho.

---

100 Sem espaço para aqui nos dedicarmos a esse problema, a verdade é que já o regime da denúncia anónima nos parece de muito difícil compatibilização com o regime da responsabilidade por custas do denunciante, pelo que também as situações que acreditamos virem a repetir-se devido a este sistema deverão forçar pelo menos a doutrina a estudar esta difícil articulação de regimes, estudo que acreditamos faltar, o que se poderá explicar também pela relativa novidade destes regimes, e pela já referida desatenção que se vai reservando ao tema da denúncia anónima.

101 Aproximando-nos da técnica e “visão dinâmica” no estudo da denúncia, seguida em Renan dos Santos, 2009.

102 A existência de legislação especial para certas denúncias, como no direito militar, não é nova, sendo tratada na doutrina estrangeira, nomeadamente por Torres Rosell, 1991: 34-35.

Sendo que o grande argumento daqueles que defendem este sistema é ter-se apenas procedido a uma mera alteração procedimental, parece-nos este que fica rebatido por este raciocínio. Não foi apenas “criado um novo balcão”, ou alterado o horário de atendimento ao público<sup>103</sup>, foi criada uma *denúncia processual penal especial* nova, que exigia regulamentação própria, sob pena de ser este *tertium genus* ou “objecto processual penal não identificado” que se encontra, como mistério, nas mãos do MP. Conforme vimos, o que quer que seja, será ilegal e violará as normas e o espírito do CPP.

Questionamos ainda a legalidade desta iniciativa à luz da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, a Lei da Proteção de Dados Pessoais, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Directiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho. Mais do que ilegalidade, poderá até verificar-se desconformidade com o Direito da União Europeia, nos termos que veremos de seguida.

### 3.4 Conformidade com o Direito da União Europeia

Para além das eventuais desconformidades com a Constituição e com o Código de Processo Penal, devemos ainda lembrar as normas europeias de proteção de dados, nomeadamente a Directiva 95/46/CE<sup>104</sup>, e os problemas que, já por mais do que uma vez, foram colocados noutros países europeus, em casos muito semelhantes de *hotlines* de incentivo ao *whistleblowing*, questionando-se a compatibilidade dos regimes da denúncia por funcionários dos crimes de que têm conhecimento no exercício das suas funções profissionais com normas previstas na referida Directiva.

De facto, o conceito de denúncias anónimas<sup>105</sup>, através deste tipo de linhas, tem, desde sempre, levantado grande polémica nos países europeus. Os casos

103 Sobre o atendimento ao público do MP português, sob uma perspectiva de Direito comparado, cf. Filho, 2011: 89-91.

104 Cf. Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

105 O tema da denúncia anónima em direito processual é demasiadamente problemático, sendo que, pela natureza, extensão e delimitação do trabalho, não o podemos, infelizmente, desenvolver. “Infelizmente”, porque o tema merece maior desenvolvimento na doutrina portuguesa, que não lhe tem dedicado atenção suficiente. O problema da relevância das denúncias anónimas na investigação e no processo é clássico e tradicional – desde sempre se duvidando da sua aceitabilidade – e é também moderno e atual, na medida em que têm surgido, nas mais recentes reformas legislativas, novas formas de assegurar o anonimato (como aquela que presentemente estudamos) e de as regular. Da bibliografia consultada sobre este tema, refiram-se alguns autores em anotação ao artigo 246.º CPP:

que se têm colocado envolvem, normalmente, empresas multinacionais que abrangem a Europa e os EUA, e revelam a enorme dificuldade que se tem sentido em compatibilizar as normas americanas consagradas no já referido *Sarbanes–Oxley Act*<sup>106</sup> de 2002, de 30 de julho, que obrigam as empresas a desenvolver, internamente, sistemas semelhantes ao “Corrupção: *Denuncie aqui*”<sup>107</sup>, com as normas da UE de proteção de dados, nomeadamente a citada directiva. Estas diferenças entre o direito europeu e americano nesta matéria de incentivo às denúncias anónimas não são, obviamente, alheias à repulsa que, culturalmente, os sistemas jurídicos germânicos e franceses têm a este tipo de soluções, por fazerem lembrar as estratégias repressivas dos regimes autoritários do séc. XIX, em que a denúncia de certos crimes era obrigatória. Assim se justifica a evolução em direções opostas da legislação do sistema jurídico europeu e americano, que não viveu esta experiência traumática.

Assim, recentemente, assistimos a decisões em França<sup>108</sup> e na Alemanha<sup>109</sup> que condenaram a existência de linhas directas para denúncia anónima, sem certas precauções, considerando estes sistemas inválidos ou ilegais por violação das suas leis de proteção de dados, e das normas europeias acerca do mesmo tema. Estes casos têm vindo a ser estudados pela doutrina, sendo que autores como Mark Schreiber e Jeffrey Held<sup>110</sup>, entre outros, defenderam que o desenvolvimento de “*whistleblowing hotlines*” em toda a União Europeia levanta não só questões quanto ao anonimato, mas também quanto ao enquadramento normativo dentro do qual estes sistemas são criados. Os mesmos autores adiantam ainda que a grande parte das actuais *whistleblowing hotlines* não está de acordo com os já referidos direitos (fundamentais ou não) europeus em

---

Albuquerque, 2011: 667-669; Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, 2009: 613-614, ou Ribeiro, 2011: 662-663; mas, também, Piermaria Corso, 1977; Scaccianoce, 2006: 1177-1191; Santalucia, 2002: 167-168; González Montes, 1993; Montero Aroca, 1996: 601-624; Montero Aroca, 1994: 884-896; e Missaggia, 2002: 233-234.

106 Também conhecido como ‘*Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act*’ (no Senado) ou ‘*Corporate and Auditing Accountability and Responsibility Act*’ (na Câmara dos Representantes) e é comumente referido como *Sarbanes–Oxley*, *Sarbox* ou *SOX*.

107 Sobre esses sistemas, v., entre outros, Bender, 2006.

108 V., por exemplo, *Decision 2005-110 of May 26, 2005 (Group McDonald’s France) and CNIL Decision 2005-111 of May 26, 2005 (Exide Technologies)*.

109 V., por exemplo, 5.ª Divisão do Tribunal Laboral de Wuppertal, *Arbeitsgericht Wuppertal*, Decisão do Tribunal de 15 de junho de 2005, 5 BV 20/05.

110 Cf. Schreiber, Held, Bond, Runte, Dana & Flower, 2005: 3.

matéria de proteção de dados pessoais, sendo que estas exigências não foram adequadamente asseguradas, ou nem sequer foram tidas em conta<sup>111</sup>!

Estas preocupações quanto à ponderação exigida entre as necessidades de repressão penal (que poderiam justificar uma menor proteção de dados) e os valores de proteção da vida privada e pessoal, são actuais e têm merecido atenção muito recentemente. Sobre esta problemática da conservação de dados pessoais, debruçou-se o último parecer da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados<sup>112</sup>, recordando-nos, nos seus números 37. e 51., que *“uma ingerência no direito à vida privada e à protecção dos dados pessoais só é permitida se constituir uma medida necessária para atingir um fim legítimo”* e que *“a Comissão reconhece que os dados estatísticos e os exemplos são ‘limitados quanto a alguns aspectos’, mas conclui, ainda assim, que as provas atestam o ‘papel fundamental que a conservação de dados desempenha no âmbito da investigação criminal’”*. Apesar de este parecer considerar que é possível a conservação de dados pessoais pelas autoridades do sistema de justiça penal, ressalva que esta “desproteção de dados pessoais” só deve ser permitida em regimes de excepção devidamente regulamentados.

A primeira exigência mínima que parece estar posta em causa é a de que quaisquer pessoas devem ser notificadas sobre que dados possam ser recolhidos sobre si (veja-se, desde logo, o regimes dos arts. 10.º, 14.º ou 17.º da Diretiva, respectivamente quanto à recolha, ao direito de oposição das “pessoas em causa” e quanto à segurança no tratamento de dados). Se é dada informação aos denunciantes sem que haja qualquer comunicação ao denunciado, este princípio de proteção de dados pessoais segundo o qual cada cidadão deve poder conhecer e alterar erros dos dados que sobre si são processados, estará certamente comprimido. Ainda que nos pareça que a comunicação ao denunciado de que está a ser investigado com base numa denúncia feita por este sistema pudesse ter consequências negativas no objectivo de repressão criminal, a ponderação deste valor com o da proteção de dados pessoais teria de ser justificada pelo legislador, como já referimos sumariamente quando tratámos da incompetência do MP.

Em suma, o sistema em estudo, para além de, potencialmente poder violar a Constituição e a lei, pode ainda chocar com as normas desta Directiva euro-

---

111 O que, aliás, parece ter sido o caso desta linha de denúncias do DCIAP, que até hoje nem sequer foi analisada pela Comissão Nacional de Proteção de Dados.

112 Cf. Parecer da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados sobre o relatório de avaliação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre a Diretiva relativa à conservação de dados (Diretiva 2006/24/CE), publicado no Jornal Oficial da União Europeia de 23 de setembro de 2011 (2011/C 279/01).



peia, quer pela conservação de dados pessoais, quer pela sua divulgação aos denunciante, quer, ainda, pela total ausência de regulamentação.

Procurámos, neste capítulo, responder à segunda questão: o MP poderia ter desenvolvido este sistema nos termos em que o fez (sem qualquer regulamentação e apenas com os procedimentos descritos e anunciados no sítio da *internet* que o aloja)? Concluímos que não, visto que esta medida viola organicamente a Constituição e a lei, tendo ainda as utilizações discricionárias do sistema pelos magistrados um enorme potencial de violar direitos fundamentais e o Direito da União Europeia. Para além disso, o MP não tinha competência para tomar esta medida, não cabendo nas suas atribuições e funções. A questão sobre ter sido criado *direito processual penal novo* ficou já parcialmente respondida: detectadas as desconformidades com o regime vigente, podemos concluir que há violação da lei. No entanto, a resposta à pergunta seguinte – como qualificar processualmente o denunciante através deste sistema? – ainda relevará para responder a esta questão, na medida em que caso se verifique a existência de um novo *participante processual*, haverá *direito processual penal novo*.

#### 4. O DENUNCIANTE DE CORRUPÇÃO COMO SUJEITO PROCESSUAL?

Para responder à terceira questão e para melhor compreender o estatuto destes denunciante (eventualmente anónimos), titulares da chave de acesso que permite tomar conhecimento do estado do inquérito e do processo, e intervir mais do que uma vez, devemos lançar a questão: serão verdadeiros *sujeitos processuais*? Recorde-se que a análise subsequente terá influência na resposta que se dará a uma outra questão, que referimos anteriormente: será que a implementação deste sistema consubstancia uma criação de *direito processual penal novo* (especial, excecional ou contrário à lei)?

##### 4.1. Sujeito processual e participante processual

Quanto aos intervenientes num processo penal, a doutrina vem distinguindo um conceito mais amplo – o de *participante processual* – e, dentro deste, um mais restrito – o de *sujeito processual*. Assim, antes de respondermos à questão colocada, analisando esse conceito mais restrito, é necessário começar por perceber se aquele denunciante com poderes especiais se poderá qualificar como um *participante processual em sentido amplo*.

Explica Figueiredo Dias<sup>113</sup> que “o processo não progride em todo o seu decurso e, em particular, de fase para fase, de forma automática, mas apenas por meio de

113 V. Figueiredo Dias, 1988: 3-34.

*impulsos processuais provocados pelos actos dos participantes processuais*<sup>114</sup> – isto é, são *participantes processuais* todos aqueles que provoquem a progressão do processo penal. Dentro desse conceito de *participantes processuais em sentido amplo*, o mesmo autor<sup>115</sup> delimita o conceito de *sujeitos processuais*, procurando distinguir o tipo de intervenção: se os meros *participantes processuais* (ou *participantes processuais em sentido estrito*) praticam apenas “*actos singulares, cujo conteúdo processual se esgota na própria actividade*”, aos *sujeitos processuais* pertencem “*direitos (que surgem, muitas vezes, sob a forma de poderes-deveres ou de ofícios de direito público), autónomos de conformação da concreta tramitação do processo como um todo em vista da sua decisão final*”<sup>116</sup>.

Por seu lado, Germano Marques da Silva<sup>117</sup> apresenta uma formulação mais simples que nos parece afastar-se da formulação original de Figueiredo Dias. Para este outro autor, serão *participantes processuais* todas as entidades que intervêm no processo, acrescentando que serão *sujeitos processuais* aqueles “*cuja actividade tem função determinante da decisão final*”<sup>118</sup> distinguindo-se daqueles que apenas “*colaboram no processo, mas não têm faculdades de iniciativa ou decisão com respeito ao processo*”<sup>119</sup>, os *participantes processuais em sentido estrito*.

Tendo em conta qualquer uma destas definições, parece-nos que é evidente que o denunciante através deste serviço (quer quando denuncia, quer quando oferece novos elementos nos termos previstos) é *participante processual em sentido amplo*: pela primeira formulação, na medida em que provoca a progressão do processo penal; pela segunda formulação, na medida em que intervêm no processo, tal como as testemunhas, os peritos, os funcionários judiciais ou agentes policiais, e o tribunal, o MP, o arguido, o assistente, o defensor e as partes civis.

---

114 Cf. *idem, ibidem*: 7.

115 Para delimitação do conceito de *sujeitos do processo*, FIGUEIREDO DIAS afastou-se do conceito de BELING, para quem estes seriam apenas aqueles participantes processuais que “*sem eles, a representação da existência de um processo no sentido do direito vigente seria inexequível*” – desta forma, apenas seriam sujeitos processuais o tribunal, o MP e o arguido – e pretendeu alargar o conceito nos termos que tentamos explicar. Sobre a posição deste outro autor, v. Belling, 1943: 89; mas também, entre nós, cf. Figueiredo Dias, 1988: 7; e Mendes, 2008: 74, notas 73 e 74.

116 Cf. Figueiredo Dias, 1988: 9.

117 V. Silva, 2010: 161 ss.

118 Parecendo regressar à clássica concepção de Ferreira, 1986: 45 ss.

119 Cf. Silva, 2010: 162.

Dito isto, cumpre agora procurar responder à questão que inicialmente colocámos, isto é, saber se podemos qualificar estes denunciante (titulares de chave de acesso para informação) como *sujeitos processuais*, ou se serão apenas participantes processuais em sentido estrito. Note-se que a passagem a *sujeito processual* é relevante, nomeadamente, porque apenas estes podem ter acesso aos autos nos termos do artigo 89.º CPP. Ainda que o processo seja público, essa publicidade só determina e implica que qualquer pessoa possa assistir aos actos públicos, ou consultar os autos dentro do regime do artigo 90.º (demonstrando um interesse legítimo e após aprovação, por despacho, da autoridade judiciária que presidir à fase em que se encontra o processo).

De acordo com a definição de Germano Marques da Silva, parece que o denunciante no serviço que nos ocupa será apenas um *participante processual em sentido estrito*, na medida em que apenas colabora no processo, sem ter faculdades de iniciativa ou decisão a respeito do processo (razão pela qual não pode ser qualificado como *sujeito*). Por sua vez, tendo em conta a formulação de Figueiredo Dias, ficamos com algumas dúvidas: se parece que os denunciante que utilizam este sistema não possuem “poderes de conformação do processo como um todo”, a verdade é que possuem direitos que o denunciante tradicional, que segue os trâmites previstos no CPP, não possui – entre os quais o direito a receber informações sobre o processo –, e nem sequer é certo que a sua participação se limite a actos singulares (isto é, actos que esgotam o seu conteúdo na própria actividade), pois a relação entre o denunciante e o MP não está regulada, assumindo configurações diferentes conforme o sentido que o magistrado, em concreto, na sua discricionariedade, lhe queira dar.

Ainda assim, não deixa de nos parecer que o denunciante é mais do que um mero *participante processual*, que não está previsto no CPP. No entanto, mantemos algumas dúvidas quanto à sua qualificação como *sujeitos processuais*, sendo necessário saber se estes direitos do denunciante justificam a sua qualificação como tal, e analisar algumas situações semelhantes.

Neste sentido, repare-se que, apesar da tendência da doutrina portuguesa de alargar o conceito de *sujeito processual*, contrariando o conceito *belinguiano*, nem sequer o ofendido é tratado directamente como tal, sendo que para passar de mero *participante processual* a assistente é necessária uma formalização (para uma “*realização mais consistente e efectiva dos direitos da vítima*”<sup>120</sup>), num ato que Figueiredo Dias considera paralelo ao que sucede com a constituição formal

120 V. Figueiredo Dias, 1988: 10.

do suspeito como arguido. Assim, o ofendido só adquire o estatuto de sujeito processual (e os direitos que esse comporta) após este acto de formalização. Por sua vez, o nosso denunciante adquire o seu estatuto assim que adquire a chave de acesso (e os direitos que comporta) após o mero acto de preenchimento do formulário electrónico, sem qualquer formalização equiparável.

Por outro lado, a descrição que o próprio sistema faz destes denunciantes – “*todos aqueles que se sentiram directamente afectados pela prática de actos de corrupção ou que dispõem de informação privilegiada*” – e a sua responsabilização categórica – “*combater e eliminar a corrupção é uma responsabilidade de todos e quem não denuncia, conhecendo os factos relevantes, tem também a sua quota de culpa*”, defendendo até que “*o conhecimento de dados sobre o relacionamento entre os indivíduos suspeitos ou os efeitos nefastos dos seus actos para o interesse público, pode ser determinante para o sucesso da investigação*”<sup>121</sup> –, lembram algumas das descrições que a doutrina e a jurisprudência têm feito do *defensor* no processo penal. Recordamos, nesse sentido, a defesa de Laborinho Lúcio quanto a caber, ao defensor, “*um papel decisivo na prossecução da finalidade prática de todo o sistema*”<sup>122</sup>, as palavras de Germano Marques da Silva, “*o defensor é um elemento essencial à administração da justiça (art. 208, da CRP e art.114, da LOFTJ), um verdadeiro órgão de administração da justiça... pretende significar-se que o defensor exerce também uma função pública, no interesse geral, que ultrapassa o interesse particular do arguido*”<sup>123</sup>, e mesmo a afirmação do Tribunal da Relação de Lisboa de que “*a figura do defensor não pode ser vista como uma entidade menor no sistema*”<sup>124</sup>, tendo vindo a relacionar-se estas concepções quanto ao estatuto do *defensor* com a consideração dos advogados como “*servidores do Direito*”, desde logo no Estatuto da Ordem dos Advogados<sup>125</sup>. Parece-nos que, agora, este sistema pede a todos os cidadãos que o sejam também. Num raciocínio análogo, e tendo em conta o que acabámos de dizer, podemos perguntar-nos: se o defensor é considerado *sujeito processual*, não deverão também estes novos denunciante

121 Online: <https://simp.pgr.pt/dciap/denuncias/> (consultado em 20.09.2011).

122 V. Lúcio, 1988: 56.

123 Assim, em Silva, 2010: 310.

124 Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20 de março de 2007, n.º de processo 1596/2007-5, rel. por Vieira Lamim, disponível online em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4e44abfad61e971e802572c100475e35?OpenDocument> (consultado em 14.09.2011).

125 O Estatuto da Ordem dos Advogados foi aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de janeiro (recentemente alterado pela Lei n.º 12/2010, de 25 de junho), sendo que esta responsabilização e a ideia da sua indispensabilidade à administração da justiça decorrem dos arts. 83.º e 85.º do mesmo diploma.

ser considerados como tal?<sup>126</sup>. No entanto, a questão não é assim tão simples. A verdade é que, apesar destas afirmações sobre a importância do defensor, todos os autores, entre os quais Figueiredo Dias e Paulo de Sousa Mendes, justificam a sua qualificação como sujeitos processuais com o facto de o CPP permitir que, em certas situações, este possa intervir no processo independentemente, e mesmo contra a vontade, do arguido, e o represente mesmo na sua ausência. É, precisamente, por o defensor poder co-determinar, ainda que só em determinadas circunstâncias e dentro de certos limites, a decisão final do processo, tendo o poder de, só pela sua vontade, o fazer avançar, que é considerado um *sujeito processual* (e não por exercer uma função no interesse geral)<sup>127</sup>. E não parece que haja forma – mesmo que o magistrado do MP responsável tenha uma actuação muito criativa – de atribuir ao denunciante deste sistema esse poder de fazer o processo avançar só pela sua vontade.

Neste pequeno excursus pelos indivíduos cuja caracterização como *sujeitos processuais* não é tão óbvia como a do arguido e do MP, lembremos que, quanto às partes civis, Figueiredo Dias defende que estas são apenas sujeitos de processo penal num sentido formal, sendo que, do ponto de vista material, são sujeitos de uma ação civil que adere ao processo penal e que se mantém como ação civil<sup>128</sup>. Posto isto, se até as partes civis são consideradas sujeitos processuais, ainda que formalmente, não deverão também estes novos denunciadores, a que são atribuídos direitos no próprio processual penal, ser considerados como tal? Neste caso, no entanto, a similitude entre uma parte civil e um denunciante deste sistema não é fácil de estabelecer, por falta de semelhança entre as circunstâncias em que cada um se encontra.

Pelo contrário, é bastante simples encontrar semelhanças entre este denunciante e os órgãos de polícia criminal (OPC), a quem compete coadjuvar as autoridades judiciais na realização das finalidades do processo, sob a sua direção e dependência<sup>129</sup>. Voltamos a considerar essencial citar Figueiredo Dias, utilizando as suas próprias palavras: “É certo que os órgãos de polícia criminal têm

---

126 Sobre estes sujeitos processuais, explica Paulo de Sousa Mendes: “O defensor intervém no processo às vezes independentemente do próprio arguido, como acontece, por exemplo, quando o defensor participa na audiência de julgamento realizada na ausência do arguido. (...) O defensor pode mesmo intervir contra a vontade do arguido, como acontece quando é negado ao arguido que é, ele mesmo, advogado, o direito de se defender a si próprio, sendo-lhe ao invés atribuído um defensor oficioso” (Mendes, 2008: 95).

127 Neste sentido, v. Figueiredo Dias, 1988: 11.

128 Cf. *idem, ibidem*: 15.

129 V. *idem, ibidem*: 12.

*também direito – atribuído sob a forma específica dos poderes–deveres ou dos ofícios de direito público – de praticar actos processuais no uso de uma competência própria e não meramente delegada, nomeadamente no âmbito das chamadas medidas cautelares e de polícia e da detenção. Não menos exacto é, porém, que se trata aqui sempre da competência para actos processuais singulares, no sentido de que não são actos que sirvam para co-determinar o processo como um todo em vista da sua decisão final*". Parece que esta descrição se aplica na perfeição à situação daqueles que denunciam crimes de corrupção através do sistema "Corrupção: Denuncie aqui": têm mais direitos do que o denunciante normal, mas nenhum desses direitos lhes atribui o poder de co-determinação do processo.

Pensamos, assim, que talvez fosse adequado considerar este denunciante, que é titular da chave de acesso, um *tertium genus*, entre o *sujeito processual* e o *participante processual em sentido estrito*. Acontece que este *tertium genus* já foi concebido por BELING, que os denominou, na tradução de Figueiredo Dias (que, aliás, considera o conceito muito adequado aos OPC), "auxiliares dos sujeitos processuais" ou "sujeitos processuais acessórios ou secundários"<sup>130</sup>.

Pelo que consideramos que o denunciante, através do sistema "Corrupção: Denuncie aqui", se o seu estatuto se mantiver tal como parece resultar da descrição sumária que o sítio da *internet* fornece, é um *participante processual em sentido estrito*, com poderes e direitos reforçados em relação a outros participantes como os denunciantes (tal como resulta do CPP), as testemunhas, os peritos ou os funcionários judiciais, que lhe justificam a qualificação, para quem a aceite, de sujeitos processuais secundários.

No entanto, mantemos uma certa dúvida, porque a indefinição que resulta da ausência de qualquer enquadramento normativo, e da conseqüente discricionariedade da actuação dos magistrados na relação com os denunciantes, obriga a isso: só em cada caso concreto poderá ser possível perceber se estamos ou não perante *sujeito processual*, dependendo isso da actuação discricionária do magistrado do MP que dirija cada processo.

Assim, regressando à nossa questão sobre estarmos perante *direito processual penal novo*, consideramos que qualquer previsão de *novas formas de participação* de entidades no processo penal, ou de participação de *novas entidades como participantes processuais*, diferentes das testemunhas, peritos, funcionários judiciais ou agentes policiais, como parece ser o caso, consubstancia uma alteração ao direito processual penal que existia anteriormente, integrando a previsão da

---

130 Cf. Belling, 1943: 91-92.

alínea c), do n.º 1, do art. 165.º CRP, com as consequências que já anunciámos e a que voltaremos adiante.

#### 4.2. A participação dos particulares no exercício da ação penal

Independentemente da qualificação processual dada a estes denunciante de corrupção, estamos, sem dúvida, perante uma forma de participação de particulares no exercício da ação penal.

É relativamente pacífica na doutrina<sup>131</sup> a análise das reformas dos últimos 30 anos do direito processual penal português como sendo, todas elas, no sentido de abrir espaço à intervenção de particulares<sup>132</sup> no processo penal<sup>133</sup>. Este fenómeno verificou-se, nomeadamente, nas alterações ao Código Penal em que se aumentou o número de crimes qualificados como semi-públicos – fazendo depender o seu processo de queixa ou participação<sup>134</sup> –, na construção da figura do Assistente e também nas novas concepções quanto ao instituto e funções da *queixa* em processo penal<sup>135</sup>.

Desta forma, assistimos a uma valorização da queixa em nome: (i) das especiais relações entre a vítima e o agente; (ii) da proteção da intimidade da vítima e dos envolvidos, (iii) do esforço de não intromissão na *esfera das relações pessoais* dos participantes processuais; (iv) do problema da disponibilidade dos próprios bens jurídicos e do consentimento dos ofendidos; (iv) das dificuldades de prova pelo MP dos factos contra (ou sem) a vontade das testemunhas; e (v) do “significado criminal relativamente pequeno”<sup>136</sup> dos crimes. E, quanto à estruturação da figura processual do Assistente<sup>137</sup>, que bem tem sido referida

131 V., por todos, Cunha, 1998: 594.

132 Utilizamos o termo “particulares” no sentido em que usado no CPP – por exemplo, quando se refere à “acusação particular” – e em Cunha, 1998: *passim*.

133 É observando as alterações decorrentes destas necessidades que JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA elogia uma “ruptura de um certo monolitismo na Administração da Justiça – e, neste sentido, de ruptura, em alguma medida, com a configuração de um poder penal paternalista”, na visão mais “optimista” que encontramos quanto à abertura do processo aos particulares (longe dos medos de um direito processual penal fomentador de vinganças, inimizades e ódio). Cf. Cunha, 1998: 657.

134 Costa Andrade é um dos autores que identificam esta “tendência”, por exemplo, para a previsão genérica quanto aos crimes contra a reserva da vida privada introduzida em 1995. Cf. Andrade, 1999: 814.

135 Quanto às funções da queixa, cf. Cunha, 1998: 598; e Figueiredo Dias, 1993: 666-668, §1065-1070.

136 V. Figueiredo Dias, 1993: 666.

137 Será interessante aprofundar a perspectiva “dinâmica” de José Damiano da Cunha sobre esta figura processual, cf. Cunha, 1998: 627 ss. Para além das já referidas obras que estudam esta figura v., em especial, Figueiredo Dias, 1988: 9-11; Silva, 2010: 351-368; Mendes, 2008: 95-100.

como uma *“originalidade do direito processual nacional”*<sup>138</sup>, surgiu na sequência de várias preocupações e objectivos, não apenas de maior protecção dos ofendidos, mas também de garantia de uma separação de poderes efetiva entre o juiz de instrução e o MP, possibilitando uma verdadeira fiscalização e um controlo efetivo e eficaz da sua atividade<sup>139</sup>.

Feita esta introdução do tema, parece-nos claro que a criação deste sistema de denúncias electrónicas se introduz neste movimento de abertura à participação dos particulares no processo penal, sendo aparentemente fácil a utilização de algumas das justificações expostas para defender, em geral, a implantação de um sistema de denúncias electrónicas (que, reiteramos, são, pelo menos, minimamente “recompensadas”) universal: maior protecção dos ofendidos e maiores possibilidades de, se devidamente regulamentado, inspeção e controlo da actividade do MP e mesmo fiscalização<sup>140</sup> da sua prossecução da ação penal. Em especial, conseguimos, adaptar aos crimes de corrupção algumas das ditas “funções da *queixa*”, com particular realce para as especiais relações entre o denunciante e o agente ou agentes do crime, as específicas dificuldades de prova pelo MP dos factos contra (ou sem) a vontade das testemunhas e o significado criminal, agora “relativamente grande”, dos crimes de corrupção. Mais ainda, alguns dos louvores feitos à figura do assistente, como o facto de ser *“uma garantia, dentro de certos limites, para uma não «politização» dos órgãos da Administração da Justiça (ou, se se quiser, para uma certa legitimidade democrática dos órgãos da Administração da Justiça)”*<sup>141</sup> parecem encaixar “como uma luva” à figura do denunciante electrónico de corrupção. Com esta medida, poderia mesmo verificar-se, no limite, uma desejada<sup>142</sup> *“canalização para dentro do processo”* dos *“outros interesses no domínio da Administração”*<sup>143</sup>.

Concluindo, José Damiano da Cunha, no texto que, neste ponto, fomos repetidamente referindo, analisando o processo de abertura a maior parti-

---

138 Cf. Cunha, 1998: 627.

139 Neste sentido, e desenvolvendo esta função do assistente, v., ainda, Cunha, 1995: 153-171.

140 Defendendo e exigindo fiscalização e controlo externo, cf. Gouveia, 2006: 925.

141 Por todos, v. Cunha, 1998: 658.

142 Cf. *idem, ibidem*: 658.

143 O que poderíamos completar com a ideia do mesmo autor de que os órgãos da Administração da Justiça são uma garantia de “imunidade a pressões exteriores”. V. *idem, ibidem*: 658. No entanto, essa garantia deve decorrer principalmente de uma atuação em estrita obediência à lei (de qualquer parte) da Administração, o que resulta, como sabemos, do princípio da legalidade.



cipação dos particulares no exercício da ação penal, pretendeu responder à seguinte questão: “*saber se não se terá verificado uma ‘mutação’ do processo penal*”, concluindo que “*tanto quanto julgamos poderemos (...) afirmar uma sensível alteração (de resto ainda não de todo executada) na compreensão do exercício da ação penal, enquanto manifestação do poder estadual*”.<sup>144</sup> Conforme tem decorrido deste estudo, também nós procuramos saber se este sistema operou uma “mutação” no processo penal. E, se a validade das “mutações” pode ser apreciada sob várias perspectivas, impõe-se fazer aqui uma distinção fundamental em relação às alterações do estudo citado, lembrando algo que temos reiterado no texto: a alteração ou mutação que estudamos não foi resultado de qualquer alteração legislativa, ao contrário daquelas, devendo a “comparação” entre argumentos, justificações e razões parar por aí. E se o estudo referido aborda uma “mutação” resultante de um somatório de alterações, não deixa de identificar cada uma dessas modificações (dos assistentes às “novas queixas”) como sendo cada uma, uma mutação em si mesma. Parece-nos evidente que também este sistema alterou a maneira como os particulares podem intervir e colaborar no processo, facilitando e “abrindo ainda mais”, o que implicará seguramente uma mutação no sentido das referidas, contextualizável nesse movimento de abertura à intervenção de particulares na ação penal, mas autónoma, independente e parecendo representar, ela própria, uma alteração no *direito processual penal*.

## 5. CONCLUSÕES

*“A corrupção é uma ameaça à estabilidade e segurança das sociedades, na medida em que mina as instituições e os valores da democracia, os valores éticos e a justiça e na medida em que compromete o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito”*<sup>145</sup>.

Não temos qualquer tipo de dúvida na identificação da corrupção como uma das maiores calamidades jurídicas dos dias de hoje, atentando contra a

144 *Idem, ibidem*: 659.

145 Este é um excerto da resposta que o sítio *online*, onde está alojado o sistema “Corrupção: Denuncie aqui”, dá à questão “o que é a corrupção”. Para além do excerto apresentado, a resposta enuncia ainda “*uma ampla gama de práticas: os conflitos de interesse, o desvio de fundos públicos, somas extorquidas por funcionários públicos abusando do seu poder, as autoridades públicas subornadas por pessoas ou empresas para fechar os olhos ao incumprimento de certa regulamentação ou para tomar uma decisão não imparcial, ofertas ou subornos de uma empresa dirigidos ao responsável pelas compras de outra empresa, etc.*”. Cf. *online*: <https://simp.pgr.pt/dciap/denuncias/> (consultado em 20.09.2011).

igualdade e a confiança na justiça e sendo, evidentemente, objeto do direito penal, pela facilidade na identificação de um bem jurídico lesado (e isso será fácil logo pela própria noção de bem jurídico como “*expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso valioso*”<sup>146</sup> que abarcará o interesse da sociedade se preservar a ela própria<sup>147</sup>).

O Direito Penal tem vindo a ocupar-se do problema da corrupção, existindo vários tipos de crime (previstos no Código Penal e fora dele) e multiplicando-se a legislação<sup>148</sup>, a jurisprudência e a doutrina<sup>149</sup> que tentam compreender,

---

146 Seguimos a proposta de noção de *bem jurídico* de Figueiredo Dias, 1983: 15; retomada, mais recentemente, em Figueiredo Dias, 2007: 114-115.

147 Iríamos até longe o suficiente na analogia, relacionando estes crimes com uma espécie de “direito à vida da sociedade”. Utilizando imagens semelhantes na caracterização do fenómeno da corrupção, e sublinhando a importância de o conhecer, em Portugal, cf., por todos, os estudos sociológicos João Maia, 2008, ou, mais recente, Maia, 2011.

148 A legislação diretamente aplicável ao fenómeno da corrupção é imensa. Para além das já citadas disposições do Código Penal e tipificações de crimes de corrupção (em especial, v. os arts. 372.º a 374.º-A), existe numerosa legislação específica para a corrupção. Entre esses diplomas e para evidenciar esta proliferação (e dispersão) de normas criadas, refiram-se: a Lei n.º 34/87, de 16 de julho que determina o regime da responsabilidade dos titulares de cargos políticos (recentemente, como o CP, também alterada pela Lei n.º 41/2010, de 3 de setembro), a Lei n.º 50/2007, de 31 de agosto, que aprovou o regime de responsabilidade penal por Comportamentos Antidesportivos, a Lei n.º 20/2008, de 21 de abril, que criou o novo regime penal de corrupção no comércio internacional e no sector privado, dando cumprimento à Decisão Quadro n.º 2003/568/JAI, do Conselho, de 22 de julho; a Lei n.º 13/2001, de 4 de junho, que transpôs para o direito interno a Convenção sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transacções Comerciais Internacionais, aprovada em Paris, a 17 de dezembro de 1997, sob a égide da OCDE, a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que estabeleceu medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira; a Lei n.º 19/2008, de 21 de abril, que aprovou medidas de combate à corrupção, a já referida Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, que aprovou medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira”, a Lei n.º 54/2008, de 4 de setembro, que criou o Conselho de Prevenção da Corrupção, entidade administrativa independente, a funcionar junto do Tribunal de Contas, que desenvolve uma atividade de âmbito nacional no domínio da prevenção da corrupção e infracções conexas. Em termos de Direito da União Europeia, mencionem-se, ainda, a Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho, de 22 de julho de 2003, relativa ao combate à corrupção no sector privado e a Decisão 2008/852/JAI do Conselho, de 24 de outubro de 2008, relativa à criação de uma rede de pontos de contacto anticorrupção.

149 Sobre o tema da corrupção, v., entre outros, Margolis, 2009: 29-33; Wright, 2007: 586-609; Wilensky, 2007: 973-1011; Inácio, 2011: 44-47; Santos, Bidino & Thaís de Melo, 2009; Santos, 2010: 51-58; Schilling, 2001: 401-409; Poeschl & Ribeiro, 2010: 419-445; Gomes, 2008: 115-123; Abreu Lopes, 2003: 113-128; Davin, 2002; Alan, 2009; Mirabete, 1993: 94-104; Pereira, 2005: 43-71; Aniyar de Castro, 2003: 307-316; Carmo, 2006; Carvalho, 2000; Antunes, 1990; Simas Santos, 2008: 51-70; Mata-Mouros, 2005: 19-42; Malet Vázquez, 1997: 117-144; Guimarães, 1950: 26-27; Pieth, 2011: 21-25; Guedes de Carvalho, 1995: 65-68; Raphael & Summers, 2009: 242-252; Livianu, 2007; Rodrigues, 2009a: 159-182 e 2009b: 183-198; Santos, 2009: 349-373; Pinto, 2009: 339-348; Figueiredo Dias, 1990: 58-67; Moura, 1990: 68-78; Gardiner & Malec, 1990: 96-105; Correia, 1990: 84-87; Pinto Ribeiro, 1990: 92-95; Fonseca, 1990: 101-106; e Antunes, 1990: 112-115; Dias, 2010: 23-47; e Almeida, 2010: 49-56.

enquadrar, combater e restringir este fenómeno. A atenção e desenvolvimento dados pelo Direito Processual Penal têm sido substancialmente inferiores.

A corrupção passou a ser referida pelo CPP com as alterações legislativas de 2010<sup>150</sup>, integrando o conceito de “Criminalidade altamente organizada” (art. 1.º, al. *m*), CPP), relevando, nesse mesmo Código, apenas em matéria de medidas de coação, para aplicação de prisão preventiva (no art. 202.º, n.º 1, al. *c*), CPP). Independentemente da extensão das alterações de 2010 no direito substantivo da corrupção<sup>151</sup> e das repercussões que eventualmente possam vir a verificar-se no direito adjetivo<sup>152</sup>, o *direito processual penal da corrupção* é quase

150 Desde então, parte da doutrina tem-se debruçado sobre certos aspetos particulares destas alterações legislativas e sobre o enquadramento dado ao problema da corrupção em Portugal, entre eles, Santos, 2011: 9-28; Lopes, 2011: 43-63; Cunha, 2011; Mouraz Lopes, 2011; Luís de Sousa, 2011; Sousa Mendes, 2011a: 29-41; Sousa Mendes, 2011b: 34-35.

151 Neste sentido, Cláudia Cruz Santos questiona a existência de verdadeiras alterações relevantes em 2010, procurando demonstrar que as ditas “grandes” alterações em matéria de crimes de corrupção não foram assim tão “grandes”, e que a Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro, não veio modificar nem mesmo em matéria de direito substantivo. Assim, Santos, 2011: 20-22. Sumariamente enumeremos alguns dos principais pontos em que se evidencia essa leitura “reservada” das várias alterações, a partir da Lei n.º 32/2010:

- (i) Contrariamente às pretensões de algumas propostas prévias, não se criou um tipo legal único;
- (ii) Não se parificou a corrupção passiva e a ativa, continuando-se a punir mais severamente os agentes públicos;
- (iii) À partida, foi alterado menos do que se pensaria, quer pelo divulgado, quer pela forma das alterações;
- (iv) Incluíram-se no Código Penal (novo artigo 374.º-B) algumas normas de direito premial, agrupadas, como explica a autora, “*de forma relativamente desorganizada tendo em conta os seus distintos fundamentos e, pior, através de redacção em que parecem resultar verdadeiros lapsos do legislador*”, nomeadamente a previsão de dispensa de pena para agentes que denunciem o crime antes da instauração do procedimento criminal.

Em sentido oposto, e demonstrando os relatos sobre estas alterações amplamente divulgadas como novas “medidas de combate à corrupção aprovadas pelo Parlamento a de 22 de julho de 2010”, veja-se o Comunicado do Conselho de Ministros de 2 de setembro de 2010, *online* em <http://www.portugal.gov.pt/pt/GC18/Governo/ConselhoMinistros/ComunicadosCM/Pages/20100902.aspx>; e notícias da Associação Sindical dos Juizes Portugueses (<http://www.asjp.pt/2010/09/03/novas-leis-anti-corrupcao-foram-inscritas-no-dr/>); e em diversos órgãos de comunicação social (como [http://economico.sapo.pt/noticias/novas-leis-para-combater-a-corrupcao\\_102409.html](http://economico.sapo.pt/noticias/novas-leis-para-combater-a-corrupcao_102409.html) ou [http://www.jornaldenegocios.pt/home.php?template=SHOWNEWS\\_V2&id=441991](http://www.jornaldenegocios.pt/home.php?template=SHOWNEWS_V2&id=441991)).

152 Neste sentido concordamos com a defesa de José Damião da Cunha de que as alterações de 2010 no direito substantivo ainda não tiveram as repercussões legislativas que poderão vir a ter lugar no direito processual. Este autor compara as várias alterações legislativas que foram publicadas no mesmo mês de setembro de 2010 – as alterações atinentes ao crime de corrupção e as alterações no âmbito do direito processual penal (sendo “*a mais importante, a 19.ª alteração ao Código de Processo Penal, pela Lei n.º 26/2010, de 30 de agosto*”) – afirmando que as alterações processuais “*poderiam, deveriam, já ter reflectido estas novas Leis sobre corrupção*”. Contudo, o autor admite, em rodapé, que “*o diferente processo legislativo possa servir de justificação para eventuais ‘discrepâncias’ – de resto, compreensíveis e comprováveis até pela diferente ‘vacatio legis’*”. Avançando para uma previsão quanto à evolução do Processo Penal, explica que “*fica assim anunciada a 20.ª alteração ao Código de Processo Penal. E não só: outra legislação carecerá, porventura, de adaptação a estas inovações; será, p. ex., o caso da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, em especial,*

inexistente ou pouco relevante. Assim, defendemos que a maior alteração de 2010 nesta matéria ocorreu por estas alterações *de facto*, desacompanhadas de qualquer processo legislativo, que se verificaram pelo lançamento deste sistema eletrónico de denúncias de crimes de corrupção.

O estudo do sistema “Corrupção: *Denuncie aqui*” e das possibilidades que veio introduzir na investigação criminal e no processo penal revelou-se fascinante e permitiu reflectir e estudar problemas tão clássicos como atuais. Com a pergunta “o que é que vale no combate ao crime?” regressámos a um dos principais temas na origem do Processo Penal: até onde admitimos que o Estado possa ir no combate ao crime e na averiguação de factos relevantes? Foram exatamente estas as ponderações que os constituintes liberais exigiram e que modernamente têm sido recuperadas, como a do que é permitido em nome da segurança e das necessidades da justiça penal. Este tema obrigou-nos a regressar e visitar a uma nova luz temas como o de quem são os *sujeitos processuais* ou os limites à competência e atuação do MP<sup>153</sup>, e sua natureza no quadro constitucional; a participação dos particulares na ação penal, investigação e processo, ficando a sentir que todos estes temas merecem novo tratamento pelos estudiosos do Processo Penal. Este estudo prova que este ramo do direito está vivo e, ao contrário de outros temas de direito processual penal, em que parecemos caminhar para uma pacificação na doutrina, identificámos questões que devem ser aprofundadas, pois tiveram escasso ou nenhum tratamento na doutrina nacional: o valor da *denúncia anónima* e do *anonimato* no Processo Penal, as concretizações do *whistleblowing* e a proteção de dados e da intimidade dos investigados, as *hotlines* e os procedimentos para aquisição das denúncias pelo MP e, essencialmente, clarificar a sua posição institucional na divisão dos poderes soberanos do Estado e os limites aos seus poderes e atuação.

Ao longo da nossa investigação, a apreciação quanto ao mérito da medida alterou-se mais do que uma vez. Hoje, já pacificados, acreditamos que é uma medida eficaz e adequada ao combate da corrupção, aumentando e potenciando as capacidades de atuação do MP na investigação criminal deste tipo

---

para efeitos de perda de bens a favor do Estado (artigos 7.º a 12.º) ou para o denominado ‘registo de voz e imagem’. O mesmo se imporá no denominado regime do agente encoberto”. Assim, cf. Cunha, 2011: 8.

153 Sobre alguns dos temas relacionados com o MP e para além das obras de direito constitucional e de direito (processual) penal já citadas, v. Mesquita, 2003; Narciso, 2010: 95-132; Gaspar, 1994: 79-91; Moura, 2008: 139-148; Pereira, 2008: 191-201; Silva, 2008: 207-217; Alves, 2008: 221-229; Rebelo, 2008: 85-89.

de crimes. No entanto, esta apreciação positiva quanto ao conteúdo não se estende à forma da medida, que defendemos ter sido desconforme ao bloco de legalidade, tendo passado a existir *direito processual penal* especial a regular estes temas.

O reconhecimento de *direito processual penal novo* foi um dos principais resultados do trabalho, e parece-nos ter ficado demonstrada a introdução *de facto* de alterações que deveriam ter revestido a forma de lei. Não se procedeu a meras alterações procedimentais, como dissemos, não foi apenas “criado um novo balcão, foi criada uma *denúncia processual penal especial* nova, que exigia regulamentação legal própria. Resumidamente, relembremos que identificámos alterações nos seguintes regimes:

- (i) O regime da prestação de informações a denunciantes;
- (ii) O regime do acesso e consulta dos autos e da publicidade do inquérito e do processo penais;
- (iii) O regime da denúncia em geral (concluímos ter criada uma *denúncia processual penal especial* nova, até nos efeitos do próprio ato de denunciar, pelo qual se cria imediatamente a “chave de acesso” ao processo);
- (iv) Os princípios e o espírito do Processo Penal quanto ao *anonimato* e ao (des)valor das *denúncias anónimas*;
- (v) O regime da conservação e proteção de dados dos denunciados;
- (vi) O regime dos *sujeitos processuais* (tendo ficado claro que se introduziu um *participante processual* com características próprias, que o distingue de todos os outros participantes conhecidos pelo Processo Penal vigente);
- (vii) A forma da participação dos particulares no exercício da ação penal, que sofreu uma “mutação”.

Assim, podemos finalmente responder à questão que deixámos em aberto no capítulo II.2. Todas estas alterações consubstanciam *direito processual penal novo*, pertencendo ao âmbito de competência legislativa reservada à AR (pelo art. 165.º, n.º 1, al. c), CRP), sendo exigida a forma de lei para a sua criação, não tendo o MP competência para proceder desta forma. Para implementar um sistema como aquele que estudamos será necessário legislar neste sentido, criando *direito processual penal da corrupção*. E repare-se que haver direito processual próprio para a corrupção não é algo de novo, multiplicando-se os autores que regressam às raízes históricas da perseguição do direito romano

(criminal ou não) da corrupção<sup>154/155</sup>, até mesmo para enquadrar os modernos *whistleblowers*. Esses antecedentes históricos conduziram, no direito comparado, essencialmente em direito de *Common Law*, às ações *qui tam*<sup>156</sup>, que são exemplos paradigmáticos quer de participação de particulares no exercício da ação penal, quer na perseguição e processos relacionados com atos de corrupção<sup>157</sup>. Identificamos, então, desde cedo, uma relação de proximidade entre estes dois temas: o combate à corrupção e o envolvimento da comunidade e de cada particular nesses processos<sup>158</sup>. Contudo, a aceitação da participação de particulares no direito processual penal nunca será pacífica, principalmente nos sistemas Romano-Germânicos, profundamente marcados pelas cicatrizes das experiências de denúncia obrigatória nos regimes autoritários da Europa do século XX (nomeadamente as mais terríveis práticas da Alemanha Nazi, da Rússia Soviética e das polícias como a *Gestapo* ou a *Stasi*<sup>159/160</sup>).

154 Quanto a esta questão, em especial sobre as ações *quaestio de repetundis*, cf., entre outros, González Romanillos, 2003: 136-156 e Lemprière, 1823: 215.

155 Acerca daquilo a que chamamos *direito penal romano da corrupção*, entre outros, cf. Santalucia, 1990; Gregorio Lavié, 1955: 125-136; Volterra, 2007: 477-491; Li Vecchi, 1992: 705-714; Venturini, 1997: 44-87; Venturini, 1969: 19-87. E, em Portugal, sobre problemáticas muito próximas, Taipa de Carvalho, 2010: 107-218, sobre estes temas, essencialmente pp. 108-110.

156 Tanto em Inglaterra como nos Estados Unidos da América, veja-se a evolução histórica destas ações apresentada no Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, *Vermont Agency of Natural Resources v. United States*, rel. Stevens (98-1828) 529 U.S. 765 (2000), 162 F.3d 195, reversed, disponível online em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/98-1828.ZO.html>.

157 Lembramos o brocardo latino, que deu origem a esta denominação das ações, “*qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur*” traduzido livremente por “aquele que processa tanto pelo rei como por si próprio” – identificando-se esta ideia de os particulares participarem nas ações em nome do Estado (ou da Nação) contra agências ou agentes do próprio Estado, designadamente por atos de corrupção.

158 Retomemos, aqui, a afirmação expressiva do próprio sítio: “*Combater e eliminar a corrupção é uma responsabilidade de todos e quem não denuncia, conhecendo os factos relevantes, tem também a sua quota de culpa*”, online em <https://simp.pgr.pt/dciap/denuncias/> (consultado em 20.09.2011).

159 Este sistema deixa-nos com uma dúvida mais profunda, a querer desenvolver noutros estudos (com outra extensão que aqui já não nos permitiremos): há, de facto, uma responsabilidade de todos os cidadãos combaterem os crimes? Quais as consequências de dar força jurídica à afirmação do próprio sítio do sistema: “*Combater e eliminar a corrupção é uma responsabilidade de todos e quem não denuncia, conhecendo os factos relevantes, tem também a sua quota de culpa*”? (cf. online: <https://simp.pgr.pt/dciap/denuncias/> (consultado em 20.09.2011)). Sendo assim, porque é que só alguns indivíduos têm dever de denúncia obrigatória? É desejável que se promova uma sociedade em que todos defendemos a legalidade? Não ensaiará este sistema uma nova via de “direito premial” (ao prometer informações e uma posição privilegiada) que caminhe para um dever geral de denúncia? São questões decerto fascinantes em Direito processual penal, a que queremos regressar numa investigação futura.

160 Relacionando o tema do “dever geral de denúncia” com a investigação criminal e mesmo o tema das linhas diretas para denúncia de corrupção criadas na sequência do *Sarbanes–Oxley Act*, de 30 de julho, cf. Gellately, 1996: 931-967; e Rauhofer, 2007: 1-18.

Como ouvimos dizer, em tom de brincadeira, um magistrado do MP: “perseguir corruptos não é perseguir judeus!”. Concordamos com a ideia que está por detrás desta afirmação: o direito processual penal não deve ser lírico, utópico, ingénuo e desligado da prática ao ponto de, querendo tratar todos os cidadãos como inocentes, deixar de ser eficiente e eficaz. Note-se que nem a presunção de inocência, nem os maiores defensores das liberdades individuais e de um Estado que intervenha ao mínimo na vida do cidadão, sustentam ou justificam que se absolutizem esses valores contra a segurança e o combate ao crime, devendo valorar-se as características de cada tipo de crime e responder-lhes adequadamente.

O moderno direito processual penal tem sido resultado desta ponderação<sup>161</sup> entre liberdade e segurança, que traduz delicados equilíbrios, resultante do processo democrático<sup>162</sup> cujo espaço privilegiado é, na nossa democracia parlamentar, a Assembleia da República. De facto, pela ponderação entre estes valores feita pelo legislador, adoptamos hoje todas as garantias do processo, mas também aceitamos, em determinadas situações (excepcionais e por motivos relevantes), buscas domiciliárias, o levantamento de sigilo e segredo profissionais e mesmo escutas telefónicas. Sublinhe-se: *em determinadas situações* e sempre limitado por regras suficientemente concretizadas e densificadas, admitimos *direito processual penal invasivo*.

Confiamos estar perante uma dessas situações excepcionais (sem querer entrar numa competitiva hierarquização de crimes) pelo facto de a corrupção ser um dos maiores flagelos do nosso tempo. Como referimos, põe em causa o próprio Estado de Direito, a justiça e a igualdade, sendo que esses bens jurídicos justificam e exigem uma justiça penal aguçada, criativa e inteligente<sup>163</sup>.

161 V. Novais, 2010: 569-580, sobre uma reserva de ponderação, e pp. 821-952, sobre a “racionalização da ponderação de bens e questões de competência”.

162 Relacionando problemas e questionando o valor democrático da regra da maioria, v. Dworkin, 2006: 139-143.

163 Defendemos que um direito processual penal que busca o sucesso só será perigoso se esse sucesso for exclusivamente político e se tornar o fim da própria criação e aplicação das normas e sistemas, não buscando cumprir as funções do direito processual penal e os fins das penas, mas antes outros fins paralelos, superficiais e simbólicos. Isso será diametralmente oposto de um direito processual penal que busca a eficiência e a maximização de resultados, orientado por esses mesmos fins e funções. Reconhecemos que, devido ao seu peso “mediático”, o sistema se aproxima do direito penal simbólico – muito criticado, como “um direito Penal incapaz, desacreditado, criador de bodes expiatórios e produto de certas conjunturas políticas e ideológicas oportunistas, em que alguns programas eleitorais ou políticos transformam o “trágico” o “imoral” ou o “horror” numa «simples» e milagrosa qualificação penal” (assim, cf. Ribeiro de Albuquerque, 2006: 56-57). Isto, na medida em que esta medida foi adoptada na sequência de determinada circunstância política e ideológica e numa época de críticas violentas e censurabilidade reforçada do fenómeno da

Contudo, nem o reconhecimento dessa *especial gravidade*, nem a ponderação entre segurança e liberdade, cabem ao MP. Os fins não justificam todos os meios! Ou, melhor, os fins até podem justificar os meios, mas quem terá de reconhecer essa realidade é a Assembleia da República ou o Governo (quando devidamente autorizado), sob a forma de lei. E é evidente que há ponderação a ser feita, porque certamente este sistema não é perfeito! Ao longo do trabalho fomos identificando inúmeras desvantagens que têm de ser balanceadas e relacionadas com os ganhos e benefícios de detetar criminalidade, até hoje impossível de descobrir com eficiência e condenar.

Entre outras desvantagens, recordemos: (i) os factos irrelevantes (“lixo”!) que são depositados no sistema, e as perdas de tempo e trabalho de magistrados dedicados em exclusividade a procurarem “agulhas em palheiros”; (ii) o aumento da exposição de cada um a, mais do que acusações, denúncias por motivos de vingança, de inimizades, de ódio, de despeito, de malícia, de astúcia e de extorsão<sup>164</sup>, agora com a “velocidade de um clique” que a *internet* permite<sup>165</sup>, somadas a imediatismos, fúrias, raivas, discussões e impulsividades; (iii) colocar-

---

corrupção, procurando-se quase, diríamos mesmo a “todo o custo”, identificar culpados e puni-los para “satisfazer” a sociedade. Contudo, não identificamos uma nova ou desadequada qualificação desses factos correspondentes a crimes de corrupção. Ainda que a publicidade dada ao sistema aponte para o facto de ter sido criado com um forte pendor simbólico (reforçar o combate à corrupção), não se esgotará no simbolismo e servirá para uma investigação criminal mais eficiente e uma maior defesa dos bens jurídicos em causa, não se verificando a “falácia” de que o “direito penal simbólico substitui um necessário combate à criminalidade” (apontada por Jesus & Grazziotin, 2003: 4). Nesse sentido, o enquadramento do sistema na inclinação do direito penal na sociedade de risco para um direito penal simbólico será pouco relevante (identificando esta tendência do direito penal português, cf. Fernandes, 2001: 53-56 e 72). Portanto, ao contrário do que nos chegou a parecer, não parece existir qualquer desconsideração da noção de pessoa ou proximidade com aquele direito penal simbólico que “*só quer sucesso simbólico, sucesso político e, nessa medida, não contribui para um melhor direito penal*” (cf. o citado Acórdão da Relação do Porto de 29 de outubro de 2008). Muito pelo contrário, o sucesso deste sistema deverá contribuir para um melhor direito penal.

Também assim não nos parece consubstanciar este sistema um “*fortalecimento da corrente de pensamento denominado Lei e Ordem, que pugna (...) [pela] maior ingerência do Estado no combate à criminalidade*”, como tantas vezes identificam os movimentos de criação de “direito penal simbólico”. Neste sentido, cf. Almeida, 2007: 13. Ainda acerca dos fóruns populares, de uma “*guerra santa contra certo tipo de delinquência*”, e identificando os problemas simbólicos em torno da corrupção e, mais ainda, do atualíssimo tema do “enriquecimento ilícito”, cf. Silva, 2011: 47-63.

164 Enumerando estas desvantagens noutros casos de investigação criminal, cf. GUEDES VALENTE, 2004: 143. O autor debruça-se, aí, sobre algumas das maiores desvantagens apontadas aos modelos de investigação dependentes de acusação, sendo que modelos de investigação assentes e recomensando denúncias e delações lembram necessariamente esses casos.

165 Depois dos “*divórcios na hora*”, disponíveis *online* em <http://www.direitonahora.com/divorcio/> (consultado em 09.09.2011), há agora “*denúncias na hora*” que quase podem nem ser pensadas, nem refletidas e serem imediatas e fruto de “zangas” ou “repentes”. Teremos um incentivo e convite à delação (ou “bufaria”!) premiando com informação privilegiada quem assim proceda?



-se a proteção de dados pessoais na fronteira do aceitável; e (iv) a valorização dos “bufos” e a maior tolerância – e mesmo incentivo! – ao *anonimato*, tradicionalmente desprezado pelo direito processual penal. Mas não serão essas desvantagens quase insignificantes quando comparadas com os inconvenientes de fazer buscas na casa de um inocente, em frente aos seus filhos, ou de escutar os seus telefonemas por existirem indícios que se vêm a revelar infundados?

Por outro lado, existirão neste sistema vantagens e ganhos claros na investigação criminal<sup>166</sup>. Relembremos, nomeadamente, que: (i) passou a haver denunciante que (por medo ou até por preguiça) nunca denunciariam sem este sistema e que agora passaram a apresentar factos relevantes mais facilmente aos investigadores e mesmo a “dar a cara” participando ativamente<sup>167</sup>; (ii) sendo o chamado “pacto de corrupção” (entre corruptor e corrupto) tão instável, sujeito a comportamentos imprevisíveis das partes, particularmente quando insatisfeitos nas suas pretensões, parece que este sistema explora essas instabilidades, potenciando verdadeiros “equilíbrios de Nash”<sup>168</sup>, prejudicando-se os agentes dos crimes; (iii) pela informação dada e pela “relação com os denunciante”, o MP explica-se e pode reforçar, em cada caso, a confiança na justiça e no sistema de Direito penal; e (iv) tudo parece apontar para o aumento do número de processos e condenações pela prática de crimes destes tipos, contendo-se o fenómeno da corrupção como tanto desejam todos os agentes de justiça e operadores criminais.

166 E, sublinhemos, quanto à “investigação criminal” em que procurámos enquadrar o sistema no primeiro capítulo, que, com este sistema, não se trata de “investigação criminal” no sentido clássico de “investigação durante o inquérito” mas sim de “investigação antes do inquérito, como averiguação preliminar”.

167 Neste sentido, poderemos estar perante uma concretização de um “direito de denúncia”, que todos os cidadãos teriam e que seria facilitado por esta via. Sobre este tema, recordamos as referências a um *direito de queixa*, de Cunha, 1998: 602, e, quanto à necessidade da sua *incondicionalidade*, cf. Figueiredo Dias, 1993: 676, §1087 e 1088. Para além dessas referências, v. a recente jurisprudência do STJ, afirmando que “Ao direito à honra do denunciado contrapõe-se o direito à denúncia como “iter” de acesso à justiça e aos tribunais”, sendo que “na colisão de direitos, que são desiguais, deve prevalecer o considerado superior” e “como princípio, o direito de denúncia prevalece notoriamente nos casos de denúncia vinculada (ou denúncia-dever funcional) e, em geral, porque como garantia de estabilidade, da segurança e da paz social no Estado de Direito deve assegurar-se ao cidadão a possibilidade quase irrestrita de denunciar factos que entende criminosos”. Fora desses casos, defende-se não prevalecer o direito à denúncia. Sobre estes problemas, cf. o Acórdão do STJ, de 18 de dezembro de 2008, rel. por SEBASTIÃO PÓVOAS, disponível online em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad8b980256b5f003fa814/fdf8c6debb92c9418025752300554ac7?OpenDocument>. Ainda, acerca das ponderações entre direitos como as referidas no acórdão citado, cf. Dworkin, 1997: 279-290.

168 Lembramos, por fim, o tema dos incentivos às denúncias recíprocas no chamado “dilema do prisioneiro”, estudado em Economia, lamentando não ser possível neste trabalho fazer a análise económica deste sistema, para a qual o estudo do “equilíbrio de Nash” será essencial. Sobre estes temas, cf. desde logo (entre outras obras), Nash, 1951: 286-295 e, entre nós, Araújo, 2006: 381.

Assim, a criação do sistema “Corrupção: *Denuncie aqui*” não nos parece materialmente inconstitucional, e, apesar de ser ilegal (não seria se houvesse lei, aceitando-se facilmente as excepcionalidades do regime pelas necessidades de combate à corrupção). Porém, já é orgânica e formalmente inconstitucional, violando-se a reserva de lei, tanto em matéria de *direitos, liberdades e garantias* (art. 165.º, n.º 1, al. *b*), CRP), como pelo seu conteúdo de *direito processual penal* (art. 165.º, n.º 1, al. *c*), CRP).

Em nome da defesa da democracia e do Estado de Direito, não podemos aceitar que se viole essa mesma democracia e a separação de poderes que proclamamos na Lei Fundamental.

## BIBLIOGRAFIA

ABREU LOPES, Helena

2003 “O papel do Tribunal de Contas Português: na prevenção da corrupção”, in *Revista do Tribunal de Contas*, Lisboa, n.º 40, (jul.-dez.2003), pp. 113-128.

ALAN, José Alexandre Zachia

2009 *Observações a respeito da tutela penal de bens coletivos e suas aplicações para o estudo da corrupção* (Dissertação de Mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa orient. por Augusto Silva Dias), Lisboa.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de

2011 *Comentário ao Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora.

2004 *O que é a política criminal, como precisamos dela e como a podemos construir?*, 2004, disponível online em <http://www.ucp.pt/site/resources/documents/Docente%20-%20Palbu/o%20que%20%C3%A9%20a%20pol%C3%ADtica%20criminal.pdf> (consultado em 27.09.2011).

ALEXY, Robert

1979 *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ALMEIDA, Carlos Rodrigues de

2010 “Criminalidade organizada e corrupção”, in AA.VV., *2.º Congresso de Investigação Criminal* (ASFIC-PJ e IDPCC-FDUL), Coimbra: Almedina.

ALMEIDA, Judson Pereira de

2007 *Os Meios de Comunicação de Massa e o Direito Penal, A influência da divulgação de notícias no Ordenamento Jurídico Penal e no Devido Processo Legal*, disponível online em <http://www.bocc.ubi.pt/pag/almeida-judson-meios-de-comunicacao-direito-penal.pdf> (consultado em 21.09.2011).

ALVES, Rogério

2008 “Direitos, liberdades e garantias versus colaboração/obrigação do cidadão em participar ou submeter-se a actos processuais penais – o caso específico do arguido”, in AA.VV., *Modelos de polícia e investigação criminal, a relação entre o Ministério Público e a polícia judiciária (Actas do 1.º Congresso de Investigação Criminal)*, Lisboa: ASFIC/PJ, pp. 221-229.

AMADO, Verónica de Oliveira Lazar

2009 *Criminalidade organizada e poderes do Ministério Público* (Relatório de Mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, orient. Augusto Silva Dias), Lisboa.

ANDRADE, Manuel Costa

1997 “Liberdade de imprensa e tutela penal da privacidade: a experiência portuguesa” in *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, a.5, n.º 20 (Out.-Dez.1997), pp. 25-57.

1999 “Anotação ao artigo 198.º CP – Queixa”, in AA.VV., *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial* (dir. por Jorge de Figueiredo Dias), tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 814-816.

ANIYAR DE CASTRO, Lolita

2003 “La sombra del padrino: concepto criminológico del delito organizado”, in *Revista brasileira de ciências criminais*, Número especial dedicado ao 8.º Seminário Internacional e ao 1.º Fórum Latino-Americano de Política Criminal, São Paulo, a. 11, n.º 42, (Jan.-Mar. 2003), pp. 307-316.

ANTUNES, Manuel António Ferreira

1990a “Corrupção: sobre o sentido estratégico da investigação criminal”, in AA. VV., *Jornadas sobre o fenómeno da Corrupção* (textos de apoio), Lisboa: Alta Autoridade Contra a Corrupção, pp. 112-115.

1990b *Corrupção: sobre o sentido estratégico da investigação criminal*, Loures: Ministério da Justiça e Escola da Polícia Judiciária, 1990.

ARAÚJO, Fernando

2006 *Introdução à Economia*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

BELEZA, Teresa

1992 *Apontamentos de Direito Processual Penal*, vol. I, Lisboa: AAFDL.

BELING, Ernst

1943 *Derecho procesal penal* (trad. por MIGUEL FENECH), Barcelona: Editorial Labor.

BENDER, David

2006 “Whistleblower Debate” in *New York Law Journal*, April 11, disponível online em [http://www.whitecase.com/files/Publication/56c6ede0-7566-4145-845d-480aa786377b/Presentation/PublicationAttachment/a9cbd0c1-d29a-4d78-82ee-51ee918058d7/Whistleblower\\_Debate.pdf](http://www.whitecase.com/files/Publication/56c6ede0-7566-4145-845d-480aa786377b/Presentation/PublicationAttachment/a9cbd0c1-d29a-4d78-82ee-51ee918058d7/Whistleblower_Debate.pdf) (consultado em 25.09.2011).

BURKE, Ronald J., TOMLINSON, Edward C. & COOPER, Cary L.,

2010 *Crime and Corruption in Organizations (Psychological and Behavioural Aspects of Risk)*, Farnham: Gower.

CANOTILHO, J. J. Gomes,

1998 *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital,

2007 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

- 2010 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath  
 1978 “A Constituição e os direitos de personalidade”, in AA.VV., *Estudos sobre a Constituição*, vol. II, Lisboa, pp. 93 e ss.
- CARMO, Luís Mota  
 2007 *Regime jurídico das acções de prevenção no combate à corrupção e à criminalidade económica e financeira* (Relatório final da disciplina de processo penal), FDUL, Lisboa, 2006/2007.
- CARVALHO, Luís Nandin de  
 2000 *Direito ao Lobbying – Teoria, meios e técnicas*, Lisboa: Edições Cosmos.
- CASTRO, Catarina Sarmento e  
 2005 “O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de Setembro” in *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, vol. II., Coimbra: Coimbra Editora, pp. 65-95.
- COBO DEL ROSAL, Manuel  
 1995 “Problemas penales y procesales de la denuncia”, in *Cuadernos de política criminal*, n.º 57, Madrid: Edersa, pp. 657-669.
- CODEÇO, Carlos Emilio  
 1979 *Dos inquéritos preliminares*, Porto: Athena Editora.
- CORDEIRO, António Menezes  
 2011 *Tratado de direito civil português*, Tomo IV – Pessoas, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina.
- CORREIA, J. M. Sérvulo  
 1990 “Legalidade administrativa e moralidade administrativa”, in AA. VV., *Jornadas sobre o fenómeno da Corrupção* (textos de apoio), Lisboa: Alta Autoridade Contra a Corrupção, pp. 84-87.
- CORSO, Piermaria  
 1977 *Notizie anonime e processo penale*, Pádua: CEDAM (Publicazioni della Università di Pavia studi nelle scienze giuridiche 20).
- COSTA, Nuno Dias  
 2008 *Direito penal do inimigo: inimigo do direito penal?*, in *Revista portuguesa de ciência criminal*, Lisboa, a. 18, n.º 4, (Abr.-Set.2008), pp. 415-445.
- CUNHA, José Damião da  
 1995 “Algumas reflexões sobre o estatuto do assistente e seu representante no direito processual penal português”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 5, n.º 5, pp. 153-171.

- 1998 “A participação dos particulares no exercício da acção penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 8, pp. 593-660.
- 2008 *O conceito de funcionário para efeito de lei penal e a “privatização” da administração pública*, Coimbra: Coimbra Editora.
- 2011 *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção – Uma análise crítica das Leis n.ºs 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*, Coimbra: Coimbra Editora,, pp. 153-171.
- DAVIN, João
- 2002 *Instrumentos operacionais para a prevenção e repressão da fraude e da corrupção*, Separata de *Aquilafuente*, n.º 31, Salamanca: Universidad de Salamanca.
- DIAS, Augusto Silva
- 2010 “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, in AA.VV., *2.º Congresso de Investigação Criminal (ASFIC-PJ e IDPCC-FDUL)*, Coimbra: Almedina, pp. 23-47;
- DÍAZ PITA, María Del Mar
- 1996 *El delito de acusación y denuncia falsas: problemas fundamentales*, Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias.
- DUARTE, David
- 2006 *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Coimbra: Almedina.
- 2008 “A Discricionariedade Administrativa e a Competência (sobre a Função Administrativa) do Provedor de Justiça”, in *Provedor de Justiça, Novos Estudos*. Lisboa: Provedoria de Justiça, pp. 33-78.
- DUARTE, Maria Luísa
- 1987 “A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados: contributo para uma análise da extensão do princípio da legalidade”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n.º 370, Novembro, pp. 35-74.
- DURO, Pedro
- 2010 *O alargamento do processo penal especialmente invasivo*, outubro de 2010, disponível online em [http://www.servulo.com/xms/files/publicacoes/Momentum\\_Artigos\\_/PCO\\_PD\\_O\\_alargamento\\_do\\_processo\\_penal\\_especialmente\\_invasivo\\_Out\\_2010.pdf](http://www.servulo.com/xms/files/publicacoes/Momentum_Artigos_/PCO_PD_O_alargamento_do_processo_penal_especialmente_invasivo_Out_2010.pdf) (consultado em 23.09.2011).
- DWORKIN, Ronald
- 1997 “Can rights be Controversial?”, in *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, pp. 279 a 290.
- 2006 *Is Democracy possible here? – Principles for a new political debate*, Nova Jersey: Princeton University Press, 2006.

FARIA COSTA, José de

- 1998a “O Direito penal, a informática e a reserva da vida privada”, in *Direito Penal da Comunicação, Alguns escritos*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 63-82.
- 1998b “Os meios de comunicação (correios, telégrafo, telefones ou telecomunicações), o segredo e a responsabilidade penal dos funcionários”, in *Direito Penal da Comunicação, Alguns escritos*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 83-102.
- 1998c “As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista”, in *Direito Penal da Comunicação, Alguns escritos*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 143-178.

FERNANDES, Paulo Silva

- 2001 *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do Direito Penal. Panorâmica de alguns problemas comuns*, Coimbra: Almedina.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de

- 1986 *Curso de Processo Penal*, vol. 1.º, Lisboa: Editora Danúbio.

FERREIRA LEITE, Inês

- 2010 “Segredo ou publicidade?: a tentação de Kafka na investigação criminal portuguesa” in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, Ano 31, n.º 124, (outubro-dezembro), pp. 5-87.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de

- 1981 *Direito Processual Penal*, 1.º vol., Coimbra: Coimbra Editora.
- 1983 “Os novos rumos da política criminal”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 43.º, 1983.
- 1988 “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, in AA.VV. *Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal*, (org. Centro de Estudos Judiciários), Coimbra: Almedina, 1988, pp. 3-34.
- 1989 *Direito Processual Penal*, (Lições coligidas por MARIA JOÃO ANTUNES), Coimbra, 1988/89.
- 1990 “A corrupção e a lei penal”, in AA. VV., *Jornadas sobre o fenómeno da Corrupção (intervenção)*, Lisboa: Alta Autoridade Contra a Corrupção, pp. 58-67.
- 1993 *Direito Penal Português, Parte Geral, II, As consequências jurídicas do crime*, Lisboa: Aequitas – Editorial Notícias.
- 2007 *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- 2011 *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial* (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), tomo III, Coimbra: Coimbra Editora.

FILHO, Salomão Abdo Ismail

- 2011 *Ministério Público e atendimento à população: instrumento de acesso à justiça social*, Curitiba: Juruá Editora.

FONSECA, Martins da

1990 “O crime de corrupção na jurisprudência e doutrina portuguesa”, in AA. VV., *Jornadas sobre o fenómeno da Corrupção (textos de apoio)*, Lisboa: Alta Autoridade Contra a Corrupção, pp. 101-106.

GARDINER, John A. & MALEC, Kathryn

1990 “Combate à corrupção – estratégias de prevenção”, in AA. VV., *Jornadas sobre o fenómeno da Corrupção (intervensões)*, Lisboa: Alta Autoridade Contra a Corrupção, pp. 96-105.

GASPAR, António Henriques

1994 “Ministério Público, hierarquia e processo penal, Comunicação apresentada à 3.Sessão do IV Congresso do Ministério Público subordinado ao tema Ministério Público: instrumento do executivo ou órgão do poder judicial?”, in *Cadernos da Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.º 6, pp. 79-91.

GAYRAUD, Jean-François

1995 *La dénonciation* (préface de Jean-Claude Soyer), Paris: PUF (Politique d’aujourd’hui).

GUEDES DE CARVALHO, Miguel

1995 “Corrupção e investigação em Portugal”, in *Justiça e transparência* (Alto Comissariado Contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa: redação e dir.: Maria João Leal; trad. Wang Wei, Tou Wai Fong), pp. 65-68.

GELLATELY, Robert

1996 *Denunciations in Twentieth-Century Germany: Aspects of Self-policing in the Third Reich and the German Democratic Republic*, pp. 931-967, disponível online em [http://www.history.ucsb.edu/faculty/marcuse/classes/217/article s/96JMHGellatelyGestapoStasi.pdf](http://www.history.ucsb.edu/faculty/marcuse/classes/217/article%2Fs%2F96JMHGellatelyGestapoStasi.pdf) (consultado em 22.09.2011).

GOMES, Conceição

2011 *Os atrasos da Justiça*, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, pp. 106-107.

GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João & VALENTE, Manuel Monteiro Guedes

2001 *Lei e crime – o agente infiltrado versus o agente provocador: os princípios do processo penal*, Coimbra: Almedina.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos

2004 “A atuação criminal do Ministério Público: entre a tradição e a efectividade”, in *Revista brasileira de ciências criminais*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, a.12, n.º 46 (Jan.-Fev.), pp. 142-173.

GONZÁLEZ MONTES, José Luis

1993 *Jornadas sobre problemas actuales de la Justicia Penal, 1, Primeras jornadas sobre problemas actuales de la justicia penal: denuncia anónima, proceso abreviado*,



*polícia judicial y proceso penal, prueba ilícita y privilegios procesuales de los diputados autonómicos*, Granada: Universidad de Granada.

GOUVEIA, Paulo H. Pereira

2006 “A democracia e os poderes do Ministério Público português”, in *O direito*, Coimbra, ano 18, n.º 5, pp. 921-966.

GUIMARÃES, Mário Cesário

1950 “Denúncia e autoria”, in *Revista brasileira de criminologia*, Rio de Janeiro, a. 4, n.º 10, (jan.-mar.), pp. 26-27.

HASSEMER, Winfried

1995 *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra; seguido de a segurança pública no Estado de Direito*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

INÁCIO, André

2011 “O combate à corrupção como elemento determinante do restabelecimento do actual quadro económico global”, in *Segurança e defesa*, Loures, n.º 16, (jan.-mar.), pp. 44-47.

JESUS, Mauricio Neves de & GRAZZIOTIN, Paula Clarice Santos

2003 *Direito Penal Simbólico: o anti-Direito Penal*, disponível online em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/artigos/pdf/anti.pdf> (consultado em 21.09.2011).

LEITE, André Lamas

2006 “Segredo de justiça interno, inquérito, arguido e seus direitos de defesa”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, a. 16, n.º 4, pp. 539-574.

LIVIANU, Roberto

2007 *Corrupção e direito penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil* (textos introdutórios de Cândida Almeida e de João Cravinho), Coimbra: Coimbra Editora.

LOPES, Euclides Dâmaso

2011 “Contra a corrupção – As Leis de 2010”, in AA. VV., *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal* (coord. Rui do Carmo e Helena Leitão), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 43-63.

LÚCIO, A. Laborinho

1988 “Sujeitos do Processo Penal (algumas considerações)” in AA.VV. *Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal*, (org. Centro de Estudos Judiciários) Coimbra: Almedina, pp. 37-57.

MAGALDI PATERNOSTRO, Maria Jose

1987 “Aspectos esenciales de la acusacion y denuncia falsa” in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, t. 40 n.º 1 (Enero-Abr.1987), pp. 37-72.

MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO

2009 *Código de Processo Penal: comentários e notas práticas*, Coimbra: Coimbra Editora.

MAIA, António João

2008 *A questão da corrupção em Portugal: contributo para a sua caracterização*, Lisboa, disponível online em [http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/contributo\\_para\\_a\\_caracterizacao\\_da\\_corrupcao\\_em\\_portugal.pdf](http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/contributo_para_a_caracterizacao_da_corrupcao_em_portugal.pdf) (consultado em 25.09.2011).

2011 *A propósito da questão da Corrupção, um contributo para a caracterização do discurso social – Estudo sociológico para a caracterização de alguns vectores constitutivos do discurso social dos portugueses sobre a problemática das práticas de corrupção*, Lisboa, disponível online em [http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/A\\_proposito\\_da\\_questao\\_da\\_Corrupcao.pdf](http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/A_proposito_da_questao_da_Corrupcao.pdf) (consultado em 25.09.2011).

MALET VÁZQUEZ, Mariana

1997 “La corrupcion: un problema de siempre y los medios de hoy para enfrentarla”, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Republica Oriental del Uruguay*, Montevideo, n.º 11, (jan-jun 1997), pp. 117-144.

MARGOLIS, Adrienne

2009 “Anti-Corruption; Following the money: recovering ill-gotten gains”, in *International Bar News*, outubro, pp. 29-33.

MARTINS, Ana Maria Guerra

2003 “Algumas implicações do 11 de Setembro de 2001 na ordem jurídica internacional”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 44, n.º 1-2, pp. 581-610.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima

2005 “A luta contra a fraude e a corrupção na perspectiva do juiz”, in *Polícia e Justiça*, Barro, s. 3, n.º 8, (jul.-dez.2005), p.19-42.

MAXIMIANO, Rodrigues

2008 “Combate à corrupção e ao crime organizado: departamento especializado do Ministério Público “versus” procurador ad-hoc”, in AA.VV., *VII Congresso do Ministério Público; O Ministério Público. A responsabilidade comunitária da justiça. O papel do Ministério Público*, (org. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público), Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, pp. 105-110.

MENDES, Paulo de Sousa

2008 *Sumários de Direito Processual Penal*, (policop.) Ano lectivo de 2008/2009.

- 2010 *A orientação da investigação para a descoberta dos beneficiários económicos e o sigilo bancário* (texto disponibilizado electronicamente aos alunos de mestrado, Lisboa, em 04.11.2010).
- 2011a “Os novos crimes de recebimento e de oferta indevidos de vantagem”, in AA. VV. *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal* (coord. Rui do Carmo e Helena Leitão), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 29-41.
- 2011b *A derrogação do segredo bancário no processo penal (Guião revisto e acrescentado da conferência proferida na Caixa Geral de Depósitos (CGD)*, Lisboa, em 21.01.2011, disponibilizado electronicamente aos alunos de mestrado).
- MESQUITA, Paulo Dá
- 2003 *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra: Coimbra Editora.
- MIRABETE, Julio Fabbrini
- 1993 “Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção”, in *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, a. 1, n.º 4, (out.-dez.), pp. 94-104.
- MIRANDA, Jorge
- 2000a *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- 2000b “A crise política da justiça” in AA. VV., *Justiça em crise? Crises da justiça* (org. António Barreto), Lisboa: Publicações Dom Quixote, pp. 253-274.
- 2008 *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui
- 2010 *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- MISSAGGIA, Clademir
- 2002 “Da busca e da apreensão no processo penal brasileiro”, in *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n.º 48, (jul.-set.), pp. 199-246.
- MONTERO AROCA, Juan
- 1996 “La denuncia anónima y su eficacia como acto de iniciación del procedimiento preliminar penal”, in *Ensayos de Derecho Procesal*, Barcelona: Bosch, pp. 601 a 624.
- MONTESQUIEU
- 2011 *Do Espírito das Leis*, (trad. e introdução de Miguel Morgado), Lisboa: Edições 70.
- MOURA, José de Souto
- 1990 “A justiça e a corrupção”, in AA. VV., *Jornadas sobre o fenómeno da Corrupção (intervenções)*, Lisboa: Alta Autoridade Contra a Corrupção, pp. 68-78.

2008 “O Inquérito e as relações MP/PJ”, in AA.VV., *Modelos de polícia e investigação criminal, a relação entre o Ministério Público e a polícia judiciária (Actas do 1.º Congresso de Investigação Criminal)*, Lisboa: ASFIC/PJ, pp. 139-148.

NASCIMENTO, Luís António Noronha

2011 *Ministério ou Mistério? O Exercício da Acção Penal e o Sistema Judicial Português*, disponível *online* em <http://www.stj.pt/?sid=253&cidm=178> (consultado em 25.09.2011).

NARCISO, Francisco

2010 “O Ministério Público na justiça administrativa”, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, a. 31 n.º 122, (abr.-jun.), pp. 95-132.

NASH, John

1951 “Noncooperative Games”, in *Annals of Mathematics*, Second Series, Vol. 54, No. 2, (Sep.1951), pp. 286-295, disponível *online* em <http://www.cs.tau.ac.il/~kempe/TEACHING/SEMINAR-LENS-SPRING08/Nash51.pdf> (consultado em 27.09.2011).

NEVES, Rita Castanheira

2011 *As ingerências nas comunicações electrónicas em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora.

NOVAIS, Jorge Reis

2010 *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

OLIVEIRA, Mário Esteves de

1984 *Direito administrativo*, (reimpr.), Coimbra: Almedina.

ORDEIG ORERO, Maria José

2000 *El delito de acusación y denuncia falsas* (pref. Tomás S. Vives Antón), Madrid: Marcial Pons.

PATRÍCIO, Rui

2011 “O “cerco criminal””, in *Exame*, n.º 321, (janeiro 2011), pp. 34-35.

PEREIRA, António Garcia

2000 “A Crise da Justiça em Portugal”, in AA. VV., *Justiça em crise? Crises da justiça* (org. António Barreto), Lisboa: Publicações Dom Quixote, disponível *online* em [http://www.asfcpj.org/temas/diversos/congressojust/crise\\_garcia\\_pereira.pdf](http://www.asfcpj.org/temas/diversos/congressojust/crise_garcia_pereira.pdf) (consultado em 31.08.2011).

PEREIRA, Júlio

2005 “O crime de riqueza injustificada e as garantias do processo penal”, in *Polícia e justiça*, s. 3, n.º 8, (jul.-dez.), pp. 43-71.

PEREIRA, Rui

2008 “Informações e Investigação Criminal”, in AA.VV., *Modelos de polícia e investigação criminal, a relação entre o Ministério Público e a polícia judiciária (Actas do 1.º Congresso de Investigação Criminal)*, Lisboa: ASFIC/PJ, pp. 191-201.

PIÇARRA, Nuno

1989 *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra: Coimbra Editora.

PIETH, Mark

2011 “Leading the fight against corruption”, in *International Bar Association Global Insight*, fevereiro, pp. 21-25.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa

1998 *Direito Processual Penal, Curso Semestral*, (policop.), Lisboa: AAFDL, 1998.

2009 “A intervenção penal na corrupção administrativa e política”, in *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 339-348.

PINTO RIBEIRO, José António

1990 “Notas sobre o crime de corrupção e poderes discricionários”, in AA. VV., *Jornadas sobre o fenómeno da Corrupção (textos de apoio)*, Lisboa: Alta Autoridade Contra a Corrupção, pp. 92-95.

POESCHL, Gabrielle & RIBEIRO, Raquel

2010 “Ancoragens e variações nas representações sociais da corrupção”, in *Análise Social*, vol. XLV, 196, pp. 419-445.

PriceWaterhouseCoopers

2009 “The Global Economic Crime Survey, Economic Crime in a downturn”, disponível *online* em [http://www.pwc.com/en\\_GX/gx/economic-crime-survey/pdf/global-economic-crime-survey-2009.pdf](http://www.pwc.com/en_GX/gx/economic-crime-survey/pdf/global-economic-crime-survey-2009.pdf) (consultado em 08.09.2011).

PRITTWITZ, Cornelius

2004 “O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal” (trad. de Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito) in *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, a. 12, n.º 47, (mar.-abr.), pp. 31-45.

RAPHAEL, Monty & SUMMERS, Ben

2009 “At last the United Kingdom Confronts Bribery: Will the Draft Bribery be enough to Silence its Critics?”, in *Business Law International*, vol. 10, n.º 3, (September), pp. 242-252.

RAPOSO, João

2006 “Autoridade e discricionariedade: a conciliação impossível?”, in *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, 2.º v., Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 407-419.

RAUHOFER, Judith

2007 *Blowing the whistle on Sarbanes-Oxley: Anonymous hotlines and the historical stigma of denunciation in modern Germany*, pp. 1-18, disponível online em <http://www.bileta.ac.uk/Document%20Library/1/Blowing%20the%20whistle%20on%20Sarbanes-Oxley%20-%20Anonymous%20hotlines%20and%20the%20historical%20stigma%20of%20denunciation%20in%20modern%20Germany.pdf> (consultado em 22.09.2011).

REBELO, José

2008 “O que a sociedade civil pensa e quer do MP”, in AA. VV., *VII Congresso do Ministério Público; O Ministério Público. A responsabilidade comunitária da justiça. O papel do Ministério Público*, (organizado pelo Sindicato dos Magistrados do Ministério Público), Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, pp. 85-89.

REBELO DE SOUSA, Marcelo & MATOS, André Salgado

2007 *Direito Administrativo Geral*, tomo III, Lisboa: Dom Quixote.

REGO, Lopes do

“Representação do Estado, interesses difusos e colectivos: os obstáculos à plena actuação das competências do Ministério Público na jurisdição cível”, in AA. VV., *VII Congresso do Ministério Público; O Ministério Público. A responsabilidade comunitária da justiça. O papel do Ministério Público*, (organizado pelo Sindicato dos Magistrados do Ministério Público), Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2008, pp. 179-184.

RENAN DOS SANTOS, Marcus

2009 *Da denúncia à sentença no procedimento ordinário: doutrina e jurisprudência*, 4ª ed. revista e atualizada, Curitiba: Juruá.

RIBEIRO, Vinício A. P.

2011 *Código de Processo Penal: notas e comentários*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

RIBEIRO DE ALBUQUERQUE, José P.

2006 *A infracção às regras de segurança no trabalho*, disponível online em [http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/textos/files/acidente de trabalho.pdf](http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/textos/files/acidente%20de%20trabalho.pdf) (consultado em 21.09.2011).

ROCHA, Manuel António Lopes

1993 “A função de garantia da lei penal e a técnica legislativa”, in *Legislação – Cadernos de ciência de legislação*, Oeiras, n.º 6, (jan.-mar.), pp.25-43.

RODRIGUES, Anabela Miranda

1988a “A fase de execução das penas e medidas de segurança no direito português”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 380, 1988, pp. 5-58.

1988b “O inquérito no novo código de processo penal”, in *Jornadas de direito processual penal: o novo código de processo penal* (org. Centro de Estudos Judiciários), Coimbra: Almedina, 1988, pp. 59-79.

2003 “Criminalidade organizada: que política criminal?” in *Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Lisboa, a.4, n.º 6, pp. 29-46.

2009a “Política criminal: novos desafios, velhos rumos”, in AA. VV., *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 159-182.

2009b “Criminalidade organizada: que política criminal?”, in AA. VV., *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 183-198.

ROCHA GOMES, Geder Luiz

2008 “A delação premiada em sede de execução penal”, in *Revista do Ministério Público do Estado da Bahia*, Salvador, vol. 13, n.º 15, t.1, (jan.-dez. 2008), pp. 115-123.

RODRIGUES, José Narciso da Cunha

1984 “A posição institucional e as atribuições do Ministério Público e da Polícia na Investigação Criminal”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 337 (junho 1984), Lisboa,

SANTALUCIA, Giuseppe

2002 “Il potere del Pubblico Ministero di ricerca delle notizie di reato tra principi costituzionali e legge processuale”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Nuova serie, a. 44, n.º 1, (Gennaio-Marzo 2002), Milão, pp. 150-170.

SANTOS, Cláudia Cruz

2009 “A corrupção: da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador”, in AA. VV., *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 349-373.

2010 “Notas breves sobre os crimes de corrupção de agentes públicos: considerações em torno do presente e do futuro do seu regime jurídico”, in *Julgar*, Lisboa, n.º 11, (mai.-ago.), pp. 51-58.

- 2011 “Os crimes de corrupção de funcionários e a Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro (“É preciso mudar alguma coisa para que tudo continue na mesma?”), in AA. VV. *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal* (coord. Rui do Carmo e Helena Leitão), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 9-28.
- SANTOS, Cláudia Cruz dos, BIDINO, Claudio & MELO, Débora Thaís de
- 2009 *A corrupção: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora.
- SCACCIAOCE, Caterina
- 2006 “Denunce anonime e attività “pre-procedimentale” del pubblico ministero” (Coment. Corte di Cassazione. Sezione III Penale, 29/04/2004), in *L’indice penale*, Nuova serie a.9, n.º 3, (Settembre-Dicembre 2006), Pádua, pp. 1177-1191.
- SCHILLING, Flávia
- 2001 “Corrupção, crime organizado e democracia”, in *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, a. 9, n.º 36, (out.-dez.), pp. 401-409.
- SCHREIBER, Mark E., HELD, Jeffrey M., BOND, Robert T.J., RUNTE, Christian, DANA, Raphaël & FLOWER, Kate
- 2005 “Anonymous Sarbanes-Oxley Hotlines in the E.U.: Practical Compliance Guidance for Global Companies”, in *BNA International’s World Data Protection Report*, disponível online em <http://www.cni.g4s.com/us/Portals/US/Articles/World%20Data%20Protection%20Report.pdf> (consultado em 25.09.2011).
- SILVA, Germano Marques da
- 1990 *Processo Penal Preliminar*, (Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa), Lisboa.
- 2008 “Da Relevância da Forma dos Actos de Investigação Criminal”, in AA.VV., *Modelos de polícia e investigação criminal, a relação entre o Ministério Público e a polícia judiciária (Actas do 1.º Congresso de Investigação Criminal)*, Lisboa: ASFIC/PJ, pp. 207-217.
- 2010 *Curso de Processo Penal, vol. I, Noções gerais, elementos do processo penal*, 6.ª ed., Lisboa: Verbo.
- 2011 “Sobre a incriminação do enriquecimento ilícito (não justificado ou não declarado), Breves considerações nas perspectivas dogmática e de política criminal”, in AA. VV., *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Paulo Pinto de Albuquerque), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 47-63.



SLOVIN, Dave

2011 *Blowing the whistle: a well-designed, accessible whistleblower hotline can be a powerful tool in the fight against fraud*, disponível online em [http://findarticles.com/p/articles/mi\\_m4153/is\\_3\\_63ai\\_n16546015/](http://findarticles.com/p/articles/mi_m4153/is_3_63ai_n16546015/) (consultado em 08.09.2011).

SOUSA, António Francisco de

2003 “O controlo jurisdicional da discricionariedade e das decisões de valoração e prognose”, in *Reforma do contencioso administrativo*, Vol. I: *O debate universitário (trabalhos preparatórios)*, Coimbra: Coimbra Editora.

SOUSA, Luís de

2011 *Corrupção*, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos.

STACKER, Rhys

2011 “*Hotline, cools, crooks*”, disponível online em <http://www.tnwinc.com/news/HotlineCoolsCrooks.pdf> (consultado em 08.09.2011).

TAIPA DE CARVALHO, Américo

2010 “O crime de traição na Idade Média”, in *Temas jurídico-penais*, Coimbra: Coimbra Editora.

TORRES ROSELL, Nuria

1991 *La Denuncia en Proceso Penal*, Madrid: Editorial Montecorvo, S.A.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes

2004 “Os caminhos tortuosos da investigação criminal” in *Direito e justiça*, Lisboa, v. 18, t.1, pp. 145-170.

VIEIRA, Luís Guilherme

2004 “O Ministério Público e a investigação criminal”, in *Revista brasileira de ciências criminais*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, a.12, n.º 46, (jan.-fev.), pp. 307-370.

WILENSKY, Alfredo Héctor

2007 “Corrupção”, in *O direito*, Lisboa, a. 139, n.º 5, pp. 973-1011.

WRIGHT, Alan

2007 “Ethics and corruption”, in *Handbook of criminal investigation* (edited by Tim Newburn, Tom Williamson and Alan Wright), Devon: Willan Publishing, pp. 586-609.



# DA PARTICIPAÇÃO DA BANCA EM SOCIEDADES NÃO FINANCEIRAS: MAIS DO QUE *ALL FINANCE*

*Sérgio Joaquim Varela Alves*

*ABSTRACT: In this text we analyze the banks' core business, the current universal bank model and the allfinance phenomenon. The relations with non-financial companies within Portuguese financial groups caused recurrent problems in our financial system. Perhaps the competent authorities are not fit to supervise this kind of groups, and the selling of the participations in those companies could be a solution.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O *core business* da banca. 3. Mais do que *allfinance*. 4. Problemas com grupos financeiros nacionais. 5. Conclusão

## 1. INTRODUÇÃO

Já inúmeras palavras foram tecidas em relação à crise do *subprime* de 2007, sobre o papel dos mercados financeiros na mesma, incluindo da banca, e como contribuíram para o despoletar da crise mundial em 2008, desde a crise de crédito que precedeu os resgates da mesma à posterior socialização dos seus custos<sup>1</sup>.

Não nos deteremos nessa temática longamente estudada, mas anotamos contudo que, de acordo com dados do FMI, entre 1970 e 2007 em 100 países distintos, verificaram-se 124 crises bancárias sistémicas<sup>2</sup>, sendo caso para afirmar que a “única surpresa acerca das crises é que as pessoas ainda sintam surpresa quando surge alguma”<sup>3</sup>.

Deter-nos-emos, sim, na atividade das instituições de crédito, atendendo ao seu *core business* e à elisão do mesmo, ao modelo atual de banca universal e a

---

1 Varoufakis, 2013: 147 e ss.

2 Laeven & Valencia, 2008: 5.

3 César das Neves, 2011: 94.

questão dos grupos financeiros, traduzidos no fenómeno *allfinance* e compostos por sociedades não financeiras.

Aliás, as relações de grupo têm sido causa frequente em Portugal de problemas no sistema financeiro, sendo notória a falha generalizada das entidades de supervisão/regulação, no controlo das suas atividades.

Assim, elencadas as matérias *sub judice*, encetaremos uma análise das mesmas nas linhas que se seguem.

## 2. O CORE BUSINESS DA BANCA

Tradicionalmente, a atividade das instituições de crédito consistia na receção de “depósitos ou outros fundos reembolsáveis, a fim de os aplicarem por conta própria mediante a concessão de crédito”, sendo esta a sua definição no artigo 2.º do RGIC<sup>4</sup>, preceito revogado pelo Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro.

Contudo, os bancos, o exemplo paradigmático das instituições de crédito, prestam “inúmeros serviços para além do seu *core business* de receber depósitos e emprestar fundos”<sup>5</sup>, como resulta da análise do artigo 4.º do diploma supracitado.

A título de exemplo, podem efetuar operações sobre pedras ou metais preciosos, transacionar por conta própria ou da clientela mercadorias, alugar cofres e guardar valores, etc., bem como efetuar outras operações análogas e que a lei não proíba, ou seja, podem efetuar operações bem distintas do cerne tradicional da sua atividade.

Assim, a separação entre banca comercial e de investimento<sup>6</sup>, que por várias décadas foi a regra nos EUA, fruto das barreiras “instituídas pelo *Glass-Steagall Act* de 1933, [que] foram sendo paulatinamente derrubadas, culminando com a sua revogação, pelo *Gramm-Leach-Bliley Act* de 1999”<sup>7</sup>, não tem adesão na realidade portuguesa hodierna.

Lia-se então no preâmbulo do *Glass-Steagall Act* que se visava “prevenir o desvio de fundos para operações especulativas”, desiderato que em Portugal e no pós 25 de abril serviu também de argumento para quem defendia a nacio-

4 Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

5 Pais de Vanconcelos, 2011: 220.

6 Se a Comercial atém-se ao seu *core business*, a de Investimento atua noutras áreas, *maxime* na bolsa.

7 Menezes Cordeiro, 2014: 567.

nalização da banca, que veio a ocorrer por via do Decreto-Lei n.º 132-A/75, de 14 de março.

A título histórico, o Sindicato dos Empregados Bancários do Distrito de Lisboa denunciava como práticas “ilegítimas”, a criação pela banca de “empresas com fins meramente especulativos para as quais desviavam grandes massas de capitais”<sup>8</sup>.

Feito este enquadramento, denote-se que, no 1.º trimestre de 2015, e de acordo com dados da CMVM, as instituições de crédito transacionaram por conta própria 163.601 milhões de Euros, representando o segmento de dívida pública 61,5% do total<sup>9</sup>, o que *proprio sensu* não se identifica com o seu *core business*.

Já em relação ao mesmo, em agosto de 2015, divulgou o Banco de Portugal, que o setor financeiro tinha um saldo de empréstimos concedidos de 214.174 milhões de Euros, dos quais 128.361 milhões se referiam a crédito habitação<sup>10</sup>.

Temos assim, de modo empírico, que uma parte importante da atividade das instituições de crédito não se revê na tradicional, compreendendo-se não só a revogação do artigo 2.º do RGIC, não espelhado na realidade, como a existência de um modelo de banca universal.

### 3. MAIS DO QUE ALLFINANCE

O modelo de banca universal consiste, precisamente, no esbatimento da *summa divisio* entre banca, bolsa e seguros, os três setores dos mercados financeiros, onde se exerce a atividade financeira de “angariar fundos junto dos agentes económicos com excedentes, para os canalizar para os que apresentam carência”<sup>11</sup>.

Contudo mais complexo que este fenómeno é aqueloutro da *allfinance*, que se resume em “grupos de empresas que prestam diversos serviços financeiros entrelaçados”, nos três setores, “sujeitos ao mesmo e único controlo, não raro [de] uma *holding* ou sociedade gestora de participações sociais”<sup>12</sup>.

8 Noronha, 2014: 6.

9 Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, 2015: 30.

10 Banco de Portugal, 2015: 41.

11 Saraiva, 2015: 113.

12 Calvão da Silva, 2013: 32.

Sendo de notar, ademais, a permissão legal da “tomada de participações no capital de sociedades” pela banca, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea l), do RGIC, e o facto das SGPS poderem também “adquirir e deter quotas ou acções de quaisquer sociedades”, *ex vi* artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro, que disciplina o seu regime jurídico.

Logo, se o primeiro fenómeno se prende com o facto da banca poder atuar nas áreas dos seguros e bolsa, que como vimos não se inserem no seu *core business*, este traduz-se em que o grupo societário<sup>13</sup> pode exercer qualquer atividade comercial, não só financeira, não se adaptando, portanto, a expressão *Allfinance* à realidade descrita.

Aliás, assiste-se a um fenómeno diametralmente oposto ao do *shadow banking*. Nesse temos sociedades não financeiras a agir como tal, devendo ser tratadas de modo igual<sup>14</sup>. Aqui, temos uma sociedade comercial *tout court*, mesmo que por via do grupo ou indiretamente com a permissão legal de receção de depósitos do público.

Denote-se o princípio da exclusividade fixo no artigo 8.º, n.º 1, do RGIC, onde se estipula que “só as instituições de crédito podem exercer a atividade de receção, do público, de depósitos ou outros fundos reembolsáveis, para utilização por conta própria”, sendo a banca o seu exemplo paradigmático.

Logo, a lógica apregoada em relação ao *shadow banking* de que “se se parece com um pato, grasna como um pato e age como um pato, então é um pato”<sup>15</sup>, inverte-se neste caso, pois *se não se parece com um pato, não grasna como um pato e não age como um pato, então não é um pato*. Poderá, quanto muito, ser algo mais.

Assim, não só se encontra imprecisa a definição do que seja hoje uma instituição de crédito, como os próprios grupos financeiros não são só financeiros, o que coloca reticências na supervisão/regulação destas entidades mistas.

O Decreto-Lei n.º 145/2006, de 31 de Julho, disciplina, precisamente, como se deve proceder à supervisão dos conglomerados financeiros, grupos societários identificados como tal nos termos do seu artigo 3.º, n.º 1.

Mas uma questão perene se levanta: será crível a supervisão/regulação de sociedades não financeiras no seio destes mesmos grupos societários?

13 Sobre grupos societários, cfr. os artigos 481.º e segs. do Código das Sociedades Comerciais.

14 Ou seja, cometidas à supervisão/regulação da respetiva entidade sectorial, *in casu* e em Portugal o Banco de Portugal, a CMVM ou a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, bem como a todo o acervo legislativo dos mercados financeiros.

15 Kodres, 2013: 42.

#### 4. PROBLEMAS COM GRUPOS FINANCEIROS NACIONAIS

Em Portugal assistiu-se recentemente ao colapso do Grupo Espírito Santo, o GES, detentor do Banco Espírito Santo, uma instituição de crédito secular e o terceiro maior banco nacional.

O grupo era composto por empresas financeiras como o Banco ou a Seguradora Tranquilidade, mas também por empresas não financeiras, *i.e.* a Espírito Santo Viagens, Espírito Santo Saúde, os Hotéis Tivoli, ou no Brasil a Companhia Agrícola Botucatu ou a Luzboa, que construía pequenas centrais hidroelétricas no Estado de Minas Gerais.

Na cúpula do grupo tínhamos a *holding* *Espírito Santo Control*, que por sua vez detinha a *Espírito Santo International*, a ESI, uma outra *holding* do grupo, pelo que se deixa em traços largos um panorama geral da complexidade organizativa do mesmo.

Já no que releva para o presente texto, e em sede de Comissão Parlamentar de Inquérito na Assembleia da República, aberta à gestão do GES, concluiu-se que as empresas do grupo sob a égide das *holdings* contribuíram, e muito, para a sua derrocada.

Lê-se no relatório da Comissão, que “no GES fizeram-se sentir a tensão intrínseca e [...] conflitos de interesses inerentes a qualquer conglomerado misto”, “especialmente no que toca ao ramo não financeiro e às empresas *holding* da cúpula”<sup>16</sup>.

E adiante que, “a partir de 2008 encontrando crescentes dificuldades de acesso a financiamento externo [...] a área não financeira do GES, torna-se quase totalmente dependente de financiamento encontrado através do ramo financeiro”<sup>17</sup>.

Verificando-se que “as contas das empresas de cúpula do GES, como a ESI [...] não eram nem consolidadas nem auditadas”<sup>18</sup> e “que uma importante parte do universo GES não se encontrava sob o perímetro de supervisão do Banco de Portugal”<sup>19</sup>.

Contudo, a situação supradescrita não foi nova. Já na Comissão de Inquérito sobre a situação que levou à nacionalização do Banco Português de Negócios,

---

16 Comissão Parlamentar de Inquérito ao GES, 2015: 390.

17 *Ibidem*, 2015: 391.

18 *Ibidem*, 2015: 394.

19 *Ibidem*, 2015: 396.

o BPN, as relações de grupo foram tidas como causa de problemas na Sociedade Lusa de Negócios, grupo SLN.

Lê-se no respetivo relatório que a atividade da SLN “abrangia uma área não financeira, da qual faziam parte vários setores de actividade, como o imobiliário, a saúde, o turismo, o agroalimentar, a da construção civil, da comercialização de automóveis, [etc.] e uma área financeira, na qual estava incluída designadamente, o BPN”<sup>20</sup>.

Contribuiu para a situação de rutura, “além dos negócios megalómanos desenvolvidos pelo Grupo, a exposição excessiva a certos riscos de crédito, excessiva concessão de crédito a empresas do grupo, avaliação deficiente de ativos, [etc.]”<sup>21</sup>.

Referiu-se que “entre setembro e novembro” de 2008, “foram nacionalizados 10 bancos na Europa”<sup>22</sup>, lembrando que não só o nosso sistema financeiro tinha tido as suas falhas, tendo as falhas sido recorrentes além fronteiras.

Portanto, em ambos os casos, temos que as atividades comerciais levadas a cabo pelo grupo como um todo acabaram por inferir no destino das duas instituições de crédito, sendo crasso no primeiro caso que, se não fosse a existência do GES, as empresas do grupo teriam falhado mais cedo, sem fontes alternativas de financiamento.

No segundo, voltamos a aperceber-nos, também, da excessiva concessão de crédito às empresas do grupo, que em termos normais não teria tido lugar e porque nenhuma instituição de crédito concederia crédito em excesso.

Assim, para além da ocorrência de eventuais ilícitos a julgar pelas autoridades judiciais competentes, temos claro que as relações de grupo têm sido causa frequente de problemas no sistema financeiro português.

Mas será que as entidades de supervisão/regulação no controle das contas<sup>23</sup> referentes aos negócios da saúde, hotelaria, agricultura, construção civil, ramo automóvel, etc., não desconhecem simplesmente as respetivas áreas de negócios, e se mesmo que com contas certificadas por contabilistas e revisores oficiais não deveriam ter essa capacidade?

---

20 Comissão Parlamentar de Inquérito ao BPN, 2009: 347.

21 *Ibidem*, 2009: 348.

22 *Ibidem*, 2009: 351.

23 Sobre a obrigatoriedade de prestação de contas, leia-se, da situação financeira de toda e qualquer sociedade comercial, cfr. o artigo 70.º do Código das Sociedades Comerciais.



## 5. CONCLUSÃO

Afastamos, desde já, a ideia de um retorno ao passado via repristinação do *Glass-Steagall Act*, que *de factum* impossibilitava o desvio de fundos da banca para operações especulativas, e até porque se aponta para um enorme desequilíbrio entre os benefícios e custos da solução, não sendo líquido que a mesma tenha sido causa bastante para a estabilidade financeira que se assistiu nos EUA após a sua entrada em vigor<sup>24</sup>.

Temos, contudo, que ter consciência da mimetização de comportamentos nos mercados financeiros, pois, num ambiente concorrencial, quem não entra no jogo acaba excluído e com menores resultados a apresentar aos acionistas, bem como sujeito a *takeovers*<sup>25</sup>.

De facto, a estruturação de grupos societários como o GES ou a SLN é, de certo modo, comum nos mercados financeiros, na sua natureza mista<sup>26</sup> e na ligação entre as instituições de crédito e as restantes entidades dos mesmos, não se insinuando de modo algum que todos os grupos sejam geridos de forma igual.

Fica a questão de perceber se as entidades de supervisão/regulação que temos serão as mais apropriadas para aferir das contas de sociedades não financeiras, que exercem atividades tão díspares como as que vimos.

*A priori*, parece-nos que não, sendo passíveis de absolvição em eventuais falhas cometidas neste âmbito, não só em Portugal, como na Europa e no mundo, até porque todo e qualquer grupo societário é passível de se organizar com natureza mista, bastando multiplicar as dificuldades de controlo de um só pelo número existente.

Cometa-se às entidades de supervisão/regulação o controlo de áreas financeiras, mas não de toda e qualquer atividade comercial, pois estando as participações sociais corretamente avaliadas, a sua venda não acarretaria consequências negativas para os grupos e instituições de crédito, quanto muito aumentaria a sua liquidez<sup>27</sup>.

---

24 Saunders & Walter, 2011: 23.

25 Rötheli, 2010: 6.

26 Leia-se, financeira e não financeira.

27 Compreende-se que a avaliação de quotas detidas pode acarretar custos de avaliação, mas já a venda de ações cotadas em bolsa não suscita igual problema.

## BIBLIOGRAFIA

BANCO DE PORTUGAL

2015 *Boletim Estatístico Outubro 2015*, disponível em: <http://www.bportugal.pt>.

CALVÃO DA SILVA, João

2013 *Banca, Bolsa e Seguros*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina.

CÉSAR DAS NEVES, João

2011 *As 10 Questões da Crise*, Lisboa: D. Quixote.

COMISSÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS

2015 *Relatório Trimestral de Intermediação Financeira – 1º Trimestre 2015*, disponível em: <http://www.cmvm.pt>.

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO AO BES

2015 *Comissão Parlamentar de Inquérito à Gestão do BES e do GES*, disponível em: <http://parlamento.pt>.

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO AO BPN

2012 *Comissão Parlamentar de Inquérito ao Processo de Nacionalização, Gestão e Alienação do Banco Português de Negócios, SA*, disponível em: <http://parlamento.pt>.

KODRES, Laura E.

2013 *What is Shadow Banking*, disponível em: <https://www.imf.org>.

LAEVEN & VALENCIA, LUC & FABIAN

2008 *Systemic Banking Crisis: A New Database*, disponível em: <https://www.imf.org>.

MENEZES CORDEIRO, António

2014 “Organização e Supervisão dos Mercados Financeiros”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VI, n.ºs 3/4.

NORONHA, Ricardo

2014 “A orquestra da sabotagem económica: radicalização discursiva e conflituosidade laboral durante o PREC”, in *Análise Social*, Volume XLIX, n.º 210.

PAIS DE VASCONCELOS, Pedro

2011 *Direito Comercial*, I Volume, Coimbra: Almedina.

RÖTHELI, Tobias

2010 *Causes of the Financial Crisis: Risk Misperception, Policy Mistakes, and Banks Bounded Rationality*, disponível em: <http://papers.ssrn.com>.

SARAIVA, Rute

2015 *Direito dos Mercados Financeiros*, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa: AAFDL.

SAUNDERS, Anthony & WALTER, Ingo

2011 *Financial Architecture, Systemic Risk and Universal Banking*, disponível em:  
<http://papers.ssrn.com>.

VAROUFAKIS, Yanis

2004 *The Global Minotaur – America, Europe and the Future of Global Economy*,  
Londres: Zed Books.



# CONSULTORIA EM INOVAÇÃO E O REDESENHO DOS APOIOS AO EMPREGO E À FORMAÇÃO NO REGULAMENTO (UE) N.º 651/2014

*João Zenha Martins*

*ABSTRACT: This paper tries to justify certain of the block exemptions established by the Commission, confronting them with the general framework for State aid set out in the TFEU. It focuses specifically on the rules relating to State aid relating to employment and training. A tendency is identified for the expansion of the scope of the relevant block exemption, in the context of significant unemployment rates, so as to facilitate State measures meant to promote the qualification of workers and the creation of conditions for employability, ultimately connected with the measures in support of SMEs.*

SUMÁRIO: 1. O sentido restritivo do enquadramento sobre auxílios de Estado. 2. O Regulamento Geral de Isenção por Categoria. 3. O novo desenho das isenções previstas para os apoios ao emprego e à formação. 4. O alcance da previsão sobre serviços de consultoria em inovação e de apoio à inovação. 5. Percorso exegético.

## **1. O SENTIDO RESTRITIVO DO ENQUADRAMENTO SOBRE AUXÍLIOS DE ESTADO**

A concorrência é uma necessidade geral, que, atravessando vários domínios, se impõe aos operadores privados, mas, antes disso, ao Estado, tanto na ótica do desenvolvimento de políticas públicas que assegurem que os mercados não são condicionado<sup>1</sup>, quanto na perspetiva de que o Estado se deve abster de

---

1 No plano comunitário, desde a entrada em vigor do Tratado de Maastricht que se prevê expressamente que, no âmbito da sua política económica, a ação dos Estados membros deve respeitar o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência (cf. n.º 1 do artigo 4.º e artigo 98.º). Por isso, cedo se entendeu que “se é verdade que os artigos 85.º e 86.º do Tratado dizem respeito ao comportamento das empresas e não às medidas legislativas ou regulamentares dos Estados membros, não é menos verdade que o Tratado impõe a estes últimos a obrigação de não adotar ou manter em vigor medidas suscetíveis de eliminar o efeito útil destas disposições. Esse será, nomeadamente, o caso de um Estado membro impor ou favorecer a conclusão de acordos contrários ao artigo 85.º ou reforçar os seus efeitos” (Acórdão TJCE de 30 de abril de 1986, *Asjes*, Proc. n.º 209 a 231/84, Rec. 1986, p. 01425).

comportamentos que, de forma direta ou reflexa, contribuam para subverter o princípio de que a assunção ou a manutenção de posições no mercado se processa com base no mérito e na eficiência das prestações e de que, com isso, se encontra a máxima *eficiência económica*<sup>2</sup>.

Compreende-se, assim, que os auxílios de Estado sejam encarados de forma restritiva, uma vez que a manutenção de um sistema de livre concorrência, isento de distorções, constitui um dos princípios fundamentais da União Europeia (UE), através do qual se busca uma repartição eficaz dos recursos e, em fundo, mediante a proibição de restrições e de discriminações na circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais no território da UE, a unidade do mercado europeu<sup>3</sup>.

O regime geral dos auxílios de Estado encontra-se condensado na secção 2, no capítulo I, do título VII, nos artigos 107.º a 109.º, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Sumariamente, o n.º 1 do artigo 107.º<sup>4</sup> estabelece o princípio da incompatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado único, proibição genérica<sup>5</sup> que, por imperativos de transparência, responsabilização e eficácia das despesas públicas, encontra tradução no plano procedimental<sup>6</sup>.

Os n.ºs 2 e 3 do artigo contêm exceções ao princípio da incompatibilidade: a do n.º 2 *ex vi legis* – (i) os auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos, (ii) os auxílios destinados a remediar

2 Neste contexto, a “eficiência” corresponde ao grau de otimização do bem-estar num dado mercado ou na economia em geral.

3 Com desenvolvimentos, v. Martins, 2014, bem como a bibliografia que aí se encontra mencionada.

4 Ex-artigo 87.º do Tratado.

5 O TJ enfatizou-o no caso *Steinike*, considerando que a “incompatibilidade com o mercado comum” substancia uma verdadeira proibição: C-78/76, *Steinike & Weinlig v. República Federal da Alemanha* [1977], ECR I-595.

6 Com efeito, dado que, em princípio, é proibida a concessão de auxílios estatais na aceção do n.º 1 do artigo 107.º, é importante que todas as partes tenham a possibilidade de verificar se um auxílio é concedido em conformidade com as regras aplicáveis. A fim de assegurar a transparência, os Estados membros devem ser obrigados a estabelecer sítios *web* completos dos auxílios estatais, a nível regional ou nacional, com informações sucintas sobre cada medida de auxílio. Na sequência da prática normal em matéria de publicação de informações estabelecida na Diretiva 2013/37/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho, que altera a Diretiva 2003/98/CE relativa à reutilização de informações do setor público, deve ser utilizado um formato normalizado que permita que a informação seja pesquisada, descarregada e facilmente publicada na *internet*.

os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários e (iii) os auxílios atribuídos à economia de certas regiões da República Federal da Alemanha afetadas pela divisão da Alemanha, desde que sejam necessários para compensar as desvantagens económicas causadas por esta divisão<sup>7</sup> –, e a exceção do n.º 3, que aparece como resultado de deliberações do Conselho, sob proposta da Comissão Europeia<sup>8</sup>.

Tendo em consideração que a intensidade de auxílio e os montantes máximos de auxílio devem ser fixados a um nível que simultaneamente permita reduzir ao mínimo as distorções da concorrência no setor beneficiário do auxílio e responder adequadamente às deficiências ou aos problemas de coesão do mercado, foi ao abrigo dessa permissão que, na premissa de que certos auxílios são necessários e incentivam o desenvolvimento de atividades ou projetos, a Comissão:

- a) Determinou que determinados auxílios não satisfazem todos os critérios da definição concetual de auxílio de Estado, sendo, por conseguinte, isentos do processo de notificação prévia, desde que os auxílios concedidos a uma mesma empresa, durante determinado período, não excedam um montante fixo determinado – trata-se do Regulamento dos auxílios *de minimis*: por último, o Regulamento (UE) n.º 1407/2013 da Comissão, de 18 de dezembro de 2013;
- b) Estabeleceu, por meio de regulamento, as condições em que determinadas categorias de auxílios são compatíveis com o mercado único e não estão sujeitas à obrigação de notificação prévia – trata-se do Regulamento Geral de Isenção por Categoria (RGIC), primeiramente condensado no Regulamento (CE) n.º 800/2008, de 6 de agosto, e hoje no Regulamento (UE) n.º 651/2014 da Comissão, de 16 de junho.

## 2. O REGULAMENTO GERAL DE ISENÇÃO POR CATEGORIA

O Regulamento Geral de Isenção por Categoria tem propósitos simplificadores, visando reduzir os procedimentos inerentes à concessão de auxílios estatais. Fá-lo, mediante a delimitação de 12 categorias de auxílios que não têm

---

7 Cinco anos após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa (que entrou em vigor em 01.12.2009), o Conselho, sob proposta da Comissão, pode adotar uma decisão que revogue a presente alínea. Naturalmente, tais exceções à malha de incompatibilidade só existem se forem respeitadas a natureza e a função dos auxílios e observados os princípios da igualdade e da proporcionalidade em sentido amplo (*exceptio regulam probat*).

8 Ver, por exemplo, Arndt, Fischer & Fetzer, 2015: §717; e, entre nós, Machado, 2014: 475.

que ser notificados à Comissão, bem como através da harmonização das regras que durante anos estiveram fragmentadas em cinco regulamentos distintos, já depois do esforço de condensação que cunhou o Regulamento (CE) n.º 800/2008, de 6 de agosto, e que, apresentando 26 medidas de auxílio, representou um marco essencial no plano da unificação normativa cedo projetada pela Comissão.

O RGIC surge assim da experiência acumulada pela Comissão, que, ainda na década de 90, adotou a primeira medida de isenção de notificação dos auxílios de pequeno montante (auxílios *de minimis*), à medida que ia aperfeiçoando os critérios de carácter económico com base nos quais apreciava os auxílios, circunstância que, embora com intermitências, não só contribuiu para flexibilizar o modo de aplicação das derrogações previstas no TFUE, como outrotanto para dar cor à percepção de que era necessário introduzir índices de maior transparência e rigor na apreciação da (in)compatibilidade.

Foi nesse contexto que, em 2001, a Comissão, com base na autorização que lhe foi dada pelo Conselho no âmbito do Regulamento (CE) n.º 994/98, de 7 de maio, iniciou a adoção de regulamentos de isenção por categoria, aproveitando a experiência desenvolvida à luz do artigo 101.º do Tratado<sup>9</sup>.

Visou-se, em fundo, corrigir falhas de mercado, mediante a presunção de que os ganhos resultantes da intervenção superam os custos da intervenção, assumindo-se, embora sem explicitude, os clássicos testes de Mill e Bastable, com a consequente direção dos auxílios para atividades empresariais geradoras de efeitos sociais positivos, sem qualquer associação com a produção em geral<sup>10</sup>.

Assim, o Regulamento (CE) n.º 994/98, de 7 de maio, do Conselho, conferiu poderes à Comissão para declarar, em conformidade com o disposto no artigo 109.º do Tratado, que determinadas categorias podem, em certas condições, ser isentas da obrigação de notificação: os auxílios a pequenas e médias empresas (PME), os auxílios à investigação e desenvolvimento, os auxílios à proteção do ambiente, os auxílios ao emprego e à formação, bem como os auxílios que respeitem o mapa aprovado pela Comissão para cada Estado membro com vista à concessão de auxílios com finalidade regional.

Nesta base, a Comissão adotou o Regulamento (CE) n.º 800/2008, de 6 de agosto. Inicialmente aplicável até 31 de dezembro de 2013, o Regulamento (CE) n.º 800/2008, de 6 de agosto, foi subsequentemente prorrogado pelo Regu-

---

9 Cfr. Craig & De Burca, 2015 : 1131.

10 Sobre os testes, cfr., entre nós, Lopes Porto, 2009: 188-9.



lamento (UE) n.º 1224/2013 da Comissão, de 29 de novembro, que alterou o Regulamento (CE) n.º 800/2008, de 6 de agosto, no que refere ao seu período de aplicação, tendo expirado em 30 de junho de 2014, em execução da *State Aid Modernisation Agenda*, iniciada em 2012<sup>11</sup>.

Os auxílios que se enquadrem nas categorias do RGIC devem respeitar certas condições, por forma a assegurar que os auxílios contribuem para a criação de novas atividades que de outra forma não existiriam e a promover o desenvolvimento económico, sem distorcer indevidamente a concorrência, assumindo-se, para o efeito, que o RGIC2014 prevê uma ampliação dos limiares de notificação, avultando, nesse domínio, a duplicação do limiar até então previsto para os auxílios à investigação e desenvolvimento.

Quando estão reunidas aquelas condições – sumariamente, *(i)* respeito pelo limiar máximo para a categoria em causa, *(ii)* garantia de transparência, mediante a possibilidade de cálculo prévio e preciso do equivalente-subvenção bruto do auxílio sem que seja necessário realizar uma avaliação dos riscos, *(iii)* efeito de incentivo, que se traduz na apresentação do pedido de auxílio antes do início dos trabalhos relativos ao projeto ou à atividade em causa, *(iv)* restrição aos custos elegíveis estabelecidos no RGIC, que têm que estar documentados e *(v)* respeito pelas intensidades máximas de auxílio<sup>12</sup> –, os auxílios, que hoje apresentam novas categorias<sup>13</sup> e em associação novas intensidades máximas permitidas, podem ser imediatamente concedidos pelos Estados membros, sem necessidade de notificação prévia à Comissão.

---

11 Com a sua comunicação intitulada “Modernização da política da UE no domínio dos auxílios estatais” (MAE: COM 209, de 8 de maio de 2012), a Comissão lançou um reexame mais amplo das regras em matéria de auxílios estatais. Os principais objetivos desta modernização foram: *(i)* alcançar um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo num mercado interno concorrencial, contribuindo simultaneamente para os esforços dos Estados membros no sentido de uma utilização mais eficiente das finanças públicas; *(ii)* centrar o controlo *ex ante* da Comissão nas medidas de auxílio nos casos com maior impacto no mercado interno, reforçando simultaneamente a cooperação com os Estados membros para efeitos de execução da legislação no domínio dos auxílios estatais, e *(iii)* simplificar as regras e tornar o processo de tomada de decisões mais rápido, bem informado e robusto, com base numa justificação económica clara, numa abordagem comum e em obrigações claras. O reexame do Regulamento (CE) n.º 800/2008 constituiu um elemento central da MAE.

12 Para os auxílios ao investimento com finalidade regional exige-se o respeito pelo mapa de auxílios aprovado pela Comissão para o período em causa.

13 A saber: *(i)* polos de inovação, inovação de processos e de organização nos serviços, *(ii)* regimes de auxílios para remediar os danos causados por calamidades naturais, *(iii)* auxílios ao transporte para habitantes de regiões insulares, *(iv)* auxílios a infraestruturas de banda larga, *(v)* auxílios à cultura e conservação do património, incluindo regimes de auxílios para obras audiovisuais, *(vi)* auxílios ao desporto e infraestruturas recreativas multifuncionais e *(vii)* auxílios ao investimento para infraestruturas locais.

Neste âmbito, a Comissão só tem que ser informada, não existindo qualquer aprovação<sup>14</sup>.

Embora as medidas de auxílio não incluídas no RGIC continuem a poder ser autorizadas – estando apenas sujeitas ao requisito tradicional de notificação, uma vez que qualquer financiamento público que preencha os critérios enunciados no n.º 1 do artigo 107.º do Tratado constitui um auxílio estatal, implicando-se a sua notificação à Comissão nos termos do n.º 3 do artigo 108.º –, a Comissão examinará tais notificações com base nos enquadramentos existentes, avaliação que, sem prejuízo, também existe no âmbito do RGIC sempre que a média anual do orçamento dos regimes de auxílios exceder os € 150 milhões, algo que se verifica designadamente nos auxílios com finalidade regional (exceto nos auxílios ao funcionamento), nos auxílios às PME, nos auxílios à investigação, desenvolvimento e inovação, nos auxílios a favor do ambiente (com exceção da reduções de impostos ambientais no âmbito da Diretiva 2003/96/CE, de 27 de outubro) e nos auxílios às infraestruturas de banda larga.

Todavia, no plano genérico, e de acordo com o n.º 3 do artigo 108.º do TFUE, só depois de a Comissão aprovar um auxílio o Estado membro poderá pô-lo em execução, existindo, pois, o que comumente se designa por *cláusula suspensiva*<sup>15</sup>.

Ora, se a inobservância desta norma implica, a jusante, e de acordo com o previsto no n.º 2 do artigo 108.º do TFUE<sup>16</sup>, a incursão dos Estados membros em procedimento aberto pela Comissão (pré-contencioso), cabe salientar, a propósito do RGIC2014, os ganhos de simplificação e de redução dos encargos administrativos subjacentes ao desaparecimento da obrigação de referência expressa nas medidas adotadas pelos Estados membros às normas do RGIC para que este lhes seja aplicável, medida ora contrabalançada pela criação de uma página eletrónica com obrigações específicas de informação<sup>17</sup>.

14 Não se trata, contudo, de uma isenção de notificação meramente categorial, uma vez que em relação a cada categoria de auxílio abrangida pelo RGIC são estabelecidos limiares recortados a partir da categoria do auxílio e do seu eventual efeito sobre as condições das trocas comerciais, o que implica que qualquer auxílio cujo montante ultrapasse esses limiares deve continuar sujeito à obrigação de notificação prevista no n.º 3 do artigo 108.º.

15 Foster, 2015: 385 e ss.

16 Craig & De Burca, 2015: 1145 e ss.

17 A indefinição quanto ao juízo ulteriormente fazível pela Comissão acerca da isenção categorial subjacente à medida editada é com efeito contrariada por via da obrigação pendente sobre os Estados membros de publicarem em página eletrónica *ad hoc* as informações relativas a cada medida de auxílio

Trata-se, afinal, de garantir a observância de coordenadas de transparência, de monitorização e de avaliação dos auxílios que atravessam genericamente o quadro jurídico sobre a concessão de auxílios de Estado e cuja violação, traduzindo um juízo de incompatibilidade com o mercado interno, prejudica a legitimidade de quaisquer expectativas por parte dos beneficiários quanto à legalidade do auxílio<sup>18</sup>, estando aberto o caminho para a sua recuperação pela Comissão<sup>19</sup>.

### 3. O NOVO DESENHO DAS ISENÇÕES PREVISTAS PARA OS APOIOS AO EMPREGO E À FORMAÇÃO

No âmbito dos auxílios isentos por categorias, se o primeiro grande esforço de consolidação normativa se encontra no Regulamento (CE) n.º 800/2008 – que além do mais, alargou o número de categorias de auxílios isentos –, é com o Regulamento (UE) n.º 651/2014, que este movimento centralizador se sedimenta em definitivo, vislumbrando-se poucas diferenças em matéria de auxílios ao emprego e à formação, face ao balanço positivo fazível quanto à aplicação do regime que, desde 2008, aglutinava setorialmente a temática e cuja importância tem sido objeto de atenção monográfica recente<sup>20</sup>.

Sem prejuízo, e com amplos reflexos práticos, não foi desperdiçado o ensejo para introduzir afinamentos, recolhendo-se o *apport* da experiência acumulada em seis anos.

Por um lado, a formação gera habitualmente externalidades positivas para a sociedade no seu conjunto, na medida em que aumenta a oferta de trabalhadores qualificados a que podem recorrer outras empresas, melhora a competitividade da indústria da União e desempenha um papel importante na estratégia da União em matéria de emprego. Por outro, a contratação/emprego de trabalhadores desfavorecidos (especialmente os mais jovens) ou com deficiência constitui um objetivo central das políticas económicas e sociais da UE e dos

---

nos seis meses seguintes à sua concessão. Já para os auxílios individuais que ultrapassem os € 500.000,00 existem exigências acrescidas de detalhe, com realce para a identidade do beneficiário, existindo no Anexo III do RGIC formulário próprio para o efeito.

18 Em exemplo, cfr. (i) Ac. T] de 30 de abril de 2014 (*Dunamenti Erömü Zrt v European Commission*), proc. T-179/09, na sequência dos casos (ii) 223/85 [*RSV v Commission* (1987)] ECR 4617 (§ 17), (iii) C-183/91 [*Commission v Greece* (1993)] ECR I-3131 (§ 18) e (iv) C-183/02 P e C-187/02 P [*Demesa and Territorio Histórico de Álava v Commission* (2004)] ECR I-10609 (§ 51).

19 Strik, 2010: 452-3.

20 Cfr. Casotti, Gheido, Massi & Rausei, 2015: 63 e ss.

seus Estados membros, num cenário em que certas categorias de trabalhadores continuam a registar dificuldades particulares para entrar no mercado de trabalho e nele permanecerem<sup>21</sup>, justificando-se *de pleno* a saliência que o RGIC2014 atribui ao emprego e à formação.

Não se cuidando de alterações regulativas de vulto, regista-se, contudo, alguns afinamentos conceptuais – por exemplo: alargamento das definições de trabalhadores desfavorecidos ou com deficiência<sup>22</sup>, com a consequente extensão material do leque de medidas de auxílio isentas de notificação<sup>23</sup> –, salientando-se que, com exceção da diminuição para metade do montante máximo aplicável aos auxílios sob a forma de compensação dos custos da assistência pres-

21 Por isso, na lógica do RGIC, e uma vez que os custos do emprego fazem parte dos custos normais de funcionamento de qualquer empresa, os auxílios ao emprego de trabalhadores desfavorecidos e de trabalhadores com deficiência devem ter um efeito positivo nos níveis de emprego dessas categorias de trabalhadores e não devem simplesmente permitir que as empresas reduzam os custos que, de outro modo, teriam que suportar.

22 Assim, se o Regulamento n.º 800/2008 definia “trabalhador com deficiência” como todo aquele que a) fosse considerado deficiente pela legislação nacional; ou b) tivesse limitações reconhecidas decorrentes de uma deficiência física, mental ou psicológica, o Regulamento n.º 651/2014 define agora “trabalhador com deficiência” como qualquer pessoa que a) é reconhecida como trabalhador com deficiência ao abrigo do direito nacional e que b) tem uma ou mais incapacidades prolongadas de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que, em conjugação com diversas barreiras, podem obstar à sua participação plena e efetiva num ambiente laboral, em igualdade de condições com os demais trabalhadores. A definição agora acolhida é mais aberta, face à possibilidade de existirem atos que, não sendo considerados como legislação, possam estabelecer uma noção de deficiência e que sejam entendidos como parte integrante do Direito nacional. Exemplo: Resoluções do Conselho de Ministros, Despachos Normativos, Portarias, etc.

23 Ainda no âmbito das definições, e com referência ao conceito de *trabalhador desfavorecido*, considera-se de forma absolutamente inovatória trabalhador desfavorecido quem tiver entre 15 e 24 anos de idade. Ademais, regista-se a mudança de redação quanto à subdefinição de trabalhador seriamente desfavorecido (§ 99 do artigo 2.º do Regulamento n.º 651/2014), entendendo-se como tal qualquer pessoa que: (i) não tenha tido um emprego fixo remunerado nos últimos 24 meses, pelo menos; ou (ii) não tenha tido um emprego fixo remunerado nos últimos 12 meses, pelo menos, e pertença a uma das categorias das alíneas b) a g) mencionadas na definição de “trabalhador desfavorecido”. Ou seja, permite-se agora, em contraste com o conceito presente no Regulamento n.º 800/2008, que se considere trabalhador seriamente desfavorecido quem não tenha tido um emprego fixo remunerado nos últimos 12 meses e (i) tenha entre 15 e 24 anos de idade, (ii) não tenha atingido um nível de ensino ou de formação profissional correspondente ao ensino secundário (Classificação Internacional Tipo da Educação 3) ou tenha terminado a sua formação a tempo inteiro no máximo há dois anos e que não tenha obtido anteriormente um primeiro emprego regular e remunerado; ou (iii) não tenha atingido um nível de ensino ou de formação profissional correspondente ao ensino secundário (Classificação Internacional Tipo da Educação 3) ou tenha terminado a sua formação a tempo inteiro no máximo há dois anos e que não tenha obtido anteriormente um primeiro emprego regular e remunerado; ou (iv) tenha mais de 50 anos de idade; ou (v) seja um adulto que vive só e com uma ou mais pessoas a cargo; ou (vi) trabalhe num setor ou profissão num Estado membro caracterizado por um desequilíbrio entre os géneros que é superior em 25% ou mais ao desequilíbrio médio entre os géneros em todos os setores económicos nesse Estado membro, e pertença a esse grupo sub-representado; ou (vii) faça parte de uma minoria étnica num Estado membro e necessite de desenvolver o seu perfil linguístico, de formação profissional ou de experiência laboral, a fim de aumentar as suas perspetivas de aceder a um emprego estável.

tada a trabalhadores desfavorecidos, os limiares monetários que delimitam a isenção de notificação são genericamente preservados.

Marcante é, sem dúvida, o desaparecimento da distinção entre *formação específica* e *formação geral*, afastando-se as diferenças de regime e de intensidade de auxílios associadas a cada um dos conceitos<sup>24</sup> e uniformizando-se, com justificação, as percentagens aplicáveis à formação (quadro *ne varietur* relativo às intensidades de auxílio), independentemente do respetivo tipo.

Neste plano, regista-se ainda outra limitação importante quanto à concessão de auxílios à formação enquadráveis nos limiares de isenção previstos no Regulamento que não se encontrava no RGIC2008: não devem ser concedidos auxílios à formação realizada pelas empresas para cumprir as normas nacionais obrigatórias em matéria de formação (n.º 2 do artigo 31.º)<sup>25</sup>, exigindo-se agora

---

24 No âmbito do RGIC2008 entendia-se por (i) *formação específica* a formação que pressupõe um ensino direto e principalmente vocacionado para a posição atual ou futura do trabalhador na empresa e que confere qualificações que não são, ou apenas o são numa medida limitada, transferíveis para outra empresa ou para outro domínio de atividade profissional e (ii) *formação geral* a formação que pressupõe um ensino não vocacionado exclusiva ou principalmente para a posição atual ou futura do trabalhador na empresa, conferindo qualificações em grande medida transferíveis para outras empresas ou para outros domínios de atividade profissional, reforçando consideravelmente, por conseguinte, a empregabilidade do trabalhador. Nos projetos que envolvessem os dois tipos de formação, e que não pudessem ser dissociados ou cujo carácter não pudesse ser definido, consideravam-se as intensidades de auxílio relativas à formação específica, aplicando-se assim um limite de 25 % (intensidade do auxílio à formação, calculada com base nos custos elegíveis), por contraste com o limite de 60% referente à formação geral.

25 Recorde-se que, quanto ao ponto, a alínea b) do n.º 1 do artigo 131.º do Código do Trabalho atribui a cada trabalhador “um direito individual à formação”, a efetivar através de um número mínimo de horas, que, em função do contrato de trabalho em curso, não pode ser inferior a trinta e cinco horas de formação contínua nos casos de contratos sem termo ou, em aplicação de um critério elástico, nos casos de termo por período igual ou superior a três meses, num mínimo que deve ser proporcional à duração desse contrato (n.º 2). Esta quantificação, que é modulável em dois anos nos termos do n.º 4 do artigo 131.º, caso não seja concretizada no período de referência considera-se em crédito de horas de igual número para formação por iniciativa do trabalhador (n.º 1 do artigo 132.º), cuja fruição, sendo de natureza potestativa, concede um direito à retribuição e conta como tempo de serviço efetivo (n.º 2 do artigo 132.º). Sem prejuízo de o crédito de horas para formação não utilizado cessar passados três anos sobre a sua constituição (n.º 6 do artigo 132.º), cessado o contrato de trabalho opera-se uma transformação do crédito de horas em retribuição: o trabalhador tem direito a receber a retribuição correspondente ao número mínimo anual de horas de formação que não lhe tenha sido proporcionado ou ao crédito de horas para formação de que seja titular à data da cessação (art.º 134.º). Assim, além do que vai dito, e das contraordenações graves previstas para o seu incumprimento (cfr. n.º 10 do artigo 131.º e n.º 3 do artigo 133.º do CT2009 e n.º 5 do artigo 13.º e n.º 3 do artigo 14.º da Lei n.º 105/2009, de 14 de setembro), o Código dota a formação contínua de um regime que compele o empregador à sua concretização: a não promoção da formação por banda do empregador até ao termo dos dois anos posteriores ao seu vencimento atribui ao trabalhador um direito à sua efetivação, cuja iniciativa opera mediante comunicação ao empregador com a antecedência mínima de 10 dias, prazo cuja exiguidade pode transportar dificuldades não só quanto à organização do trabalho como também em relação a uma eventual substituição temporária do trabalhador que vai iniciar a formação. Se esta circunstância convida o empregador a prover *motu proprio* à formação prevista na lei no período de referência inscrito no n.º 1 do artigo 132.º, o facto de, por um lado, a formação escolhida pelo trabalhador poder implicar um custo financeiro superior e de, por outro, a frequência da formação poder ser considerado

que, do ponto de vista material, a formação seja extraordinária, i.e., que não seja imposta por lei ou por qualquer outro instrumento normativo.

Se também para a contratação de trabalhadores com deficiência o auxílio sob a forma de subvenções salariais não pode exceder € 10 milhões anuais por empresa – com exceção de cambiantes verificáveis nos requisitos materiais cumulativamente verificáveis para que o auxílio seja conforme<sup>26</sup> –, cabe destacar a criação de um regime absolutamente novo, destinado a acomodar os custos da assistência prestada a trabalhadores desfavorecidos, que, como se fez notar, abrangem quem tiver entre 15 e 24 anos de idade.

Para lá do limite de cinco milhões de euros anuais por empresa<sup>27</sup> e de 50% dos custos elegíveis<sup>28</sup>, é possível confeccionar como auxílios isentos de notificação quaisquer medidas estatais que cubram: (i) os custos associados ao emprego de pessoal unicamente pelo tempo dedicado à assistência aos trabalhadores desfavorecidos, durante um período máximo de 12 meses a contar da data de contratação de um trabalhador desfavorecido ou durante um período máximo de 24 meses a contar da data de contratação de um trabalhador seria-

---

trabalho suplementar, aparelham o desígnio da formação profissional com mecanismos particularmente eficazes, face aos interesses de ordem pública que concorrem para a sua saliência regulativa.

26 Para lá dos € 10 milhões por empresa, por ano, e do limite de 75% dos custos elegíveis, como requisitos materiais: (i) os custos elegíveis devem ser os custos salariais ao longo do período em que o trabalhador com deficiência estiver empregado, (ii) quando, em comparação com a média dos 12 meses precedentes, a contratação não representar um aumento líquido do número de trabalhadores da empresa em causa, os postos de trabalho devem ter ficado vagos na sequência de saída voluntária, deficiência, reforma por razões de idade, redução voluntária do tempo de trabalho ou despedimento legal por falta cometida, e não no âmbito de uma redução dos efetivos e (iii) salvo no caso de despedimento legal por *falta cometida*, os trabalhadores com deficiência devem poder beneficiar de um emprego contínuo por um período mínimo compatível com a legislação nacional aplicável ou com os acordos coletivos, juridicamente vinculativos para a empresa, que regem os contratos de trabalho. Neste último, ponto (iii), ressalta uma alteração de redação face ao RGIC2008, que, para o efeito, aludia a “falta profissional”. Sabendo-se que são múltiplas as formas de cessação do contrato de trabalho não imputáveis ao trabalhador, continua a ser necessário que o contrato se extinga por causa subjetiva, não sendo bastante a verificação de uma causa objetiva. Com efeito, sendo corrente contrapor-se justa causa objetiva a justa causa subjetiva, esta divisão, trabalhada à luz do artigo 53.º da CRP, identifica a justa causa subjetiva com uma conduta culposa e censurável do trabalhador (despedimento por motivo imputável ao trabalhador), reservando a justa causa objetiva para as situações em que não existe um comportamento culposo do trabalhador, como sucede com a verificação de necessidades de reestruturação empresarial ou de resposta a situações de crise que inviabilizam a continuidade da relação laboral (despedimento coletivo, despedimento por extinção de posto de trabalho e despedimento por inadaptação). Neste contexto, e para efeito do RGIC2014, passam, contudo, a abranger-se as denominadas condutas extraprofissionais, que, não atinando diretamente com a execução do contrato de trabalho, consubstanciam comportamentos do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, são suscetíveis de quebrar a relação de confiança exigível (exemplo: insultos ao empregador fora do local e do tempo de trabalho).

27 Cfr. n.º 4 do artigo 35.º do RGIC2014.

28 Cfr. alínea r) do n.º 1 do artigo 4.º do RGIC2014.

mente desfavorecido e (ii) os custos com a formação desse pessoal para prestar assistência aos trabalhadores desfavorecidos, sendo que a assistência prestada deve consistir em medidas destinadas a apoiar a autonomia dos trabalhadores desfavorecidos e a sua adaptação ao ambiente de trabalho, acompanhando o trabalhador nos procedimentos sociais e administrativos, na facilitação da comunicação com o empregador e na gestão de conflitos<sup>29</sup>.

#### 4. O ALCANCE DA PREVISÃO SOBRE SERVIÇOS DE CONSULTORIA EM INOVAÇÃO E DE APOIO À INOVAÇÃO

Conexamente, salienta-se a manutenção, em traços largos, dos regimes estabelecidos para a contratação de pessoal altamente qualificado em sede de auxílios à inovação a favor das PME.

Assim, para a contratação de pessoal altamente qualificado<sup>30</sup>, anteriormente regulada no artigo 37.º do RGIC2008, conserva-se a necessidade de que (i) a sua contratação não se destine a substituir outro pessoal e (ii) seja utilizada numa função recentemente criada na empresa beneficiária, mas abandona-se a exigência de que esse pessoal tenha que ter trabalhado durante pelo menos dois anos no organismo de investigação ou na grande empresa que procede ao seu destacamento (alínea b) do n.º 2 do artigo 28.º do RGIC2014).

Mantém-se a exigência de que a intensidade do auxílio não deve exceder 50% dos custos elegíveis (n.º 3 do artigo 28.º), mas abandona-se a restrição que constava do n.º 3 do artigo 37.º do RGIC2008 quanto à avaliação da intensidade do auxílio por um período de três anos por empresa e por pessoa destacada.

Neste contexto, a questão que nos ocupa diz respeito ao perímetro aplicativo do n.º 4 do artigo 28.º (*auxílios à inovação a favor das PME*) do RGIC2014, procurando saber-se se este pode abranger o trabalho subordinado ou, se, por contraste, apenas contempla o trabalho autónomo ou independente ou a contratação em regime de *outsourcing*.

Tratando-se de recortar o sentido contido na expressão “serviços de consultoria em inovação e de apoio à inovação”, importa, antes do mais, atender às definições presentes no artigo 2.º do RGIC e, em simultâneo, cotejar os regimes dos artigos 28.º e 29.º do RGIC, uma vez que qualquer medida confecionável

29 Cfr. n.ºs 2 e 3 do artigo 35.º do RGIC2014.

30 Segundo o § 93, entende-se como “pessoal altamente qualificado” o “pessoal titular de um grau universitário e com uma experiência profissional mínima de cinco anos no domínio em causa, que pode igualmente incluir formação ao nível do doutoramento”.

como auxílio à contratação laboral por PME deve acomodar-se a um enquadramento que, entrecruzando os pressupostos com os objetivos visados, maximize o potencial da intervenção estatal.

A relevância deste tipo de intervenções nos diferentes Estados membros é tanto maior quanto a situação crítica de desemprego que atravessa o velho continente faz ressurgir a criação de novas políticas de empregabilidade<sup>31</sup>, em que a participação dos Estados no suporte dos custos fixos com a massa salarial é não raras vezes condição essencial à dinamização do mercado de emprego e à penetração no sistema de trabalhadores recém licenciados – cuja qualificação técnico-científica não encontra oportunidades efetivas de materialização profissional –, num cenário mais vasto em que a otimalidade (também) constitucional deste tipo de medidas supera a que se encontra subjacente a outro tipo de intervenções que, visando propósitos idênticos, implicam restrições efetivas à liberdade de trabalho e de profissão *lato sensu*<sup>32</sup>, e que, nessa medida, pensando concretamente no sistema português, não escapam a dúvidas de natureza jurídico-constitucional<sup>33</sup>.

---

31 Entre nós, o n.º 1 do artigo 58.º da CRP estabelece que *todos têm direito ao trabalho*. Com o desiderato constitucional de proteger especialmente a condição existencial do trabalhador enquanto titular de direitos, liberdades e garantias a aflorar o princípio da realização da democracia económica, social e cultural e as especiais tarefas do Estado que dele decorrem (alínea d) do artigo 9.º), e enquanto direito positivo dos cidadãos perante os poderes públicos, o direito ao trabalho, enquanto *direito à ocupação de um posto de trabalho para a satisfação de necessidades pessoais e familiares*, consiste no direito de obter emprego ou de exercer uma atividade profissional, no sentido em que o Estado tem a obrigação de desenvolver políticas de criação de emprego e de proteção dos desempregados. Não se tratando, nessa ótica e uma vez que o Estado não controla os meios de produção, de uma disposição diretamente aplicável que possa substanciar um “direito subjetivo a um concreto posto de trabalho”, cuida-se, no entanto, de uma imposição aos poderes públicos, sempre dentro de uma reserva do possível, no sentido da criação das condições normativas e fácticas, que permitam que todos tenham efetivamente direito ao trabalho, de acordo com a sua livre escolha e com os seus méritos e capacidades. Cfr. Gomes Canotilho & Moreira, 2007: 763 e Medeiros, 2005: 588.

32 Seguindo Reis Novais, 2003: 247, entendemos por *restrição* a um direito toda a “ação ou omissão estatal que, eliminando, reduzindo, comprimindo ou dificultando as possibilidades de acesso ao bem fundamentalmente protegido [...] ou enfraquecendo os deveres e obrigações, em sentido lato, que dele resultem para o Estado, afeta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental”.

33 Trata-se, além do mais, de área reservada à lei parlamentar ou a diploma governamental devidamente autorizado, conforme determina o artigo 165.º da CRP. Embora só se possa falar de restrição de direitos, liberdades e garantias depois de se conhecer o âmbito de proteção das normas constitucionais que consagram esses direitos (determinação dos bens jurídicos que por ela são protegidos e definição da extensão dessa proteção), o Tribunal Constitucional tem reconhecido que a reserva legislativa parlamentar em matéria de direitos, liberdades e garantias abrange *tudo o que seja matéria legislativa e não apenas as restrições do direito em causa*, o que, no domínio que nos prende, implicará a assunção de uma conceção expansiva do princípio da reserva de lei. Entre outros: Ac. TC n.º 128/00, de 23 de fevereiro (Messias Bento), proc. n.º 547/99 ou Ac. TC n.º 362/2011 (Cunha Barbosa), proc. n.º 746/10, DR Série, n.º 177, de 14 de setembro de 2011, 4464 e ss.. A questão é tão mais importante quanto, como fez salientar Miranda,



Sendo necessário estear as restrições num fundamento razoável e acomodá-las a outros valores constitucionais, o interesse coletivo que justifica as restrições é matéria que a Constituição não aborda especificamente<sup>34</sup>, embora, por princípio, e sem prejuízo do balanceamento dos direitos em causa, se afigure atendível que o desenvolvimento de políticas relacionadas com a empregabilidade (*v.g.* proteção de jovens ou de trabalhadores mais velhos)<sup>35</sup>, com a fixação de requisitos em matéria de duração da experiência profissional, com a segurança pública, com a natureza do emprego e/ou das exigências demandadas pelas condições nas quais esse emprego é exercido<sup>36</sup> ou mesmo com o esconjuro de situações fraudulentárias<sup>37</sup> ou de conflito de interesses (*v.g.* exclusi-

---

1978: 339, “todos os direitos constitucionais (e legais equiparáveis) dos trabalhadores devem ter-se por direitos fundamentais”. Ora, as características que sobressaem do regime jurídico-constitucional dos direitos, liberdades e garantias e demais direitos de natureza análoga são desde logo as que constam do artigo 18.º da CRP, suscitando-se (i) a aplicação ou eficácia direta dos preceitos constitucionais, (ii) a carência de credencial constitucional para uma restrição, sendo apenas legítimas as que surjam impostas pela necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (iii) o respeito pelo princípio da proporcionalidade nas suas três dimensões (conformidade ou adequação, o da exigibilidade ou necessidade e o da justa medida ou da proporcionalidade em sentido estrito) e (iv) a observância de uma lei formal (lei da Assembleia da República ou um decreto-lei autorizado) caracterizada pela generalidade e pela abstração e insuscetível de produzir efeitos retroativos.

34 Nestes termos: Ac. TC n.º 650/93, de 4 de novembro (Luís Nunes de Almeida), proc. n.º 451/91, que considerou inconstitucional a norma do artigo 132.º do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 33.252, de 20 de novembro de 1943, na parte em que estabelece a punição como desertor aquele que, sendo tripulante de um navio e sem motivo justificado, o deixe partir para o mar sem embarcar, quando tal tripulante não desempenhe funções diretamente relacionadas com a manutenção, a segurança e a equipagem do mesmo navio.

35 Cfr. por exemplo Martín Valverde, Gutiérrez & Murcia, 2006: 416 e ss., cuja abordagem, sendo desenvolvida no âmbito das medidas de políticas de emprego, evidencia a atenção crescente da manualística laboral ao fenómeno, abrangendo, nessa ótica, os diferentes vetores da formação profissional e a análise do edifício institucional relacionado com a colocação e a intermediação no mercado de trabalho.

36 Em exemplo, veja-se a listagem recolhida no ordenamento italiano por Pera, 1987: 1034-5, e a jurisprudência da Corte Constitucional italiana contida em Bartole & Bin, 2008: 43. Identicamente, avançando com os requisitos necessários às funções de enfermagem, Weber, 2007: 184; e, entre nós, considerando em amostra que “as restrições ao exercício da profissão de técnico de construção civil encontram justificação no interesse coletivo na apresentação de projetos de construção tecnicamente idóneos”, v. Ac. TC n.º 446/91, de 28 de novembro (Armando Ribeiro Mendes), proc. n.º 88-0231, DR II Série, n.º 78, de 2 de abril de 1992, 3112-9.

37 Em ilustração, confira-se o regime espanhol do “contrato de empreendedores”, que, vedando a contratação de trabalhadores com um determinado enquadramento se nos seis meses antecedentes tiver havido um despedimento coletivo ou uma situação de extinção de postos de trabalho, encontra a sua razão de ser na proibição de situações de fraude de lei e na privação por parte empregadores de benefícios conexos com medidas de apoio e fomento ao emprego (*v.g.* incentivos fiscais e bonificações na taxa contributiva de segurança social). Cfr. Pérez Rey, 2012: 64.

vidade e incompatibilidades<sup>38</sup>) possam, de forma fundamentada, substanciar o interesse coletivo (especificamente) exigido pela CRP.

Neste quadro, em que as políticas do mercado de trabalho realçam a empregabilidade<sup>39</sup> e em que a comparticipação estatal nos custos salariais reganha outra importância, é possível considerar que o artigo 29.º do RGIC tem, à primeira vista, pressupostos menos restritivos do que o artigo 28.º do RGIC, embora ambos os preceitos estabeleçam como limite da intensidade do auxílio 50 % dos custos elegíveis para as PME.

Conquanto possam surgir dúvidas se o artigo 29.º do RGIC permite um financiamento direto a PME que não tenham qualquer relação cruzada com grandes empresas – as dúvidas surgiriam em razão da conexão estabelecida no n.º 2 do artigo 29.º do RGIC e da existência de um regime especificamente direcionado para as PME no artigo 28.º do RGIC –, uma leitura sistemática do RGIC permite-nos considerar que o artigo 29.º se encontra numa relação de especialidade face ao artigo 28.º, em função da delimitação fatorial que aí se encontra estabelecida: *inovação em matéria de processos e de inovação*<sup>40</sup>.

A razão para este enquadramento assenta no facto de os resultados da I&D não serem suscetíveis de apropriação na sua totalidade pelas empresas que

---

38 Sobre a possibilidade de desenvolvimento de atividades laborais em simultâneo ou de cumulação de profissões como corolário do princípio da liberdade de trabalho e profissão, cfr. Pélissier, 1990: 24, sendo, todavia, claro que há profissões que, pela sua natureza, implicam importantes condicionamentos quanto ao pluriemprego e que aliás encontram reflexo constitucional.

39 Assim, Santelmann, 2001: 167; e Giddens, 2007: 111.

40 Ainda no âmbito deste exercício comparativo, a referência a custos de pessoal contida na alínea a) do n.º 3 do artigo 29.º do RGIC cobre o custo de investigadores, técnicos e outro pessoal de apoio, na medida em que trabalhem no projeto ou atividade relevantes, ao passo que as alíneas b) e c) do artigo 28.º estreitam do ponto de vista contêudístico os custos elegíveis, exigindo (i) que se trate de custos relativos ao destacamento de *pessoal altamente qualificado* de um organismo de investigação e divulgação de conhecimentos, ou de uma grande empresa, que se dedique a tarefas de investigação, desenvolvimento e inovação no âmbito de uma função recentemente criada na empresa beneficiária e que não substitui outros membros do pessoal (alínea b)) ou de (ii) custos de serviços de consultoria em inovação e de apoio à inovação. Nesse sentido, a alínea b) do artigo 28.º do RGIC, além de exigir que se trate de pessoal altamente qualificado (i.e., pessoal titular de um grau universitário e com uma experiência profissional mínima de cinco anos no domínio em causa, que pode igualmente incluir formação ao nível do doutoramento), exige também que a função tenha sido recentemente na empresa beneficiária e que a contratação não implique a substituição de pessoal contratado, até porque se trata de trabalhadores *destacados*, i.e., de trabalhadores que já têm um contrato de trabalho e que, sem prejuízo do emprego temporário, têm o direito de regressar à sua entidade empregadora anterior. Já a alínea c) do artigo 28.º, contendo uma referência, aparentemente lata, a “serviços de consultoria em inovação e de apoio à inovação”, cobre, por um lado, a consultoria, assistência e formação nos domínios da transferência de conhecimentos, a aquisição, proteção e exploração de ativos incorpóreos, a utilização de normas e de regulamentações que nelas se integrem e, por outro, o fornecimento de escritórios, bancos de dados, bibliotecas, estudos de mercado, laboratórios, etiquetagem de qualidade, testes e certificação, tendo em vista o desenvolvimento de produtos, processos ou serviços mais eficazes.

investem nesta atividade (apesar do sistema de proteção da propriedade intelectual), e de gerarem externalidades positivas para outras empresas (apropriação de uma parte do benefício sem terem participado no esforço de investimento).

Por isso, o auxílio serve para compensar a empresa investidora pela parte do resultado não apropriado e a conexão empresarial estabelecida no n.º 2 do artigo 29.º do RGIC apenas constitui condição necessária para os auxílios às grandes empresas, com vista à correção das falhas de mercado pressuspostas, exigindo-se, para esse efeito, o envolvimento de PME, com estas a suportarem, pelo menos, 30 % dos custos totais elegíveis.

Será assim, uma vez que a inovação em matéria de processos e de organização pode ser afetada por deficiências de mercado sob a forma de informação imperfeita e externalidades positivas, contexto em que a PME se encontram particularmente vulneráveis, visto enfrentarem constrangimentos suscetíveis de dificultar a sua capacidade para melhorar os seus métodos de produção ou de fornecimento e/ou para aperfeiçoar significativamente as suas práticas empresariais, a sua organização do local de trabalho e as suas relações externas.

Tratando-se de ponderar a aplicação alternativa dos artigos 28.º e 29.º do RGIC com vista à otimização de qualquer medida orientada à comparticipação dos custos salariais subjacentes à contratação laboral, cumpre todavia não perder de vista que o artigo 29.º exige uma conexão material com inovação em matéria de processos e organização, referência causal que, à luz das definições 96 e 97 condensadas no artigo 2.º do RGIC, implica que por “inovação organizacional” se entenda *a aplicação de um novo método de organização nas práticas comerciais, na organização do local de trabalho ou nas relações externas de uma empresa, excluindo as alterações que se baseiem em métodos de organização já utilizados na empresa, as alterações relativas à estratégia de gestão, as fusões e aquisições, a cessação da utilização de um processo, a mera substituição ou ampliação do capital, as alterações unicamente decorrentes de variações do preço dos fatores, a produção personalizada, a localização, as alterações sazonais periódicas e outras alterações cíclicas, bem como o comércio de produtos novos ou significativamente melhorados; e, no mesmo âmbito, que se considere que a “inovação a nível de processos” se identifica com a aplicação de um método de produção ou de distribuição novo ou significativamente melhorado (incluindo alterações significativas nas técnicas, equipamentos ou software)*, excluindo-se, para esse efeito, as alterações ou melhorias de pequena importância, os aumentos da capacidade de produção ou de prestação de serviços através do acréscimo de sistemas de fabrico ou de sistemas logísticos que sejam muito análogos aos já utilizados,

a cessação da utilização de um processo, a mera substituição ou ampliação do capital, as alterações unicamente decorrentes de variações do preço dos fatores, a produção personalizada, a localização, as alterações sazonais, periódicas e outras alterações cíclicas, bem como o comércio de produtos novos e significativamente melhorados.

Neste sentido, a elegibilidade referente aos custos de pessoal previstos na alínea *a)* do artigo 29.º do RGIC permite cobrir uma multiplicidade de trabalhadores que, à partida, não são abrangidos pelas alíneas *b)* e *c)* do n.º do artigo 28.º do RGIC.

Sem prejuízo, o desenho de qualquer medida tem que satisfazer os requisitos materiais implicados pelo artigo 29.º do RGIC, preceito que exige uma conexão causal da contratação de trabalhadores com *inovação em matéria de processos e organização*, cujo sentido, aparecendo recortado nos pontos do artigo 2.º do RGIC (*definições*), estreita, do ponto de vista fatorial, o desenho de qualquer medida que se possa apoiar no artigo 29.º do RGIC.

Cuidando-se de uma medida dirigida ao suporte dos custos salariais com a contratação de recursos humanos altamente qualificados, será, pois, preferível, acomodá-la à alínea *c)* do artigo 28.º do RGIC, conquanto não se trate de uma medida com potencial aplicativo à generalidade dos trabalhadores.

Ainda assim, permitindo-se uma intensidade de auxílio até 50% dos custos elegíveis, a contratação de trabalhadores altamente qualificados só quadrará com o exercício de serviços/funções de consultoria em inovação e de apoio à inovação caso se considere que o trabalho subordinado se encontra associado a esta modalidade alternativa de financiamento.

Neste quadro, optando-se pela aplicação do artigo 28.º do RGIC, encontra-se no artigo 2.º do RGIC uma definição de *serviços de consultoria em inovação* nos seguintes termos: “a consultoria, assistência e formação nos domínios da transferência de conhecimentos, a aquisição, proteção e exploração de ativos incorpóreos, a utilização de normas e de regulamentações que nelas se integrem” (§ 94); e, no que a *serviços de apoio à inovação* diz respeito, o RGIC define-os como “o fornecimento de escritórios, bancos de dados, bibliotecas, estudos de mercado, laboratórios, etiquetagem de qualidade, testes e certificação, tendo em vista o desenvolvimento de produtos, processos ou serviços mais eficazes” (§ 95). Nada existe, portanto, nos elementos definitórios que permita excluir o trabalho subordinado do âmbito conceptual da expressão “serviços de consultoria em inovação e de apoio à inovação”.

Tendo presente que tão pouco existe uma definição unívoca no plano comunitário de *trabalhador*<sup>41</sup>, é curial ter presente que a distinção entre trabalho autónomo e trabalho subordinado se encontra em acentuada crise<sup>42</sup>, aparecendo comumente recortada a partir da *alienidade*<sup>43</sup> e a partir da partilha de riscos subjacente<sup>44</sup>.

A crise é acentuada porque, por regra, qualquer atividade pode ser exercida em regime de subordinação ou em regime de prestação de serviços em sentido estrito<sup>45</sup>, presenciando-se importantes alterações na configuração do trabalho subordinado, motivadas essencialmente pela introdução de estruturas organizativas diferentes e pela concretização de produtos da inovação em novos instrumentos de produção que embaciam os regimes aplicáveis e as vantagens/desvantagens subjacentes à constituição de qualquer das modalidades de relação jurídica em equação<sup>46</sup>.

Assistindo-se a uma crescente autonomia dos trabalhadores a quem são reconhecidos direitos de autodeterminação do exercício da sua atividade (numa expressão inequívoca de responsabilização da força de trabalh<sup>47</sup>), é, por isso, vulgar que muitos trabalhadores reapareçam como prestadores de serviço à mesma empresa ou mesmo que ressurjam na qualidade de pequenos empresá-

---

41 Ballarino, 2001: 436.

42 Por exemplo: Selma Penalva, 2007: 111-4 ou Romano Martinez, 2001: 271-294, que, distinguindo indícios negociais e indícios externos, inclui nos últimos a exclusividade no exercício da atividade, o tipo de imposto pago pelo trabalhador/prestador da atividade, a inscrição deste na Segurança Social como trabalhador dependente ou independente e ainda a sindicalização. Em todo o caso, como aí se salienta, “a exclusividade não é característica do contrato de trabalho, nada obstando à existência do chamado pluriemprego, em que o mesmo trabalhador é parte em diferentes relações laborais” (292).

43 Assim, no início do século passado, cfr. Carnelutti, 1910: 435-6, que, em vista da distinção entre *locatio operarum* e *locatio operis*, salientava que o risco da atividade, enquanto incerteza na obtenção do resultado para que se orienta o dispêndio de energia, surgia como elemento característico da situação laboral (*locatio operarum*). A *alienidade*, consistente na atribuição dos resultados produtivos ou dos frutos do trabalho a uma pessoa distinta da do trabalhador, postula assim que não seja o trabalhador o sujeito afetado pelo risco subjacente ao exercício da atividade.

44 Aludindo ao facto de o trabalhador não suportar por regra os gastos empresariais, v. Romano Martinez, 2010: 534.

45 Nestes termos, a consabida função caracterizadora da subordinação jurídica, erigida em “fatispecie típica unitária do direito do trabalho” (na emblemática expressão de Mengoni, 1988, 8), não obstante a provável necessidade de alargamento do seu conteúdo funcional a novas situações de dependência económica, permanece como critério geral da qualificação de uma relação como relação de trabalho. É, de facto, a partir do desempenho da atividade “sob autoridade e direção” de alguém que se considera existir subordinação jurídica, no sentido em que “existe uma relação de poder juridicamente regulada”.

46 Assim: Lobo Xavier, 1998: 115 e ss.

47 Cfr. Furtado Martins, 1997: 335 e ss.

rios<sup>48</sup>, dando-se visibilidade ao exercício de atividades materialmente idênticas sob a capa de diferentes fórmulas jurídicas.

Tratando-se, em ambos os casos, de ter presente que a abrangência da liberdade de trabalho se evidencia a partir da possibilidade de escolha entre o trabalho independente (não empresarial), o trabalho subordinado e a iniciativa ou a gestão de uma atividade empresarial<sup>49</sup>, a distinção que em Portugal se estabelece, perante a dificuldade probatória na identificação dos elementos de facto que integram a subordinação jurídica – e que, na essência, se constrói a partir do domínio do empregador/poder de conformação da prestação, orientação, direção e fiscalização da atividade laboral em si mesma, com o correspondente poder disciplinar – faz-se pelo método tipológico, deduzindo-se a qualificação que se demanda dos factos indiciários em juízo de aproximação global<sup>50</sup>.

Mas esta distinção não pode ser projetada na interpretação do RGIC, uma vez que este transcende a variação regimental dos Estados membros, tendo uma vocação uniformizante.

## 5. PERCURSO EXEGÉTICO

Sabendo-se que a interpretação de norma proveniente da União Europeia não pode deixar de atender ao testes da *universalidade* (problema que, em substância, alcança o plano da *Kompetenz-kompetenz* do TJCE), bem se compreende por isso que, neste domínio específico, se enfrentem os problemas subjacentes ao facto de a UE deixar aos Estados membros a tarefa de definir

---

48 A grande novidade em relação a este aspeto repousa no facto de estas atividades serem exercidas por quem trabalhava tradicionalmente em regime de subordinação e no facto de não serem apenas os profissionais liberais quem na atualidade opta pelo trabalho em regime de autonomia, escolhendo o regime da prestação de serviços dentro das modalidades possíveis no quadro do artigo 1154.º do Código Civil.

49 Como faz notar Ferreira Mendes, 2005: 1213, no que “respeita à escolha de um meio de vida não baseado na mera fruição de bens, mas fundado na ação/atuação no campo económico-produtivo, a opção fundamental dos cidadãos é entre a liberdade de trabalho ou profissão do artigo 47.º – autónomo ou de exercício subordinado – e a liberdade de empresa do artigo 61.º, que pode assumir um cariz individualista (n.º 1) ou social (n.ºs 2 e 5)”. Sob este ponto de vista, a liberdade de iniciativa alcança um âmbito que ultrapassa a liberdade de trabalho, já que não se esgota na liberdade de iniciar uma atividade económica, envolvendo igualmente a liberdade de contribuir com fatores de capital e a liberdade institucional da empresa, liberdade que, como enfatiza Lobo Xavier, 2004: 165, é “o necessário contraponto aos direitos relativos ao trabalho, sem o qual não há emprego nem trabalhadores”.

50 Tendo presente que o Direito do trabalho, nas palavras de Menezes Cordeiro, 1986: 28, constitui “um conjunto de normas e de princípios relacionados com o fenómeno do trabalho subordinado e agrupados em função duma Ciência juslaboral geográfica e historicamente determinada”. Isto, porque o contrato de trabalho e o contrato de prestação de serviço distinguem-se basicamente pelo objeto e pelo tipo de relacionamento entre as partes. Enquanto no primeiro se contrata a atividade subordinada, no segundo visa-se a prossecução de um determinado resultado, em regime de autonomia.

o termo *trabalhador*, remissão para os direitos nacionais que aliás é frequentemente entendida como potencialmente enfraquecedora da proteção dos trabalhadores<sup>51</sup> e que, neste particular aspeto, permite também compreender o facto de o RGIC ser omissivo relativamente a uma definição de *trabalhador*.

Não se encontra, por conseguinte, qualquer sinal no artigo 28.º do RGIC quanto à impossibilidade de a contratação de trabalhadores, tal como é entendida no Direito interno, nele se subsumir, embora não se possa perder de vista o chamado princípio da *interpretação conforme*, que, surgindo geralmente no vasto princípio da efetividade, implica que o intérprete-aplicador “internamente, deverá, ainda quando deva apenas aplicar direito nacional, atribuir a este uma interpretação que se apresente conforme com o sentido, economia e termos das normas comunitárias”<sup>52</sup>.

Sem prejuízo, o enquadramento conducente ao entendimento de que o trabalho subordinado se encontra fora do perímetro aplicativo do artigo 28.º do RGIC encontra dois argumentos com alguma substância.

Um primeiro, é o que se refere ao contraste de previsões entre as alíneas *b)* e *c)* do n.º 2 do artigo 28.º do RGIC, uma vez que a utilização do termo *trabalhador* é reservada para as situações de destacamento, situações que, nos termos do RGIC, dizem respeito ao “emprego temporário de pessoal por parte de um beneficiário com o direito de o pessoal regressar à sua entidade empregadora anterior” (§ 98 do artigo 2.º).

Neste sentido, e segundo esta leitura, sempre se dirá que as situações em que se admite a constituição de uma relação pautada pela subordinação jurídica só podem ter lugar em contexto de *destacamento*, circunstância que, no ordenamento jurídico português, tenderá a ocorrer através da figura da cedência de trabalhadores<sup>53</sup>, pelo que qualquer apoio confecionável à luz desta disposição seria recortável como um apoio destinado à contratação de trabalhadores em regime de cedência, situação de fragmentação juslaboral cujo período máximo não pode ultrapassar os cinco anos<sup>54</sup>.

51 Por exemplo, sinalizando a ameaça à mobilidade dos trabalhadores que a variedade de definições do termo *trabalhador* implica, veja-se o Livro Verde da Comissão Europeia, de 22 de novembro de 2006.

52 Gorjão-Henriques, 2003: 216-7.

53 Por exemplo, na jurisprudência: Ac. STJ de 14.05.2009 (Mário Pereira), n.º 0852315, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); e na doutrina: Martins, 2005: 83 e ss.

54 Alínea *d)* do n.º 1 do artigo 289.º do Código do Trabalho: “(a) duração da cedência não exceda um ano, renovável por iguais períodos até ao máximo de cinco anos”.

Esta argumentação seria válida para a questão da aplicabilidade do n.º 4 do artigo 28.º, uma vez que este preceito replica a locução “serviços de consultoria em inovação e de apoio à inovação”, não havendo razões para estabelecer qualquer diferença quanto ao alcance interpretativo do vocábulo contido na alínea *c)* do n.º 2 do artigo 28.º.

Como segundo argumento, assume especial relevância o facto de o n.º 4 do artigo 28.º permitir uma intensidade de auxílio que pode ir até 100% dos custos elegíveis, circunstância que, caso se sufrague a leitura de que a contratação de trabalhadores se pode acomodar à locução “serviços de consultoria em inovação e de apoio à inovação”, tornaria claramente inefetivo o regime condensado na alínea *b)* do n.º 2 do artigo 28.º, uma vez que, numa ponderação custo-benefício, jamais existiria uma medida que se enquadrasse na alínea *b)*, face à largueza interpretativa subjacente à expressão “serviços de consultoria em inovação e de apoio à inovação”, cujos pressupostos fatoriais não se identificam com os exigidos para as situações de destacamento.

Esta via de análise, aparentemente probante, esbarra, contudo, no facto de o regime previsto no n.º 4 se encontrar desenhado com base em razões similares às que inspiram o Regulamento *de minimis*, partindo-se, para tanto, do pressuposto de que esses auxílios, não obstante a respetiva intensidade quanto aos custos elegíveis, não afetam as trocas comerciais entre Estados membros e não falseiam a concorrência (= residualidade da vantagem)<sup>55</sup>.

Neste sentido, não se vislumbra razão para ater o sentido da locução “serviços de consultoria em inovação e de apoio à inovação” a serviços prestados em regime de colaboração externa, confeccionando-se, para tanto, no plano interpretativo, uma cláusula de restrição implícita, que tornaria inaplicável este regime às situações de trabalho subordinado.

Dir-se-á mesmo que, por maioria de razão, a permissão que vale para a contratação de prestadores serviços que desenvolvam funções em inovação e de apoio à inovação a favor das PME não pode deixar de se aplicar à contratação de trabalhadores *tout court*, em regime de laboração subordinada.

Esta será ainda a consequência lógica de neste caso se promover conexamente a empregabilidade – com reflexo em múltiplos instrumentos normativos da UE – e de, no outro, essa empregabilidade, assim os “serviços de consultoria em inovação e de apoio à inovação” se identifiquem *ipso jure* com o *outsourcing*, sair claramente frustrada, embora, tanto numa situação quanto noutra,

---

55 Cfr. Araújo, 2015: 326.



os escopos subjacentes à consagração de um regime como o que o artigo 28.º alberga sejam concretizados; a saber: a potenciação de um regime que garanta a inovação em PME e que permita corrigir as falhas de mercado pressupostas pela sua reduzida dimensão.

Pois bem. Recorrendo-se a uma interpretação enunciativa, e sendo pacífico que a prestação de serviços em sentido estrito é contemplada pela locução “serviços de consultoria em inovação e de apoio à inovação”, a abrangência do trabalho subordinado impor-se-á por maioria de razão: sendo possível uma medida que se destina à constituição de uma relação que deixa os contratados sem um regime de proteção social robusto, implicar-se-á a conclusão de que a constituição de uma relação jurídica de emprego, ante o regime de proteção social associável e o enquadramento institucional subjacente (designadamente: proibição de despedimentos sem justa causa), é naturalmente possível.

No mais, não se vislumbram quaisquer fundamentos ou interesses de ordem pública que, em atenção aos objetivos prosseguidos pelo RGIC, permitam estreitar a aplicação do n.º 4 às situações de trabalho independente e excluir o trabalho dependente.

Além da dinamização do mercado de trabalho e da garantia de emprego outorgada a recursos especialmente qualificados, somos mesmo do entendimento de que, mediante a inserção dos trabalhadores na estrutura produtiva de uma PME, a melhoria dos processos de inovação prosseguida pelo preceito é mais facilmente conseguida, atendendo à internalização do processo inovatório que venha a ser desenvolvido, situação que, bem vistas as coisas, não surge tão clara nas situações em que a contratação se processa externamente, em que o *know-how* obtenível permanece externo à PME, sem quaisquer garantias quanto à sedimentação do saber-fazer na cadeia organizativa da empresa.

Termos em que se encontram fundados argumentos para considerar que, na ausência de qualquer sinal normativo específico, a locução “serviços de consultoria em inovação e de apoio à inovação” contempla tanto medidas que se orientem à contratação de prestações de serviços externos, quanto, *a fortiori*, medidas estatais que se dirijam à promoção da contratação de trabalhadores em regime de laboração subordinada, uma vez que nesta última situação os objetivos subjacentes ao artigo 28.º são mais facilmente obteníveis e a inovação das PME, objetivo primeiro do preceito, ganha condições acrescidas de exequibilidade.

## BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, M.

2015 “Some Salient Features of Commissioner Almunia’s Term”, in HAWK, B. E. (dir.), *International Antitrust Law and Policy: Fordham Competition Law 2014*, Nova Iorque: Juris Publishing, pp. 323-344.

ARNDT, H.-W., FISCHER, K. & FETZER, T.

2015 *Europarecht*, Heidelberg: C.F. Müller.

BALLARINO, T.

2001 *Manuale Di Diritto Dell’Unione Europea*, 6.<sup>a</sup> ed., Pádua: Cedam.

BARTOLE, S. & BIN, R.

2008 *Commentario breve alla Costituzione*, 2.<sup>a</sup> ed., Milão: Cedam.

CARNELUTTI, F.

1916 *Studi di diritto civile*, Roma: Athenaeum.

CASOTTI, A., GHEIDO, M. R., MASSI, E. & RAUSEI, P.

2015 *Contratto a tutele crescenti ed incentivi ad assumere*, Ipsos/Wolters Kluwer Italia.

CRAIG, P. & DE BURCA, G.

2015 *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 6.<sup>a</sup> ed., Oxford: Oxford University Press.

GIDDENS, A.

2007 *A Europa na Era Global*, Lisboa: Ed. Presença.

FERREIRA MENDES, E.

2010 “Anotação ao artigo 61.º da CRP”, in J. Miranda & r. Medeiros, R., *Constituição da República Portuguesa Anotada* (2.<sup>a</sup> ed.), (dir. Jorge Miranda & Rui Medeiros), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1179-1238.

FOSTER, N.

2015 *Foster on EU Law*, 5.<sup>a</sup> ed., Oxford: Oxford University Press.

FURTADO MARTINS, P.

1997 “A crise do contrato de trabalho”, *RDES*, n.º 4, pp. 335-368.

GOMES CANOTILHO, J. & MOREIRA, V.

2007 *Constituição Portuguesa da República Anotada. Artigos 101.º a 107.º*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora.

GORJÃO-HENRIQUES, M.

2003 *Direito Comunitário*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina.

LOBO XAVIER, B.

1998 “Polivalência e mobilidade”, in A. Moreira (org.), *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Memórias*, Coimbra: Almedina, pp. 105-131.

- 2004 “A Constituição Portuguesa como fonte do Direito do Trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores”, in A. Monteiro Fernandes (coord.), *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, Coimbra: Almedina, pp. 163-203.
- LOPES PORTO, M.
- 2009 *Teoria da Integração e Políticas Comunitárias*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina.
- MACHADO, J.
- 2014 *Direito da União Europeia*, Coimbra: Coimbra Editora.
- MARTÍN VALVERDE, A., GUTIÉRREZ, R.-S. & MURCIA, G.
- 2006 *Derecho del Trabajo*, 15.<sup>a</sup> ed., Madrid: Tecnos.
- MARTINS, J. Z.
- 2005 “Definição e condições gerais da cedência ocasional de trabalhadores no Código do Trabalho”, *Questões Laborais*, n.º 25, pp. 77-110.
- 2014 “Auxílios de Estado: pressupostos e novas leituras em torno do conceito de seletividade”, *Revista de Direito Público*, n.º 12, pp. 37-89.
- MIRANDA, J. & MEDEIROS, R.
- 2005 *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I*, Coimbra: Coimbra Editora.
- MENEZES CORDEIRO, A.
- 1997 *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra: Almedina.
- MENCONI, L.
- 1986 “La questione della subordinazione”, *Rivista Italiana di diritto del lavoro I*, pp. 5-17.
- MIRANDA, J.
- 1978 *A Constituição de 1976*, Lisboa: Petrony.
- REIS NOVAIS, J.
- 2003 *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora.
- PÉLISSIER, J.
- 1990 “La liberté du travail”, *Droit Social*, n.º 1, pp. 19-26.
- PERA, G.
- 1987 “Professione e lavoro (libertà di)”, in *Enciclopedia del Diritto XXXVI*, Milão: Giuffrè, pp. 1033-8.
- PÉREZ REY, J.
- 2012 “El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento de empleo”, *Revista de Derecho Social* n.º 57, pp. 51-66.

ROMANO MARTINEZ, P.

2001 “Trabalho Subordinado e Trabalho Autónomo”, in P. Romano Martinez (coord.), *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, vol. I*, Coimbra: Almedina, pp. 271-294.

2010 *Direito do Trabalho*, 5.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina.

SANTELMANN, P.

2001 *La formation professionnelle, nouveau droit de l’homme?*, Paris: Gallimard.

SELMA PENALVA, A.

2007 *Los límites del contrato de trabajo en la Jurisprudencia Española*, Valencia: Tirant Lo Blanch Laboral.

STRIK, P.

2010 “From Washington with Love – Investor-State Arbitration and the Jurisdictional Monopoly of the Court of Justice of the European Union”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Volume 12, pp. 425-453.

WEBER, M.

2007 *Arbeitsrecht für Pflegeberufe: Handbuch für die Praxis*, Estugarda: Verlag W. Kohlhamer

# DOSSIER TEMÁTICO

*Regulação financeira e lusofonia*



# UM BREVE OLHAR PORTUGUÊS SOBRE O MODELO DE SUPERVISÃO FINANCEIRA EM MACAU

*Rute Saraiva*

*ABSTRACT: Former territory under Portuguese administration, Macao is the new Chinese jewel and, under the logic of “one country – two systems”, presents a very unique institutional framework for financial regulation and supervision. Inspired in the Portuguese model of the 90’s, it has a very pragmatic Chinese touch: although the Monetary Authority of Macao as an integrated agency monitors the stability of the financial system, the core powers to regulate and supervise are in the hands of the Chief Executive, undermining the mainstream western paradigm of regulator’s independence.*

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias. 2. Enquadramento histórico do sistema de supervisão financeira de Macau. 3. O sistema de supervisão financeira macaense. 4. Conclusão.

## 1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Macau, pequeno território encrustado na orla meridional da China, na margem oeste do delta formado pelo Rio das Pérolas e pelo Rio do Oeste, hoje destino turístico cimeiro em grande parte devido ao jogo, teve administração lusa desde meados do século XVI até 20 de dezembro de 1999. Durante este período, como se escreveu noutra sede<sup>1</sup>, assiste-se ao exercício de uma soberania limitada dividida de forma oscilatória entre os ventos que sopram de Portugal e da China com as relações luso-chinesas em torno da denominada “questão de Macau”<sup>2</sup> a caracterizarem-se pelo seu pragmatismo e pela tolerância das autoridades chinesas, gerando, deste modo, um universo ímpar graças à con-

---

1 Saraiva, 2004.

2 Prende-se com os títulos de presença dos Lusitanos naquele território, com a extensão dos seus poderes e com a delimitação das fronteiras terrestres e marítimas do Estabelecimento.

fluência e sedimentação de uma convivência institucional luso-chinesa de cerca de 450 anos.

Face ao dinamismo atual do antigo Estabelecimento português integrado na estratégia de crescimento económico-financeiro do gigante chinês, interessa aqui um olhar mais próximo das opções de supervisão<sup>3</sup> financeiras de Macau, passando pelas suas origens e estrutura institucional.<sup>4</sup>

## 2. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO DO SISTEMA DE SUPERVISÃO FINANCEIRA DE MACAU

Quatro séculos e meio de presença lusitana, ainda que sob a observação atenta da China, deixam um legado muito para lá da língua<sup>5</sup> ou urbanístico, residindo essencialmente na cultura humanista e jurídica. É notável a herança do Direito de matriz lusa, mesmo no contexto de “localização” legal<sup>6</sup> conduzido nos últimos anos de Administração Portuguesa que acaba por subsidiar os propósitos chineses na construção do modelo de “um país, dois sistemas” – em rigor de “um país, três sistemas”<sup>7</sup> – e promover a modernização do sistema jurídico macaense<sup>8</sup>.

Afinal, a continuidade jurídica encontra-se expressamente consagrada na Declaração Conjunta sobre a Questão de Macau de 1987, em especial no seu ponto 2.4 e Anexo I – III, prevendo que “as leis manter-se-ão basicamente inalteradas” durante um período de transição de cinquenta anos (artigo 5.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau (LBRAEM)), salvo o que contrariar a LBRAEM, porta deixada aberta pelas autoridades

3 Para efeitos deste artigo, emprega-se, salvo indicação em contrário, um conceito lato de supervisão e de regulação, que podem, assim, coincidir.

4 Este artigo corresponde genericamente à apresentação feita pela autora no âmbito do Ciclo de Conferências “O Portugal Atlântico, Europeu e Lusófono: Uma Nação de Portas Abertas”, organizado pela PICOO, no Centro Nacional de Cultura, a 11 de dezembro de 2012.

5 Falada hoje por apenas 0,6% da população ainda que usada a nível da Administração.

6 A reversão de Macau levanta a questão estrutural e essencial da continuidade jurídica para segurança, confiança e estabilidade quotidiana da população de Macau, assim como dos operadores jurídicos e económico-financeiros. Uma vez que o recorte do universo normativo a manter basicamente inalterado divergia entre portugueses (que incluíam a legislação portuguesa e a produzida especialmente em Macau) e chineses (que apenas consideravam as normas locais), inicia-se um processo hercúleo de localização que não se reconduz a uma mera reaprovação local de diplomas portugueses mas a uma nova sistematização e ajustamento às especificidades macaenses das soluções lusas anteriores, sem esquecer as exigências de uma futura região administrativa especial chinesa.

7 Nas palavras de Garcia, 1994: 44.

8 Nos anos 90, cerca de 265 diplomas legais foram “localizados”, incluindo os grandes Códigos.



chinesas que, se abusada, pode esvaziar a estabilidade jurídica pretendida. A ideia é reiterada na LBRAEM nos seus artigos 8.º e 18.º, com a salvaguarda do artigo 145.º. O que se entenderá por “basicamente inalteradas” e a sua extensão decorre, na prática<sup>9</sup>, de um jogo de forças diplomático e de interesses em que Portugal tem, quer se queira quer não, uma posição frágil, muito embora a Universidade de Macau e a sua Faculdade de Direito possam desempenhar um papel fundamental de esclarecimento, assim como todos os operadores de Direito do Território, desde o advogado ao magistrado.

No contexto da regulação e supervisão financeiras, o espólio português vem a lume, servindo à abertura ao modelo capitalista do artigo 31.º da Constituição da República Popular da China e ao passado de porto franco de Macau com liberdade de circulação de capitais e um sector bancário com um volume de transações crescente<sup>10</sup>. Deste modo, os principais diplomas referentes ao sector financeiro mantêm-se praticamente inalterados desde a década de 90, designadamente o Regime Jurídico das Sociedades Financeiras – RJSF (Decreto-Lei n.º 32/93/M, de 5 de julho), o Regime Financeiro dos Serviços e Fundos Autónomos (Decreto-Lei n.º 53/93/M, de 27 de setembro), o Estatuto

9 Em teoria, obriga à identificação dos traços característicos do ordenamento jurídico de Macau. Nas palavras de Cabrita, 1998: 103, “o carácter básico de alteração deverá ser interpretado face ao ordenamento jurídico pré-existente em Macau, de acordo com o respeito pela identidade do sistema jurídico do território, e não face à relevância do princípio ou norma face ao Direito chinês. O elemento teleológico a considerar aqui é manifestamente a salvaguarda do sistema jurídico, enquanto elemento caracterizador da maneira de viver de Macau, e não da sua convergência com o direito da RPC.”

10 O mercado bancário macaense, em meados de 2014, é constituído por vinte e nove bancos, com dez sediados localmente, incluindo a Caixa Económica Postal, e dezanove sucursais de bancos sediados no exterior, tendo todos licenças plenas de atividade à exceção de duas instituições *off-shore*. Somam-se ainda uma sociedade financeira constituída nos termos do Decreto-Lei n.º 15/83/M, de 26 de fevereiro, explorando atividades bancárias limitadas; uma sociedade constituída nos termos do Decreto-Lei n.º 51/93/M, de 20 de setembro, para exercício da atividade de locação financeira; e uma instituição de crédito não bancária para emissão e gestão de cartões porta-moedas eletrónicos constituída nos termos do Decreto-Lei n.º 32/93/M, de 5 de julho. De referir ainda, onze casas de câmbios, seis balcões de câmbios, duas sociedades de entrega rápida de valores em numerário, dois intermediários financeiros e um escritório de representação de uma outra instituição financeira com sede no exterior, autorizadas nomeadamente ao abrigo do Decreto-Lei n.º 38/97/M, de 15 de setembro, para casas de câmbios, do Decreto-Lei n.º 15/97/M, de 5 de maio, para sociedades de entrega rápida de valores em numerário, bem como os artigos 116.º a 120.º no Título III do RJSF, para intermediários e outras instituições financeiras. Por fim, no sector segurador, em 2012, contavam-se vinte e três seguradoras (onze das quais do ramo vida), sendo oito locais e quinze sucursais de seguradoras com sede no exterior, representando seis territórios e uma Região Administrativa Especial da República Popular da China (Hong Kong); e três mil trezentos e sessenta e quatro mediadores de seguros, sendo dois mil e duzentos e sessenta e seis pessoas singulares, sessenta e nove pessoas coletivas, mil e dezasseis angariadores e treze corretores de seguros. O sector segurador local é representado por três associações: a Associação de Seguradoras de Macau, a Associação dos Mediadores de Seguros de Macau e a “Federation of Macau Professional Insurance Intermediaries”. Para mais informações ver <http://www.amcm.gov.mo/plindex.htm>.

da Autoridade Monetária e de Câmbio de Macau – AMCM (Decreto-Lei n.º 14/96/M, de 11 de março), o Regime Jurídico da Atividade Seguradora – RJAS (Decreto-Lei n.º 27/97/M, de 30 de junho) e o Regime da Mediação de Seguros (Decreto-Lei 38/89/M, revisto pelos Regulamentos administrativos n.º 27/2001 e 14/2003)<sup>11</sup>.

A existência deste enquadramento jurídico sedimentado permite um clima de confiança fundamental para as ambições chinesas de transformação de Macau num novo centro financeiro asiático e mundial, face ao dinamismo demográfico e económico daquele Território baseado numa indústria, o jogo, não muito diferente, para alguns, da lógica do mercado de capitais.

Por outro lado, o *boom* regulador macaense no âmbito dos mercados financeiros não surge por acaso nos anos 90. Não se trata apenas do fenómeno acima explicado de localização. Está em causa o *timing* chinês de aposta no desenvolvimento económico através de uma alteração de paradigma; um fenómeno de globalização e de evolução (criativa) destes mercados, através da sua integração, desregulação, desintermediação (ainda que a banca consiga manter uma posição central) e inovação tecnológica; e de maior maturidade financeira e crescimento económico em Portugal em boa parte ligados à entrada na então CEE. Basta recordar que, pouco antes, em 1987, um ano após a adesão europeia, a Bolsa lusa e o seu enquadramento e supervisão apresentavam enormes fragilidades, bem patentes na crise então enfrentada após ações de publicitação governamental para o seu desenvolvimento.

Ora, o panorama português na última década do Século XX, além de otimista, muito depende do dinamismo e das modas importadas da Europa comunitária, em especial do movimento tecnocrático e “autonomizador/independentista” galopante em torno de denominadas “autoridades reguladoras”. Assim se compreende o surgimento da Lei Orgânica do Banco de Portugal (Lei n.º 337/90, de 30 de outubro), que, com os olhos postos na Europa, diminui os poderes do Ministro das Finanças (por exemplo no plano sancionatório), que contava, na orgânica do seu Ministério, com uma Inspeção-geral de Crédito e Seguros, e reforça os poderes do banco central subsequentemente fortalecidos com a aprovação da nova Lei Orgânica (Lei n.º 5/98, de 31 de janeiro); a aprovação do primeiro Código de Valores Mobiliários com o Decreto-Lei n.º 142-A/91, de 10 de abril, e a criação da Comissão do Mercado de Valores

---

11 Por uma questão pragmática, opta-se neste trabalho por centrar as referências legislativas mais no RJSF do que no RJAS.

Mobiliários que vem substituir o Auditor Geral do Mercado de Títulos engendrado, na sequência do *crash* bolsista lusitano, pelo Decreto-Lei n.º 335/87, de 15 de outubro, e a sua renovação com a aprovação do novo Código de Valores Mobiliários com o Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de novembro, e o novo Estatuto da CMVM (Decreto-Lei n.º 473/99, de 8 de novembro)<sup>12</sup> com a transposição da Diretiva 93/22/CEE; a publicação do Regime Geral de Acesso à Atividade Seguradora (Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de abril<sup>13</sup>) e mais tardiamente do estatuto do Instituto de Seguros de Portugal com o Decreto-Lei n.º 289/2001, de 13 de novembro<sup>14</sup>, que põe termo a uma competência reguladora e supervisora exclusiva do Ministério das Finanças.

Sumariando, o regime jurídico relativo à supervisão financeira macaense constrói-se no início da década de 90, num período em que o movimento pela independência das autoridades reguladoras não se encontra muito vincado em Portugal e marcado pela tradição centralizadora chinesa, culminando, deste modo, do ponto de vista atual, num sistema algo datado.

### 3. O SISTEMA DE SUPERVISÃO FINANCEIRA MACAENSE

O sistema de supervisão financeira macaense apresenta duas peças chaves: o Chefe do Executivo (que substitui o anterior Governador) e a Autoridade Monetária de Macau (AMCM<sup>15</sup>). Historicamente, é curioso mencionar o papel do Banco Nacional Ultramarino em Macau, diferindo da prática noutras colónias, onde acabou, como em Angola, Cabo Verde ou em Moçambique, por ser integrado no novo banco central local, aproveitando-se a sua experiência. Fundado por Carta de Lei de 16 de maio de 1864, desempenhou funções de Banco Emissor para as ex-colónias portuguesas e de Banco de Fomento e Comercial, fixando designadamente uma sucursal em Macau em 1902 e expandindo-se para as regiões circundantes, em Hong-Kong em 1904 e em Zhuhai em 1993. No Território, o BNU manteve o exclusivo da emissão de notas em Patacas até 1989, passando depois, até 1995, a emitir na qualidade de Agente do Território. Com efeito, desde 1 de julho de 2001, transforma-se num banco incorporado na RAEM (agora sob a denominação de Banco Nacional

12 Entretanto alterado e substituído recentemente pelo Decreto-Lei n.º 5/2015, de 8 de janeiro.

13 Entretanto alterado e substituído recentemente pela Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro.

14 Entretanto alterado e substituído recentemente pela Lei n.º 1/2015, de 6 de janeiro.

15 Pese embora, com o processo de transição para a China, o nome tenha sido simplificado de Autoridade Monetária e Cambial de Macau para Autoridade Monetária de Macau, a sigla manteve-se.

Ulramarino, S.A.), ainda que na condição de subsidiário da Caixa Geral de Depósitos (única acionista), conservando, porém, o seu papel de emissor de moeda (notas<sup>16</sup>), juntamente com o Banco da China, Sucursal de Macau, S.A., e de Agente do Tesouro.

Ora, a partir do final do Século XX, com a afirmação económico-financeira de Macau e uma maior atenção aos *standards* internacionais e às experiências estrangeiras, torna-se importante definir para as entidades supervisoras os seus poderes de autoridade e as suas responsabilidades.

O Chefe do Executivo é, nos termos dos artigos 15.º e 47.º da LBRAEM, nomeado e exonerado pelo Governo Popular Central com base nos resultados eleitorais ou de consultas locais, que, de acordo com o Anexo I, incluem a auscultação dos principais representantes do sector económico-financeiro<sup>17</sup> que são em número superior aos relativos aos outros sectores. O seu mandato dura, segundo o artigo 48.º LBRAEM, cinco anos, renovável por uma vez, o que abre as portas a que, pelo menos no primeiro mandato, haja uma preocupação de agradar ao Governo central.

No artigo 50.º da LBRAEM não se encontra uma previsão especial da sua competência em matéria de regulação e supervisão financeiras (à semelhança do que sucede com o Governo do Território no artigo 64.º da LBRAEM), que pode todavia caber no n.º 2 a propósito do cumprimento da lei ou no n.º 5 relativamente à elaboração de regulamentos administrativos. Ainda assim, pensando na AMCM, o n.º 11 do artigo 50.º da LBRAEM, em alinhamento com o artigo 15.º do EAMCM, atribui ao Chefe do Executivo competência de nomear e exonerar titulares de funções públicas.

O artigo 75.º *in fine* da LBRAEM condiciona, por seu turno, os projetos de lei e de resolução da Assembleia Legislativa do Território sobre matérias da política do Governo a consentimento escrito prévio do Chefe do Executivo. Ora, nos termos do artigo 107.º da LBRAEM, cabe ao Governo estabelecer “por si só” tanto a política monetária e financeira, como assegurar a livre operação do mercado financeiro e das instituições financeiras e regular e fiscalizar as suas atividades em conformidade com a lei.

---

16 A moeda metálica é emitida pelo Governo da Região Administrativa Especial de Macau.

17 Recorde-se, aliás, a este propósito que nos termos do artigo 19.º n.º 1 do EAMCM integram o Conselho Consultivo da AMCM, entre outros, os presidentes da Associação de Bancos de Macau e da Associação de Seguradoras de Macau e os diretores-gerais do BNU, S.A. e da sucursal, no Território, do Banco da China.

Algumas notas a propósito desta última disposição.

Em primeiro lugar, à semelhança do sistema português, estabelece o princípio da legalidade e de reserva de lei na construção do sistema financeiro.

Em segundo lugar, pese embora não seja claro, a LBRAEM parece usar o termo financeiro de uma forma mais restrita do que a lei fundamental lusa, uma vez que trata das finanças públicas e orçamento nos artigos 104.º e 105.º, dos impostos no artigo 106.º e distingue entre monetário (depois tratado nos artigos 108.º e 109.º) e financeiro. Ademais, no artigo 107.º, o adjetivo financeiro é usado quatro vezes: duas vezes em acrescento (mas diferenciado) a monetário, uma vez a propósito de mercados e uma vez quanto a instituições. Ora, assumindo a coerência terminológica do legislador, em especial na mesma disposição, retira-se que este se reporta ao sector financeiro (banca, seguros, valores mobiliários) de médio/longo prazo.

Em terceiro lugar, o artigo dispõe sobre um modelo concorrencial nestes mercados (reafirmado nos artigos 109.º *in fine* e 111.º *in fine*), com a regulação a servir de garante da mesma, sublinhando o paradigma chinês de um país dois sistemas.

Em quarto lugar, ao contrário do caso português em que constitucionalmente se prevê o Banco de Portugal (mesmo se não de forma expressa nas suas funções de supervisor financeiro) ou em que existe uma alusão genérica a autoridades administrativas independentes (que incluiriam também a CMVM e a ASF), na LBRAEM não há qualquer referência à AMCM, nem mesmo em matéria monetária nos já mencionados artigos 108.º e 109.º, com o Governo a emergir sempre na linha da frente. Tal ajuda pois a explicar os vastos poderes do Chefe do Executivo face à AMCM, com os artigos 4.º do RJSF e 9.º do RJAS a estabelecerem expressamente as suas competências de superintendência, coordenação e fiscalização dos mercados financeiros e da atividade dos seus agentes e seguradora.

Com efeito, cabe ao Chefe do Executivo:

- 1) Autorizar, caso a caso, por portaria ou despacho respetivamente, instituições de crédito com sede no Território, sucursais de instituições de crédito com sede no exterior e subsidiárias, sucursais e escritórios de representação no exterior de instituições de crédito macaenses (artigo 19.º, n.º 1 e n.º 2 do RJSF) e igualmente o exercício da atividade própria de intermediários e instituições financeiros (artigo 118.º, n.º 1 do RJSF) e ainda instituições *off-shore* (artigo 23.º, n.º 1 do Decreto-Lei

n.º 58/99/M, de 18 de outubro). Acresce a autorização de instituições de seguro e resseguro e o estabelecimento de sucursais ou quaisquer outras formas de representação no exterior, assim como de escritórios de representação (artigos 3.º, n.º 1, 30.º e 41.º do RJAS). A AMCM instrói os processos e elabora um parecer prévio mas nada sugere que este seja absolutamente necessário ou vinculativo, até porque não estão previstas sanções para a eventualidade da sua ausência e são conferidos (cf. dois pontos seguintes) amplos poderes delimitadores de enquadramento concreto ao Chefe do Executivo;

- 2) Autorizar a emissão de obrigações ou outros títulos de dívida por parte de seguradoras e estabelecer as respetivas condições, após parecer da AMCM (artigo 18.º n.º 2 do RJAS);
- 3) Delimitar os requisitos e condições específicos de exercício da atividade de instituições de crédito (artigo 19.º, n.º 3 do RJSF) e dos intermediários e demais instituições financeiras (artigo 118.º, n.º 1 *in fine* do RJSF). O legislador não estabelece quaisquer critérios quanto à utilização deste poder (“pode o Chefe do Executivo fixar quaisquer critérios ou condições específicas”), dando, na primeira situação, apenas exemplos, tais como o condicionamento da origem dos recursos mobilizáveis ou o recorte do tipo de aplicações para onde podem estes ser canalizados;
- 4) Recusar a autorização de entrada no mercado macaense a instituições de crédito de acordo com uma discricionária demonstração de que os detentores de participações qualificadas reúnem as condições adequadas à garantia da sua gestão sã e prudente (22.º, n.º 5 do RJSF) mas também de inadequação dos objetivos dos requerentes à política económica e financeira prosseguida pelos órgãos competentes do Território (22.º n.º 4, alínea *d*) do RJSF), critério inexistente hoje, em Portugal, pela sua dimensão mais política do que técnica inconsistente com um supervisor que se quer tecnocrático e independente. Note-se que em nenhuma das disposições apontadas se evoca qualquer parecer ou contributo da AMCM;
- 5) Impor ou autorizar a redução do capital social das instituições de crédito, sob parecer (não vinculativo?) da AMCM (artigo 58.º da RJSF);
- 6) Autorizar certas operações excecionais, mediante parecer da AMCM (artigo 67.º, n.º 2, alínea *f*) do RJSF);
- 7) Fixar limites de exposição ao risco, mediante parecer da AMCM (artigo 73.º do RJSF);

- 8) Estabelecer medidas excepcionais em situações de desequilíbrio e saneamento, mediante parecer da AMCM (artigo 83.º do RJSF);
- 9) Determinar, mediante parecer da AMCM, a intervenção na gestão de instituições de crédito em situação de sério desequilíbrio (artigo 85.º do RJSF) e definir, sem necessidade de qualquer pronúncia da AMCM embora em certas situações esta deva ser informada, os poderes dos respetivos delegados, a sua eficácia e poderes das comissões administrativas (artigos 87.º, 88.º, n.º 2, 89.º e 91.º, n.ºs 3 e 4 do RJSF);
- 10) Nomear, sem parecer prévio da AMCM, os liquidatários (artigo 95.º do RJSF);
- 11) Autorizar a AMCM (que acaba por funcionar como instrumento de atuação) a praticar atos adequados à manutenção da estabilidade do sistema financeiro macaense (artigo 103.º, n.º 1);
- 12) Autorizar a fusão, cisão ou transformação de instituições de crédito, mediante parecer da AMCM (artigo 113.º do RJSF) e a modificação das instituições de seguros e resseguro (artigo 92.º do RJAS);
- 13) Decidir sobre infrações e sanções no âmbito dos mercados financeiros, incluindo a suspensão preventiva, embora mediante parecer da AMCM que instaura e instrói os processos relativos às contravenções (artigos 131.º e 133.º do RJSF e 6.º, n.º 2, alínea *c*) do EAMCM) e em quem pode ser delegada a competência no caso de multa no sector segurador (artigos 133.º e 134.º, n.º 1 do RJAS).

A posição de protagonismo e supremacia do Chefe do Executivo na regulação e supervisão dos mercados financeiros macaenses é pois inegável. Considerando a amplitude dos poderes do Chefe do Executivo aqui descrita, cedo se percebe que o papel da AMCM é mais de coadjuvante, servindo de conselheiro e de veículo de informação e de braço executivo daquele, a quem responde nos termos de artigo 25.º EAMCM. Aliás, tal decorre dos artigos 5.º, n.º 2 do RJSF e 10.º, n.º 1 do RJAS, em que se assume expressamente o papel instrumental da AMCM em relação ao Chefe do Executivo. Vejam-se também, entre outros, os artigos 5.º, alíneas *a*) e *c*), 6.º, n.ºs 1 e 2 do EAMCM; no RJSF muitas das obrigações das instituições de crédito passam por prestar informações à AMCM, designadamente nos seus artigos 10.º e 17.º, n.º 4; ou nos artigos 12.º e 29.º do RJAS.

Criada pelo Decreto-Lei n.º 39/89/M, de 12 de junho (alterado com reforço dos poderes pelo Decreto-Lei n.º 14/96/M, de 11 de março que aprova o seu

novo Estatuto), a AMCM assume-se como a sucessora do Instituto Emissor de Macau, fundado em 1980 enquanto supervisor financeiro local dos sectores bancário e segurador e as demais atividades financeiras, com três objetivos principais: *i)* fomentar o crescimento saudável do sector financeiro; *ii)* emissão de moeda local; e *iii)* defesa do sistema cambial e gestão da reserva cambial. Em suma, um banco central de facto.

Trata-se, na sequência do artigo 1.º do seu Estatuto, de uma pessoa coletiva de direito público, à imagem das entidades supervisoras portuguesas, dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial. Descrita legalmente como “autoridade de supervisão” no n.º 2 do artigo 5.º do RJSF, apresenta uma natureza de serviço público personalizado, remetendo portanto para a administração indireta do Estado (neste caso da RAEM) e sugerindo, ao contrário da epígrafe do artigo 4.º do Estatuto, uma situação de poderes de superintendência e não de mera tutela por parte do Chefe do Executivo, com a alínea *j)* deste artigo a prever, no rol de poderes que lhe são atribuídos, à semelhança do disposto no artigo 4.º, n.º 2 do RJSF, o de definir orientações e de emissão de diretivas com vista à prossecução dos seus objetivos. Os já referidos n.º 1 do artigo 4.º do RJSF e artigo 9.º do RJAS explicitamente preveem a superintendência.

A independência do supervisor, pedra de toque do atual Direito lusitano por importação europeia, não transpira no sistema macaense. Para além dos aspetos focados no parágrafo anterior e de o legislador não usar o termo independência, outros atestam a ausência desta característica. Um indício encontra-se na ordenação sistemática, com o EAMCM, o RJSF e o RJAS a tratar primeiro do Chefe do Executivo e só depois a abordar a AMCM. Também a suscetibilidade daquele contratar, nomear e exonerar os membros de três órgãos estatutários da AMCM<sup>18</sup> enfatiza a não independência. Além disso, a este propósito, curiosamente, o n.º 1 *in fine* e n.º 4 do artigo 15.º EAMCM estatuem que os membros destes órgãos não têm um cargo similar a quaisquer outros da administração pública e que celebram contratos individuais de prestação de serviços nos quais são definidas as condições de exercício e cessação de funções, diferenciando-os dos funcionários públicos comuns e, desta feita, sublinhando o carácter especial das suas funções e, por inerência, da entidade onde colaboram. Todavia, a lei não especifica as condições contratuais, o que

---

18 A saber, nos termos do artigo 14.º do Estatuto, um Conselho de Administração – com um departamento de supervisão bancária, um departamento de supervisão de seguros e um departamento de assuntos monetários e cambiais –, um Conselho Consultivo e uma Comissão de Fiscalização.



abre as portas a uma captura dos membros dos órgãos da AMCM pelo poder executivo. Por outro lado, face à tecnicidade exigida pelos cargos, nos termos do artigo 99.º LBRAEM, em exceção à regra de residência permanente no Território, parece ser possível a contratação de portugueses (e outros estrangeiros), valendo tal também para boa parte dos funcionários e técnicos da AMCM que, aliás, poderiam manter, após a transição, os seus lugares, nas condições do artigo 98.º LBRAEM. Esta solução ajusta-se bem a um sector, como o financeiro, em que o enquadramento jurídico é de matriz lusa.

Ademais, aprovar o plano atual de atividades e os orçamentos privativos de exploração e investimento (respetivamente alíneas *a*)<sup>19</sup>, *e*) e *f*) do artigo 4.º do Estatuto) são igualmente formas de possível interferência do Executivo na esfera do supervisor. Acrescem, entre outros, como limitações à independência tanto face ao poder executivo como face à própria indústria financeira, expondo o flanco a fenómenos de captura do regulador: a permissão genérica, nos termos do artigo 12.º, alínea *a*) do Estatuto, de compra e venda de títulos da dívida pública do Território; ou da alínea *j*), de garantia e caução com meios próprios dos empréstimos de que o estabelecimento seja mutuário ou garante; ou da alínea *d*), de concessão às instituições de crédito autorizadas de empréstimos destinados ao refinanciamento de operações consideradas como de relevante interesse para o fomento da economia macaense (excecional face à alínea *a*) do artigo 13.º do Estatuto); ou do artigo 30.º, de participação, por determinação ou autorização do Chefe do Executivo, no capital de instituições no domínio monetário, financeiro, monetário e segurador ou nos seus órgãos (excecional face à alínea *b*) do artigo 13.º do Estatuto); o poder de homologar o regulamento interno da AMCM (artigo 3.º do EAMCM); o poder de preparação e aprovação do orçamento desta, podendo, deste modo, condicionar através do instrumento orçamental a atividade da AMCM (artigo 22.º do EAMCM); o poder de autorizar a aquisição de bens e serviços (artigo 23.º do EAMCM); o poder de definir os limites da competência do Conselho de Administração da AMCM para a realização de despesas e execução das operações quanto às funções de supervisão (artigo 24.º do EAMCM); o poder de distribuir o lucro líquido apurado em cada exercício, suscitando, conseqüentemente, problemas de captura (artigo 31.º do EAMCM).

Mesmo assim, a AMCM detém um conjunto de competências e de poderes importantes.

---

19 E ainda artigo 15.º do Estatuto.

No plano macro prudencial, de sublinhar, para lá da competência de zelar pela estabilidade do sistema financeiro (artigos 5.º, n.º 2 do RJSF, 5.º, alínea *g*) primeira parte, e 8.º do EAMCM e, em menor grau, 103.º, n.º 1 do RJSF), incluindo, através da elaboração de estudos e estatísticas (alíneas *d*) e *e*) do artigo 11.º do EAMCM), a função de “refinanciador” de última instância reconhecida na parte final da alínea *g*) do artigo 5.º do EAMCM.

Em termos de poderes normativos, atente-se aos artigos 6.º, n.º 1, alínea *f*), 9.º e 11.º, n.º 1, alínea *f*) do EAMCM, 6.º, 13.º, n.º 2 e 23.º, n.º 1 do RJSF, 15.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 58/99/M (que inclui códigos de conduta para instituições *off-shore*), ou alínea *a*) do n.º 2 do artigo 10.º do RJAS, com as diretivas, instruções técnicas e princípios reguladores a tomarem a forma de avisos ou de circulares.

Quanto a poderes executivos, recordem-se, a título de exemplo, as alíneas *a*) e *e*) do n.º 2 do artigo 6.º do EAMCM, os artigos 8.º, 10.º e 12.º do EAMCM, tais como 2.º, n.º 2, 5.º, n.º 2 e 8.º do RJSF e artigos 13.º, n.ºs 2 e 3, 25.º, 45.º, 61.º e alíneas *b*) e *c*) e *e*) a *g*) do n.º 2 do artigo 10.º do RJAS.

Por fim, na construção de uma autonomia financeira, não se esqueça que a AMCM possui património próprio (artigo 20.º do EAMCM) e receitas próprias (artigo 26.º do EAMCM), incluindo as taxas de fiscalização (artigo 11.º, n.º 3 *in fine* do RJSF e 15.º, n.º 3 *in fine* do RJAS).

#### 4. CONCLUSÃO

Do exposto, resulta que o sistema de supervisão financeira macaense se encontra enraizado no paradigma luso do início dos anos 90, ainda que com opção por um modelo monista<sup>20</sup>, mais centralizado e menos independente do poder executivo, revelando desta forma o toque chinês e a sua nota pragmática e controladora num Território de pequena dimensão. Afinal, estando como se viu, o sistema demasiado centrado na figura do Chefe do Executivo, com válvulas discricionárias e de abertura a considerações políticas como a alínea *d*) do artigo 23.º, n.º 4 do RJSF, verifica-se um afastamento da tendência hodierna, já incorporada no regime jurídico lusitano neste início do século XXI e reforçada com a intervenção da *Troika* com a importação das soluções europeias, de independência e de carácter tecnocrático das autoridades de supervisão.

---

20 Não contando com o papel do Executivo, apenas uma entidade supervisora para a supervisão micro e macroprudencial e comportamental dos vários mercados, ao contrário da solução institucional lusa com três supervisores, grosso modo um para o sector bancário, outro para o segurador e outro para o dos mercados de valores mobiliários.

Ora, se da corrente perspectiva portuguesa este sistema choca pela ausência de independência, na verdade esta crítica é mais ideológica do que prática. Afinal, olhando para a construção do modelo de independência em voga, verifica-se a necessidade de o compensar por uma panóplia vasta de soluções de *accountability* que visam contrabalançar o aumento de poderes de entidades tecnocráticas com falta de sindicabilidade democrática, num jogo infundável e dificilmente perfeito de compensações.

Mesmo assim, pese embora se possa até esperar que a solução macaense venha a convergir com as opções *mainstream* face ao vigor, exigências, integração e globalização céleres dos mercados financeiros e à pressão dos pares no plano internacional, aproximando-se, deste modo, apesar do compromisso convencional de estabilidade e continuidade jurídicas no Território por 50 anos (opção algo limitativa e até contraindicada, se interpretada de forma demasiado estrita, no âmbito dos mercados financeiros, com a sua dinâmica acelerada e até volátil), do modelo cada vez mais generalizado de recurso a autoridades independentes, a solução agora prevista beneficia os interesses chineses e a sua forma peculiar de gerir a atividade económico-financeira, mantendo-se enquanto servir.

## **BIBLIOGRAFIA**

CABRITA, Eduardo do Nascimento

1998 *Limites de Natureza Internacional e Constitucional à Autonomia da RAEM*, in *Perspectivas de Direito*, n.º 5, Vol. III, 2º, Lisboa .

LEANDRO, Garcia

1994 *Os Problemas de Localização e de Autonomização Jurídicas em Macau*, in *Assembleia da República*, Lisboa .

SARAIVA, Rute

2006 *Ventos de Este, Ventos de Oeste – A “Questão de Macau” nas Relações Luso-Chinesas*, Estudos em Honra de Ruy de Albuquerque, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora.

# DOS SISTEMAS DE MICROCRÉDITO NA LUSOFONIA: PROBLEMAS E SOLUÇÕES

*Luis Pedro Fernandes*

*ABSTRACT: This paper provides an overview of microcredit in the Portuguese-speaking world. We have chosen to limit our study to Portugal, Brazil, Angola and Mozambique, and we begin our analysis with a brief framework of microcredit, as thought by Yunus in Bangladesh in 1970. Then, we continue with an analysis of several agents involved in the microcredit market, in the Portuguese-speaking jurisdictions. We also approach some common issues related to the cost of microcredit projects. Finally, we propose a regulatory system able to ensure the main goals of microcredit. We conclude that microcredit might be adapted to the Portuguese-speaking countries' reality and that the success achieved in Bangladesh may be a result of a significant difference between the social realities in question.*

SUMÁRIO: 1. Introdução, delimitação temática e metodologia. 2. Os agentes no microcrédito. 2.1. A procura. 2.2. A oferta. 2.3. Os recursos disponíveis. 3. Microcrédito: até quanto e até quando. 3.1. Os valores ajustados à realidade. 3.2. O acompanhamento dos projetos: um custo (in)suportável. 3.3. Microcrédito: a solução ou mais um problema?. 4. A regulação de um microcrédito sustentável. 5. Conclusão.

## **1. INTRODUÇÃO, DELIMITAÇÃO TEMÁTICA E METODOLOGIA**

Este foi um tema que desde cedo despertou a nossa curiosidade por parecer, à primeira vista, uma solução com um grau de viabilidade considerável e com um passado bem-sucedido, mas sem a correspondência devida no panorama lusófono, especialmente no âmbito do combate à pobreza.

O Microcrédito teve a sua época embrionária em 1976 com Yunus, no Bangladesh. Surgiu, inicialmente, como resposta à pobreza nos países subdesenvolvidos que, embora tivessem uma grande percentagem da população capaz de gerar o seu próprio emprego e envolvida em microemprendimentos, continuavam a viver em condições de pobreza extrema, porque os mais pobres não

tenham acesso ao crédito nem a outros produtos financeiros que lhes permitissem alavancar a sua atividade e expandir o seu negócio<sup>1</sup>.

Muhammad Yunus era, na época, professor universitário no Bangladesh e, apercebendo-se da necessidade da população em ter acesso ao crédito, decidiu emprestar 27 dólares a 42 mulheres. Estas mulheres não conseguiam sair da situação de pobreza em que se encontravam por serem reféns dos empréstimos de agiotas. Então, Yunus decidiu ajudar aquelas pessoas que se encontravam excluídas do mercado de crédito tradicional. Esta relação assentava sobretudo na confiança, não lhes sendo exigida qualquer garantia para assegurar o cumprimento das obrigações. O resultado foi muito positivo e a percentagem de cumprimento situou-se perto dos 100%. Percebeu-se que aquelas pessoas que estavam excluídas do sistema bancário comum não ofereciam um risco maior que as outras.

Propusemo-nos, então, a compreender o motivo pelo qual o microcrédito não tem o mesmo sucesso em todos os países. A explicação é relativamente simples: se mudam os problemas, mudam as soluções. A pobreza do Bangladesh de 1970 não é igual à pobreza de Portugal pós crise de 2009, por exemplo. Então, a forma como se deve combater essa pobreza deve também sofrer alterações e ser adaptada da melhor forma possível e ainda assim a sua probabilidade de ser sucesso pode ser consideravelmente mais baixa.

No nosso estudo cingir-nos-emos a analisar os sistemas de microcrédito e, embora sejam feitas referências pontuais às microfinanças, não será este o escopo da nossa análise.

Por outro lado, delimitamos em termos geográficos a nossa análise a alguns países da lusofonia: Portugal, Brasil, Moçambique e Angola. A sua escolha deveu-se ao facto de serem os quatro maiores países da lusofonia.

Aquilo a que nos propomos fazer é apenas uma análise dos sistemas de microcrédito de cada um dos países em questão e identificar as principais falhas, assim como apresentar algumas soluções possíveis.

No nosso estudo iremos analisar a forma como o microcrédito foi transposto para a realidade lusófona. Através da contextualização económica tentamos perceber não só o atual funcionamento dos sistemas de microcrédito mas também eventuais melhorias e inovações que possam ser introduzidas. A informação recolhida vem sobretudo da internet e por isso foi redobrado o cuidado na seleção da mesma.

---

1 V. Soares & Sobrinho, 2008.

Os bancos centrais dos países lusófonos disponibilizam nos seus *sites* o enquadramento legislativo e, em alguns casos, as medidas de incentivo ao microcrédito. Aqui a informação encontra-se normalmente processada e trabalhada em demasia, o que nem sempre nos permite entrever a filosofia e a motivação subjacente à mesma. Por isso, procurámos tanto quanto possível diversificar as nossas fontes, recorrendo a teses universitárias e aos artigos publicados nesta área.

## 2. OS AGENTES

### 2.1. A procura

O primeiro capítulo do nosso trabalho é dedicado aos agentes envolvidos nos sistemas e no mercado do Microcrédito. A grande inovação de Yunus e da sua ideia de microcrédito face ao que acontecia nos sistemas capitalistas comuns é a atribuição de crédito ao trabalho e não ao capital. Isto é, a política do *Grameen Bank* foi conceder crédito aos que tinham a mão-de-obra e aos projetos – àqueles que, por não conseguirem o capital necessário ao crédito, ficavam reféns daqueles que o tinham. Assim, os detentores do capital sugavam-lhes a capacidade produtiva, com a imposição de taxas de juros diárias que não lhes permitiam auferir rendimentos suficientes para transporem o limiar da pobreza em que se encontravam<sup>2</sup>. A filosofia de *Yunus* assentava na ideia de que as pessoas são pobres porque não são financeiramente autónomas e não por preguiça ou falta de inteligência. Apoiado nisto, defendeu o direito ao crédito como um direito que deve ser reconhecido a qualquer pessoa.

Ao contrário do que aconteceu no Bangladesh de 1970, na lusofonia o microcrédito não tem como principais destinatários apenas aqueles que se encontram excluídos do sistema bancário comum. O público-alvo deste microcrédito moderno são aqueles que se encontram numa situação social de difícil acesso ao crédito. Ou seja, em regra, há uma população ainda mais pobre que continua excluída do acesso ao crédito e à qual nem o microcrédito chega e possivelmente nunca chegará. O combate a este tipo de pobreza passará por outras vias. Há inclusive casos, como Portugal, em que não é concedido microcrédito a pessoas que tenham incidentes bancários ativos registados no Banco de Portugal<sup>3</sup>. Este facto permite desde logo identificar uma distinção entre os

---

2 Costa, 2010: 3.

3 Esta informação está disponível no site da ANDC, em <http://www.microcredito.com.pt>.

agentes do microcrédito tal como foi idealizado por Yunus e aqueloutro que existe hoje na lusofonia.

Ora, analisando os sistemas dos países escolhidos para o nosso estudo, destrinchamos desde logo uma outra diferença em relação ao sistema inicialmente pensado por Yunus. Hoje, o microcrédito destina-se também a pessoas coletivas<sup>4</sup>: na nossa opinião, uma forçosa adaptação do conceito à realidade atual. No Bangladesh de 1970 não se concebia a ideia de existirem pessoas coletivas que necessitassem tanto de crédito como aquelas que existem hoje, sobretudo em Portugal e no Brasil. Cremos que isto se deve ao facto de o desenvolvimento das economias estar intimamente ligado com o aumento da regulação dos vários sectores e conseqüente criação de barreiras à entrada no mercado, o que implica, por via de regra, custos elevados para aqueles que começam a sua atividade. Também se deve à própria evolução do tecido económico à medida que o desenvolvimento económico cresce, incluindo o crescendo da institucionalização e formalização das economias (com os custos inerentes, designadamente de transação e de busca de informação). Desta forma, o microcrédito funciona como força de arranque para os novos projetos, ainda que desenvolvidos por pessoas coletivas e que de outra forma não passariam disso: projetos.

O facto de haver crédito de baixo valor concedido pelas instituições bancárias poderia levar-nos a concluir que o microcrédito se destina a todos, com exceção daqueles que pela sua situação de grave carência económica se encontram totalmente excluídos do sistema de crédito. Mas não é assim. O simples crédito de baixo valor não é, para efeitos deste trabalho, qualificável como microcrédito. Entendemos que microcréditos são apenas os créditos de baixo valor destinados a desenvolver as fontes produtoras de uma camada da população que tem dificuldades em encontrar financiamento com recurso ao sistema bancário comum.

O público a que se destina o microcrédito valoriza mais o acesso a esse instrumento financeiro do que o custo que lhe está associado: os juros. Todavia, resulta evidente da relação que se estabelece que estes não devem ser incompatíveis para a manutenção da sua fonte produtora. São igualmente capazes de suportar, em regra, taxas de juro superiores.

---

4 Cf. artigo 2.º do Aviso 07/2011, de 15 de julho do Banco Nacional de Angola. Artigo 1.º do Decreto n.º 57/2004, de 17 de outubro (Moçambique). Artigo 1.º, p. 1, da Lei n.º 11.110, de 25 de abril de 2005, do Brasil.



Em Portugal, o microcrédito atribuído com a intervenção da Associação Nacional de Direito ao Crédito destina-se à população excluída do mercado de crédito comum e com projetos empreendedores<sup>5</sup>. Por outro lado, as Sociedades Financeiras de Microcrédito, com escopo comercial, e que se encontram previstas no Decreto-Lei n.º 12/2010, de 19 de fevereiro, concedem crédito a mutuários cujo perfil de risco lhes dificulte o acesso ao mercado de crédito tradicional – Portaria n.º 1315/2010, artigo 1.º, n.º 1. Em muitos casos, o público-alvo quer numas, quer noutras, coincide, embora acreditemos que as Sociedades Financeiras de Microcrédito consigam alcançar um maior número de destinatários.

No Brasil, existem vários programas direcionados para o microcrédito, alguns deles regionais, outros com um âmbito de aplicação nacional, como o Plano Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado, que se destina a conceder crédito para o atendimento das necessidades financeiras de pessoas físicas e jurídicas empreendedoras de atividades produtivas de pequeno porte, utilizando metodologia baseada no relacionamento direto com os empreendedores no local onde é executada a atividade económica – Lei 11.110, de 25 de abril de 2005.

Em Angola, o microcrédito iniciou o seu percurso em 1999 com o Programa Nacional de Microcrédito, resultante da coordenação entre o Ministério da Família e Promoção da Mulher e o Banco Nacional de Angola e destinava-se inicialmente às famílias vítimas da guerra. Atualmente, com a consagração legal das Sociedades Financeiras de Microcrédito, destina-se ao público em geral, existindo distinção entre o crédito ao investimento e ao consumo, nos termos do artigo 2.º do Aviso 57/2011, do Banco Nacional de Angola.

Em Moçambique, a conjuntura do microcrédito é semelhante à angolana. Ou seja, destina-se a um público relativamente mais amplo que o normal do microcrédito<sup>6</sup>, tal como concebido por Yunus, e é concedido por qualquer operador de microcrédito. Reveste uma natureza sobretudo privada e por isso há uma camada da população mais pobre que se encontra excluída, pelo risco que apresenta.

O microcrédito, como foi inicialmente concebido, destinava-se ao sector mais pobre da população, àqueles que, embora tivessem força produtora e

---

5 Informação disponível no site da ANDC – [www.microcredito.pt](http://www.microcredito.pt).

6 Veja-se a definição de crédito para efeitos do regulamento das microfinanças – artigo 1.º, n.º 4, Regulamento das Microfinanças.

empreendedorismo, se encontravam reféns de um sistema bancário paralelo, formado por agiotas.

Hoje, em regra, esse sector não possui aquela outra capacidade produtiva, sobretudo nas áreas de maior desenvolvimento económico. Por vezes, assistimos àquilo a que comumente se chama de subsidiopendência. Isto é, aquelas pessoas que se assemelham aos destinatários iniciais do microcrédito no Bangladesh da década de 70 têm, agora, uma outra fonte de rendimento. No entanto, nas zonas economicamente pouco desenvolvidas ainda se entrevê uma camada social que, embora viva em condições precárias e com um nível de pobreza significativo, ainda reúne as características daqueles para quem foi idealizado o microcrédito, porque necessitam do seu empreendedorismo para sobreviver.

Exemplos de áreas que se enquadram nesta moldura seriam, por exemplo, as zonas rurais dos países africanos e as regiões isoladas do Brasil ou de Portugal. Daqui surge uma nova condicionante para o sucesso do microcrédito: o estado de desenvolvimento e proteção do Estado Social. Percebe-se que há uma relação inversamente proporcional entre a capacidade que um Estado tem de responder às necessidades da sua população mais desfavorecida e a predisposição que essa mesma população tem para gerar a sua própria fonte de rendimento.

Admitimos, por isso, que os destinatários do microcrédito devem ser aqueles que não conseguem assegurar a sua fonte produtora, mas cujas dificuldades assentam sobretudo na falta de capital. Ou seja, destina-se àqueles que, sendo pobres demonstram capacidade, ainda que potencial, para gerar o seu próprio rendimento. Da mesma forma, destina-se a pessoas coletivas que precisam de capital para iniciarem a sua atividade ou para investirem uma atividade já iniciada com o intuito de expandir o seu negócio.

## **2.2. A oferta**

Em Portugal, foram criadas, pelo Decreto-Lei n.º 12/2010, as Sociedades Financeiras de Microcrédito. As sociedades financeiras de microcrédito têm por objeto a concessão de crédito de montantes reduzidos a particulares e a empresas que pretendam desenvolver uma determinada atividade económica, bem como o aconselhamento dos mutuários e o acompanhamento dos projetos financiados. As sociedades financeiras de microcrédito devem ser constituídas com um capital social mínimo de 1 milhão de euros e podem conceder microcréditos até ao valor máximo de 25.000 euros por

mutuário.<sup>7</sup> Nos termos do artigo 8.º do RGIC, não estão habilitadas a receber depósitos. Por isso, à partida, os seus fundos serão captados junto de outras instituições financeiras, funcionando como intermediários especializados no sector do microcrédito. Até hoje não há notícia de que tenha sido criada qualquer Sociedade Financeira de Microcrédito em Portugal.

Foi ainda criado em 2010 o Programa Nacional de Microcrédito, no âmbito do PADES (Programa de Apoio ao Desenvolvimento da Economia Social). Foram disponibilizados € 15.000.000 destinados a fomentar a criação de emprego e o empreendedorismo entre as populações com maiores dificuldades de acesso ao mercado de trabalho, promovendo o desenvolvimento de atividades por conta própria. Para tal, podem ser concedidos empréstimos de baixo valor, até € 25.000, para aquelas pessoas que não o conseguem junto de instituições financeiras<sup>8</sup>.

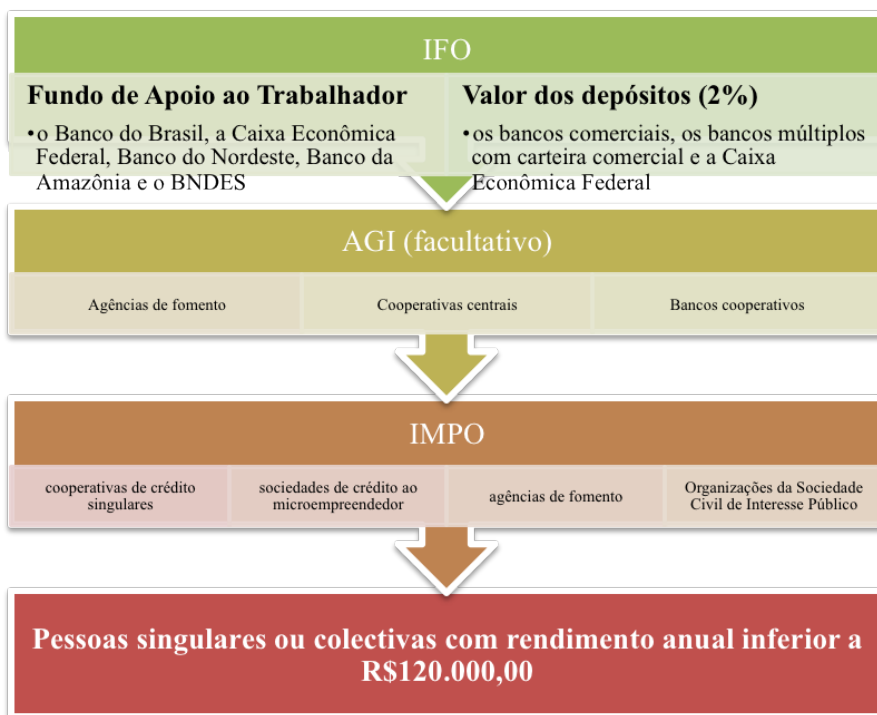
No Brasil, o microcrédito, previsto no Plano Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado, assume a estrutura piramidal, sendo concedido por Instituições de Microcrédito Produtivo Orientado, que podem revestir a forma de Cooperativas Singulares, Sociedades de Crédito ao Microempreendedor, Agências de Fomento e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Por sua vez, estas entidades podem captar recursos junto das Instituições Financeiras Operadoras: o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal, o Banco do Nordeste, o Banco da Amazônia, o Banco Nacional de Desenvolvimento Social – BNDES; os bancos comerciais; os bancos múltiplos com carteira comercial; e a Caixa Econômica Federal. Pode, entre uns e outros existir um Agente Intermediário, que revestem a forma de Agências de Fomento, Cooperativas Centrais ou Bancos Cooperativos.

Para uma perspetiva mais clara do sistema de microcrédito associado ao PNMPO apresentamos o esquema abaixo.

---

7 Disponível em: <http://cliente.bancario.bportugal.pt/pt-PT/Instituicoes/Sociedadesfinanceiras/Paginas/defaultb.aspx>

8 Resolução do Conselho de Ministros n.º 16/2010, de 4 de março.



Em Angola, podemos apontar como ponto de partida para o microcrédito a implementação do Programa Nacional de Microcrédito, em 1999. O seu impulso inicial assentou sobretudo em financiamento público. Em 2001, surge o Banco SOL, a primeira instituição bancária dirigida para o sector do microcrédito. Com vista à expansão deste sector, foi criado em 2004 o Núcleo de microfinanças do Banco Nacional de Angola, para regular e supervisionar esta área. No ano seguinte, em 2005, o governo angolano disponibilizou 10 milhões de dólares americanos para as instituições bancárias expandirem o microcrédito pelo país. Mais recentemente, assistimos à consagração legal das sociedades financeiras de microcrédito, pelo Aviso 8/2012 do Banco Nacional de Angola.

Neste diploma, definiu-se microcrédito como “o empréstimo concedido a um pequeno empreendedor, pessoa singular ou coletiva, numa base de responsabilidade solidária ou individual, cujo montante não deve exceder a Kz 1.000.000,00, por cliente ou grupo solidário”. A constituição deste tipo de entidade está dependente de autorização do Governador do Banco Nacional

da Angola e deve ter um capital mínimo de Kz 2.500.000,00, nos termos do artigo 3.º, do Aviso do BNA *supra* referido, o que, tendo em conta o valor máximo dos empréstimos a conceder, nos parece insuficiente. Devem submeter trimestralmente o balancete financeiro ao Banco Nacional de Angola e anualmente deve ser realizada uma auditoria externa por um auditor independente. Optou-se por não estipular um limite à taxa de juro praticada pelas Sociedades Financeiras de Microcrédito e por não limitar a concessão do microcrédito a projetos de empreendedorismo, o que pode desvirtuar a sua componente social de combate à pobreza.

Em Moçambique, encontramos a legislação menos restritiva de todas as que analisamos<sup>9</sup>. Aqui, podem ser operadores de microcrédito pessoas singulares ou coletivas, com exceção das sociedades comerciais, isto é, enquanto pessoas coletivas, apenas podem ser operadores de microcrédito as associações e fundações. Segundo a informação apurada, estes operadores não estão aptos a conceder crédito ao público<sup>10</sup>. Para tal, é necessário que se inscrevam se junto do Banco de Moçambique. Em regra, estes operadores só estão sujeitos a monitorização, prática definida como “mero acompanhamento da prestação de serviços financeiros por operadores de microfinanças que não sejam instituições de crédito nem sociedades financeiras, focalizado na receção de informação de carácter geral e periodicidade recomendada normalmente dilatada sobre os serviços financeiros por eles prestados, nomeadamente para fins estatísticos, tendo em vista o seguimento da atividade financeira por eles desenvolvida”<sup>11</sup>. Ora, assistimos a um mercado concorrencial de microcrédito, que não é somente destinado ao investimento, e assiste-se por vezes a taxas de juro acima dos 60%, segundo uma notícia publicada no jornal Expresso em 2012 com o título “Moçambique: Denunciadas “taxas de agiotagem” no microcrédito”. Isto, para além de descaracterizar a função social do microcrédito, torna estes operadores numa figura semelhante aos agiotas do Bangladesh, fazendo com que a população-alvo do microcrédito fique refém dos empréstimos concedidos<sup>12</sup>.

---

9 Regulamento das microfinanças, artigo 1.º, n.º 4, m).

10 Banco de Moçambique, 2005: 6.

11 Banco de Moçambique, 2005: 3.

12 V. Notícia da Comunicação Social moçambicana. Disponível em: [http://www.rm.co.mz/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4618:ha-instituicoes-de-microcredito-que-agem-como-agiotas-e-aplicam-juros-obscenos-mohamad-rafi&catid=100:economia&Itemid=367](http://www.rm.co.mz/index.php?option=com_content&view=article&id=4618:ha-instituicoes-de-microcredito-que-agem-como-agiotas-e-aplicam-juros-obscenos-mohamad-rafi&catid=100:economia&Itemid=367).

Em síntese, o microcrédito é, de um modo geral, reconhecido como uma forma de financiamento eficaz para a criação de emprego e a inclusão social, possibilitando o desenvolvimento das economias menos avançadas e uma atenuação dos efeitos da crise financeira que ainda se fazem sentir nos países Europeus. Existe, consoante a realidade económica e o tipo de microcrédito que se concede, um leque bastante amplo de operadores a disponibilizar microcrédito. Categorizando, podemos identificar alguns grandes grupos como (i) bancos comerciais e de poupança, (ii) cooperativas, (iii) instituições de microfinanciamento, (iv) instituições financeiras não bancárias, (v) cooperativas de crédito, (vi) fundações e outros tipos de organização sem fins lucrativos<sup>13</sup>. Para além desta distinção entre a categoria a que pertencem os fornecedores, podem ser feitas outras, nomeadamente entre instituições que são obrigadas a ter uma licença para efetuar atividades bancárias, as que são apenas sujeitas a registo junto de uma autoridade de supervisão bancária e as que apenas devem estar registadas como entidade jurídica; entre aquelas que têm um fim altruísta e não lucrativo e aquelas que têm o lucro como finalidade; ou entre instituições privadas e públicas; ou, por último, entre os mutuantes que têm o microcrédito como principal atividade e os que o fazem acessoriamente.

O público-alvo também pode ajudar a definir o mutuante, já que a experiência nos diz que os agregados familiares pobres são, normalmente, financiados por instituições não bancárias, enquanto as empresas de menor porte são financiadas por instituições bancárias.

Toda esta diversidade é acentuada pelas assimetrias económicas e sociais dos vários países em análise e portanto não podemos arriscar-nos a fazer uma definição geral dos operadores que concedem microcrédito sob pena de ser de tal forma abrangente que a definição perdesse a sua utilidade.

### **2.3. Os recursos disponíveis**

Os bancos orientados para o microcrédito, na sua génese, procuram permitir que os destinatários consigam criar ou manter a sua fonte produtora e não promover o crescimento do emprego em geral. Ou seja, através do acesso ao crédito pretende-se que as pessoas consigam gerar o seu próprio rendimento e, secundariamente, associado ao crescimento dos projetos, promover a criação de novos postos de trabalho.

---

<sup>13</sup> Comissão Europeia, 2012: 5.

Quanto às Organizações Não Governamentais, mostram-se uma importante ajuda e é de louvar o esforço daqueles que colocam o seu bem mais precioso, o tempo, ao serviço de uma causa tão nobre como o combate à pobreza. De qualquer forma, a sua atuação tem impacto sobretudo a nível local; nas cidades maiores o impacto pode cingir-se a bairros. O combate à pobreza deve ser feito, também, a uma escala maior.

Deixamos a sugestão, inclusivamente, de que com a evolução do microcrédito seja concedida a possibilidade de estas organizações se transformarem em verdadeiras instituições financeiras de microcrédito. Em primeiro lugar, pelo êxito que lhes está normalmente subjacente, depois por estarem perfeitamente integradas no âmbito deste sector e pela perceção que têm da realidade e das necessidades do público a que se destina este tipo de intervenção.

Onde as ONGs não conseguem chegar, devido à escassez de recursos, deve surgir a intervenção do Estado, apoiado pelas entidades bancárias comuns.

Inicialmente, pensou-se que o microcrédito fosse assegurado pelo sector privado, por se mostrar um mercado com uma taxa elevada de cumprimento por parte dos mutuários e que poderia estar associado a uma margem de lucro considerável. No entanto, não foi isso que se verificou. As entidades bancárias controladas pelo sector privado sempre se mostraram pouco recetivas a este mercado, pelos custos que lhe estão associados<sup>14</sup> e pelo valor diminuto envolvido em cada uma das operações. Avaliar o grau de viabilidade de um projeto potencialmente visado pelo microcrédito é muito mais dispendioso do que avaliar se um cliente pode ou não ter acesso ao crédito destinado ao consumo com base nos rendimentos que auferir ou no património que detém, tornando este último um mercado muito mais apetecível às instituições bancárias comuns, mas que só indiretamente contribui para o desenvolvimento económico.

### 3. MICROCRÉDITO: ATÉ QUANDO E ATÉ QUANTO

#### 3.1. Os valores ajustados à realidade

A lusofonia compreende ambientes económicos muito distintos e portanto, para além da necessária adequação dos valores aos projetos a que se destinam, há também que ajustar o microcrédito à realidade dos países. Assim, pelas legislações em vigor, podemos dizer que o microcrédito varia entre as poucas

---

<sup>14</sup> A título de exemplo, veja-se a dificuldade de ter informação fíavel sobre o beneficiário, até porque este se poderá mover no âmbito da economia informal, ou custos ligados a analfabetismo/iliteracia, até financeira.

centenas de euros e os € 25.000<sup>15</sup> (valor máximo que pode ser concedido pelas Instituições Financeiras de Microcrédito, em Portugal). Este é também o valor até ao qual as instâncias da União Europeia consideram que se pode falar de microcrédito<sup>16</sup>.

Salvo melhor opinião, os valores permitem suportar as despesas normais de início de atividade e são ajustados a pequenos investimentos, com vista ao crescimento de algumas empresas. Acima disso, cremos que já haverá um mercado de crédito comum, disposto a financiar e assumir os riscos relativos ao cumprimento das obrigações assumidas pelos mutuários.

Quanto à natureza dos recursos, os empréstimos concedidos provêm, regra geral, de fundos privados. No entanto, ocorre frequentemente o apoio público à manutenção das entidades que concedem microcrédito, como a ANDC em Portugal. Desta forma, apoia-se, em parte, aqueles que, querendo ou não, prosseguem uma finalidade pública: o combate à pobreza. Este apoio contribui igualmente para tornar, também, mais atrativa a entrada neste mercado e permite um nível de taxas de juro inferior.

### **3.2. O acompanhamento dos projetos: um custo (in)suportável**

A diminuição do risco associado ao microcrédito pode ser feita de várias formas, sendo uma delas o acompanhamento dos projetos. Este acompanhamento é normalmente dispendioso, porque implica uma análise preliminar de todo o projeto antes da concessão do crédito e, depois, um acompanhamento permanente do negócio. A isto acrescem eventuais ações de formação aos mutuários para que consigam por si só assegurar a continuação do investimento. A isto acresce igualmente um potencial enorme de seleção adversa, uma vez que este fator é refletido nas taxas de juros praticadas e afasta potenciais agentes com maior aversão ao risco.

Este custo pode tornar pouco atrativa o sector do microcrédito, sobretudo quando perante economias complexas e num clima de crise, como foi o caso recente de Portugal. Aqui, acreditamos que o risco de insucesso é consideravelmente mais elevado<sup>17</sup>. Ora, esta assimetria entre o clima económico do Bangladesh, onde o microcrédito se expandiu e alcançou um sucesso e que

---

15 Angola: 1 milhão de kwanzas, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, do Aviso do BNA. Brasil: 15.000 reais, nos termos do artigo 3.º, n.º II, Resolução 004000 do BCB.

16 Comissão Europeia, 2012: 4.

17 Refira-se, por exemplo, os baixos níveis de consumo e a diminuição da concessão de crédito.



fez com que muitos o vissem como um veículo apto ao combate à pobreza de forma eficaz, pode justificar que, hoje em dia, ainda não haja notícia de uma sociedade financeira de microcrédito em Portugal.

Resulta evidente que há ambientes económicos menos propícios à expansão do microcrédito e que o custo/risco que lhe está associado deve ser compensado com taxas de juros mais elevadas, as quais são, à partida, suportáveis pelos destinatários. Numa economia desenvolvida, o acompanhamento deve ser mais qualificado e contínuo, o que aumenta o seu custo, e, durante um período de crise, a capacidade de o público-alvo conseguir suportar taxas de juros altas é mais reduzida. A existência destas adversidades pode inviabilizar o microcrédito por falta de agentes no lado da oferta.

Aqui, surge a intervenção do Estado e das ONG, com apoios no acompanhamento dos projetos ou com a disponibilização de fundos destinados ao microcrédito, assumindo parte do risco desta atividade. No Brasil, por exemplo, há uma verba dos depósitos exclusivamente destinada ao microcrédito que se não for canalizada para este efeito deverá ficar imobilizada<sup>18</sup>. Isto faz com que os bancos procurem retirar algum lucro daqueles montantes e optem por se dedicar à atividade ainda que de forma acessória.

Concluimos, então, que o custo de acompanhamento associado ao microcrédito é um elemento que não deve ser desconsiderado e pode representar um entrave à sua viabilidade económica, podendo ser subsidiado por apoios dos públicos, quando se mostre necessário.

### **3.3. Microcrédito: a solução ou mais um problema?**

O principal objetivo de incluir este tópico no nosso trabalho está relacionado com a análise do sistema de microcrédito moçambicano<sup>19</sup>. Quando estamos perante um ambiente económico pouco desenvolvido, ou pelo menos com assimetrias acentuadas entre grandes cidades e zonas rurais, onde a taxa de bancarização é diminuta, assim como a literacia financeira, é mais fácil que aqueles que têm o capital consigam impor as suas regras e tornar os destinatários do microcrédito reféns dos empréstimos, à semelhança do que acontecia no Bangladesh da década de 70, antes de Yunus.

---

18 Artigo 1.º da Resolução 004000 do Banco Central do Brasil.

19 A referência deve-se sobretudo às taxas de juro praticadas e às informações veiculadas na comunicação social.

Ou seja, a existência de uma regulação demasiado permissiva, permitindo por exemplo que pessoas singulares atuem no mercado do microcrédito, que deixa na mão invisível do mercado o poder de estipular as taxas de juro, pode significar que, tirando vantagem de um problema de assimetria informativa do destinatário, os operadores consigam impor uma taxa de juro muito mais elevada<sup>20</sup>.

#### 4. A REGULAÇÃO DE UM MICROCRÉDITO SUSTENTÁVEL

Acreditamos que a resposta para um microcrédito sustentável passa pela regulação. Na nossa opinião, a escassez dos recursos e os valores necessários para satisfazer todos os potenciais destinatários do microcrédito fazem com que seja imprescindível alocar esses recursos da forma mais eficiente possível, tendo em vista a diminuição do risco de incumprimento das obrigações associadas à atribuição do crédito e possibilitar um acesso generalizado à população mais carenciada. Cumprido isto, podemos estar perante o cenário idealizado por Yunus, concebendo o crédito como um direito, que deve ser reconhecido a qualquer pessoa.

Do que ficou exposto ao longo do nosso estudo, podemos concluir que a regulação deve incidir sobre três grandes temas:

- a) Incentivos à concessão do microcrédito;
- b) Operadores/Instituições Financeiras de Microcrédito; e
- c) Destinatários potenciais/literacia financeira e proteção do consumidor

As autoridades devem entender as especificidades do microcrédito, da população a que se destina e dos produtos e serviços que são colocados à disposição. Surgem, muitas vezes, falhas relacionadas com a falta de coordenação entre autoridades reguladoras e as instituições que prestam serviços na área do microcrédito<sup>21</sup>.

De qualquer forma, os custos associados à regulação devem ser proporcionais aos riscos envolvidos. Ou seja, não deve a regulação tornar ineficiente o sistema do microcrédito através de uma estrutura regulatória demasiado pesada para aquilo que se pretende regular. É importante notar que a expansão do microcrédito para os sistemas de microfinanças, alargando o leque de produtos

---

20 Este problema resultante da assimetria informativa é semelhante ao que existe nos seguros. Cf. Araújo, 2014.

21 CGAP, 2012: 8.

e serviços financeiros disponibilizados, implica um aumento do grau de regulação e supervisão associado a este sector. Por isso, deve ficar claramente delimitado o perímetro de atuação, nomeadamente os produtos que comercializam, destas instituições.

Outro dos aspetos a ter em conta na legislação do microcrédito é a definição dos conceitos. Estes devem ser o mais ajustados e próximos possível à realidade económico-social de cada país, sendo desaconselhável a, cada vez mais comum, importação legislativa. Num âmbito mais amplo, podemos enquadrar esta recomendação na definição dos objetivos que o microcrédito visa alcançar no contexto em que foi inserido. Por exemplo, não se vislumbram motivos para sujeitar a supervisão e a normas prudenciais as instituições que somente concedem crédito e que não estão autorizadas a captar depósitos junto do público. Ainda no que respeita aos objetivos do microcrédito, devem os Estados, quando adotam uma postura interventiva, definir que tipo de incentivos pretendem estabelecer para as instituições de microcrédito<sup>22</sup>.

A tendência é que as instituições financeiras que se dedicam exclusivamente ao microcrédito não estejam autorizadas a captar depósitos junto do público. Isto deve-se sobretudo ao facto de se pretender que estas entidades atuem com base em estruturas pouco complexas e que não envolvam um risco significativo. Assim, acreditamos que a captação de depósitos será uma etapa que exige uma maturidade do sistema de microcrédito capaz de comportar esse tipo de risco e de dar uma resposta satisfatória a nível de supervisão e regulação<sup>23</sup>.

No que diz respeito à regulação prudencial e às exigências de capital mínimo, cumpre referir que o capital mínimo deve ser suficiente para assegurar a manutenção das infraestruturas e o início da atividade até que esta atinja um nível de viabilidade considerável e aqui, mais uma vez, não é possível estabelecer uma regra comum a todos os países. Caso seja permitida a captação de depósitos, o capital social deverá ser consideravelmente majorado, para que não sobrecarregue a atividade de supervisão e para que transmita alguma segurança ao mercado. Em ambos os casos, salvo melhor opinião, deve a fixação do capital mínimo ser feita pela entidade reguladora do sector, já que o legislador ordinário pode não ter a sensibilidade necessária para aferir este valor e a lei é tendencialmente caracterizada por uma certa rigidez e imutabi-

---

22 CGAP, 2012: 11.

23 CGAP, 2012: 14.

lidade que não é recomendável, sobretudo numa fase inicial dos sistemas de microcrédito<sup>24</sup>.

A regulação prudencial deverá ser o mais clara possível, na medida em que deve definir com exatidão quais são as atividades e serviços que devem estar sujeitos a este tipo de normas. Há inclusivamente opiniões que sustentam que as normas relativas à capitalização das sociedades deveriam ser mais rigorosas para as instituições financeiras de microcrédito do que para os próprios bancos comuns<sup>25</sup>. A regulação deve ter em consideração que os empréstimos estão garantidos por garantias diferentes das convencionais e que, teoricamente, apresentam um risco maior em caso de incumprimento.

Quando é autorizada a captação de depósitos, é recomendado que, tal como acontece nos bancos comuns, exista um órgão de fiscalização independente do órgão de gestão e que ambos sejam compostos por pessoas qualificadas e com experiência na área financeira e bancária.

Outro tipo de operações como aquelas que são realizadas em moeda estrangeira está dependente da capacidade das instituições de avaliar os riscos envolvidos, por exemplo com as variações cambiais<sup>26</sup>.

Da mesma forma, a possibilidade de serem criadas sucursais deve ser analisada no contexto do mercado em que estão inseridas e, a existir essa permissão, deverá ser devidamente regulamentada, sabendo de antemão que as instituições financeiras de microcrédito não conseguem, normalmente, preencher todos os requisitos exigidos às instituições bancárias comuns.

Faz sentido que seja permitido aos bancos normais atuar no microcrédito, mas o que a experiência nos diz é que quando os incentivos não são consideravelmente vantajosos, não é um mercado aliciente para o sistema bancário tradicional. Pensamos que a sua atuação poderia ser positiva no combate à pobreza se funcionassem como fonte de financiamento das instituições financeiras de microcrédito. Assim, embora não intervissem diretamente, afetavam parte do seu capital a esta atividade, deixando a gestão dessa verba a cargo das instituições especializadas e mais próximas do cliente-alvo do microcrédito. Por exemplo, no Brasil, como já dissemos, existe a obrigação de uma percentagem dos depósitos ser afeta ao microcrédito orientado para a produção.

---

24 CGAP, 2012: 22.

25 CGAP, 2012: 23-25.

26 CGAP, 2012: 29.

Quanto às ONGs, atualmente existe um número considerável de organizações desta natureza a operar no mercado do microcrédito. Por isso, faz todo o sentido que lhes seja concedida a possibilidade de se transformarem em instituições financeiras de microcrédito se essa for a forma legal mais eficiente. Ou seja, devemos partir do pressuposto que as ONGs que concedem microcréditos foram criadas para colmatar uma lacuna: a falta de instituições com este intuito, especificamente. Portanto, seria injusto que não lhes fosse permitida esta transição<sup>27</sup>.

Como tivemos oportunidade de dizer anteriormente, a avaliação do risco no sistema de microcrédito requer uma sensibilidade diferente da que é exigida no sistema bancário comum. Na maioria dos casos, pensamos não ser necessária a criação de uma entidade supervisora especializada, bastando uma adaptação do organismo responsável pela supervisão dos bancos comuns. Consideramos que a autorregulação, no entanto, se mostra uma aposta com uma baixa probabilidade de sucesso, nesta área<sup>28</sup>.

As grandes cooperativas que atuam na área do microcrédito devem ser submetidas a supervisão prudencial por se assemelharem a verdadeiras instituições financeiras, enquadrando-se na *ratio* do sistema de supervisão de que falamos.

Por último, devemos alertar para o rigor e transparência que devem acompanhar todo este processo de regulação e supervisão, já que a regulação e supervisão deficiente pode ser pior do que a sua inexistência. Isto, porque no primeiro caso pode gerar-se uma expectativa de proteção e confiança por parte dos clientes que não está minimamente, assegurada.

Ao nível da concessão de microcrédito, pensamos que este deve ser um sistema tendencialmente aberto, embora regulado. Assim, acreditamos que o maior grau de eficiência no combate à pobreza poderá ser alcançado se a permissão para concessão de microcrédito não for apenas reconhecida às instituições financeiras de microcrédito, mas também às ONGs e a sociedades comerciais que também contemplem esse fim, sujeitas, em princípio a uma licença/autorização de atuação como operadores.

No que diz respeito à prestação de informação, esta deve ser exigida a todos aqueles que concedem empréstimos orientados para o microcrédito, devendo haver requisitos qualificados para os que também possam captar depósitos junto

---

27 CGAP, 2012: 37.

28 CGAP, 2012: 44 e 45.

do público. A frequência e o nível de informação exigido devem ser adaptados a cada tipo de instituição e à realidade de cada país.

Quanto à possibilidade de uma pessoa singular conceder microcrédito, como acontece em Moçambique, acreditamos que possa ser demasiado permissivo e que exija um nível de supervisão agravado. Por outro lado, no que diz respeito aos destinatários do microcrédito, consideramos que a regulação deve ir no sentido de alargar o público e alvo e não de o restringir, pelo que tanto as pessoas singulares quanto as coletivas deve poder recorrer ao Microcrédito.

O sistema de microcrédito, pelo seu público-alvo, salienta a importância da matéria da proteção do consumidor<sup>29</sup>. O ideal, aqui, seria que todas as instituições a atuar nesta área pudessem respeitar as mesmas normas. Como nos mostra a experiência e toda a filosofia subjacente ao microcrédito, os destinatários são normalmente pessoas com baixo nível de instrução, pelo que se aconselha a que a prestação de informação seja o mais clara e exaustiva possível.

Complementarmente, podem ser previstas sanções para práticas abusivas tanto na captação de depósitos como nos empréstimos assentes em informação trabalhada para tirar partido da falta de instrução dos destinatários. Devem também ser previstos limites para a cobrança dos créditos concedidos ao abrigo do sistema de microcrédito, procurando, para além de proteger quem contrai o crédito, aumentar o grau de diligência e a responsabilidade da avaliação de quem o concede.

Quanto às taxas de juro, é uma matéria também bastante sensível e que pode inviabilizar todo o sistema de microcrédito como explicámos anteriormente. Caso se opte por estipular um limite máximo, para evitar a prática da agiotagem, isso pode significar que as zonas mais isoladas se tornem inviáveis para uma instituição financeira comum, já que o rendimento (juros) pode não ser economicamente suficiente para cobrir os custos da estrutura. Teríamos então a regulação a excluir uma relação de mercado que aconteceria inevitavelmente num mercado desregulado, gerando uma perda de bem-estar.

Por outro lado, deixar que o mercado estipule por si mesmo o valor dos juros a praticar por cada instituição pode levar a que o microcrédito se torne num problema semelhante àquele que visava solucionar, transformando os seus clientes reféns daquele empréstimo e sem condições de sair do estado de pobreza em que se encontravam quando recorreram ao microcrédito. Este risco é substancialmente mais elevado em países menos desenvolvidos, como

---

29 CGAP, 2012: 52 e ss.

Moçambique e Angola, e onde o capital se encontra heterogeneamente distribuído, o que permite uma concertação no nível dos juros praticados. Assim, conclui-se que quanto mais desenvolvido for o país, menor é a necessidade de regular o valor dos juros.

## 5. CONCLUSÃO

Por muito redutor que isto possa parecer, concluímos que o microcrédito é tendencialmente uma política pública com fundamento numa obrigação do Estado: o combate à pobreza. Nos dias de hoje, isto dificilmente pode ser assegurado na íntegra por operadores privados.

Não se consegue chegar a uma conclusão transversal que espelhe a realidade dos sistemas de microcrédito, quando o universo do nosso estudo diz respeito aos 4 maiores países da lusofonia.

Deparamo-nos com realidades totalmente distintas. Desde ordenamentos semelhantes àquele que existia no Bangladesh, até outros em que o desenvolvimento económico implica uma adaptação da filosofia do microcrédito. Isto impossibilita qualquer caracterização geral comum a todos os sistemas de microcrédito e por isso acabamos por traçar linhas orientadoras para que, consoante as características de cada país, o microcrédito possa realizar os fins a que se presta.

No seguimento disto, importa perceber que o microcrédito, tal como concebido por Yunus, é tendencialmente inaplicável numa economia desenvolvida. As regras do mercado concorrencial apontam no sentido de que se o microcrédito fosse uma atividade verdadeiramente lucrativa, os bancos privados desenvolvê-la-iam. No entanto, isso não acontece atualmente. Mesmo nos países/regiões pouco desenvolvidos, que são os que mais se aproximam da realidade em que o Microcrédito foi inicialmente concebido por Yunus, o sistema bancário só se direciona para o sector do microcrédito quando existe um apoio público ao seu desenvolvimento. A população excluída do sistema bancário normal representa uma margem de lucro diminuta para um custo de análise e acompanhamento bastante superior àquele a que o sistema bancário está habituado. No caso português, inclusivamente, estão excluídos dos programas de microcrédito aqueles que tiverem algum problema com o Banco de Portugal, relativamente a obrigações anteriormente assumidas.

O intuito lucrativo que existia inicialmente no *Grameen Bank* pode hoje significar um obstáculo ao sucesso do microcrédito. Isto porque, para que sejam cobertos os custos associados a este sector, é necessário que as taxas de juro

praticadas sejam, senão superiores, pelo menos idênticas às que se praticam no crédito ao consumo. Em regra, os destinatários são capazes de suportar esse custo, mas num clima de crise económica esta imposição pode mostrar-se completamente insuportável para um negócio na sua fase inicial.

Neste contexto, surge novamente a intervenção do Estado. Apercebe-se que o combate à pobreza e à exclusão social é uma função pública e que o microcrédito desapoiado terá um impacto quase insignificante, já que a resposta dada pelo mercado é tendencialmente insatisfatória. Aqui, para além dos Estados, surgem as organizações sem fins lucrativos que, em cooperação com as entidades bancárias, ajudam no acompanhamento e análise dos projetos candidatos a empréstimos.

Outro dos aspetos a reter prende-se com a regulação do microcrédito. No Bangladesh, o microcrédito, pela sua inovação, não estava sujeito a regulação. Nos sistemas atuais acreditamos que a regulação desempenha um papel importante, na medida em que evita a desvirtuação do microcrédito e impede que se torne naquilo que visou combater. No caso moçambicano, a falta de um sistema regulatório eficiente promoveu a proliferação de operadores (inclusivamente, pessoas singulares) aptos a conceder microcrédito, sem que houvesse qualquer limite da taxa de juro praticada. O facto de o exercício da atividade ser muito pouco restritivo, associado a um nível de supervisão muito reduzido e a uma liberdade absoluta na estipulação da taxa de juro, fizeram dos operadores de microcrédito os agiotas dos tempos modernos.

No fim, só pode concluir-se que no panorama lusófono o microcrédito não é destinado à camada mais pobre da população, mas sim a uma classe média baixa que, embora em dificuldades, ainda possui a capacidade potencial para gerar o seu próprio rendimento e que detém um grau de instrução que lhe assegura o mínimo de perceção da realidade económica que a rodeia. O microcrédito, ainda que possa ser desenvolvido por operadores privados, terá de contar com o apoio estatal para que tenha um contributo útil no combate à pobreza. Esse apoio assumirá sobretudo duas formas: a intervenção através de ajuda financeira e/ou de benefícios concedidos às entidades que concedem microcrédito e a supervisão da atividade das mesmas, para que não se deteriore o objetivo final desta medida. Só assim, acreditamos, o microcrédito constituirá um verdadeiro mecanismo de combate à pobreza no panorama lusófono.



**BIBLIOGRAFIA**

- AFONSO, Joana, MOTA, Isabel & SILVA, Sandra Tavares  
 2011 *Microcredit and Territory – Portugal as a case study*, Porto: FEP Working Papers.
- ALVES, Manuel Brandão  
 2008 “Microcredit as a way of giving people more dignity” in Catarina Reis Oliveira e Jan Rath, *Migrações Journal – Special Issue on Immigrant Entrepreneurship*, Lisboa: ACIDI, pp. 255-262.
- CGAP  
 2012 *Guía para Regulación y Supervisión de las Microfinanzas*, disponível em: [https://www.cgap.org/sites/default/files/Consensus-Guidelines-Guide-to-Regulation-and-Supervision-of-Microfinance\\_Oct-2012-Spanish.pdf](https://www.cgap.org/sites/default/files/Consensus-Guidelines-Guide-to-Regulation-and-Supervision-of-Microfinance_Oct-2012-Spanish.pdf).
- CHAVES, Sidney Soares  
 2011 *Panorama do Microcrédito do Brasil*, disponível em: [http://www.desenharia.ba.gov.br/uploads/3009201116281351RD-15\\_Set%2011\\_Cap.%208%20-%20Diagn%C3%B3stico%20e%20Desafios.pdf](http://www.desenharia.ba.gov.br/uploads/3009201116281351RD-15_Set%2011_Cap.%208%20-%20Diagn%C3%B3stico%20e%20Desafios.pdf).
- COMISSÃO EUROPEIA  
 2012 *Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a aplicação da Diretiva 2006/48/CE ao microcrédito*, Bruxelas.
- COSTA, Fernando Nogueira da  
 2010 *Microcrédito no Brasil*, Campinas: Unicamp.
- GOMES, Nelson António Mendonça  
 2011 *Impacto dos programas de microcrédito em Angola*, Lisboa: Tese de Mestrado – Instituto Superior de Economia e Gestão.
- LEDGERWOOD, Joanna  
 2013 *The New Microfinance Handbook*, Washigton: Banco Mundial.
- MARULANDA, Beatriz & OTERO, Maria  
 2005 *The profile of microfinance in Latin America in 10 years: Vision & Characteristics*, disponível em: [http://www.spanish.microfinancegateway.org/files/35714\\_file\\_02.pdf](http://www.spanish.microfinancegateway.org/files/35714_file_02.pdf).
- SOARES, Mardem Marques & SOBRINHO, Abelardo de Melo  
 2008 *Microfinanças – O papel do Banco Central do Brasil e a importância do Cooperativismo de Crédito*, 2.<sup>a</sup> ed., Brasília: Banco Central do Brasil.
- TOSCANO, Idalvo  
 2006 *Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado*.
- YUNUS, M.  
 1997 *What is Microcredit?*, disponível em: [http://www.grameen-info.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=28&Itemid=108](http://www.grameen-info.org/index.php?option=com_content&task=view&id=28&Itemid=108).



# O SEGREDO BANCÁRIO NA LEGISLAÇÃO BANCÁRIA DE ANGOLA, CABO VERDE E MOÇAMBIQUE

*Daniela Pessoa Tavares*

*ABSTRACT: The following paper intends to determine the scope of the bank secrecy in the Angolan, Cape Verdean and Mozambican financial legislation. Bank secrecy is widely recognized as an essential standard in the relationship between banks and costumers. According to the bank secrecy provisions, financial institutions and their employees must assume as confidential all clients' data. The bank secrecy duty covers all aspects of the relationship between the bank and the customer. There are, however, particular and specific exceptions to the rule of bank secrecy. This paper is also focused on the analysis of the bank secrecy derogations.*

SUMÁRIO: I. O segredo bancário, breves notas. 1. Conceito e amplitude. 2. A sua origem e fundamentos. 3. Tendências: a derrogação do segredo bancário. II. O segredo bancário na legislação bancária de Angola, Cabo Verde e Moçambique. 1. Os seus fundamentos e regime geral. 2. Outras referências ao segredo bancário. 3. Âmbito subjetivo. 4. Âmbito objetivo. 5. Exceções ao dever de segredo bancário. 6. A violação do segredo bancário.

## INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da atividade bancária, no contexto de uma economia de mercado, torna crescente a importância do tema do segredo bancário<sup>1</sup> em Angola, Cabo Verde e Moçambique.

Na verdade, a facilidade no acesso à banca e aos serviços financeiros, por um lado, e o impulso das relações contratuais entre as instituições de crédito e os seus clientes, por outro, têm vindo a conferir ao sigilo bancário maior relevância ética e jurídica<sup>2</sup>.

Para proceder à modernização e dinamização da economia, Angola, Cabo Verde e Moçambique têm vindo a implementar, nas últimas décadas, um

---

1 Também designado por “sigilo bancário”.

2 Neste sentido, Gune, 2003: 8.

vasto programa de reformas com vista à solidez, estabilidade, promoção da confiança, favorecimento eficiente da captação de poupanças e desenvolvimento económico<sup>3</sup>. Paralelamente, foram introduzidas alterações às regras destinadas à supervisão comportamental, entendida como a supervisão da atuação das instituições nas relações com os seus clientes, com vista à manutenção da integridade, credibilidade e segurança do sistema financeiro.

Para além disso, Angola, Cabo Verde e Moçambique assumiram já novos compromissos internacionais de combate à criminalidade, evasão fiscal e branqueamento de capitais que incentivaram a revisão das normas de conduta e diligência, designadamente, para indagação da proveniência de fundos e para o levantamento do dever de segredo profissional bancário.

Neste contexto, entendemos ser este o momento para debater e refletir sobre a génese, evolução e atual base legal conformadora do instituto do segredo bancário em Angola, Cabo Verde e Moçambique.

## I. O SEGREDO BANCÁRIO, BREVES NOTAS

### 1. Conceito e amplitude

O sigilo bancário é comumente definido como um dever de discrição relativamente a dados de natureza pessoal e económica dos clientes, que recai sobre os banqueiros, os seus órgãos e empregadores em virtude da profissão ou prestação de serviços à banca<sup>4</sup>. Trata-se de um dever de *non facere*<sup>5</sup>, isto é, um dever jurídico pessoal de não revelação ou utilização<sup>6</sup> da informação sujeita a segredo<sup>7</sup>.

A regra do segredo bancário tem acompanhado, desde os primórdios<sup>8</sup>, as atividades públicas e privadas que implicam o conhecimento de informações

3 Resolução n.º 44/2014, de 2 de junho, que aprova o Plano Nacional Integrado de Luta contra a Droga e o Crime (PNILDC) (2012-2016); Banco de Cabo Verde 1997: 6.

4 Cfr. Benjamim Rodrigues, 1997: 105.

5 Como afirma Menezes Cordeiro, 2014: 19.

6 O conceito de revelação e utilização é materialmente distinto. A “revelação” faz-se publicamente, ou perante uma terceira pessoa, sem que o revelador pretenda uma vantagem para si próprio. Já o termo “utilização” implica um aproveitamento da informação.

7 Esta é a definição tradicional de segredo bancário. Segundo Alberto, 1981: 454: “o segredo bancário consiste na descrição que os banqueiros, os seus órgãos e empregadores, devem observar sobre os dados económicos e pessoais dos clientes que tenham chegado ao seu conhecimento através do exercício das funções bancárias”.

8 Neste sentido, Azevedo, 2011: 288.

com cariz pessoal e particular de indivíduos e empresas, designadamente, a profissão de banqueiro<sup>9</sup>, sendo reconhecida, um pouco por todo o mundo, como alicerce<sup>10</sup> da atividade bancária<sup>11</sup>.

## 2. A sua origem e fundamentos

O segredo bancário fundamenta-se em duas ideias essenciais: a necessidade de garantir os interesses do indivíduo e a necessidade de proteger um conjunto de interesses inerentes à sociedade.

O dever de discrição quanto à vida privada das pessoas reveste especial importância em atividades profissionais que conheçam factos íntimos dos outros<sup>12</sup>. Tal como diz a velha máxima popular, “o segredo é a alma do negócio”<sup>13</sup>. Compreender os seus fundamentos numa ótica comparada é uma tarefa indispensável e prévia à análise do regime do sigilo bancário que a seguir se fará.

Quando se trata de encontrar o fundamento e a origem do segredo bancário muitas correntes se manifestam. Podemos dizer que, de um modo geral, o respeito pelo sigilo bancário apresenta uma dupla natureza: ética e jurídica<sup>14</sup>. Assim, numa vertente ética, surge como concretização da confiança, *intuitus personae*<sup>15</sup>, depositada pelos clientes no sistema financeiro e na salvaguarda da reputação das partes envolvidas.

No âmbito das suas atividades, as instituições financeiras têm acesso a dados de natureza pessoal e patrimonial dos clientes. O acesso a essas informações implica e pressupõe uma relação recíproca de lealdade e confiança<sup>16</sup> entre as

---

9 As primeiras referências neste domínio remontam à antiga Babilónia, no reinado de Hammurabi. A afirmação do papel dos banqueiros e as primeiras referências diretas ao segredo bancário remontam ao primeiro código de Hammurabi. Cfr. Anselmo Rodrigues, 1997: 49. Quanto à história do sigilo bancário em geral, cfr., Menezes Cordeiro, 2010: 47-53 e Capelo de Sousa, 2002: 157-223.

10 Máximo dos Santos, 2014.

11 As mais antigas referências surgem prescritas em textos estatutários e cláusulas contratuais gerais, designadamente, do Banco Santo Ambrósio, de Milão, de 1619. Sobre este tema, Menezes Cordeiro, 2010: 329 e ss.

12 Alberto, 1981: 455.

13 Cfr. Pinto, 1999: 225.

14 Maria Eduarda Azevedo distingue um duplo carácter: “Apreciado em toda a sua amplitude, o dever de segredo encerra, assim, um duplo carácter: moral e jurídico”. (Azevedo, 1991: 12). Por outro lado, Martínez Lozano, 2009, refere ainda uma natureza política e sociológica associada à proteção do dever de segredo bancário.

15 Patrício, 2004: 128.

16 Veja-se Ellinger, Lomnicka & Hooley, 2006: 165.

partes, impondo-se ao banqueiro um dever geral de descrição a respeito da informação que lhe foi fornecida.

É consensual a ideia de que o desempenho da atividade bancária se pauta por normas de atuação impostas aos profissionais. Tais normas assumem diversas facetas de ordem ética, deontológica e estritamente profissional.

Por outro lado, no campo contratual, a proibição de revelação e utilização da informação sujeita ao segredo bancário é uma decorrência do dever acessório da boa-fé<sup>17</sup> na execução dos contratos<sup>18</sup> e dos deveres universalmente observados na banca de reserva sobre os negócios do cliente.

A pluralidade de elementos conformadores do segredo bancário deu origem a diversas teses que procuram encontrar o fundamento legal do segredo bancário. As diferentes experiências nacionais – históricas sociais, culturais – foram moldando a sua extensão e limites<sup>19</sup>.

Podem distinguir-se, pelo menos, dois regimes-tipo<sup>20</sup>. Em primeiro lugar, o de matriz anglo-saxónica, no qual o segredo bancário não existe como um dever específico consagrado na lei positiva<sup>21</sup> e, em segundo lugar, os regimes que consagram o sigilo bancário por via de normas codificadas, provenientes de leis, regulamentação ou outros diplomas.

Nos sistemas de matriz anglo-saxónica o dever de segredo não encontra expressão na lei formal, vindo sim regulado na *case law*<sup>22</sup>. Aqui o segredo bancário tem, essencialmente, base contratual<sup>23</sup> e resulta do reconhecimento da confidencialidade inerente ao próprio contrato bancário. Na relação contratual bancária

---

17 Assim afirma grande parte da doutrina: Menezes Cordeiro, 2014: 19, Di Amato, 1979, citado por Cervini, 1995: 7, e Máximo dos Santos, 2014.

18 Segundo afirmam os defensores da teoria contratualista, o segredo recai sobre as instituições bancárias, órgãos e funcionários, assumindo uma obrigação acessória do contrato bancário. Sobre a teoria contratualista veja-se Menezes Cordeiro, 2010: 331 e ss. e Capelo de Sousa, 2002: 24. Por outro lado, à luz da teoria do dever profissional, a obrigação de sigilo decorrente do exercício da atividade profissional recai, somente, sobre as informações adquiridas no âmbito e para o desempenho da profissão. Neste sentido, Azevedo, 2011: 291.

19 Não nos cabe aqui uma análise exaustiva de cada uma das concepções doutrinárias acerca do fundamento do dever de segredo bancário. No entanto, salientamos de seguida um pouco dessa diversidade.

20 Perfilham deste entendimento, entre outros, Anselmo Rodrigues, 1997: 51 e 52 e Capelo de Sousa, 2002: 161 e ss. Segundo estes autores, podem distinguir-se três modelos, o modelo anglo-saxónico, o modelo romano-germânico e o modelo em que se pratica um reforço do sigilo bancário.

21 Tal como afirma Gune, 2003: 20.

22 Capelo de Sousa, 2002: 161.

23 Cfr. Máximo dos Santos, 2014.

os interesses do cliente e do banco são diferentes sendo no entanto, qualquer um deles igualmente respeitável. Por um lado, o cliente tem o interesse pessoal e patrimonial em conservar a privacidade da sua vida particular e profissional<sup>24</sup>, por outro o banco terá interesse em manter a confiança do cliente quanto à confidencialidade conferida às suas operações. Como sabemos, a relação de confiança será tanto maior quanto o esforço realizado para manter essa reserva.

Contrapõem-se-lhe as orientações que consagram o sigilo bancário por via de normas codificadas, provenientes de leis, regulamentação ou outros diplomas. Aqui têm sido distinguidos<sup>25</sup> dois tipos de sistemas: aqueles que reconduzem o segredo bancário à teoria geral do segredo profissional, os designados “*regimes reforçados de sigilo profissional*”, e aqueles que individualizam o tratamento do segredo bancário, também designados “*regimes intermédios de defesa do segredo bancário*”<sup>26</sup>.

A respeito dos sistemas que impõem a proteção do sigilo bancário com base em normas formais, são várias as orientações defendidas pela doutrina para fundamentar a proteção jurídica do segredo bancário.

Em primeiro lugar, defende-se a proteção do sigilo bancário como afirmação da personalidade, numa perspetiva de reconhecimento da intimidade privada<sup>27</sup> e, bem assim, de proteção da situação económica dos titulares de contas bancárias<sup>28</sup>. Tendo em conta as informações da clientela conhecidas pelas instituições bancárias, tais como os movimentos ativos e passivos de contas depósito, a inexistência do segredo bancário interfere com a intimidade privada na medida em que as particularidades da vida económica, pessoal ou familiar dos respetivos titulares ficam a descoberto.

Por outro lado, para algumas correntes, o sigilo bancário fundamenta-se no dever geral de segredo profissional<sup>29</sup>, dada a especial relação que se estabelece

---

24 Neste sentido, Ramos, 1997: 133.

25 Entre outros, Soares da Veiga, 1994: 164.

26 Assim classifica Capelo de Sousa, 2002: 171.

27 Cfr. Cervini, 1995: 14 e ss. Em sentido diverso, Saldanha Sanches defende que o segredo bancário em Portugal “não pode constituir expressão do imperativo constitucional de proteção da intimidade. Até porque, o acesso a essa informação está vedado aos próprios bancos” (Saldanha Sanches, 1995: 29). Cumpre ainda salientar que, além do problema da intimidade privada, o segredo bancário diz respeito à integridade moral das pessoas.

28 Sobre esta matéria, Sousa Mendes, 2011: 203.

29 Tal como é exemplo o sistema francês, no qual o segredo bancário se assume como uma manifestação do segredo profissional e se encontra legalmente determinado. Dekeuwer-Défossez, 1995: 27.

entre o banqueiro e o cliente, marcada pela confiança recíproca<sup>30</sup>. Para outros, o segredo bancário deriva dos usos tradicionais e universalmente observados na banca de reserva sobre os negócios do cliente e da decorrência do dever acessório de boa-fé entre as partes durante a execução dos contratos<sup>31</sup> que se manifesta na relação jurídica bancária.

Atualmente, tem vindo a defender-se<sup>32</sup> que o segredo bancário protege não apenas os interesses particulares relacionados com o indivíduo, mas também os interesses coletivos. Os interesses públicos estão relacionados com o regular funcionamento da atividade bancária, pressupondo que esta assenta na confiança generalizada depositada nas instituições. Os Estados reconhecem que a defesa da confiança do público no sistema bancário, como um todo, promove o investimento e a captação de poupanças<sup>33</sup>. Assim, o segredo bancário é enquadrado como pilar de desenvolvimento económico no pressuposto de que a sua manutenção garante a confiança no setor bancário<sup>34</sup>.

Sob diferentes enquadramentos e contextos, a regra do sigilo bancário assumiu um papel nuclear no exercício da atividade bancária. No entanto, a sua base jurídica tem sedes profundas e enraizadas em cada sistema jurídico.

Daí que, fruto das respetivas vicissitudes históricas, económicas, políticas, sociais e culturais, a tutela do segredo bancário se fundamente em diversos fatores cumulativos<sup>35</sup>, alguns mais complexos, que não se compadecem com uma visão unitária e cristalizada<sup>36</sup>.

### **3. Tendências: a derrogação do segredo bancário**

A configuração do segredo bancário não é absoluta. As relações do cliente e do banco não estão protegidas de toda e qualquer intromissão de terceiros – tribunais, bancos centrais e administrações fiscais. Há que admitir determinadas

---

30 Veja-se Vergana Blanco, 1990: 25.

31 Sobre a explicação desta teoria, entre outros, Di Amato, 1979, citado por Cervini, 1995: 7. Em Portugal, a quebra do sigilo bancário implica a violação do dever acessório imposto pela boa-fé (artigo 762.º, n.º 2 do Código Civil).

32 Assim defende Ramos, 1997: 133-137.

33 Ramos, 1997: 135.

34 Neste sentido, Anselmo Rodrigues, 1997: 54.

35 Tal como afirma Menezes Cordeiro, 2014: 23.

36 Entendemos defensável uma visão integradora, considerando as diversas circunstâncias (éticas, morais, legais, sociais, políticas, contratuais, deontológicas, etc.) que conferem explicação à proteção do segredo bancário.



limitações<sup>37</sup> sempre que tal for necessário às investigações criminais, financeiras ou fiscais e se inexisterem outros meios menos gravosos.

No presente, a crescente complexidade e globalização dos sistemas financeiros têm vindo a definir uma nova dimensão para o sigilo bancário. Ao mesmo tempo, com a facilidade de acesso aos produtos bancários, tem aumentado o contraste entre a guarda das informações, por um lado, e a sua utilização para fins públicos e privados, por outro.

Na realidade, não é possível conceber um sistema que não faça ceder o segredo bancário perante interesses públicos, como é o caso de atos de criminalidade, tráfico ilegal, operações de branqueamento de capitais e evasão e fraude fiscais. Assim, tem-se assistido, paulatinamente, ao fenómeno da derrogação do segredo bancário um pouco por todo o mundo, incluindo Angola, Cabo Verde e Moçambique.

Claro que, nas jurisdições que consagram o direito à intimidade da vida privada, qualquer limitação legal ao sigilo bancário deve passar por mecanismos que garantam que a vida privada do cidadão retratada na sua bibliografia numérica não será devassada<sup>38</sup>. Assim, as restrições ao segredo bancário não devem interferir com o conteúdo essencial do direito à intimidade privada, isto é, com a intimidade e a identidade individual<sup>39</sup>.

Desta forma, o acesso aos documentos deve ser perfeitamente concretizado, identificado e mediado pela necessidade de defesa de direitos de natureza superior que se mostrem afetados.

## II. O SEGREDO BANCÁRIO NA LEGISLAÇÃO BANCÁRIA DE ANGOLA, CABO VERDE E MOÇAMBIQUE<sup>40</sup>

### 1. Os seus fundamentos e regime geral

O segredo bancário acompanha as operações patrimoniais levadas a cabo pelas pessoas. Os documentos, os movimentos das contas depósito e dos cartões de débito ou crédito, bem como outras informações conhecidas no exercício das

37 Cfr. Leite de Campos, 1997: 20.

38 Cfr. Anselmo Rodrigues, 1997: 60.

39 Neste sentido, Castro Caldas, 1997: 45.

40 A propósito do sigilo bancário em Portugal, Benjamim Rodrigues, 1997: 101-11, Palma & Santos, 2012: 46-52; Paúl, 2002: 573-603, Dourado, 2012: 231-247; Alberto, 1981: 451- 474, Ramos, 1997: 115-137, Azevedo, 2011: 287-313, Azevedo, 1991: 12-17, Palma, 2011: 189-199."

funções de banqueiro fazem parte da intimidade das pessoas. Com acesso às informações bancárias é possível saber onde determinado indivíduo almoçou, a que entidade adquiriu bens e serviços e bem assim, a todas as operações que constituem um verdadeiro diário financeiro.

Em Angola, Cabo Verde e Moçambique, o que começou por ser um costume relacionado com o exercício da atividade comercial e bancária, mantido por tradicional aceitação tácita<sup>41</sup>, passou a merecer tratamento legal.

Em termos jurídico-positivos o dever de segredo bancário começa por se apoiar na Constituição da República de Angola, Cabo Verde e Moçambique, como expressão do direito fundamental à intimidade da vida privada, isto é, da privacidade pessoal e patrimonial de cada indivíduo (consagrado no artigo 32.º da Constituição da República de Angola e no artigo 41.º da Constituição da República de Cabo Verde e da Constituição da República de Moçambique). É igualmente expressão do direito à integridade moral das pessoas (previsto no artigo 31.º da Constituição da República de Angola, no artigo 28.º da Constituição da República de Cabo Verde e no artigo 40.º da Constituição da República de Moçambique). Por outro lado, é também consagrado na lei civil, por via da tutela civil conferida ao direito à intimidade privada, prevista nos artigos 80.º do Código Civil Angolano<sup>42</sup>, 78.º do Código Civil Cabo-Verdiano<sup>43</sup> e 80.º do Código Civil Moçambicano<sup>44</sup>, o que significa que se trata de um dever específico consagrado na lei positiva.

Face à especial relação de confiança que se estabelece entre o banqueiro e o cliente, a base contratual ligada ao princípio da boa-fé negocial tem, também, um acentuado peso nos fundamentos do segredo bancário, o que desde logo se encontra consagrado no Código Civil de Angola, Cabo Verde e Moçambique, no artigo 762.º, n.º 2 de qualquer um destes diplomas.

Mais amplamente, o segredo bancário fundamenta-se no direito geral de personalidade, previsto no artigo 70.º do Código Civil Angolano e Moçambicano e no artigo 68.º do Código Civil Cabo-Verdiano. Aqui, o segredo reveste especial importância no sentido de que a vida do cliente, a liberdade e a consciência individual não devem ser invadidas, impedindo o seu desenvolvimento.

---

41 Neste sentido, Pinto, 1999: 225.

42 Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966.

43 Decreto-Lei n.º 31-A/99, de 30 de setembro (que altera e republica o Código Civil).

44 Decreto-Lei n.º 47344, de 18 de dezembro de 1967.

O quadro normativo que configura, unifica e estabelece o regime geral do segredo bancário em Angola, Cabo Verde e Moçambique vem regulado nas respetivas leis das instituições financeiras<sup>45</sup> ou leis de bases do sistema financeiro, consoante os casos.

No âmbito do direito bancário em Angola, as bases gerais do segredo bancário vêm reguladas na “Lei de Bases do Sistema Financeiro” de Angola (Lei n.º 12/05, de 17 de junho)<sup>46</sup>, dispondo o artigo 76.º, n.º 1:

“Os membros dos órgãos de administração ou de fiscalização das instituições financeiras bancárias, os seus empregados, mandatários, comissários e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional não podem revelar ou utilizar informações sobre factos ou elementos respeitantes à vida da instituição ou às relações desta com os seus clientes cujo conhecimento lhes advenha exclusivamente do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços.”

Em Cabo Verde, o dever de segredo bancário vem previsto na “Lei de Bases do Sistema Financeiro” de Cabo Verde (Lei n.º 61/VIII/2014, de 23 de abril)<sup>47</sup>, que regula o processo de estabelecimento das instituições financeiras. Nestes termos, o artigo 32.º, n.º 1 consagra:

“As instituições financeiras, os respectivos titulares dos órgãos sociais, gerentes, directores, mandatários, trabalhadores, contratados, subcontratados, bem como outras pessoas que, a título permanente ou ocasional, lhes prestem serviços directamente ou através de outrem devem guardar sigilo sobre a identidade dos clientes da instituição financeira, não podendo revelar nem utilizar informações sobre factos ou elementos respeitantes ao funcionamento ou às relações da instituição financeira com os seus clientes, cujo conhecimento lhes advenha do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços.”

45 Uma vez que se trata de leis que regulam o processo de estabelecimento, exercício e supervisão das instituições financeiras, serão designadas adiante por “leis das instituições financeiras”.

46 Recentemente, veio revogar a Lei n.º 13/05, de 30 de setembro, que aprovou a anterior Lei das Instituições Financeiras.

47 Que revoga os seguintes diplomas: a Lei das Instituições de Crédito, aprovada pela Lei n.º 3/V/96, de 1 de julho, a Lei de Bases de Instituições Financeiras Internacionais, aprovada pela Lei n.º 43/III/88, de 27 de dezembro, o Decreto-Lei n.º 12/2005, de 7 de fevereiro, que regulou o direito de estabelecimento de instituições financeiras internacionais em Cabo Verde, e o Decreto-Lei n.º 29/2005, de 2 de maio, que autorizou os Correios de Cabo Verde, S.A.R.L. a prestar serviços financeiros específicos de instituições de crédito.

No que respeita a Moçambique, o segredo bancário vem previsto na lei que regula o estabelecimento e o exercício da atividade das instituições de crédito e das sociedades financeiras, a Lei n.º 15/99, de 1 de novembro<sup>48</sup>, dispondo o artigo 48.º, n.º 1:

“Os membros dos órgãos de administração ou de fiscalização das instituições de crédito e sociedades financeiras, os seus empregados, mandatários, comissários e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional não podem revelar ou utilizar informações sobre factos ou elementos respeitantes à vida da instituição ou às relações desta com os seus clientes cujo conhecimento lhes advenha exclusivamente do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços”.

Observando o quadro legal acima exposto, podemos desde logo concluir que, na legislação financeira Angolana, Cabo-Verdiana e Moçambicana, o segredo bancário apresenta uma natureza comercial ou profissional.

Em Angola, o dever de segredo bancário, consagrado na lei das instituições financeiras, é configurado como dever de segredo profissional<sup>49</sup>. A sua recondução ao segredo profissional é reconhecida em outros diplomas, nomeadamente, no Código de conduta dos trabalhadores do Banco Nacional de Angola<sup>50</sup>. No entanto, com a revogação da Lei n.º 13/05, de 3 de setembro, o segredo bancário deixa de se integrar na secção dos deveres de conduta.

Na lei bancária Moçambicana, o dever de segredo bancário é expressamente assimilado ao segredo profissional e é configurado como uma regra de conduta<sup>51</sup>, objeto de uma secção autónoma com a epígrafe “segredo profissional”<sup>52</sup>. Na

---

48 Com as alterações operadas pela Lei n.º 9/2004, de 21 de julho. A Lei n.º 15/99, de 1 de novembro, procedeu à revogação da Lei n.º 28/91 de 31 de dezembro, do Decreto n.º 34/92 de 26 de outubro e do Decreto n.º 43/89 de 28 de dezembro.

49 Nos termos da Lei n.º 12/15, de 17 de junho, os artigos respeitantes ao segredo bancário estão inseridos na Subsecção II “Segredo Profissional”, integrada na Secção II “Supervisão Comportamental”.

50 Nomeadamente no artigo 3.2.

51 Do ponto de vista da sua natureza, as normas de conduta são imposições éticas, deontológicas e morais. O segredo bancário, enquanto norma de conduta, não deixa de ser uma verdadeira norma jurídica dotada de coercibilidade.

52 De acordo com a sistemática da Lei n.º 15/99, de 1 de novembro, as regras do segredo bancário integram a Secção II “Segredo Profissional”, do capítulo VI “Regras de conduta”. Igualmente, de acordo com o Código de Conduta Bancária, da Associação Moçambicana de Bancos, datado de 30 de outubro de 2006, o artigo 25.º, relativo à proteção do segredo bancário, está inserido na Secção I “Do Segredo Profissional”.

verdade, a Lei n.º 15/99, de 1 de novembro, não contém uma referência expressa ao “segredo bancário”, refere-se sim, ao “segredo profissional”. Face ao seu enquadramento sistemático atual, o sigilo bancário é consagrado como uma regra de conduta das instituições financeiras, o que aliás justifica a sua previsão no Código de Conduta Bancária<sup>53</sup>.

Pelo contrário, em Cabo Verde, o dever de segredo previsto na Lei de Bases do Sistema Financeiro não se encontra sistematicamente inserido na secção do segredo profissional. Na epígrafe do artigo 32.º, encontramos referência, exclusiva, ao “dever de sigilo”. No entanto, entendemos que, também aqui, se deve reconduzir o segredo bancário ao dever de segredo profissional. Nos termos do artigo 230.º da Lei n.º 62/VIII/2014, de 23 de abril, com epígrafe “violação do sigilo profissional” podemos ler que “o incumprimento do dever de sigilo imposto no artigo 32.º da Lei de Bases do Sistema Financeiro, sem prejuízo das exceções previstas naquela, na presente lei e na legislação complementar, constitui crime de violação do segredo profissional, punível nos termos do Código Penal”.

Isto significa que, não obstante o artigo 32.º respeitar ao “dever de sigilo”, sem qualquer referência ao segredo profissional, a Lei 62/VIII/2014, de 23 de abril, que regula o processo de estabelecimento das instituições financeiras, vem tratar o incumprimento do dever de segredo bancário como um verdadeiro incumprimento do dever de segredo profissional.

Deste quadro-normativo resulta, claramente, que se encontra afastada da ordem jurídica Angolana, Cabo-Verdiana e Moçambicana uma conceção de segredo bancário com natureza puramente contratualista e bilateral. As normas que contêm a proteção do segredo bancário apontam para uma perspetiva profissional e comercial, excluindo a generalidade dos terceiros que não intervêm nas operações bancárias<sup>54</sup>. Aqui, o segredo bancário apresenta uma natureza deontológica, que abrange qualquer trabalhador, prestador de serviços ou membro de órgãos.

Podemos mesmo afirmar que as disposições que consagram o regime geral do sigilo bancário constituem o núcleo central sobre o qual gravitam as demais

---

53 Código de Conduta Bancária a Associação Moçambicana de Bancos, de 30 de outubro de 2006, artigos 25.º, 26.º e 27.º.

54 Capelo de Sousa, 2002: 180, a propósito regime legal do segredo bancário em Portugal. Igualmente Palma, 2011: 191.

normas deontológicas que regulam o comportamento ético exigível aos funcionários das instituições de crédito no exercício das suas funções<sup>55</sup>.

Por tudo o que foi dito, o segredo bancário em Angola, Cabo Verde e Moçambique deve ser entendido como uma decorrência do dever de segredo profissional.

Finalmente, mas não menos importante, o sigilo bancário nestes países não deixa de encerrar um juízo quanto aos direitos de personalidade das instituições bancárias ao bom nome e reputação. Além de interesses privados, o segredo bancário visa a satisfação de interesses públicos, designadamente, assegurar a manutenção da confiança, o normal funcionamento das instituições de crédito e, bem assim, de todo o sistema financeiro. No entanto, a manutenção da confiança pressupõe um equilíbrio entre medidas de segurança e confidencialidade da informação bancária, por um lado, e medidas que confirmam maior transparência nos mercados bem como garantam a aplicação da justiça, o combate à criminalidade e evasão fiscal<sup>56</sup>, por outro.

## **2. Outras referências ao segredo bancário**

O quadro legal da proteção do segredo bancário não se circunscreve às “leis das instituições financeiras”. É sim composto por referências em diferentes diplomas, normas financeiras e outras disposições.

A este respeito, de acordo com o artigo 3.º do Aviso n.º 05/2012, de 29 de março, do Banco Nacional de Angola, relativo às regras de proteção ao consumidor dos produtos e serviços financeiros em Angola, as instituições financeiras devem garantir que os dados pessoais dos clientes bem como das suas operações não sejam usados para outros fins. Consequentemente, prevê o artigo 9.º, n.º1 do mesmo Aviso que “os membros dos órgãos de administração ou de fiscalização das instituições financeiras, seus empregados, mandatários ou outras entidades que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional, não devem revelar ou utilizar informações sobre factos ou elementos respeitantes aos clientes que lhes advenha exclusivamente do exercício das suas

---

55 Neste sentido, Pinto, 1999: 226.

56 O tema do levantamento do segredo bancário para efeitos fiscais tem marcado a atualidade e constitui uma das preocupações que tem motivado importantes reformas fiscais no sentido de facilitar o acesso à informação bancária pelas Administrações Fiscais. Este tema reveste especial importância porque permite combater a fraude e evasão fiscal e garante a arrecadação de receitas de uma forma justa e equilibrada, em respeito do princípio da capacidade contributiva. Pretendemos abordar este tema com maior detalhe numa outra ocasião, razão pela qual não o incluímos no presente artigo.

funções ou da prestação dos seus serviços”. Igualmente o artigo 17.º da Lei n.º 34/11, de 12 de dezembro<sup>57</sup> (Lei do Combate ao Branqueamento de Capitais e do Financiamento do Terrorismo), que estabelece obrigações relativas à prevenção do branqueamento de capitais e combate ao financiamento do terrorismo destinadas às instituições financeiras em Angola, determina que as entidades financeiras e os membros dos respetivos órgãos sociais, ou que nelas exerçam funções de direção, gerência e chefia, os seus funcionários ou mandatários, outras pessoas que lhes prestem serviço a título permanente, temporário ou ocasional, “não podem revelar ao cliente ou a terceiros, que transmitiram as comunicações legalmente devidas ou que se encontra em curso uma investigação criminal”. Também o Aviso n.º 2/10 de 18 de novembro, do Banco Nacional de Angola, que define os objetivos do serviço da Central de Informações e Risco de Crédito (CIRC), prevê, nos artigos 8.º, n.º 1 e 10.º, o dever de confidencialidade da CIRC, bem como a limitação da utilização da informação recolhida pela CIRC aos seus fins, “não podendo a sua difusão, em qualquer caso, ser feita em termos susceptíveis de violar o segredo bancário que deve proteger as operações em causa”. Por fim, dispõe ainda o artigo 39.º da Lei n.º 5/05 de 29 de julho, denominada Lei do Sistema de Pagamentos de Angola, que “os intervenientes do sistema de pagamentos, bem como as pessoas representantes dos membros integrantes do Conselho Técnico do sistema de pagamentos de Angola estão obrigados ao dever de segredo”.

Em Cabo Verde, encontramos referências ao sigilo bancário no Aviso n.º 03/2014, de 17 de outubro, relativo ao exercício da supervisão comportamental, que regula e fiscaliza a conduta das instituições financeiras na comercialização dos produtos e serviços bancários de retalho, bem como os seus deveres na prestação de informação aos clientes<sup>58</sup>. De acordo com o artigo 2.º, alínea *f*), as instituições financeiras devem “garantir que os dados pessoais dos clientes, bem como os relativos às suas operações não são usados para outros fins, excepto para o cumprimento das instruções do cliente e das normas do Banco de Cabo Verde ou quando exista qualquer disposição legal que expressamente limite o dever de segredo”. E ainda, de acordo com as regras de tratamento da

---

57 Que revoga a Lei n.º 12/10, de 9 de julho (Lei do Combate ao Branqueamento de Capitais e do Financiamento ao Terrorismo) e é alterada pela Lei n.º 3/14, de 10 de fevereiro (Lei sobre a Criminalização das Infrações Subjacentes ao Branqueamento de Capitais).

58 A Lei n.º 62/VIII/2014, de 23 de abril regula, pela primeira vez, os procedimentos e mecanismos da supervisão comportamental. O Aviso n.º 03/2014, de 17 de outubro vem desenvolver as regras previstas na lei, designadamente, as regras de conduta.

informação bancária destinadas a limitar possibilidade de conflito de interesses por via da utilização indevida de informação, previstas na alínea *e*) do n.º 2 do artigo 10.º do mesmo Aviso, “todos os colaboradores das instituições financeiras têm o dever de guardar confidencialidade sobre toda a informação a que tenham acesso no exercício das suas funções, independentemente da sua fonte, estando obrigados a não divulgar essa informação a terceiros e a não a utilizar para fins diversos do normal exercício da respectiva função”. Do referido Aviso resulta que a “informação obtida pelas instituições financeiras respeitante aos seus clientes e transações por si efetuadas ou ordenadas deve ser mantida sob sigilo, sendo o acesso à informação permitido na estrita medida do necessário ao negócio e de acordo com critérios de defesa dos legítimos interesses dos clientes” (artigo 13.º do Aviso n.º 03/2014, de 17 de outubro). Por outro lado, na sequência dos deveres de cooperação e informação a que estão sujeitas as entidades financeiras desde a entrada em vigor da Lei n.º 38/VII/2009, de 27 de abril, o Decreto-Lei n.º 9/2012, de 20 de março veio regular a organização, competência e funcionamento da Unidade de Informação Financeira (UIF)<sup>59</sup> – que funciona junto do Banco de Cabo Verde. De acordo com o artigo 14.º, n.º 2, “sempre que a UIF receba uma comunicação de operação suspeita de lavagem de capitais e /ou de financiamento de terrorismo deve manter o processo de averiguação secreto, “ficando todo e qualquer pessoal da UIF vinculado ao dever de sigilo relativamente às informações cujo conhecimento lhe advenha do exercício das suas funções”.

Em Moçambique, são também diversas as disposições que consagram a proteção do segredo bancário. A Lei n.º 14/2013, de 12 de agosto<sup>60</sup>, que estabelece o regime jurídico e as medidas de prevenção e repressão do branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo refere, no artigo 25.º, que as entidades obrigadas a comunicar informações bancárias no âmbito da referida lei, os titulares dos órgãos diretivos das pessoas coletivas, os gestores, os mandatários, ou qualquer outra pessoa que exerça funções ao serviço das instituições financeiras estão “proibidos de revelar ao cliente ou a terceiros

---

59 Criada pelo Decreto-Lei n.º 1/2008, de 14 de janeiro.

60 É aplicável às instituições financeiras e às entidades não financeiras com sede em território nacional, bem como às respetivas sucursais, agências, filiais ou qualquer outra forma de representação e a outras instituições suscetíveis de prática de atos de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, regulando ainda as atividades criminosas, os deveres das instituições financeiras e das entidades não financeiras, as medidas provisórias, a perda de objetos, recompensas, bens, valores, vantagens ou direitos, a cooperação internacional, o processo aplicável às contravenções e o regime sancionatório, e revogando a anterior Lei de Branqueamento de Capitais, aprovada pela Lei n.º 7/2002, de 5 de fevereiro.



a comunicação de transacções suspeitas”, bem como a informação de que se encontra em curso uma investigação criminal. Além desta, destacamos o Aviso n.º 008/GGBM/96 do Banco de Moçambique, relativo à criação da Central de Riscos de Crédito. No artigo 6.º do referido Aviso, os elementos e informações a fornecer ao Banco de Moçambique “não poderão ser utilizados para outros fins que não sejam os da Central de Riscos”. Sobre a proteção do segredo bancário podem ainda observar-se as regras constantes do Código de Conduta Bancária<sup>61</sup>, em especial o artigo 25.º, que impõe aos associados da Associação Moçambicana de Bancos “guardar segredo profissional sobre todas as operações realizadas e a realizar com os seus clientes, bem como sobre factos ou informações relativas aos clientes ou a terceiros, cujo conhecimento lhes advenha do exercício das suas actividades”.

Conhecidos os preceitos que limitam a utilização e revelação das informações bancárias, cabe agora compreender o seu âmbito subjetivo, objetivo e restrições legais.

### 3. Âmbito subjetivo

A delimitação do âmbito subjetivo ou pessoal do dever de sigilo bancário decompõe-se na análise dos sujeitos do dever de sigilo e nos titulares do direito de sigilo.

No que respeita às normas sobre os sujeitos do dever de segredo, isto é, as pessoas que, em razão da sua atividade ou função, se encontram vinculadas a um dever de não revelação e utilização, apresentam uma formulação semelhante no quadro legislativo bancário de Angola, Cabo Verde e Moçambique<sup>62</sup>.

De acordo com a legislação em vigor, em especial o artigo 76.º, n.º 1 da Lei n.º 12/05, de 17 de junho e o artigo 48.º, n.º 1 da Lei n.º 15/99, de 1 de novembro, são sujeitos passivos do dever de segredo os “membros dos órgãos de administração ou de fiscalização das instituições financeiras bancárias, aos seus empregados, mandatários, comissários e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional”.

No mesmo sentido, o n.º 1 do artigo 32.º da Lei n.º 61/VIII/2014, de 23 de abril, refere que as “instituições financeiras, os respectivos titulares dos órgãos sociais, gerentes, directores, mandatários, trabalhadores, contratados, subcon-

---

61 Da Associação Moçambicana de Bancos, de 30 de outubro de 2006.

62 Aliás, como quase todo o regime do segredo bancário.

tratados, bem como outras pessoas que, a título permanente ou ocasional, lhes prestem serviços directamente ou através de outrem devem guardar sigilo sobre a identidade dos clientes da instituição financeira”.

Isto significa que, dado o carácter geral das disposições proibitivas, os preceitos dirigem-se, em primeiro lugar, às próprias instituições financeiras detentoras dos dados sigilosos e, em segundo lugar, aos seus órgãos<sup>63</sup>, empregados<sup>64</sup>, mandatários, comissários, meros prestadores de serviços, representantes e todos aquelas que de alguma forma são chamados a colaborar nas relações com os clientes.

A aferição do dever de segredo depende de um nexo de causalidade adequada<sup>65</sup> entre a tomada de conhecimento dos factos e o exercício das funções ou prestação de serviços. Os sujeitos só estão obrigados ao segredo quanto a informações obtidas ou conhecidas no exercício da profissão<sup>66</sup>, portanto a fonte de conhecimento que releva para efeitos do segredo bancário é apenas aquela que decorre do exercício da função ou prestação de serviços<sup>67</sup>. Consequentemente, não há dever de segredo relativamente a elementos que foram conhecidos fortuitamente num contexto alheio à atividade do banco.

Importa salientar que os sujeitos passivos do dever de segredo estão vinculados a este dever desde o conhecimento dos factos e elementos por ele cobertos. O dever de segredo só cessa mediante a autorização do cliente ou quando esses mesmos factos se tornem do conhecimento generalizado. Isto significa que a vinculação ao segredo é permanente, não está restrita ao tempo

---

63 E respetivos titulares. É através dos seus titulares que os órgãos atuam, daí que os atos dos titulares dos órgãos se consideram o próprio banco.

64 Em Angola, o dever de segredo dos trabalhadores vem reforçado no parágrafo 3.2 do Código de Conduta dos trabalhadores do Banco Nacional de Angola, no qual se determina que “nos termos das normas legais sobre o dever de segredo profissional, nomeadamente no âmbito do previsto no artigo 96.º da Lei do Banco Nacional de Angola e artigo 61.º da Lei nº 13/05, de 30 de setembro, os trabalhadores não podem divulgar ou usar informações confidenciais obtidas no desempenho das suas funções ou em virtude desse desempenho.”

65 Neste sentido, Capelo de Sousa, 2002: 189.

66 A parte final do artigo 76.º, n.º 1, da Lei n.º 12/15, de 17 de janeiro e do artigo 48.º, n.º 1, da Lei n.º 15/99 de 1 de novembro, referem, sem margem de dúvidas, que o dever de segredo se reporta a factos “cujo conhecimento lhes advenha exclusivamente do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços”. Igualmente, mas preterindo da expressão “exclusivamente”, se conclui da leitura da parte final do artigo 32.º, n.º 1, da Lei n.º 61/VIII/2014, de 23 de abril.

67 Cfr. Gune, 2003: 177.

de vigência do contrato de trabalho, prestação de serviços, ou qualquer outro, e não está limitada pela forma de cessação das funções<sup>68</sup>.

O dever de sigilo bancário não se circunscreve às instituições financeiras. Igual dever recai sobre as autoridades de supervisão bancária, designadamente, sobre o Banco Nacional de Angola, o Banco de Cabo Verde e o Banco de Moçambique. Aqui, o alargamento do dever de sigilo às entidades de supervisão emana quer das próprias leis das instituições financeiras<sup>69</sup>, quer das leis orgânicas dos respetivos bancos centrais<sup>70</sup>.

Assim, relativamente ao Banco Nacional de Angola, dispõe o artigo 96.º, n.º 1, da Lei n.º 16/10, de 15 de julho:

“Tudo quanto respeite a actividade do Banco Nacional de Angola, isto é, depósitos, empréstimos, garantias, relações com o exterior e em geral a todas as operações bancárias, bem como informações sobre a organização e funcionamento do Banco Nacional de Angola, considera-se de natureza estritamente confidencial e a coberto do sigilo bancário”.

Em sentido idêntico, o artigo 62.º da Lei n.º 10/VI/2002, de 15 de julho, remete para o dever de segredo consagrado na Lei n.º 61/VIII/2014, de 23 de abril, assim:

“Os membros dos órgãos do Banco, os empregados deste e bem assim quaisquer pessoas que lhe prestem directa ou indirectamente serviços estão sujeitos ao dever de sigilo nos termos aplicáveis às instituições de crédito e parabancárias.”

Finalmente, quanto ao Banco de Moçambique, resulta do disposto no artigo 73.º da Lei n.º 01/92, de 3 de janeiro, que:

“Considera-se de natureza confidencial e a coberto de sigilo bancário tudo quanto diga respeito a depósitos, operações de crédito, garantias, relações com o exterior, ou quaisquer outras operações efectuadas no Banco”.

68 Cfr. artigo 76.º, n.º 3, da Lei n.º 12/05, de 17 de junho, o artigo 32.º, n.º 3, da Lei n.º 61/VIII/2014, de 23 de abril e o artigo 48.º, n.º 3, da Lei n.º 15/99, de 1 de novembro.

69 Cfr. artigo 78.º, n.º 1, da Lei n.º 12/15, de 17 de janeiro, artigo 34.º, n.º 1, da Lei n.º 61/VIII/2014, de 23 de abril e artigo 56.º, n.º 1, da Lei n.º 15/99, de 1 de novembro.

70 Cfr. artigo 96.º, n.º 1, da Lei n.º 16/10, de 15 de julho (que revoga a Lei n.º 6/97, de 11 de julho), artigo 62.º da Lei n.º 10/VI/2002, de 15 de julho (que revoga a Lei n.º 2/V/96, de 1 de julho), e artigo 73.º, n.º 1, da Lei n.º 01/92, de 3 de janeiro.

Assim, à semelhança do que já foi referido, o dever de segredo das autoridades de supervisão bancária inclui as pessoas que exerçam, ou tenham exercido funções nas instituições financeiras e, bem assim, prestem ou tenham prestado serviços a título permanente ou ocasional<sup>71</sup>. Há, portanto, uma relação direta entre as pessoas que, pelas suas funções, têm contacto com informações relativas aos clientes e o dever de não revelação e utilização dos dados sensíveis.

Estão também sujeitas ao dever de segredo bancário todas as autoridades, organismos e pessoas coletivas ou privadas que participem na troca de informações bancárias com o Banco Nacional de Angola<sup>72</sup>, com o Banco de Cabo Verde<sup>73</sup> e com o Banco de Moçambique<sup>74</sup>.

Finalmente, e tal como afirmámos anteriormente, o âmbito subjetivo do dever de segredo não se esgota com a definição dos seus sujeitos passivos.

Correspondentemente, são sujeitos ativos do direito ao segredo bancário os clientes, pessoas singulares e coletivas, bem como as próprias instituições financeiras e autoridades de supervisão. Constituem matéria de segredo as informações acerca das relações entre os bancos e os seus clientes, por um lado, e as informações respeitantes ao funcionamento das próprias instituições, por outro.

Por cliente deve entender-se não só aquele que realiza operações no banco – depósitos, levantamentos, transferência, câmbio, ou outra – mas também aqueles que forneceram informações ao banco em resultado de relações pré-negociais que não chegaram a bom termo<sup>75</sup>.

#### 4. Âmbito objetivo

O âmbito objetivo do dever de sigilo bancário traduz os factos, informações e dados que, no contexto da atividade bancária, constituem matéria sigilosa.

Considerando o disposto no artigo 76.º, n.º 1 da Lei n.º 12/05, de 17 de junho, o artigo 32.º, n.º 1, da Lei n.º 61/VIII/2014, de 23 de abril e o artigo

---

71 As leis orgânicas do Banco Nacional de Angola e do Banco de Moçambique determinam que “qualquer pessoa afecta, mesmo a título ocasional, às actividades do Banco (...) está sujeita ao sigilo bancário.”, (artigo 97.º e artigo 74.º respetivamente). Devemos entender que o mesmo alcance é dado aos trabalhadores afetos a qualquer título, mesmo que ocasional, do Banco de Cabo Verde uma vez que a Lei Orgânica do Banco de Cabo Verde remete para o regime do segredo bancário das instituições financeiras (Lei n.º 61/VIII/2014, de 23 de abril) do qual decorre a mesma regra.

72 Cfr. artigo 79.º, n.º 2, da Lei n.º 12/05, de 17 de junho.

73 Cfr. artigo 80.º, n.º 6, da Lei n.º 61/VIII/2014, de 23 de abril.

74 Cfr. artigo 57.º, n.º 3, da Lei n.º 15/99, de 1 de novembro.

75 Conforme Alberto, 1981: 454.

48.º, n.º 1 da Lei n.º 15/99, de 1 de novembro, o âmbito objetivo ou material do dever de segredo é muito semelhante em Angola, Cabo Verde e Moçambique.

O dever de segredo configura uma obrigação negativa de não revelar nem utilizar os factos considerados confidenciais. Todas as disposições acima referidas contêm uma cláusula geral que determina a proibição de utilização ou revelação de factos ou elementos respeitantes ao funcionamento, vida das instituições ou às relações destas com os seus clientes, cujo conhecimento advenha do exercício das funções desempenhadas ou da prestação de serviços efetuadas.

Estão incluídos no âmbito do segredo bancário todos os factos respeitantes à vida bancária institucional ou comercial, numa dimensão interna e externa das instituições de crédito, que não sejam suscetíveis de publicidade obrigatória. Além destes, incluem-se no conteúdo do dever de segredo todos os elementos relativos às relações do banco<sup>76</sup> com os seus clientes, quer sejam ou não suscetíveis de causar danos ao cliente ou à instituição bancária.

O critério funcional de delimitação objetiva do sigilo bancário é complementado por uma enumeração exemplificativa<sup>77</sup>, da qual constam, entre outros, os nomes dos clientes, as contas de depósito e os seus movimentos e outras operações financeiras. Daqui decorre que quaisquer outras situações a que a lei não faça expressa referência e se enquadrem no conceito amplo de “operações financeiras” estão abrangidas pelo dever de segredo bancário.

Finalmente, a legislação financeira não proíbe toda e qualquer utilização e revelação dos factos qualificados como sigilosos, proibindo sim a sua utilização para benefício próprio ou de terceiro e a sua revelação pública ou a terceiros.

Do ponto de vista das entidades de supervisão bancária, também os factos conhecidos no âmbito do exercício de funções no Banco Nacional de Angola, Banco de Cabo Verde e Banco de Moçambique estão cobertos pelo segredo

---

76 Ao longo deste artigo vamos referir-nos, indiferenciadamente, a “banco”, “instituição bancária”, “instituições de crédito” e “instituições financeiras” para nos reportarmos a uma empresa cuja atividade principal consista em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis, a fim de os aplicar por conta própria, mediante a concessão de crédito. Na legislação objeto de análise, a designação “banco” é integrada, simultaneamente (i) na definição de “instituições financeiras bancárias” (artigo 2.º, n.º 13, da Lei n.º 12/05, de 17 de junho), ii) na categoria de “instituições de crédito” (artigo 3.º, alínea a) da Lei n.º 15/99, de 1 de novembro), iii) na categoria mais ampla de “instituição financeira” e subcategoria de “instituições de crédito” (artigo 3.º, n.º 2, alínea a), parágrafo i) da Lei n.º 61/VIII/2014, de 23 de abril). Portanto, uma vez que nos referimos à obrigação de segredo tendo como referência o regime geral consagrado nestes diplomas, a referência à realidade jurídica “banco” não será uniforme.”

77 Cfr. artigo 76.º, n.º 1, da Lei n.º 12/05, de 17 de junho, artigo 32.º, n.º 2, da Lei n.º 61/VIII/2014, de 23 de abril e artigo 48.º, n.º 2, da Lei n.º 15/99, de 1 de novembro. Notamos que o elenco exemplificativo resulta, desde logo, da expressão “designadamente” e, bem assim, do reforço levado a cabo pela inclusão de uma previsão genérica de “operações financeiras”.

bancário. Tem natureza estritamente confidencial “tudo quanto diga respeito a depósitos, operações de crédito, garantias, relações com o exterior, ou quaisquer outras operações efectuadas no Banco”<sup>78</sup>. Pelo que, de um modo geral, os bancos centrais, estão “sujeitos ao dever de sigilo nos termos aplicáveis às instituições”<sup>79</sup>.

## 5. Exceções ao dever de segredo bancário

Na forma como foi concebido pelo legislador, o sigilo bancário não surge enquanto um direito absoluto, insuscetível de sofrer restrições. A evolução foi marcada por um enfraquecimento do segredo bancário, motivada por exigências estaduais, policiais e fiscais.

Se é verdade que as características atuais da sociedade oferecem razões para a manutenção da tutela do segredo bancário, também é facto que fornecem importantes razões para a consagração de restrições a esse dever.

O direito bancário prevê a dispensa voluntária do dever de sigilo<sup>80</sup> por limitação do titular do direito ao segredo bancário. Como o direito ao segredo é um direito disponível e renunciável, sempre<sup>81</sup> que o cliente autorize, por escrito<sup>82</sup>, a revelação da informação financeira, o segredo bancário pode ser afastado pelas instituições bancárias e pelas autoridades de supervisão<sup>83</sup>, facto que aliás permite argumentar a base contratualista bilateral, uma das fontes do dever de sigilo.

78 Cfr. artigo 78.º, n.º 1, da Lei n.º 01/92, de 3 de janeiro. Igual alcance vem previsto no artigo 96.º, n.º 1, da Lei do Banco Nacional de Angola (Lei n.º 16/10, de 15 de julho): “tudo quanto respeite a actividade do Banco Nacional de Angola, isto é, depósitos, empréstimos, garantias, relações com o exterior e em geral a todas as operações bancárias, bem como informações sobre a organização e funcionamento do Banco Nacional de Angola, considera-se de natureza estritamente confidencial e a coberto do sigilo bancário”.

79 Cfr. artigo 62.º da Lei n.º 61/VIII/2014, de 15 de julho.

80 Por oposição à dispensa legal do dever de sigilo. Como afirma Vasco Soares da Veiga, a respeito das exceções ao regime regra de observância do sigilo bancário no Regime Geral das Instituições de Crédito em Portugal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro (Soares da Veiga, 1994: 185).

81 Cfr. artigo 77.º, n.º 1, da Lei n.º 12/15, de 17 de janeiro, artigo 33.º, alínea *d*), da Lei n.º 61/VIII/2014, de 15 de julho e artigo 49.º, n.º 1, da Lei n.º 15/99 de 1 de novembro.

82 O artigo 77.º, n.º 1, da Lei n.º 12/15, de 17 de janeiro e o 49.º, n.º 1, da Lei n.º 15/99, de 1 de novembro impõe a autorização expressa do cliente, sob a forma escrita. Diferentemente, o artigo 33.º, alínea *d*), da Lei n.º 61/VIII/2014, não impõe qualquer formalismo. A nosso ver, tratando-se de uma norma que restringe o dever de segredo, a autorização tácita deve ser evitada por razões de cautela que se prendem, designadamente, com o ónus de prova.

83 Neste sentido, veja-se o caso do Banco Nacional de Angola, do Banco de Cabo Verde e do Banco de Moçambique (artigo n.º 78.º, n.º 2 da Lei n.º 12/15, de 17 de junho, artigo 34.º, n.º 1, da Lei n.º 61/VIII/2014, de 23 de abril e artigo 56.º da Lei n.º 15/99, de 1 de novembro, respetivamente).

Quaisquer outras situações de derrogação do segredo bancário constam de um elenco taxativo<sup>84</sup>, alicerçado, sobretudo, em razões institucionais e de interesse público que, por força de uma ponderação de valores, se considerou prevalecentes sobre o dever de sigilo bancário.

Cabe portanto identificar as situações jurídicas e as circunstâncias excepcionais em que, por determinação expressa da lei, se permite a derrogação do segredo bancário<sup>85</sup>.

Os factos e elementos cobertos pelo dever de segredo só podem ser revelados pelas instituições de crédito Angolanas nos casos especialmente cobertos pelo elenco legal previsto no artigo 77.º, n.º 2, da Lei n.º 12/15, de 17 de janeiro. As exceções incluem as informações transmitidas: i) ao Banco Nacional de Angola, no âmbito das suas atribuições; ii) ao Organismo de Supervisão do Mercado de Valores Mobiliários, no âmbito das suas atribuições; iii) à Agência Angolana de Regulação e Supervisão de Seguros, no âmbito das suas atribuições; iv) para a instrução de processos mediante despacho do Juiz de Direito ou do Magistrado do Ministério Público; e v) quando exista outra disposição legal que expressamente limite o dever de segredo<sup>86</sup>.

Ainda neste âmbito, quanto aos factos e elementos cobertos pelo dever de sigilo em Cabo Verde, o artigo 33.º da Lei n.º 61/VIII/2014, de 23 de abril, prevê as seguintes situações de levantamento do sigilo bancário: i) revelação ao Banco de Cabo Verde, no âmbito das suas atribuições; ii) revelação à Auditoria Geral do Mercado de Valores Mobiliários (AGMVM), no âmbito das suas atribuições; iii) para efeitos e no âmbito de mecanismos de garantia previstos na Lei; iv) divulgação com a autorização da instituição financeira, e no estrito cumprimento dessa autorização, quando as informações respeitem exclusivamente ao funcionamento das mesmas; v) nos termos da lei penal e processual; e vi) nos termos de outra disposição legal que expressamente o permita.

---

84 Assim se conclui pela utilização da expressão “só”, no artigo 77.º, n.º 2, da Lei n.º 12/15, de 17 de janeiro, no artigo 33.º da Lei n.º 61/VIII/2014, de 15 de julho e no artigo 49.º, n.º 2, da Lei n.º 15/99 de 1 de novembro.

85 Para esta análise circunscrevemos o âmbito do nosso estudo às restrições consagradas nas leis das instituições financeiras, nas leis orgânicas dos bancos centrais e nas leis relativas ao combate do branqueamento de capitais e terrorismo. As restrições são elencadas de forma genérica, a fim de garantir, somente, uma visão global do instituto do segredo bancário. Reservamos uma análise profunda das remissões operadas por estas leis para uma outra ocasião que permita o tratamento exaustivo de cada uma delas.

86 Sobre o segredo bancário na legislação Angolana, veja-se Sequeira, 2014: 29.

Do mesmo modo, no que respeita a Moçambique, segundo o artigo 49.º, n.º 2, da Lei n.º 15/99, de 1 de novembro, a informação sujeita ao segredo pode ser revelada: i) ao Banco de Moçambique, no âmbito das suas atribuições; ii) nos termos previstos na Lei Penal e no Processo Penal; iii) quando exista outra disposição legal que expressamente limite o dever de segredo; iv) ao Fundo de Garantia de Depósitos, no âmbito das respetivas atribuições<sup>87</sup>; e v) quando haja ordem judicial, assinada por um juiz de direito<sup>88</sup>.

São ainda taxativas as restrições ao segredo bancário por parte das entidades de supervisão bancária quanto às matérias consideradas de natureza confidencial, tais como aos depósitos, empréstimos, garantias, relações destas com o exterior e em geral a todas as operações bancárias, bem como informações sobre a organização e funcionamento.

Em primeiro lugar, e a par do que se verifica com as instituições financeiras, havendo consentimento voluntário por escrito<sup>89</sup> do titular dos elementos cobertos pelo dever de segredo, podem as suas informações ser utilizadas ou reveladas.

Além destas situações, de acordo com o artigo 96.º, n.º 1, da Lei n.º 16/10, de 15 de julho, o Banco Nacional de Angola pode prestar informações ou emitir reproduções cobertas pelo dever de segredo nos seguintes casos: i) a pedido do interessado nas operações; ii) para instruções de processos mediante despacho do Juiz de Direito ou do Magistrado do Ministério Público; e iii) por determinação do Governador do Banco Nacional de Angola, mediante despacho. No mesmo sentido, quanto ao Banco de Moçambique, as exceções ao dever de segredo previstas no artigo 75.º da Lei 01/92, de 3 de janeiro, incluem os casos i) de pedido do titular das referidas operações; e ii) mediante despacho do juiz de direito depois de previamente ouvido, por ofício, o Governador do Banco<sup>90</sup>.

---

87 Aditado pela Lei n.º 9/2004, de 21 de julho.

88 Aditado pela Lei n.º 9/2004, de 21 de julho.

89 Mais uma vez, remetendo o artigo 32.º da Lei n.º 61/VIII/2014, de 23 de abril, para as disposições do segredo aplicáveis às instituições de crédito, entendemos que se possa admitir, em Cabo verde, o consentimento tácito, com alguma cautela face a questões relacionadas com a prova e segurança do cliente.

90 Não obstante este elenco de situações que permitem excecionar o dever de segredo, o artigo 96.º, n.º 2, da Lei n.º 12/15, de 17 de janeiro, e o artigo 75.º, n.º 2, da Lei n.º 01/92, de 3 de janeiro, consagram como matéria de natureza estritamente confidencial e, portanto, coberta do sigilo bancário, as informações sobre as medidas de política monetária, cambial e de segurança do Banco Nacional de Angola e do Banco de Moçambique.



Importa ainda salientar que, no âmbito da cooperação com outras entidades, por regra, o Banco Nacional de Angola<sup>91</sup>, o Banco de Cabo Verde<sup>92</sup> e o Banco de Moçambique<sup>93</sup> podem trocar informações com entidades nacionais e internacionais. No entanto, as garantias de segredo mantêm-se a nível da cooperação internacional. Portanto, sempre que sejam negociados acordos de cooperação, as informações transmitidas têm de beneficiar de garantias de segredo pelo menos equivalentes às estabelecidas nas leis das instituições financeiras<sup>94</sup>.

Atualmente, temos assistido a um movimento crescente de levantamento de segredo bancário no âmbito dos compromissos<sup>95</sup> assumidos internacionalmente para combater a criminalidade organizada, branqueamento de capitais

---

91 O artigo 79.º, n.º 1, da Lei n.º 12/05, de 17 de junho, determina que o Banco Nacional de Angola pode trocar informações com o Organismo de Supervisão do Mercado de Valores Mobiliários e Agência Angolana de Regulação e Supervisão de Seguros, no âmbito das suas atribuições, com as autoridades intervenientes em processos de liquidação de instituições financeiras, pessoas encarregadas do controlo legal das demonstrações financeiras das instituições financeiras e os organismos com competência de supervisão sobre aquelas pessoas, com as autoridades de supervisão de outros Estados, em regime de reciprocidade, quanto às informações necessárias à supervisão das instituições financeiras com sede em Angola, e das instituições de natureza equivalente com sede naqueles Estados, no âmbito de acordos de cooperação que o Banco tenha celebrado, com os bancos centrais e outros organismos de vocação similar, enquanto autoridades monetárias, e outras autoridades com competência para a supervisão dos sistemas de pagamento, com os organismos encarregados da gestão dos sistemas de garantia de depósito e com outros organismos com a função de acompanhamento e salvaguarda da estabilidade do sistema financeiro nacional.

92 Prevê-se a possibilidade das autoridades de supervisão do sistema financeiro, no exercício das suas atribuições, cooperarem com as instituições equiparadas de outros países “com o propósito de reforçar a segurança e a estabilidade dos respetivos sistemas financeiros nacionais” (artigo 60.º, n.º 1, da Lei n.º 61/VIII/2014, de 23 de abril). Para o efeito, o n.º 2 artigo 60.º refere que podem celebrar com as essas instituições acordos bilaterais ou multilaterais de cooperação, tendo nomeadamente em vista a recolha de elementos relativos a infrações contra o mercado financeiro e de outras cuja investigação caiba no âmbito das suas atribuições, troca das informações necessárias ao exercício das respetivas funções de supervisão ou de regulação, consultas sobre problemas suscitados pelas respetivas atribuições e formação de quadros e troca de experiências no âmbito das respetivas atribuições.

93 O artigo 57.º, n.º 1, da Lei n.º 15/99, de 1 de novembro, prevê que o Banco de Moçambique possa trocar informações com i) as autoridades intervenientes em processos de liquidação de instituições de crédito e sociedades financeiras; b) as pessoas encarregadas do controlo legal das contas das instituições de crédito e sociedades financeiras; e c) as autoridades de supervisão de outros Estados, em regime de reciprocidade, quanto às informações necessárias à supervisão das instituições de crédito e sociedades financeiras com sede em Moçambique e das instituições de natureza equivalente com sede naqueles Estados, no âmbito de acordos de cooperação que o Banco haja celebrado.

94 Cfr. artigo 80.º da Lei n.º 12/05, de 17 de junho, artigo 60.º, n.º 6, da Lei n.º 61/VIII/2014, de 23 de abril e artigo 58.º da Lei n.º 15/99, de 1 de novembro.

95 No âmbito da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, adotada em Viena (Suíça), no dia 20 de dezembro de 1988, da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, adotada em Nova Iorque (EUA), no dia 15 de novembro de 2000 e Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo, adotada pelas Nações Unidas em Nova Iorque (EUA), no dia 9 de dezembro de 1999.

e financiamento do terrorismo. O branqueamento designa, em geral, a utilização dos bancos para dissimular a origem criminosa da obtenção de fundos<sup>96</sup>.

Encontram-se em vigor diversas disposições que impõem a comunicação de informação com vista à colaboração com a justiça no âmbito do branqueamento de capitais e crime organizado. Aliás, em alguns casos, as leis das instituições financeiras deixam claro que as disposições sobre sigilo bancário não prejudicam as restrições estabelecidas na legislação sobre branqueamento de capitais<sup>97</sup>.

Este tema assume especial importância uma vez que nas jurisdições de sigilo as operações e transações financeiras, mesmo que procedentes de atividades ilícitas, podem ser mantidas no anonimato.

Em Angola, a Lei n.º 34/11, de 12 de dezembro (Lei do Combate ao Branqueamento de Capitais e do Financiamento do Terrorismo em Angola)<sup>98</sup> prevê a obrigação de comunicação pelas instituições financeiras à Unidades de Informação Financeira sempre que suspeitem, ou tenham razões suficientes para suspeitar, que teve lugar, está em curso ou foi tentada uma operação suscetível de estar associada à prática do crime de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo ou de qualquer outro crime<sup>99</sup>. As informações sobre as operações dos clientes e respetivos documentos podem ser também fornecidas às autoridades de supervisão, de fiscalização<sup>100</sup>, autoridades judiciais e policiais competentes<sup>101</sup>. Quaisquer informações prestadas de boa-fé pelas entidades financeiras no cumprimento das obrigações mencionadas não constituem violação de qualquer obrigação de segredo, nem constituem responsabilidade disciplinar, civil ou criminal<sup>102</sup>.

---

96 Menezes Cordeiro, 2010: 343.

97 Cfr. artigo 96.º, n.º 4, da Lei 16/10, de 15 de julho.

98 Que revoga a Lei n.º 12/10, de 9 de julho (Lei do Combate ao Branqueamento de Capitais e do Financiamento ao Terrorismo) e é alterada pela Lei n.º 3/14, de 10 de fevereiro (Lei sobre a Criminalização das Infracções Subjacentes ao Branqueamento de Capitais).

99 Cfr. artigo 13.º, n.º 1, da Lei n.º 34/11, de 12 de dezembro. De acordo com o n.º 2 do mesmo artigo, “as entidades sujeitas devem ainda comunicar à Unidade de Informação Financeira todas as transacções em numerário igual ou superior, em moeda nacional, ao equivalente a USD 15 000,00 (quinze mil Dólares dos Estados Unidos da América)”.

100 Cfr. artigo 16.º, n.º 1, da Lei n.º 34/11, de 12 de dezembro. Consideram-se entidades de supervisão nos termos do artigo 35.º da Lei n.º 34/11, de 12 de dezembro, o Banco Nacional de Angola, o Instituto de Supervisão de Seguros e a Comissão do Mercado de Capitais.

101 Cfr. artigo 16.º, n.º 2, da Lei n.º 34/11, de 12 de dezembro.

102 Cfr. artigo 18.º da Lei n.º 34/11, de 12 de dezembro.

O levantamento do dever segredo bancário para efeito de combate ao branqueamento de capitais é acompanhado de determinadas garantias de proteção da informação em Angola, nomeadamente, a sua exclusiva utilização em processo penal, sem que possa, em caso algum, ser revelada a identidade de quem as forneceu<sup>103</sup>.

De igual modo, de acordo com a Lei n.º 14/2013, de 12 de agosto (Lei de Prevenção e Combate ao Branqueamento de Capitais e Financiamento ao Terrorismo)<sup>104</sup>, as instituições financeiras Moçambicanas comunicam as operações e outras transações dos clientes ao Gabinete de Informação Financeira de Moçambique<sup>105</sup> e às autoridades judiciais<sup>106</sup> sempre que suspeitem ou tenham motivos razoáveis para suspeitar que fundos ou bens resultam de atividade criminosa e estejam a esta relacionados ou ligados. Devem ainda comunicar as transações quando tenham indícios de que os fundos são utilizados para o financiamento do terrorismo e bem assim, quando tenham conhecimento de que um facto ou de uma atividade possa indiciar o crime de branqueamento de capitais ou de financiamento de terrorismo<sup>107</sup>. As transações suspeitas ou informações comunicadas de boa-fé nos termos da referida lei não estão sujeitas a responsabilidade administrativa, civil ou criminal por violação de contrato e de segredo bancário ou profissional<sup>108</sup>.

Em Cabo Verde<sup>109</sup>, a lei sobre a prevenção e repressão da lavagem de capitais (Lei n.º 38/VII/2009, de 20 de abril)<sup>110</sup> impõe especiais deveres de identi-

103 Cfr. artigo 13.º, n.º 3, da Lei n.º 34/11, de 12 de dezembro.

104 Que revoga a Lei n.º 7/2002 (Lei de Branqueamento de Capitais).

105 Cfr. artigo 18.º, n.º 1, da Lei n.º 14/2013, de 12 de agosto.

106 Cfr. artigo 20.º da Lei n.º 14/2013, de 12 de agosto.

107 Cfr. artigo 18.º, n.º 1 da Lei n.º 14/2013, de 12 de agosto. O dever de comunicação abrange ainda os casos de tentativa de realização de uma transação, todas as transações em numerário iguais ou superiores a duzentos e cinquenta mil meticais ou equivalente e todas as transações de valor igual ou superior a setecentos e cinquenta mil meticais ou equivalente (n.ºs 2.º e 3 do artigo 18.º da Lei n.º 14/2013, de 12 de agosto).

108 Cfr. artigo 26.º, n.º 1 da Lei n.º 14/2013, de 12 de agosto.

109 De acordo com o Sexto Relatório de Acompanhamento, Avaliação Mútua Cabo Verde, do Grupo Intergovernamental de Acção Contra o Branqueamento de Capitais na África Ocidental (2013: 4), “a vulnerabilidade do país aliada à sua configuração geográfica, a sua extensa fronteira marítima; o sector informal (responsável por uma parte substancial da sua economia); as transações financeiras feitas fora do circuito financeiro formal; a falta de regulamentação e supervisão do sector imobiliário; o “boom” neste sector, os grandes investimentos que o país está a ser alvo, podem indiciar alguma prática de atividades criminosas ligadas a lavagem de capitais”.

110 Que revoga a Lei n.º 17/VI/2002, de 16 de dezembro.

ficação e diligência sobre as transações bancárias<sup>111</sup>, bem como a comunicação dessas informações e respetivos documentos ao juiz ou Ministério Público, quando o ordenarem<sup>112</sup>. No entanto, a utilização da informação está limitada à sua utilização para investigação e punição de crimes previstos nesta lei<sup>113</sup>.

A questão do levantamento do sigilo bancário por suspeita de crime de branqueamento de capitais já foi objeto de decisões jurisprudenciais, designadamente no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Cabo Verde, n.º 71/2007, de 19 de dezembro de 2007, no qual se decide que “há pois um conjunto indiciário que justifica as medidas requeridas pelo Mº Pº que são indispensáveis à investigação criminal. Face ao exposto e nos termos referidos decide-se revogar o duto despacho e deferir o requerimento do Mº Pº, ordenando o levantamento do sigilo bancário e o congelamento de quaisquer saldos de contas bancárias”.

## 6. A violação do segredo bancário

A complexidade dos sistemas financeiros assentes em meios tecnológicos sofisticados atingiu dimensões que tornam imperativo reavaliá-lo à luz da tutela da intimidade privada. A confiança no sistema financeiro não subsiste sem um controlo da ilicitude e conflitualidade, razão pela qual se preveem sanções a aplicar no caso de violação do dever de segredo.

As leis bancárias Angolana, Cabo-Verdiana e Moçambicana consagram a criminalização da violação do dever de sigilo bancário nos artigos 82.º da Lei n.º 12/15, de 17 de junho, 102.º da Lei n.º 15/99, de 1 de novembro, e 230.º da Lei n.º 62/VIII/2014, de 23 de abril.

De acordo com as referidas normas, a violação do dever de segredo é punível nos termos da legislação penal. Quer isto dizer que a divulgação não autorizada ou indevida das informações cobertas pelo dever de segredo constitui um ilícito criminal. Uma vez que reveste a natureza de crime público, o seu procedimento não depende de queixa.

Por fim, em Angola e Moçambique, será punido com pena de prisão até seis meses e multa aquele que “revelar segredo de que só tiver conhecimento ou for depositário, em razão do exercício do seu emprego” e que indevidamente

111 Constantes dos artigos 8.º a 16.º da Lei n.º 38/VII/2009, de 20 de abril.

112 Cfr. artigos 19.º, n.º 1, da Lei n.º 38/VII/2009, de 20 de abril.

113 Cfr. artigos 19.º, n.º 2, da Lei n.º 38/VII/2009, de 20 de abril.

entregue papel ou cópia que não deva ter publicidade, conforme o artigo 290.º do Código Penal Angolano<sup>114</sup> e o artigo 483.º do Código Penal Moçambicano<sup>115</sup>.

Já em Cabo Verde, de acordo com o artigo 192.º do Código Penal<sup>116</sup>, a pena é mais gravosa uma vez que incumprimento da obrigação de sigilo ou reserva profissional determina a aplicação de uma pena de prisão entre 6 meses e 3 anos, ou pena de multa entre 80 e 200 dias.

A violação do dever de segredo é também passível de responsabilidade civil<sup>117</sup> e disciplinar<sup>118</sup>.

## REFLEXÕES

- Os sigilos profissionais, incluindo o sigilo bancário em Angola, Cabo Verde e Moçambique reconhecem e protegem os direitos individuais básicos da intimidade e da identidade individual.
- Os fundamentos que sustentam a tutela do segredo bancário conferem-lhe especial proteção nas ordens jurídicas Angolana, Moçambicana e Cabo-Verdiana. Assim, é sobretudo fundamentado no direito à reserva da vida privada e familiar dos clientes nas suas vertentes pessoal, profissional e económica. No geral, o interesse da clientela norteia o instituto do segredo bancário, garantindo o direito à descrição e à privacidade.
- Angola, Cabo Verde e Moçambique consagram um princípio geral de boa-fé nas relações contratuais, o que confere ao dever de segredo uma vertente contratual, mas não exclusiva.
- O segredo bancário em Angola, Cabo Verde e Moçambique apresenta um regime específico, sendo no entanto sistematicamente e materialmente reconduzido a uma modalidade ou decorrência do dever de segredo profissional a que os trabalhadores da banca se vinculam em virtude do desempenho das suas atividades profissionais.
- A proteção do segredo bancário também se fundamenta no interesse público de manutenção da confiança no sistema bancário. A prosse-

114 Decreto n.º 16/09/1886, de 20 de setembro e respetivas alterações.

115 Lei n.º 35/2014, de 31 de dezembro, e respetivas alterações.

116 Decreto-Legislativo n.º 4/2003, de 18 de novembro, e respetivas alterações.

117 Cfr. artigo 483.º, n.º 1, e 998.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de novembro de 1966 (Código Civil Angolano), artigos 483.º, n.º 1, e 998.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 31-A/99, de 30 de setembro (Código Civil Cabo-verdiano), e artigos 483.º, n.º 1, e 998.º do Decreto-Lei n.º 47344, de 18 de dezembro de 1967 (Código Civil Cabo-verdiano).

118 Cfr. artigo 230.º da Lei n.º 62/VIII/2014, de 23 de abril.

ção das atividades de crédito e depósito dependem da manutenção da confiança do público nas instituições financeiras.

- Em Angola, Cabo Verde e Moçambique, o dever de não revelação e utilização da informação bancária visa a proteção do bem jurídico segredo, que é individual e do qual são titulares quer as pessoas singulares, quer as pessoas coletivas.
- O segredo bancário apresenta uma natureza mista. Por um lado, é um direito subjetivo privado absoluto, por outro, um dever privado relativo. Quanto ao primeiro, decorre do direito do cliente à confidencialidade da informação bancária, ou seja, a que a sua informação bancária não seja revelada ou utilizada por qualquer terceiro. Relativamente ao segundo, fundamenta-se no direito do cliente às prestações de boa-fé e confidencialidade na atuação do banco.
- Atento às disposições legais, encontramos que o sigilo bancário não se circunscreve às relações entre os profissionais da banca e as instituições financeiras com a clientela, antes se estende à realidade institucional, abrangendo o dever de sigilo sobre factos ou elementos da vida da instituição de crédito. Embora se limite às informações conhecidas no desempenho das funções de banqueiro, entendidas em sentido lato, a vinculação ao dever de segredo é permanente e não se esgota com a cessação das funções.
- No plano internacional, o mercado bancário destes países cria condições favoráveis para atração de capitais. A segurança passa, necessariamente, pela cedência do segredo perante os valores da justiça.
- No presente, a complexidade da globalização dos sistemas financeiros implica novos fundamentos ao levantamento do sigilo bancário.
- Face à crescente globalização da economia e acréscimo de operações comerciais, muitas delas sujeitas ao sigilo bancário, os caminhos escolhidos para combater o fenómeno do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo passam pelo seu controlo, prevenção e repressão. Por razões óbvias, estas operações são preferencialmente levadas a cabo em países que consagram a proteção absoluta do segredo bancário, o que não é o caso de Angola, Cabo Verde e Moçambique.
- O direito bancário Angolano, Cabo-Verdiano e Moçambicano tem acompanhado as recomendações internacionais, permitindo o levantamento do segredo bancário, designadamente, no âmbito do combate ao branqueamento de capitais, financiamento do terrorismo, tráfico de drogas, e crime organizado.

## BIBLIOGRAFIA

**Livros, artigos de revistas, artigos em obras coletivas, artigos online e documentos oficiais**

ALBERTO, Luís

1981 “O Segredo Bancário em Portugal”, in *ROA*, Ano 41, volume II, maio-agosto, pp. 451-474.

AZEVEDO, Maria Eduarda

1991 “O Segredo Bancário”, in *Fisco*, número 33, pp. 12-17.

2011 “O Segredo Bancário e a Fiscalidade na ordem jurídica portuguesa”, in Fernando Araújo, Paulo Otero, & João Taborda da Gama, *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, volume V, pp. 287-313.

BANCO DE CABO VERDE,

2014 *Relatório Anual de 2014*, disponível em: [http://www.bcv.cv/SiteCollection Documents/RCA%202014%20VFF.pdf](http://www.bcv.cv/SiteCollection/Documents/RCA%202014%20VFF.pdf). [consultado em: 24/07/2015].

2015 *As vantagens e as oportunidades de negócios no sector financeiro*, disponível em: [www.portugalcaboverde.com/download.php?id=68](http://www.portugalcaboverde.com/download.php?id=68) [consultado em 20/07/2015]

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath

2002 “O segredo bancário/em especial face às alterações fiscais da Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro”, in António Menezes Cordeiro, Luís, Menezes Leitão & Januário da Costa Gomes, *Estudos em Honra do Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, volume II, Coimbra: Almedina, pp. 157-223.

CASTRO CALDAS, Júlio

1997 “Sigilo bancário, problemas atuais”, in Diogo, Leite de Campos e outros, *Sigilo bancário, I Colóquio Luso-Brasileiro sobre o Sigilo Bancário*, Lisboa: Cosmos, Instituto de Direito Bancário, pp. 31-45.

CERVINI, Raúl

1995 *El fundamento del secreto bancario*, disponível em: <http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/cervini-3.pdf> [consultado em: 20/06/2015].

DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Françoise

1995 *Droit bancaire*, 5ème edition, Paris: Dalloz.

DI AMATO, Astolfo

1979 *Il segreto bancario*, Napoli: ESI,

DOURADO, Ana Paula

2012 “Sobre o sigilo bancário, Comentário ao Acórdão do Supremo do Tribunal Administrativo de 5 de julho de 2012 (Processo n.º 286/12), Pleno da secção

- do contencioso tributário (relatora Conselheira Isabel Marques da Silva)”, in RFPDF, ano 5, numero 3 (Outono), pp. 231-247.
- ELLINGER, Eliahu Peter, LOMNICKA, Eva Z. & HOOLEY, Richard  
2006 *Ellinger's Modern Banking Law*, 4th edition, New York: Oxford University Press.
- FERNANDA PALMA, Maria  
2011 “Perspectivas constitucionais em matéria de segredo bancário”, in Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, & Paulo de Sousa Mendes, *ASFIC-PJE IDPCC-FDUL, 2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra, pp. 189-199.
- GRUPO INTERGOVERNAMENTAL DE ACÇÃO CONTRA O BRANQUEAMENTO DE CAPITALIS NA ÁFRICA OCIDENTAL  
2013 *Relatório de Acompanhamento, Avaliação Mútua Cabo Verde*, Maio, disponível em: [http://web.giaba.org/media/f/836\\_6th%20FUR%20Cape%20Verde%20-%20Portuguese.pdf](http://web.giaba.org/media/f/836_6th%20FUR%20Cape%20Verde%20-%20Portuguese.pdf). [consultado em: 7/08/2015].
- GUNE, Boaventura  
2003 *O sigilo bancário na Ordem Jurídica Moçambicana – Extensão e Limites*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa.
- LEITE DE CAMPOS, Diogo  
1997 “O sigilo bancário”, in Diogo Leite de Campos, e outros, *Sigilo bancário, I Colóquio Luso-Brasileiro sobre o Sigilo Bancário*, Lisboa: Cosmos, Instituto de Direito Bancário, pp. 11-17.
- MARTÍNEZ LOZANO, Juan Miguel  
2009 *El secreto bancario y los requerimientos individualizados de información de cuentas bancarias*, disponível em: [http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos\\_formacion/09\\_2010/05.pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/09_2010/05.pdf). [consultado em: 02/05/2015].
- MATOS, Jorge Rocha  
1997 *Estudo de Oportunidades para as Empresas Industriais Portuguesas, Guia de Cabo Verde*, 1.ª ed., Associação Industrial Portuguesa.
- MÁXIMO DOS SANTOS, Luís  
2004 “A derrogação por Razões Fiscais do Segredo Bancário”, in *Janus – Anuário de Relações Exteriores, Universidade Autónoma de Lisboa*, disponível em: <http://janusonline.pt/2004/2004.html> [consultado em: 02/05/2015].
- MENEZES CORDEIRO, António  
2014 “Sigilo bancário: fica a saudade?”, in *Cadernos O Direito N.º 8 – Temas De Direito Bancário I*, número 8, pp. 11-57.
- 2010 *Manual de Direito Bancário*, 4.ª edição revista e atualizada, Coimbra: Almedina.



- PALMA, Clotilde Celorico & CARLOS DOS SANTOS, António  
2012 “A derrogação do sigilo bancário para efeitos fiscais”, *TOC*, ano XVIII, 146, maio, pp. 46-52.
- PATRÍCIO, José Simões  
2004 *Direito Bancário Privado*, Lisboa: Quid Juris.
- PAÚL, Jorge Patrício  
2002, “O Sigilo Bancário e a sua relevância Fiscal”, *ROA*, volume II, ano 62, abril, pp. 573-603.
- PINTO, Ana Pessoa  
1999 “Sigilo bancário”, in Abdul Carimo M. Issá, *Temas de Direito Bancário*, Maputo: MBCI-SARL, pp. 225-267.
- RAMOS, Maria Célia  
1997 “O Sigilo Bancário em Portugal: Origens, Evolução e Fundamentos”, in Diogo, Leite de Campos e outros, *Sigilo bancário, I Colóquio Luso-Brasileiro sobre o Sigilo Bancário*, Lisboa: Cosmos, Instituto de Direito Bancário, pp. 115-137.
- RODRIGUES, Anselmo  
1997 “Sigilo bancário e direito constitucional”, in Diogo Leite de Campos, e outros, *Sigilo bancário, I Colóquio Luso-Brasileiro sobre o Sigilo Bancário*, Lisboa: Cosmos, Instituto de Direito Bancário, pp. 47-60.
- RODRIGUES, Benjamim  
1997 “O sigilo bancário e o sigilo fiscal”, in Diogo, Leite de Campos e outros, *Sigilo bancário, I Colóquio Luso-Brasileiro sobre o Sigilo Bancário*, Lisboa: Cosmos, Instituto de Direito Bancário, pp. 101-113.
- SALDANHA SANCHES, José Luis  
1995 “Segredo bancário e tributação do lucro real”, in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, número 377, pp. 23-44.
- SEQUEIRA, Adilson  
2014 *Planeamento e gestão fiscal em Angola, Reforma tributária*, Angola: Escolar Editora.
- SOARES DA VEIGA, Vasco  
1994 *Direito bancário*, Coimbra: Almedina.
- SOUSA MENDES, Paulo de  
2011 “A orientação da investigação para a descoberta dos benefícios económicos e o sigilo bancário in Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo de Sousa Mendes, *ASFIC-PJE IDPCC-FDUL, 2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra, pp. 201-214.

VERGANA BLANCO, Alejandro

1990 *El secreto bancario. Sobre su fundamento, legislación y jurisprudência*, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

## **Legislação, outros diplomas e jurisprudência**

### **Angola**

- Lei n.º 34/11, de 12 de dezembro (Lei do Combate ao Branqueamento de Capitais e do Financiamento do Terrorismo)
- Lei n.º 3/14, de 10 de fevereiro (Lei sobre a Criminalização das Infracções Subjacentes ao Branqueamento de Capitais)
- Lei n.º 16/10, de 15 de julho (Lei do Banco Nacional de Angola)
- Lei n.º 12/10, de 9 de julho (Revogada)
- Lei n.º 13/05, de 30 de setembro (Revogada)
- Lei n.º 12/05, de 17 de junho (Lei de Bases do Sistema Financeiro)
- Lei n.º 5/05 de 29 de julho (Lei do Sistema de Pagamentos de Angola)
- Lei n.º 6/97, de 11 de julho (Revogada)
- Decreto n.º 16/09/1886, de 20 de setembro (Código Penal)
- Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966 (Código Civil)
- Aviso do Banco Nacional de Angola n.º 05/2012, de 29 de março
- Aviso do Banco Nacional de Angola n.º 02/2011, de 01 de junho
- Aviso do Banco Nacional de Angola n.º 02/2010 de 20 de outubro
- Aviso do Banco Nacional de Angola n.º 2/2001, de 23 de novembro
- Instrutivo do Banco Nacional de Angola n.º 08/98
- Código de conduta dos trabalhadores do Banco Nacional de Angola

### **Cabo Verde**

- Lei n.º 62/VIII/2014, de 23 de abril (Lei das Instituições Financeiras)
- Lei n.º 61/VIII/2014, de 23 de abril (Lei de Bases do Sistema Financeiro)
- Lei n.º 38/VII/2009, de 20 de Abril (Lei que previne e reprime a lavagem de capitais, bens, direitos e valores)
- Lei n.º 17/VI/2002, de 16 de dezembro (Revogada)
- Lei n.º 10/VI/2002, de 15 de julho (Lei Orgânica do Banco de Cabo Verde)
- Lei n.º 3/V/96, de 1 de julho (Revogada)
- Lei n.º 2/V/96, de 1 de julho (Revogada)
- Lei n.º 43/III/88, de 27 de dezembro (Revogada)

- Decreto-Lei n.º 9/2012, de 20 de março (Organização, competência e funcionamento da Unidade de Informação Financeira)
- Decreto-Lei n.º 1/2008, de 14 de janeiro (Cria a Unidade de Informação Financeira)
- Decreto-Lei n.º 29/2005, de 2 de maio (Revogado)
- Decreto-Lei n.º 12/2005, de 7 de fevereiro (Revogado)
- Decreto-Legislativo n.º 4/2003, de 18 de novembro (Código Penal)
- Decreto-Lei n.º 31-A/99, de 30 de setembro (Código Civil)
- Resolução n.º 44/2014, de 2 de Junho, que aprova o Plano Nacional Integrado de Luta contra a Droga e o Crime (PNILDC) – 2012-2016
- Aviso n.º 03/2014, de 17 de Outubro
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Cabo Verde, de 19 de dezembro de 2007, processo n.º 71/2007

### **Moçambique**

- Lei n.º 35/2014, de 31 de dezembro (Código Penal)
- Lei n.º 14/2013, de 12 de agosto (Lei de Prevenção e Combate ao Branqueamento de Capitais e Financiamento ao Terrorismo)
- Lei n.º 9/2004, de 21 de julho (Que altera a Lei das Instituições Financeiras)
- Lei n.º 7/2002, de 5 de Fevereiro (Revogada)
- Lei n.º 15/99, de 1 de novembro (Lei das Instituições de Crédito)
- Lei n.º 01/92, de 3 de janeiro (Lei do Banco de Moçambique)
- Lei n.º 28/91, de 31 de dezembro (Revogada)
- Decreto n.º 34/92 de 26 de outubro (Revogado)
- Decreto n.º 43/89, de 28 de dezembro (Revogado)
- Decreto-Lei n.º 47344, de 18 de dezembro de 1967 (Código Civil)
- Aviso n.º 008/GGBM/96 do Banco de Moçambique
- Código de Conduta Bancária, Associação Moçambicana de Bancos, 30 de outubro de 2006



# AS INSTITUIÇÕES DE SUPERVISÃO FINANCEIRA EM MOÇAMBIQUE

*Raluca Tabita Ghiurco*

*ABSTRACT: This article presents some insights on Mozambican Supervisory Model, namely the financial supervisory authorities, and discusses: the banking supervisory framework (e.g., the autonomy and accountability of the central bank); the Portuguese influence regarding the background of the financial system; the competence of the Central Bank of Mozambique and of the Institute of Mozambique Insurance (as a regulatory authority of insurance activity) and a final note regarding the current background and the efforts to improve the quality and the efficiency of the financial supervisory system.*

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias. 2. Os princípios estruturantes do sistema de supervisão. 3. A organização do sistema financeiro moçambicano. 4. Os intervenientes nos mercados financeiros. 5. As instituições de crédito e as sociedades financeiras. 5.1. As categorias de instituições. 5.2. Os princípios da supervisão. 6. O exercício da atividade pelas instituições de crédito e pelas sociedades financeiras. 7. O Banco de Moçambique. 8. O Instituto de Supervisão de Seguros de Moçambique. 9. Quadro atual. 10. Conclusão.

## 1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A supervisão bancária em Moçambique esteve sempre ligada ao desenvolvimento da atividade bancária, que se iniciou durante o século XIX com o estabelecimento do Banco Nacional Ultramarino<sup>1</sup>. Em 1975 foi criado o Banco de Moçambique (BdM) como banco central e emissor de notas e moedas, tesoureiro do Estado e com funções comerciais, facto esse que cessou as atividades do Departamento do Banco Nacional Ultramarino.

---

1 Criado em 1864, duas décadas após a constituição do Banco de Portugal.

A Lei n.º 28/91<sup>2</sup> atribuiu, no seu artigo 26.º, ao BdM, na sua qualidade de banco central, a competência para garantir a supervisão, coordenação e fiscalização da atividade dos Bancos comerciais e instituições especiais de crédito, podendo fixar diretivas ou providenciar a promoção de uma política de crédito consentânea ao ritmo de desenvolvimento económico e à mobilização da poupança para ser aplicada no financiamento desse mesmo desenvolvimento económico. Conforme o artigo 5.º da Lei Orgânica do Banco de Moçambique (LO do BdM)<sup>3</sup>, a sua finalidade era a de promover a realização da política monetária do governo, procurar assegurar a estabilidade interna e externa do valor da moeda, providenciar os meios de pagamento necessários ao comércio internacional, disciplinar a atividade bancária e orientar a política de crédito do país.

Menos de oito anos depois, a Lei das Instituições de Crédito (RGIC)<sup>4</sup> bem como o respetivo regulamento, introduziram uma profunda reforma no sistema financeiro moçambicano, que se caracteriza pelo estabelecimento de um quadro legal que permite a criação de novas instituições bancárias com vista a aumentar a competição no mercado financeiro, contribuir para a melhoria da qualidade de prestação de serviços bancários e aumentar a capacidade de captação da poupança.

Na sua primeira versão, o RGIC atribuía ao BdM o poder de orientar e controlar a política monetária definida pelo governo através de emissão de normas reguladoras do mercado monetário, de natureza jurídica, que deviam ser observadas pelas instituições de crédito, o poder para centralizar informações sobre os riscos da concessão e aplicação de créditos e o poder para fixar regras especiais sobre prestação de informações, pelas instituições de crédito, sobre a matéria financeira.

Os diplomas acima referidos abriram uma nova era da supervisão bancária, tendo servido de base para a elaboração de regulamentação específica para o exercício da atividade por parte de determinadas categorias de instituições de

---

2 A Lei e Regimento das Instituições de Crédito, de 31 de dezembro de 1991, publicada no n.º 4, Suplemento ao Boletim da República 1.ª série, n.º 52, de 31/12/91, em conjunto com o Decreto 34/92, de 28 de outubro, publicado no n.º 22, Suplemento do Boletim da República .1ª série, n.º 43, de 26 de outubro de 1992.

3 Lei n.º 01/92, de 3 de janeiro, Lei Orgânica do Banco de Moçambique, que se rege toda a atividade da instituição (Caderno n.º 1 sobre o Banco de Moçambique, p. 3).

4 Lei n.º 15/99 de 1 de novembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 9/2004, de 21 de julho, que regula o estabelecimento e o exercício da atividade das instituições de crédito e das sociedades financeiras.

crédito de normas prudenciais inerentes à atividade bancária, o que favoreceu o aumento da concorrência e eficiência do setor.

## 2. OS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO SISTEMA DE SUPERVISÃO

Em 1999 os principais bancos comerciais – o Banco Comercial de Moçambique e o Banco Popular de Desenvolvimento – foram privatizados, discutindo-se então a autonomia do banco central nos países industrializados de sistemas democráticos.

O que se questionava era a correlação entre a democraticidade dos sistemas políticos e a autonomia dos bancos centrais<sup>5</sup>. Esta última característica era conhecida como “autonomia dentro do governo e não em relação ao governo”, o que significava que, de forma a atingir os objetivos de política económica do próprio governo, de forma estável, era indispensável adotar uma visão independente, capaz de avaliar os custos, a médio prazo, das soluções politicamente “mais fáceis” a curto prazo.

Hoje, o princípio da independência implica separar o Estado prestador (sob a feição de banco comercial) do Estado regulador (banco central e supervisor). Por um lado, este princípio surge como condição e como consequência do papel conferido ao supervisor num Estado-regulador e dos vastos poderes que lhe são atribuídos. Por outro lado, a crescente independência não permite travar o aumento excessivo dos poderes dos bancos centrais, o que representa uma desvantagem, atendendo à sua frágil legitimidade democrática. Note-se que o BdM não integra os órgãos centrais independentes da organização moçambicana, não obstante tendo funções de supervisão e integrando a administração indireta do Estado<sup>6</sup>.

Manifestações deste princípio são, por um lado, o artigo 1.º da LO do BdM, que expressa a sua natureza (de empresa pública) e a sua autonomia administrativa e financeira e, por outro lado, o artigo 78.º do mesmo diploma, segundo qual os membros do Conselho de Administração e trabalhadores do banco não poderão aceitar, direta ou indiretamente, quaisquer comissões ou presentes

---

5 Como fruto dessa preocupação consagrou-se a independência em relação ao poder político, executivo, aos grupos de interesse e ao Estado *amplo sensu*. Aposta-se cada vez mais na independência dos próprios membros do Conselho de Administração em relação às instituições nacionais, aos órgãos de soberania e a quaisquer outras instituições.

6 Artigo 48.º e seguintes da Lei n.º 7/2012, de 8 de fevereiro, que aprova a Lei Base da Organização e Funcionamento da Administração Pública.

por prestação de serviços, quer destinados a si quer a cônjuges, ascendentes, descendentes e demais parentes em 1.º grau.

Para além de independente, o banco central é “accountable” perante o poder político – legislativo e perante o mercado financeiro *grosso modo*<sup>7</sup>. Neste âmbito, o banco presta contas mediante elaboração de relatórios de atividade e contas, fornece informações a nível nacional e internacional e as suas decisões são passíveis de sindicabilidade pelos tribunais.

Em primeiro lugar, o BdM observa as políticas do Governo na execução das suas atribuições e competências<sup>8</sup>. Para além disso, o Governador e Vice-Governador do BdM, são nomeados, exonerados e demitidos pelo Presidente da República, nos termos da Constituição da República<sup>9</sup>. Os administradores são nomeados, exonerados e demitidos pelo Primeiro Ministro, devendo a nomeação incidir sobre pessoas de reconhecida competência em matéria monetária e financeira, económica ou jurídica<sup>10</sup>.

O Acordo de Basileia<sup>11</sup> admite, ainda, um regime de responsabilidade civil extracontratual do supervisor, variando da imunidade à responsabilidade por falta leve (não negligência<sup>12</sup>). Fica a questão de saber quem e que património responderá efetivamente pela lesão verificada.

Como requisitos da responsabilidade civil destacam-se a verificação do dever concreto de cuidado (quer quanto ao regulado, quer quanto ao mercado como um todo); a determinação da dimensão necessária da sua violação para legitimar o recurso ao instituto da responsabilidade civil; e a comparação com a conduta de um supervisor médio, atendendo às características

---

7 Que é possível mediante a criação dos necessários mecanismos de “responsabilidade” (princípio da accountability) dessa entidade.

8 Artigo 1.º do RGIC.

9 Constituição da República de Moçambique, aprovada em 2004, que entrou em vigor no dia 21 de janeiro de 2005.

10 Artigo 45.º da LO do BdM.

11 Adotado através da publicação, no Boletim da República, do Aviso n.º 3/GBM/2012, de 13 de dezembro, emitido pelo Banco de Moçambique, que tem por objeto estabelecer o âmbito e o calendário para a introdução no país de alterações ao regime prudencial e às regras de adequação de fundos próprios tendentes à sua compatibilização com o Acordo de Basileia II.

12 Veja-se que a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro portuguesa (que aprova o Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas) alarga a responsabilidade do Estado para lá da mera responsabilidade por falta dolosa e com negligência grosseira, censurando ações e omissões ilícitas praticadas com culpa leve e os danos decorrentes de culpa funcional – artigo 7.º, n.º 1 e n.º 3. Adicionalmente, o artigo 10.º, n.º 2 estabelece uma presunção de culpa leve na prática de atos jurídicos ilícitos.



de risco, extensão do dano, meios disponíveis, comportamentos alternativos e custos.

Neste sentido, o artigo 50.º, n.º 4 da LO do BdM estabelece a responsabilidade coletiva dos membros do Conselho de Administração pelas decisões tomadas bem como uma responsabilidade individual pela sua implementação.

A responsabilidade civil surge como contrapartida dos alargados poderes do supervisor, reforçando o seu estatuto e obrigando a uma maior diligência. Ela traz uma vantagem competitiva internacional através da confiança no sistema e, enquanto “mecanismo de supervisão do supervisor”, evita arbitrariedades por parte deste. Não obstante estas vantagens, o instituto da responsabilidade civil pode possibilitar a diminuição da responsabilidade do regulado, deteriorando a imagem do supervisor e gerando uma dupla oneração dos contribuintes (resultante da falha no mercado financeiro e do pagamento da indemnização).

### 3. A ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO MOÇAMBICANO

As instituições de supervisão financeira atuam numa estrutura organizada, sob o controlo das autoridades de supervisão<sup>13</sup>. Este sistema financeiro assume-se como unidade que engloba a atividade bancária, a que incide sobre os valores mobiliários e a atividade seguradora, sendo cada vez mais ténues as fronteiras individualizadoras de cada uma dessas vertentes.

O sistema financeiro moçambicano é composto pela banca, pela bolsa e pelos seguros. A Constituição moçambicana não define o termo “sistema financeiro”, mas determina a sua organização de forma a garantir a formação, a captação e a segurança das poupanças, bem como a aplicação dos meios financeiros necessários para o desenvolvimento económico e social do país<sup>14</sup>. O objetivo do sistema financeiro reside, pois, na adequada alocação dos recursos com a criação de capital financeiro e na sua canalização para o investimento social e economicamente produtivos, ainda que não se explicitem os meios para o alcançar.

À semelhança do sistema português, o sistema moçambicano estabelece uma separação entre a atividade seguradora e as demais atividades financeiras, sempre reconhecendo que o direito dos seguros deve continuar a ser objeto de um tratamento dogmático autonomizado.

---

13 Vd. Ferreira, Paulino, Ilhéu, Subtil Nóbrega & Honwana, 2013: 16.

14 Artigo 126.º da Constituição da República de Moçambique.

O Estado, ao definir como imperativo constitucional a tarefa legislativa de organização do sistema financeiro, fixa igualmente os parâmetros da respetiva disciplina, que se traduzem na garantia da formação, da captação e da segurança das poupanças e na aplicação dos meios financeiros disponíveis, enquanto ideia estrutural da organização económica, financeira e fiscal da Constituição<sup>15</sup>.

A atividade desenvolvida no âmbito do sistema financeiro é concretizada por um conjunto diversificado de instituições que, no entanto, apresentam uma característica essencial comum: todas elas têm por objeto o tratamento de dinheiro, facto que, aliás, justifica a sua designação genérica. A diferenciação reside, não obstante, no tipo de tratamento dispensado por cada uma delas ao objeto comum.

Esta autonomização do direito dos seguros moçambicano é, aliás, imposta por razões essencialmente técnicas, entre as quais, por um lado, a necessidade de um estatuto profissional das entidades seguradoras distinto do das restantes entidades que atuam no sistema financeiro e, por outro lado, a diferença na estrutura típica que apresentam as diversas modalidades de contrato de seguro em relação aos contratos de crédito ou de investimento, por cobrirem o risco atuarial (p.e., o risco de morte prematura) em troca de um determinado prémio<sup>16</sup>.

Em suma e em termos genéricos, o sistema financeiro moçambicano encontra-se organizado segundo a quadripartição clássica, agrupando:

- a) Nas instituições monetárias, as entidades que podem criar moeda escritural, mediante autorização para receber depósitos junto do público e utilizá-los por sua conta e risco na concessão de crédito;
- b) Nas instituições não monetárias, as entidades que podem receber do público outros fundos reembolsáveis e conceder crédito por sua conta e risco, bem como as empresas que promovem a captação de poupanças para ulterior aplicação em ativos financeiros, sem uma específica atividade de intermediação creditícia;
- c) Nos intermediários financeiros, as entidades que praticam atos cujo objeto sejam valores mobiliários;
- d) Nas entidades supervisoras, o BdM e o Instituto de Supervisão de Seguros de Moçambique (ISSM), nos termos de legislação própria, às

<sup>15</sup> Cfr. o artigo 99.º da Constituição da República de Moçambique.

<sup>16</sup> No mesmo sentido, Mandlate, 1999

quais é cometida a função de regulamentar o exercício das atividades que constituem o objeto dos diferentes operadores financeiros<sup>17</sup>.

#### 4. OS INTERVENIENTES NOS MERCADOS FINANCEIROS

No final da década de '80, o termo “supervisão bancária” ganhou foros de cidadania em muitos países europeus, sendo hoje colocado a nível mundial dada a progressiva interligação e interdependência dos mercados e dos sistemas financeiros. Sabendo que a preocupação do Estado é de preservar a confiança do cidadão, utente do sistema financeiro, a proteção dos depósitos públicos assumiu cada vez maior importância. Por essa razão, a legislação consagrou um conjunto de prerrogativas à supervisão, que são contrabalançadas pelo dever específico de sigilo profissional. Atualmente é universalmente aceite a existência de uma autoridade de supervisão bancária justificada pelo facto de as instituições de crédito receberem do público depósitos e outros fundos reembolsáveis.

Neste sentido, em cumprimento da sua Lei Orgânica, o BdM criou o Departamento de Supervisão Bancária com tarefas na área de licenciamento das instituições e na área de fiscalização da atividade bancária. No que respeita ao licenciamento das instituições, o Departamento avalia a viabilidade económica e técnica dos projetos e verifica a observância dos requisitos legais concernentes à instrução dos pedidos de autorização de constituição de instituições de crédito. Na área da fiscalização, o Departamento de Supervisão Bancária analisa regularmente as informações remetidas pelas instituições de crédito, em observância à LO do BdM.

À semelhança do sistema português, os principais intervenientes nos mercados financeiros moçambicanos são o Governo e o Presidente da República, juntamente com o BdM (que regula a banca e os valores mobiliários) e o ISSM<sup>18</sup>, enquanto entidade com funções de supervisão, fiscalização e regulação que sucede à extinta Inspeção Geral de Seguros.

Hoje, o BdM aposta na supervisão participativa, que se traduz na realização de reuniões mensais com representantes das instituições de crédito nas quais são discutidos aspetos gerais e específicos relativos à evolução dos indicadores do desempenho do sistema financeiro e à observância das normas prudenciais.

---

17 São as chamadas entidades supervisoras, por serem incumbidas da fiscalização do exercício da atividade financeira, nas suas diferentes modalidades.

18 Cujo Regime Jurídico foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 1/2010, de 31 de dezembro, em vigor desde 1 de abril de 2011.

Para além disso, desenvolve as suas atividades como orientador da política monetária, regulamentando os mercados e as operações financeiras, e como orientador da atividade financeira em conformidade com a política económica global. Enquanto banco central, o BdM assegura a solidez e estabilidade das instituições de crédito. É neste contexto que o desenvolvimento da atividade de supervisão obedece a regras prudenciais emanadas do Governo.

Para desempenhar da melhor forma o seu papel de supervisor, o BdM é membro da *East and Southern Africa Banking Supervisor Group*, uma organização de coordenação da supervisão bancária que tem por objetivo assegurar a concentração de ações na área da supervisão e promover a especialização e formação dos membros das instituições em técnicas e métodos de supervisão, troca de experiências sobre vários assuntos da especialidade e coordenação de ações estratégicas. Acrescente-se que, antes de 1999, o BdM adotou a Convenção da *Basle Committee on Banking Supervision*, organização constituída por autoridades de supervisão bancária e estabelecida em 1975 pelos governantes dos bancos centrais de 10 países. Este Comité é constituído por membros das autoridades de supervisão bancária e está vocacionado para a promoção da estabilidade dos sistemas financeiros, tendo definido princípios básicos, recomendações e padrões necessários para uma supervisão efetiva.

## 5. AS INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO E AS SOCIEDADES FINANCEIRAS

Por influência do direito português, a anterior classificação entre instituições de crédito, auxiliares de crédito e de intermediação financeira não monetárias, foi substituída pela classificação entre instituições de crédito e sociedades financeiras.

No seu artigo 2.º, n.º 1, alínea b), o RGIC define as sociedades financeiras como “empresas que não sejam instituições de crédito e cuja atividade principal consiste em exercer uma ou mais das atividades referidas nas alíneas b) a g) do n.º 1 do artigo 4 da presente Lei”.

Por seu turno, as instituições de crédito são definidas no artigo 2, n.º 1, alínea a) do RGIC – formal e materialmente – como “[...] empresas que integram uma das espécies previstas no artigo 3, cuja atividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis, quando o regime jurídico da respetiva espécie expressamente o permita, a fim de os aplicarem por conta própria (não apenas por conta de terceiros ou do cliente) mediante a concessão de crédito”. A densificação destes termos demonstra que a menção à “empresa” aproxima as instituições de crédito às empresas comerciais previstas

no Código Comercial Moçambicano, cuja atividade (conjunto de atos habitualmente praticados e interligados de modo funcional) consiste em receber do público (enquanto terceiros indeterminados e indetermináveis<sup>19</sup>) fundos reembolsáveis. Por “depósitos ou outros fundos reembolsáveis” entendem-se disponibilidades monetárias e qualquer tipo de depósito, seja à ordem ou a prazo<sup>20</sup>. Por fim, a *concessão de crédito* é entendida como intermediação ou aquisição financeiras diretas ou indiretas (numa interpretação lata do termo “crédito”). O artigo 8.º, n.º 2 do RGIC circunscreve negativamente o termo “concessão de crédito”. Mais uma vez, a interpretação deve ir no sentido de as operações previstas não se encontrarem apenas reservadas às instituições de crédito. Da análise do artigo 2.º n.º 1, alínea a) do RGIC parece decorrer, quando confrontado com o artigo 4.º do RGIC, que a definição se adequa melhor aos bancos (com um leque mais amplo de operações no n.º 1) do que à generalidade das instituições de crédito enumeradas no artigo 3.º do RGIC, sujeitas ao princípio da especialidade previsto no n.º 2.

### 5.1. As categorias de instituições

Em termos simplificados, o sistema financeiro moçambicano é composto por duas categorias de instituições, designadamente instituições de crédito (bancos, microbancos, cooperativas de crédito, sociedades de locação financeira, sociedades de investimento) e sociedades financeiras (sociedades financeiras de corretagem, sociedades de capital de risco, sociedades administradoras de compras em grupo, sociedades gestoras de cartões de crédito, casas de câmbio).

Começemos pela primeira categoria.

#### *i) Instituições de crédito*

Em suma, conforme o artigo 3.º do RGIC, as categorias de instituições de crédito são as seguintes:

- a) os *bancos*, que representam a instituição de crédito por excelência e são a base do sistema financeiro moçambicano;

19 O que exclui, por exemplo sócios ou entidades com relação de grupo com a instituição de crédito.

20 O artigo 2.º, n.º 2, alínea g) do RGIC define o “depósito” como contrato pelo qual uma entidade recebe fundos de outra, ficando com o direito de deles dispor para os seus negócios e assumindo a responsabilidade de restituir outro tanto, com ou sem juro, no prazo convencionado ou a pedido do depositante. A lei não fornece uma definição *positiva* semelhante para “fundos reembolsáveis”. A sua delimitação negativa é feita pelo artigo 8.º, n.º 1, segundo qual “não são considerados como fundos reembolsáveis recebidos do público os fundos obtidos mediante emissão de obrigações, nos termos do Código Comercial”.

- b) as *sociedades de locação financeira*, que têm por objeto principal o exercício da atividade de locação financeira<sup>21</sup>;
- c) as *cooperativas de crédito*, enquanto instituições de crédito constituídas sob forma de sociedades cooperativas, cuja atividade é desenvolvida a serviço exclusivo dos seus sócios<sup>22</sup>;
- d) as *sociedades de factoring*, cujo objeto principal é o exercício da atividade de *factoring* ou de cessão financeira<sup>23</sup>;
- e) as *sociedades de investimento*, que têm como objeto principal a concessão de crédito e a prestação de serviços conexos nos termos que lhes sejam permitidos por lei<sup>24</sup>;
- f) os *microbancos*, regulamentados pelo Decreto n.º 57/2004, de 10 de dezembro<sup>25</sup>, que exercem a atividade bancária restrita, operando em microfinanças<sup>26</sup>, nos termos estabelecidos pela legislação aplicável;
- g) as *instituições de moeda eletrónica*, que emitem meios de pagamento sob a forma de moeda eletrónica, nos termos estabelecidos na legislação aplicável<sup>27</sup>; e
- h) outras empresas que, correspondendo à definição da alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º, como tal sejam qualificadas por decreto do Conselho de Ministros.

Analisada a tipologia das instituições de crédito, são descritos de seguida os grupos que representam o *numerus clausus* de sociedades financeiras.

21 Segundo o artigo 1.º, n.º 2, alínea t) do RGIC, a locação financeira é o contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder a outra o gozo temporário de uma coisa adquirida ou construída por indicação do locatário a qual poderá, ou não, ser afeta a um investimento produtivo ou a serviços de manifesto interesse económico ou social, e que o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado, por um preço determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios fixados no contrato.

22 Artigo 2.º, n.º 2, alínea f) do RGIC.

23 Entende-se por *factoring* ou cessão financeira o contrato pelo qual uma das partes adquire da outra créditos a curto prazo, derivados da venda de produtos ou da prestação de serviços a uma terceira pessoa. Veja-se neste sentido o artigo 2.º, n.º 2, alínea r) do RGIC.

24 Artigo 2.º, n.º 2, alínea s) do RGIC.

25 Segundo o artigo 11.º, n.º 6 do RGIC, o BdM autoriza a constituição de microbancos.

26 É a atividade que consiste na prestação de serviços financeiros, essencialmente em operações de reduzida e média dimensão, segundo o artigo 2.º, n.º 2, alínea j) do RGIC.

27 A moeda eletrónica é definida pelo artigo 2.º, n.º 2, alínea i) do RGIC como valor monetário representado por um crédito sobre o emitente e que se encontre armazenado num suporte eletrónico e seja aceite como meio de pagamento por outras entidades que não o emitente.

*ii) Sociedades financeiras*

Por seu turno, as sociedades financeiras dividem-se em três grandes grupos, presentes no artigo 5.º do RGIC, a saber:

- a) as *sociedades de intermediação*, que têm como objeto intermediar nos mercados financeiros por conta própria ou por conta de outrem<sup>28</sup>;
- b) as *sociedades gestoras*, que gerem vários géneros de valores patrimoniais<sup>29</sup>;
- e
- c) as *sociedades de fomento*, que procuram encaminhar investimentos para determinados fins<sup>30</sup>.

As instituições de crédito estão sujeitas à supervisão do BdM, enquanto as sociedades financeiras à monitoria do BdM. Para além disso, o BdM é também a autoridade de regulamentação e supervisão da Bolsa de Valores Mobiliários, enquanto a atividade seguradora é fiscalizada pelo ISSM. Portanto, o BdM é a autoridade de supervisão por excelência.

Importa, agora, perceber quais são os valores e padrões que guiam o BdM no exercício do seu poder de supervisão prudencial e comportamental.

## 5.2. Os princípios da supervisão

O RGIC divide a sua disciplina em:

- Princípios gerais de supervisão<sup>31</sup> e
- Supervisão prudencial<sup>32</sup>

Os princípios gerais de supervisão aplicam-se tanto à supervisão prudencial, como à supervisão comportamental, indistintamente.

28 São elas sociedades de corretagem, sociedades corretoras, casas de câmbio e casas de desconto – artigo 5.º, alíneas a), b), h) e i) do RGIC.

29 Através de sociedades gestora de fundos de investimento, sociedades gestoras de património, sociedades administradoras de compras em grupo e de sociedades emittentes e gestoras de cartões de crédito – artigo 5.º, alíneas c), d), f) e g) do RGIC.

30 Através das sociedades de capital de risco – artigo 5.º, alínea e) do RGIC.

31 Artigo 53.º e seguintes do RGIC.

32 Artigo 60.º e seguintes do RGIC. Trata-se da supervisão centrada na fiscalização e acompanhamento do cumprimento de normas de natureza prudencial, nomeadamente sobre rácio de solvabilidade, reservas obrigatórias e limites de risco, entre outros, tendo em vista quer a proteção do sistema financeiro como um todo, quer a segurança dos fundos do público em cada instituição.

No que respeita à supervisão comportamental, as instituições de crédito e as sociedades financeiras devem assegurar aos clientes, em todas as atividades que exercem, elevados níveis de competência técnica, dotando a sua organização empresarial com os meios materiais e humanos necessários para proporcionar condições apropriadas de qualidade e eficiência. Nas relações com os clientes, os gestores e empregados das instituições de crédito e das sociedades financeiras devem proceder com diligência, neutralidade, lealdade, descrição e respeito pelos interesses que lhes são confiados<sup>33</sup>. Apesar da secção em análise do RGIC ter como epígrafe “Deveres Gerais”, trata-se, de facto, de princípios (gerais) de supervisão comportamental individualizados e separados dos princípios que encontramos no artigo 53.º e seguintes, que são transversais à supervisão (macro e micro) prudencial e à supervisão comportamental.

Enquanto princípio geral de supervisão encontramos, em primeiro lugar, a competência do Ministro do Plano e Finanças para superintender o mercado financeiro<sup>34</sup>.

A legislação zela igualmente pelo dever de segredo das pessoas que exerçam (ou tenham exercido) funções no BdM e também as entidades que participam na troca de informações com o mesmo<sup>35</sup>.

Por fim, prevê-se a possibilidade de o BdM trocar informações com as entidades elencadas nas alíneas do n.º 1 do artigo 57.º do RGIC e, também, com entidades que exerçam funções equivalentes.

Como princípio geral de supervisão prudencial, as instituições de crédito e as sociedades financeiras devem aplicar os fundos de que dispõem para assegurar níveis adequados de liquidez<sup>36</sup>.

Neste sentido, são obrigadas a fornecer ao BdM as informações necessárias à verificação do grau de liquidez, dos riscos em que incorrem e do cumprimento dos regulamentos que disciplinam a sua atividade.

Concluimos que o legislador moçambicano optou por dedicar uma secção autónoma para cada tipo de supervisão, onde exprimiu os valores que orientam essa atividade.

---

33 Artigos 42.º e 43.º do RGIC.

34 O artigo 2.º, n.º 5 do RGIC estabelece a aplicação dos princípios de supervisão às ações de supervisão levadas a cabo por terceiros contratados pelo BdM que agem em seu nome.

35 Vide o artigo 56.º do RGIC.

36 O artigo 64.º traduz a inovação trazida pela Lei n.º 9/2004, estabelecendo a competência do BdM para estabelecer limites prudenciais à realização de operações que as instituições de crédito e as sociedades financeiras estejam autorizadas a praticar. Veja-se também Samussone, 2013.



## 6. O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PELAS INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO E PELAS SOCIEDADES FINANCEIRAS

O RGIC exige, no seu artigo 27.º, que o exercício de atividade, em território nacional (moçambicano), pelas instituições de crédito e pelas sociedades financeiras com sede no estrangeiro deva observar a lei moçambicana.

Em primeiro lugar, a constituição das instituições de crédito e das sociedades financeiras (em Moçambique) depende da autorização (a conceder caso a caso) pelo Governador do BdM<sup>37</sup>. Para além disso, as instituições de crédito e sociedades financeiras com sede em Moçambique que pretendam estabelecer sucursal no estrangeiro devem solicitar autorização ao BdM<sup>38</sup>, ficando sujeitas a registo<sup>39</sup>.

Em suma, a autorização para o exercício da atividade das instituições de crédito e das sociedades financeiras resume-se ao seguinte esquema<sup>40</sup>:

- As instituições de crédito e sociedades financeiras com sede em Moçambique e com atividade em Moçambique dependem de autorização do BdM, conforme o artigo 13.º do RGIC;
- As instituições de crédito e sociedades financeiras com sede em Moçambique, que exercem atividade no estrangeiro:
  - Através de sucursal, dependem de autorização do BdM, conforme o artigo 25.º do RGIC;
  - Através de escritório de representação, necessitam de registo prévio no BdM, por força do artigo 26.º do RGIC;
- As instituições de crédito e sociedades financeiras com sede no estrangeiro e que exercem atividade em Moçambique devem, segundo o artigo 27.º do RGIC, observar a lei moçambicana nos seguintes termos:
  - Se o exercício da atividade for através de sucursal, esta depende da autorização do Governador do BdM e de contabilidade própria, sendo que as instituições de crédito e sociedades financeiras não ficam exoneradas

37 Conforme o artigo 13.º do RGIC.

38 Artigo 25.º, n.º 1 do RGIC.

39 As instituições de crédito e sociedades financeiras não podem iniciar a sua atividade enquanto não se encontrarem inscritas em registo especial no BdM – artigo 4.º, n.º 1 do RGIC.

40 Quanto à tramitação e processo de autorização veja-se o artigo 6.º e seguintes do Decreto n.º 56/2004, de 10 de dezembro, alterado pelo Decreto n.º 30/2014, de 5 de junho, que aprova o Regulamento da Lei das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

- de responsabilidade pelas operações realizadas pela sucursal, conforme o artigo 31.º do RGIC;
- Se o exercício da atividade for através de escritório de representação, este depende de registo prévio no BdM, e fica na dependência das instituições de crédito e sociedades financeiras que representam, em obediência aos artigos 37.º e 38.º do RGIC.

O RGIC proíbe expressamente, no seu artigo 46.º, às instituições de crédito e às sociedades financeiras, efetuar transações ou implementar práticas que lhe possibilitem, individual ou conjuntamente, o domínio do mercado monetário, financeiro ou cambial (i.e., a concorrência).

De acordo com o artigo 2.º do Regulamento da Lei das Instituições de Crédito e Sociedade Financeiras, estas regem-se pela Lei das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras<sup>41</sup>.

Quando uma instituição de crédito não cumprir normas legais que disciplinam a sua atividade, o BdM pode determinar a aplicação de medidas identificadas nas alíneas do artigo 5.º do Aviso n.º 2/GBM/2013, de 29 de abril de 2013<sup>42</sup>. Nos termos do Aviso supramencionado, o BdM tem a faculdade de coordenar ações juntamente com as demais autoridades reguladoras e supervisoras do sistema financeiro nacional e de outros países, em regime de reciprocidade, para a identificação dos riscos e problemas que possam advir e afetar as instituições de crédito que operam em Moçambique.

De forma inovadora, em 2013 foi aplicada a metodologia de supervisão baseada no risco (RBS), que consiste em focalizar a análise nas áreas de maior risco de determinada instituição, de modo a assegurar uma supervisão eficiente e eficaz<sup>43</sup>. Esta abordagem permite ao BdM alocar os recursos de acordo com o perfil de risco das instituições<sup>44</sup>.

Neste sentido, cabe ao BdM acompanhar a atividade das instituições de crédito e das sociedades financeiras e zelar pela observância das normas que disciplinam a sua atividade.

---

41 A já mencionada Lei n.º 15/99, de 1 de novembro (o RGIC).

42 Relativo ao Plano de Contingência para as Instituições de Crédito.

43 Veja-se a página 134 do Relatório Anual de 2013, do BdM.

44 Vejam-se neste sentido o Aviso n.º 4/GBM/13, de 24 de maio, que estabelece as Diretrizes de Gestão de Riscos, bem como, a Circular n.º 1/SCO/13, de 30 de maio, que institui o quadro analítico de Supervisão Baseada no Risco. *Vide* Vasques, 2004.

Pode-se, por isso, concluir (uma vez mais) que o BdM é a autoridade de supervisão por excelência. Como seu viúvo, o BdM é também a autoridade de regulamentação e supervisão da Bolsa de Valores Mobiliários, enquanto a atividade seguradora é fiscalizada pelo ISSM.

Iremos analisar de seguida estas duas entidades, de forma separada.

## 7. O BANCO DE MOÇAMBIQUE

A Lei n.º 01/92, de 3 de janeiro define as funções do BdM como banco central da República de Moçambique e, portanto, como supervisor do sistema financeiro nacional<sup>45</sup>. Enquanto banco central<sup>46</sup>, o BdM orienta e controla a política financeira e a atividade do mercado financeiro e supervisiona as instituições financeiras<sup>47</sup>. No âmbito do seu papel de supervisor das instituições financeiras, compete ao BdM regular o funcionamento do mercado financeiro e estabelecer a ligação entre a atividade daquelas e as diretivas da política financeira<sup>48</sup>.

O BdM é responsável pelo acompanhamento e fiscalização da atuação das instituições de crédito e sociedades financeiras, incluindo a bolsa de valores<sup>49</sup>, garantindo o cumprimento das normas de natureza prudencial, com o fim de promover a proteção do sistema financeiro e a segurança dos fundos dos depositantes em cada instituição em particular. Compete ainda ao mesmo garantir a estabilidade do sistema financeiro de forma a desempenhar adequadamente o seu papel de canalizador de recursos para o desenvolvimento da economia.

De acordo com o Caderno n.º 1 do BdM, a supervisão das instituições de crédito é o processo através do qual o BdM fiscaliza direta e indiretamente a atividade de todas as instituições por si autorizadas a operar no setor bancário em Moçambique. No que respeita ao processo da atividade de supervisão, a supervisão direta é realizada pelos “inspetores” do BdM junto das institui-

---

45 Veja-se o artigo 132.º, n.º 2 da Constituição da República de Moçambique e o Preâmbulo e o artigo 2.º da LO do BdM.

46 *Vide* o artigo 132.º, n.º 1 da Constituição da República de Moçambique. Entende-se por “banco central” uma instituição financeira independente ou ligada ao Estado cuja função é gerir a política monetária de um país ou região, garantindo a estabilidade do sistema financeiro desse mesmo país ou região. Consulte-se o Caderno n.º 1 sobre o BdM, p. 3. Note-se que o BdM passou a exercer funções de Banco Central a partir da aprovação da Lei n.º 1/92, de 3 de janeiro, como LO do BdM.

47 Veja-se o artigo 16.º, n.ºs 1 e 3 da LO do BdM.

48 Neste sentido, o artigo 21.º, n.º 2 da LO do BdM.

49 O mercado primário e o mercado secundário. *Vide* artigo 4.º, n.º 1 do Decreto n.º 48/98, de 22 de setembro, que aprova o Regulamento do Mercado de Valores Mobiliários.

ções de crédito. A supervisão indireta cabe ao BdM, que solicita às instituições informações acerca da solidez financeira das entidades supervisionadas.

Todas as instituições de crédito estão subordinadas à supervisão do BdM, com a exceção das companhias de seguro<sup>50</sup>.

Mais especificamente, no âmbito dos poderes de supervisão das instituições financeiras, compete ao BdM apreciar os pedidos de constituição dessas instituições<sup>51</sup>, propor a revogação das autorizações concedidas e estabelecer diretivas para a atuação das instituições.

A título de supervisão macroprudencial, o BdM superintende as atividades ligadas à numismática, competindo-lhe regulamentar a comercialização das moedas e a atividade dos respectivos agentes.

O banco central desempenha, igualmente, funções de banqueiro do Estado, consultor do Governo no domínio financeiro, orientador e controlador das políticas monetária, financeira e cambial, gestor das disponibilidades externas do país, intermediário nas relações monetárias internacionais, supervisor das instituições financeiras.

Compete ao BdM assegurar a centralização e compilação das estatísticas monetárias, financeiras e cambiais que julgue necessárias para a prossecução de uma política eficiente naqueles domínios e controlar a atividade dos mercados monetário, financeiro e cambial<sup>52</sup>.

Como consultor do Governo, cabe ao BdM prestar informações e pareceres sobre questões de natureza monetária, financeira e cambial e aconselhar nas negociações sobre acordos e financiamentos externos<sup>53</sup>. Por fim, ao Conselho de Administração compete orientar e controlar o sistema bancário e fixar reservas de liquidez e obrigatórias das instituições de crédito<sup>54</sup>.

A título de supervisão microprudencial, o BdM pode, quando necessário, emitir instruções respeitantes ao volume, estrutura, termos e condições do crédito a conceder pelas instituições financeiras e controlar a sua aplicação e estabelecer às instituições de crédito um limite mínimo de depósitos obriga-

---

50 Artigo 37.º, n.º 1 da LO do BdM.

51 Artigo 37.º, n.º 2 da LO do BdM.

52 Artigo 16.º da LO do BdM.

53 *Cfr.* artigo 20.º, alíneas a) e b) da LO do BdM.

54 Competência esta afirmada no artigo 46.º, n.º 2, alínea h) da LO do BdM.

tórios, a serem recolhidos pelo BdM, bem como a percentagem mínima das suas responsabilidades de caixa<sup>55</sup>. Compete, ainda, ao BdM realizar inspeções nos estabelecimentos das instituições financeiras sujeitas à sua supervisão nos termos da lei, conforme o artigo 38.º da LO do BdM<sup>56</sup>.

O poder de fixação de taxas e comissões, do regime das taxas de juro, comissões e quaisquer outras formas de remuneração para as operações efetuadas pelas instituições financeiras exprime a supervisão comportamental exercida pelo BdM<sup>57</sup>.

O BdM não é, todavia, a única entidade supervisora, não obstante sendo a que tem maior tradição. Em 2010 o legislador moçambicano considerou adequado regulamentar o setor segurador, criando o ISSM, cuja análise é apresentada de seguida.

## 8. O INSTITUTO DE SUPERVISÃO DE SEGUROS DE MOÇAMBIQUE

Criado pelo Decreto n.º 1/2010, de 31 de dezembro, que aprova o Regime Jurídico dos Seguros (RJS), o ISSM é responsável pela supervisão e fiscalização do setor segurador, de mediação de seguros e de gestão de fundos de pensões complementares, estando sob a tutela do Ministro que superintende a área das Finanças.

Nos termos do RJS, compete ao ISSM, em sede dos seus poderes normativos, emitir diretivas para que sejam sanadas as irregularidades detetadas. Cabe, ainda, ao ISSM acompanhar e verificar o cumprimento, pelas entidades que exercem a atividade seguradora e de mediação de seguros, das normas que disciplinam a respetiva atividade (poder executivo) e sancionar as infrações, de acordo com a competência delegada (poder parajudicial).

Observamos que, de um ponto de vista substancial, o ISSM tem – *grosso modo* –, em relação às entidades que exercem a atividade seguradora, os mesmos poderes e competências que o BdM no que respeita às instituições de crédito e às sociedades financeiras.

Na sequência do diploma acima citado, a República de Moçambique aprovou o regime jurídico e as regras de funcionamento do Instituto de Seguros de

55 Artigos 26.º e 27.º da LO do BdM.

56 Veja-se também o artigo 37.º, n.º 2 e o artigo 39.º da LO do BdM.

57 Artigo 25.º da LO do BdM. Veja-se ainda o poder de estabelecer diretivas para a atuação das instituições sujeitas à supervisão do BdM, no artigo 37.º, n.º 2, alíneas d) e e) e no artigo 46.º, n.º 2, alínea j) da LO do BdM.

Moçambique<sup>58</sup>, estabelecendo no seu artigo 1.º o exercício pelo ISSM da sua atividade enquanto entidade de supervisão e fiscalização da atividade seguradora na República de Moçambique. O diploma legal estabelece como fins do ISSM o exercício da supervisão e fiscalização das entidades habilitadas ao exercício da atividade seguradora e da respetiva mediação, bem como a supervisão e fiscalização subsidiária da execução da política de investimento da segurança social obrigatória gerida pelo Instituto Nacional da Segurança Social e do Fundo de Pensões do BdM<sup>59</sup>.

Consequentemente, o ISSM é a entidade de supervisão e de fiscalização da atividade seguradora e respetiva mediação, bem como de fundos de pensões complementares, na República de Moçambique, exercendo os seus poderes nos termos do RSJ e do Decreto n.º 30/2011, de 11 de agosto<sup>60</sup>.

De forma complementar aos diplomas acima citados, a República de Moçambique aprovou o Regulamento Interno do ISSM, através do Diploma Ministerial n.º 300/2012, de 14 de novembro, que pormenoriza o funcionamento e a orgânica do ISSM, esclarecendo o funcionamento e a composição do Serviço de supervisão, entre outros, em função dos ramos de atividade<sup>61</sup>.

## 9. QUADRO ATUAL

O desempenho alcançado pelo sector bancário vem sendo assegurado pela contínua adequação das atividades dos bancos comerciais às boas práticas, num processo que envolve uma atuação proativa do supervisor, destacando-se, a título ilustrativo, as exigências impostas no que se refere à preparação das contas em obediência às Normas Internacionais de Relato Financeiro (NIRF) adotadas em 2007. De igual modo, a regulamentação prudencial em que se baseia a atuação do BdM, visando assegurar que a banca seja forte, sã, competitiva e abrangente, compreende, entre outros domínios, o acompanhamento contínuo do risco de liquidez, risco de taxa de câmbio, risco de taxa de juros e outros riscos materialmente relevantes.

---

58 Através do Estatuto Orgânico do Instituto de Supervisão de Seguros de Moçambique, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 29/2012, de 26 de julho.

59 Veja-se artigo 3.º do Estatuto Orgânico do ISSM.

60 Que aprova o Regulamento das condições de acesso e de exercício da atividade seguradora e da respetiva mediação.

61 Veja-se neste sentido o artigo 6.º.

A partir de 2004 assistimos ao reforço dos poderes das autoridades de supervisão e da sua independência, com a aprovação da Lei n.º 9/2004, de 21 de julho, que alterou o RGIC. Adicionalmente, em 2013 assistimos à implementação das Diretrizes no contexto da supervisão baseada no risco, à adoção dos princípios de Basileia II (quanto às regras de adequação de capitais) e à implementação dos testes de esforço como instrumento de supervisão financeira. Por fim, o Decreto n.º 49/2010, de 11 de novembro criou o Fundo de Garantia de Depósitos (FGD), cujo artigo 4.º obriga à participação automática no FGD de todas as instituições de crédito autorizadas a captar depósitos e sujeitas a supervisão prudencial pelo BdM. Este FGD garante, nos termos do artigo 7.º do Decreto n.º 49/2010, de 11 de novembro, o reembolso do valor global dos saldos de cada depositante, até ao limite fixado por diploma do Ministro das Finanças, sob proposta do BdM.

Em *Desafios da Implementação dos Novos Acordos de Convergência de Capitais de Acordos de Convergência de Capitais de Basileia nos PALOP*, *A experiência do Banco de Moçambique*<sup>62</sup>, o BdM explicou a sua atuação como regulador e supervisor do sistema bancário nos próximos anos. Entre as medidas propostas encontramos a promoção da “bancarização” das zonas rurais, a implementação da Estratégia para o Desenvolvimento do Setor Financeiro (2013–2022), o desenvolvimento e reforço da regulamentação financeira, e o reforço e monitoria da estabilidade financeira.

A transição para os requisitos impostos pelo Acordo de Basileia II requereu a introdução de mudanças no contexto dos paradigmas de supervisão bancária, em particular, e de estabilidade financeira, em geral.

A adoção dos requisitos da Basileia II<sup>63</sup> exige a maior qualidade da atuação da supervisão. Uma das bases dos acordos de Basileia II é a Regulamentação e Supervisão. Neste âmbito, os desafios gerais prendem-se com a preparação das autoridades para a mudança de paradigmas de regulação e supervisão e para a criação de condições para a eficácia da regulação e supervisão, evitando a captura do supervisor pelo sistema bancário.

---

62 Cidade da Praia, 2014.

63 “Basileia II” representa a revisão da versão inicial do Acordo de Capital (de 1988) – e respetivas emendas entretanto incorporadas (a última das quais relativa aos riscos de mercado, em Janeiro de 1996) – que teve início em 1999 e que se encontra expressa no documento do Comité de Supervisão Bancária de Basileia, publicado em Junho de 2004 e codificado em Julho de 2006, intitulado “International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A Revised Framework”, disponível em: <http://www.bis.org/publ/bcbs107.pdf>.

O Comit  de Basileia sobre a Supervis  Bancária tem por objetivo melhorar e fortalecer a qualidade da supervis  bancária mundial, de modo a atingir a estabilidade financeira. Este Comit    o primeiro que estabelece *standards* globais de regula  prudencial dos bancos e fomenta a coopera  em matérias de supervis  bancária<sup>64</sup>, bem como as novas regras do Acordo de Basileia III, publicado em dezembro de 2010, pelo Comit  de Basileia, que integra altera es regulamentares extremamente importantes nos seguintes domínios: capital, liquidez e rácio de alavancagem, as quais serão aplicadas, de modo faseado, a partir de 2013.

A Basileia III representa um conjunto de medidas de reforma, desenvolvido pelo Comit  de Basileia para o fortalecimento da regula , supervis  e gestão do risco do setor bancário. A reforma dirige-se, por um lado,   regula  microprudencial, que ajudar  a aumentar a elasticidade das institui es bancárias em períodos de tensão e, por outro lado,   regula  macroprudencial.

Após a crise de 2007, a comunidade internacional procurou a estabilidade do sistema financeiro, propondo uma reforma financeira com início em 2009. Neste sentido, o relatório publicado a 15 de janeiro de 2009 pelo Grupo dos Trinta<sup>65</sup> avança recomenda es para a redefini o dos limites da supervis  prudencial.

O primeiro grupo de recomenda es prende-se com a necessidade de eliminar as fraquezas na cobertura da supervis  prudencial e a sujei o de todas as institui es financeiras sistematicamente significativas a um nível adequado de supervis <sup>66</sup>. Com esta recomenda o apela-se   busca de uma soluço global, visto que as a es tomadas a nível nacional por um Estado para a prote o dos depositantes influenciam os fluxos monetários em outras jurisdi es bancárias com um sistema bancário e entidades supervisoras diferentes.

De acordo com o relatório, o mercado presume que a maior regula  das institui es financeiras proteger  as mesmas contra “a força da disciplina do mercado”, com a consequência de encorajar a assun o de risco excessiva (a essência do risco moral).

---

64 *Vide* a Carta do Comit  de Basileia sobre a Supervis  Bancária, Janeiro de 2013, p. 1. De notar que as recomenda es do Comit  não são obrigatórias para os Estados na medida em que as suas decisões representam *soft law*.

65 Group of Thirty, Financial Reform, 2009.

66 *Idem*, p. 24.



Consequentemente, o Grupo dos Trinta recomendou: i) que em todos os países, as instituições que aceitam depósitos devam estar sujeitas à supervisão prudencial por um único regulador<sup>67</sup>; ii) a designação de uma entidade de supervisão prudencial para os grandes bancos não organizados como empresas bancárias holding; iii) que as instituições do mercado monetário que desejam continuar a fornecer serviços aos bancos devam ser reorganizadas com bancos com propósitos específicos, sujeitos a supervisão adequada; e iv) que os gerentes de consórcios de capitais privados, que utilizam fundos emprestados, devam estar sujeitos à supervisão prudencial nacional.

O segundo grupo de recomendações prende-se com a melhoria da qualidade e eficácia da supervisão<sup>68</sup>. As propostas resumem-se à melhoria dos recursos dos supervisores prudenciais e dos bancos centrais que operam em estruturas que permitem maiores níveis de coordenação nacional e internacional. Neste sentido, o Grupo recomenda que os países revejam as suas estruturas de regulação e eliminar as falhas de complexidade; que os bancos centrais promovam e mantenham a estabilidade financeira, beneficiando de um poder significativo na tomada de decisões mesmo não sendo o supervisor prudencial; e que as autoridades de supervisão nacionais, bem como Ministério das Finanças adaptem os mecanismos existentes para a coordenação da supervisão.

No mesmo sentido, o Conselho da Estabilidade Financeira recomenda que todas as autoridades de supervisão nacionais tenham o poder de aplicar requisitos de supervisão diferentes às instituições financeiras sistemicamente importantes, baseados no risco que representam para o sistema financeiro; e que qualquer entidade supervisora nacional tenha independência e poderes suficientes para identificar previamente as situações de risco e para solicitar alterações na instituição em causa, de modo a proteger-se contra o risco sistémico<sup>69</sup>.

O exposto faz transparecer a relevância de que se reveste o sistema financeiro, cuja noção, por isso mesmo, justificou aqui uma abordagem de síntese informativa, a propósito do respetivo enquadramento.

---

67 *Idem*, p. 28.

68 *Idem*, p. 34.

69 Financial Stability Board Recommendations and Time Lines, 20 October 2010, pp. 7 e 11.

## 10. CONCLUSÃO

Vimos que a função de supervisão é partilhada pelas principais instituições, o BdM<sup>70</sup> e o ISSM<sup>71</sup>.

Os poderes de supervisão incidem sobre as instituições de crédito, sobre as sociedades financeiras e sobre as instituições seguradoras<sup>72</sup>, o que caracteriza o sistema financeiro moçambicano, à semelhança do sistema português, como fragmentado.

O acompanhamento da solidez e solvabilidade dos bancos assenta na aplicação de normas prudenciais consistentes com as medidas que visam assegurar a convergência internacional dos padrões de mensuração de capitais (Acordos de Basileia<sup>73</sup>) preconizadas por este organismo internacional, estando atualmente fixado como valor de referência para os fundos próprios regulamentares um mínimo de 8%.

Tal como na União Europeia, pensamos que, sem prejuízo dos poderes exercidos pelo BdM sobre a Bolsa de Valores Mobiliários, a superintendência macroprudencial deverá pertencer a um Comité do Risco Sistémico. Isto porque é reconhecido que a solidez das infraestruturas do mercado financeiro representa um contributo essencial para a estabilidade financeira através da redução do risco sistémico.

Cada país deve ter um sistema de supervisão que esteja à altura da tarefa de assegurar que os regulamentos, incluindo as novas regras do Acordo de Basileia III, que integra alterações regulamentares extremamente importantes nos seguintes domínios: capital, liquidez e rácio de alavancagem, as quais serão aplicadas, de modo faseado, a partir de 2013, são apoiados pelas avaliações efetivas de risco, especialmente no que toca às instituições financeiras sistemicamente importantes<sup>74</sup>. Assim, é esperado que os supervisores identifiquem problemas de forma proativa e intervenham para reduzir o impacto de potenciais tensões nas instituições financeiras e, portanto, no sistema financeiro no seu todo.

---

70 Cujas regulamentação está prevista no artigo 132.º da Lei Fundamental, e na sua Lei Orgânica.

71 Cujas regulamentação está prevista no Decreto-Lei n.º 1/2010, de 31 de dezembro (Regime Jurídico dos Seguros), no Decreto n.º 29/2012, de 26 de julho (Estatuto Orgânico do Instituto de Supervisão de Seguros de Moçambique) e no Diploma Ministerial 300/2012, de 14 de novembro (Regulamento Interno do Instituto de Supervisão de Seguros de Moçambique).

72 Discriminadas no Decreto n.º 30/2011, de 11 de agosto.

73 O *paralell run* da Basileia II, em vigor desde janeiro de 2014.

74 Neste sentido veja-se Financial Stability Board Recommendations and Time Lines (20 October 2010)

## BIBLIOGRAFIA

- FERREIRA, António Pedro, PAULINO, Augusto, ILHÉU, Manuel, SUBTIL, A. Raposo, NÒBREGA, João & HONWANA, Wanda (eds.)  
 2013 *Legislação do Sistema Financeiro de Moçambique*, Vida Económica.
- SAMUSSONE, Anselmo  
 2013 *Legislação Bancária de Moçambique Anotada*, Escolar Editora.
- VASQUES, Sérgio  
 2004 *Legislação Económica de Moçambique*, Coimbra: Almedina.
- MANDLATE, Filipe Ricardo Samuel  
 1999 *Temas de direito bancário*, in Carimo Mahomed Issá, Abdul; Zainadine Dauto Changa, Aboobacar; José Mota do Amaral, Aires; Pessoa Pinto, Ana; Mandlate, Filipe Ricardo Samuel; Issufo Ibraimo, Ibraimo Abdul C.; Madeira, Joaquim Luís; Ibraimo Abudo, José; Fernandes Xavier Júnior, José; Aly Dauto, Ussumane; Siuea, Víctor Eugénio (coord.) *Supervisão bancária em Moçambique*, Maputo: MBCI.

## Outros Documentos

- 2014 *Desafios da Implementação dos Novos Acordos de Convergência de Capitais de Acordos de Convergência de Capitais de Basileia nos PALOP, A experiência do Banco de Moçambique*, Cidade da Praia.
- 2013 *Carta do Comité de Basileia sobre a Supervisão Bancária*, Bank for International Settlements.
- 2013 Relatório Anual do Banco de Moçambique.
- 2010 *Reducing the moral hazard posed by systemically important financial institutions*, Financial Stability Board Recommendations and Time Lines, 20 de outubro.
- 2009 *Financial Reform. A Framework for Financial Stability*, Group of Thirty, Washington.
- 2004 *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards*, Basel Committee on Banking Supervision, junho.

## Legislação

- Aviso n.º 2/GBM/2013, de 29 de abril de 2013, relativo ao Plano de Contingência para as Instituições de Crédito.
- Aviso n.º 3/GBM/2012, de 13 de dezembro de 2012, que tem por objeto estabelecer o âmbito e o calendário para a introdução no país de alterações ao regime prudencial e às regras de adequação de fundos próprios tendentes à sua compatibilização com o Acordo de Basileia II.

Aviso n.º 4/GBM/13, de 24 de maio, que estabelece as Diretrizes de Gestão de Riscos.  
Circular n.º 1/SCO/13, de 30 de maio, que institui o Quadro Analítico de Supervisão Baseada no Risco.

Constituição da República de Moçambique, aprovada em 2004, em vigor a partir do dia 21 de janeiro de 2005.

Decreto n.º 29/2012, de 26 de julho, que aprova o Estatuto Orgânico do Instituto de Supervisão de Seguros de Moçambique.

Decreto n.º 30/2011, de 11 de agosto, que aprova o Regulamento das condições de acesso e de exercício da atividade seguradora e da respetiva mediação.

Decreto n.º 49/2010, de 11 de novembro, que criou o Fundo de Garantia de Depósitos.

Decreto-Lei n.º 1/2010, de 31 de dezembro que aprova o Regime Jurídico dos Seguros.

Decreto n.º 56/2004, de 10 de dezembro, alterado pelo Decreto n.º 30/2014, de 5 de Junho, que aprova o Regulamento da Lei das Instituições de Crédito e Sociedades Financeira.

Decreto n.º 57/2004, de 10 de dezembro, que aprova o Regulamento das Micro-finanças.

Decreto n.º 48/98, de 22 de setembro, que aprova o Regulamento do Mercado de Valores Mobiliários.

Diploma Ministerial n.º 300/2012, de 14 de novembro, que aprova o Regulamento interno do Instituto de Supervisão de Seguros de Moçambique.

Lei n.º 7/2012, de 8 de fevereiro, que aprova a Lei Base da Organização e Funcionamento da Administração Pública.

Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, que aprova o Regime de Responsabilidade civil extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas (PT).

Lei n.º 15/99, de 1 de novembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 9/2004 de 21 de julho, que regula o estabelecimento e o exercício da atividade das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras.

Lei n.º 01/92, de 3 de janeiro, que aprova a Lei Orgânica do Banco de Moçambique.

Lei n.º 28/91, de 31 de dezembro de 1991, em conjunto com o Decreto n.º 34/92, de 28 de outubro, que aprovou o Regimento das Instituições de Crédito.

# SUPERVISÃO BANCÁRIA NO SISTEMA FINANCEIRO ANGOLANO

*Francisco Mário*

*ABSTRACT: Angola, a Portuguese speaking country, with emerging bank and monetary markets, is exposed to the fluctuations of international financial crises and cambial impacts, which lead to a need for supervision. This imposes itself as a concrete demand with a constitutional dimension, with the purpose of achieving social development, pursuing the public interest and protecting the circulation of financial wealth. This paper focuses on analysing banking supervision in the Angolan financial system, with a descriptive and critical overview, also exploring proposals of new solutions for the financial system structure.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Enquadramento do sistema financeiro angolano. 2.1. Enquadramento macroeconómico. 2.2. Origem e evolução histórica. 3. Direito financeiro institucional em Angola. 3.1. Considerações gerais. 3.2. Modelos de supervisão financeira. 3.3. Estrutura institucional da supervisão financeira. 4. Regime jurídico da supervisão bancária. 4.1. Breve resenha das instituições financeiras angolanas. 4.2. Funções e poderes do BNA enquanto autoridade de supervisão. 4.3. Supervisão prudencial. 4.4. Supervisão comportamental. 5. Conclusões

## 1. INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento da ciência e da técnica, as economias tornaram-se mais dinâmicas e globalizadas com sinais de crescente sofisticação, o que proporcionou maior abertura dos mercados interbancários e de crédito, criando, desta feita, um ambiente novo favorável ao sistema de concorrência e inovação de produtos financeiros merecedor de *regulação e supervisão*<sup>1</sup> no âmbito da função do Estado ordenador da economia.

Angola, país lusófono com mercados monetários e bancários cada vez mais emergentes, expõe-se assim aos caminhos sinuosos das crises financeiras inter-

---

1 Não cabe aqui a discussão sobre a possível distinção concetual entre regulação e supervisão, remetendo-se a questão designadamente para Menezes Cordeiro, 2010: 53 e ss; Flor, 2008: 83; Catarino, 2010: 287 e ss.

nacionais e choques cambiais, o que mobiliza a necessidade de supervisão que, por conseguinte, se impõe como uma exigência concreta com assento constitucional para alcançar o desenvolvimento social, atento à prossecução do interesse público e da proteção da circulação da riqueza monetizável.

O pano temático que nos propomos assim articular prende-se como a supervisão bancária no sistema financeiro angolano, com uma abordagem descritiva com microcríticas e propostas de novas soluções em torno da estrutura do sistema financeiro, procurando, como é óbvio, os amparos legais, doutrinários e jurisprudenciais avisados da ordem jurídica vigente.

## 2. ENQUADRAMENTO DO SISTEMA FINANCEIRO ANGOLANO

### 2.1. Enquadramento macroeconómico

Algumas referências e indicadores macroeconómicos de Angola impõem-se. Até ao primeiro semestre de 2014, Angola era, e ainda é, um dos maiores produtores de petróleo da África subsariana, ocupando a segunda posição, representando o petróleo 90% das exportações angolanas, 50% do PIB e 80% dos seus rendimentos de impostos. Por outro lado, trata-se do quinto maior produtor de diamantes do mundo, representando 8% das exportações a nível mundial e apresenta reservas internacionais líquidas de 3,4 mil milhões de euros fruto da subida do preço do petróleo nos mercados internacionais nos anos de 2000-2014. A dívida externa situa-se em torno dos 15% do PIB; a inflação média acumulada é de 10%; o crescimento do PIB ronda os 8,2% e o crescimento real é de 5,5%, de acordo com o relatório sobre a Conta Geral do Estado do ano de 2012, cujo balanço orçamental resultou num superavit orçamental de 495.223 milhões de Kwanzas<sup>2</sup>.

A economia informal depreciou 0,08% a economia real. Angola continua a implementar o programa SBA (acordo de *stand by*) do FMI, e prossegue uma política orçamental rigorosa para controlar a despesa pública e para proteger a economia contra os choques externos, com a criação do fundo soberano com capital aproximado de três mil milhões de euros e do Conselho Nacional de Estabilidade Financeira (CNEF), considerado como autoridade administrativa independente<sup>3</sup>.

---

2 Fonte: [www.angonoticias.com](http://www.angonoticias.com) (consultado em 24/09/2015).

3 Cfr. artigo 198.º, n.º 3, da Constituição da República de Angola(CRA).

Em consequência, impulsionou-se o crescimento acentuado nos mercados de capitais, seguros e banca, associados ao novo quadro legal do sistema financeiro, em especial por via do regime cambial para atividade petrolífera e do microcrédito que levou à bancarização da economia nacional e fortificação da moeda com curso legal em Angola nos últimos 10 anos.

No entanto, apesar de ter havido alguns sinais de crescimento e desenvolvimento em alguns setores da economia, boa parte não passou de desilusão associada a uma prematura e empolada projeção de crescimento destituída de qualquer programa de estabilidade macroeconómica contra os choques das crises financeiras. Afinal, não se diversificou a economia interna no setor primário de bens e serviços e a reformulação da supervisão financeira apenas se baseou num punhado de pressupostos vertidos na independência, *accountability* e transparência das suas instituições financeiras.

Com efeito, verifica-se o lento crescimento económico e social com níveis olímpicos de pobreza, ancorado na insuficiência dos serviços básicos de saúde, educação, saneamento básico, energia, transportes públicos, água, habitação, entre outros, sintoma de país emergente saído da guerra civil, onde os direitos fundamentais, premissas vitais do Estado de Direito, são de longe cumpridos pela corte no poder.

Todavia, no atual contexto da crise económico-financeira internacional, designadamente com a desaceleração dos BRIC, em especial a China, e com a baixa do preço do barril do petróleo, o quadro angolano evoluiu negativamente: o orçamento geral do Estado de 2015 apresenta um défice de 40% (identificado como défice democrático superveniente)<sup>4</sup>, a taxa de inflação é de 13%, a depreciação do kwanza ronda os 37–40% nos rendimentos em moeda nacional e depósitos nos bancos; e a taxa de câmbio do dólar no mercado informal é de 1 USD= 125 – 128 AKZ. Ademais, a agência de *rating* “Fitch” estima que a dívida pública de Angola supere os 40% do PIB este ano (era de 33% no final de 2014, segundo a Unidade de Gestão da Dívida, organismo do Ministério das Finanças).

O défice da conta corrente deverá atingir o equivalente a 7,7% do PIB, e o défice orçamental os 4% do PIB. Quanto ao crescimento, é esperado que o PIB aumente 3%, pese embora o Fundo Monetário Internacional (FMI), por sua vez, aponte para um crescimento do PIB de 3,5% este ano contra os 4,4% previstos pelo Governo. Por outro lado, a pressão frenética no mercado

---

4 Sobre o défice democrático, cfr. Pereira, 2012: 17 e ss.

cambial sem cabal resposta e a fragilidade da balança de pagamentos e de capitais angolana suscitaram uma situação quase falimentar e suscetível de resgate financeiro. Deste modo, as “petro-economias” africanas, como Angola, precisam, rapidamente, de diversificar as suas economias para superar a crise. Aliás, como a vida é mais dinâmica que o Direito, o mercado informal acaba por remediar, frustrando os desígnios de regulação e supervisão, designadamente no mercado cambial.

Estes indicadores económicos constituem um jogo cooperativo<sup>5</sup> entre o poder económico e a economia que traduz a relação intrínseca funcional dos três atores de decisão dos mercados financeiros: poder executivo, agentes financeiros e banco central.

Contudo, o jogo cooperativo entre o poder económico e a economia visa, *grosso modo*, maximizar a função de utilidade social do desiderato previsto na Constituição programática<sup>6</sup>, visto que o sistema financeiro angolano congrega um vasto conjunto de regras específicas de prevenção e gestão prudente, para evitar o risco sistémico, cujo controlo e a vigilância se impõe, e que constituem o escopo da supervisão bancária estratégica na política macroeconómica angolana.

## 2.2. Origem e evolução histórica

A invenção da moeda potencia o nascimento da banca<sup>7</sup>, instituição que visa o tratamento da moeda e do dinheiro. Antes, porém, o homem fazia as suas transações comerciais através de troca direta: utensílios, géneros alimentícios, objetos preciosos.

No caso angolano, no sudoeste e sul de Angola, precisamente hoje Províncias do *Namibe*, *Huíla*, *Benguela* e *Cunene*, figuram entre os meios utilizados como moeda-mercadoria o gado bovino seguido do caprino e suíno e a galinha e, os seus derivados que coexistiram desde antanhos até os dias de hoje nas sociedades tribais e clánicas dos povos *Ovabelos*, *Nhanecas-Humbi* e *Avambos*.

O gado é meio de troca, de pagamento e reserva do valor e funciona como moeda – mercadoria de eleição, ou seja, de referência fiduciária de todas as transações comerciais (tal como funcionava o *Zimbo* no norte de Angola pré-colonial, nos reinos do *Congo*, no *Ndongo* o *Libongo* e em *Kissama* o *Sal*)<sup>8</sup>.

5 Como afirma Barata, 1998: 291.

6 Constituição programática – ver artigos 21.º e 89.º da CRA.

7 Cfr. Paz Ferreira, Morais & Anastácio, 2009: 42.

8 Segundo Paca, 2011: 35 e 36, citando Peres, 2005: 19-20.



O gado é o símbolo da riqueza e do poder tradicional, com a regulação, utilização, aquisição e o crédito a serem supervisionados pelas famílias e autoridades tradicionais (Ohamba-Rei, Mikunda-Governador e Seculo-chefe da comunidade clânica). Tal como no Direito de matriz muçulmana, nestas sociedades o crédito remunerado com juros representa um pecado, mas, apesar de em regra ser proibido, o juro acaba por ser convencionado nos empréstimos de longa duração, bem como nas indemnizações proferidas pelos tribunais tradicionais com uma taxa variável, com a designação “*lubongue*”.

De qualquer modo, nestas comunidades nunca existiram bancos como no mundo moderno, mas cada comunidade clânica<sup>9</sup> constitui uma instituição financeira que funciona como tesouro em cada família, na qual cada membro da família faz as suas poupanças ou investimentos em cabeças de gado. Ou seja, o gado é entesourado, circula na comunidade e fora dela, como moeda, com base na *confiança*, aceite como meio de pagamento no sistema financeiro tradicional e até no sistema positivo.

Lembre-se, pois, o programa de comercialização do campo lançado pelo Governo nos anos 80-90 através do Ministério do Comércio Interno, delegado a Empresas Públicas, designadamente a ENCODIPA (Empresa Nacional de Comercialização e Distribuição de Produtos Agrícolas) e a DINAPROPE (Direção Nacional de Produtos Pecuários), empresas públicas designadas de U.E.E. (Unidade de Empresas Estatais). Nesta época, no país, circulavam três moedas: a mercadoria moeda – gado e os seus derivados; a moeda manual do BNA (Kwanza) e a moeda comercial e divisionária de referência, o dólar dos Estados Unidos da América<sup>10</sup>.

Para melhor entendimento, a evolução do sistema financeiro bancário divide-se em quatro épocas:

- 1.<sup>a</sup> Época – 1865-1975: Colonial, corporativa e Estado novo. O aparecimento da banca em Angola remonta a 14 dia de agosto de 1926, com a criação do Banco de Angola, com sede em Lisboa até 1957. A supervisão integrada está a cargo da Inspeção Geral de Crédito e Seguros, sob tutela do Ministério das Finanças.
- 2.<sup>a</sup> Época – 1976-1987: Revolucionária, *Socialização*, destacando-se as nacionalizações e confisco com a Lei n.º 3/76, de 3 de março e a Lei

9 O clã em Angola é designado de Kanda ou Eanda.

10 Nesta época vigorava o sistema de câmbios administrativos de taxa fixa (1 Dólar = 30 Kwanzas).

n.º 69/76, de 5 de novembro, que determina *in concreto* o confisco de todo o ativo e o passivo do Banco de Angola, dando lugar à criação do Banco Nacional de Angola, com funções simultâneas de banco central (emissão de moeda) e de banco comercial, e a nacionalização do BPA, traduzindo, assim, o dirigismo económico e financeiro com uma economia planificada e centralizada. Veja-se a supervisão (confusa) pelo Ministério da Inspeção e Controlo do Estado e do ponto de vista técnico pelo BNA que, por maioria da razão, era considerada de *autosupervisão especializada*, porque não havia banca comercial. Em suma, havia uma autoridade única de supervisão administrativa, cujo modelo se identificava com o modelo de supervisão integrada (monista), não obstante a existência de outras entidades de supervisão técnicas por especialidade, mas coordenadas pelo Ministro do Estado de Inspeção e Controlo. Porém, no setor bancário havia uma grande autonomia técnica de controlo e fiscalização feita pelo Ministério das Finanças, porquanto havia apenas dois bancos (BNA e BPC).

- 3.ª Época – 1988-2007: Liberalização ou novo liberalismo, com reforma do Estado com o Programa de Saneamento Económico Financeiro (S.E.F.), economia de mercado e sistema financeiro bancário de dois níveis, sob supervisão do BNA através do DSI<sup>11</sup>. Produção e aprovação do pacote legislativo financeiro que visava o saneamento do sistema financeiro.
- 4.ª Época – 2008-2015: Regulação e supervisão, crise económica e financeira mundial, crise de petróleo e cambial, desenvolvimento e modernização de adequação aos padrões da economia global digitalizada, e ênfase nas novas regras de Basileia-III. Aprovação da Constituição da República de Angola de 2010 e da Lei n.º 16/10, de 15 de julho, do Banco Nacional de Angola, que lhe atribui os poderes de autoridade de supervisor e coordenador do sistema financeiro.

### 3. DIREITO FINANCEIRO INSTITUCIONAL EM ANGOLA

#### 3.1. Considerações Gerais

A Constituição da República de Angola aprovada em 2010 veio dar uma nova dinâmica no plano da Constituição financeira e económica, com a intervenção

---

<sup>11</sup> DSI: Departamento de Supervisão das Instituições Financeiras Bancárias.

do Estado plasmada nos artigos 89.º, 99.º e 100.º CRA, não longe da Lei fundamental portuguesa nos seus artigos 80.º, 101.º e 102.º CRP (Constituição da República Portuguesa).

Com as orientações de Basileia, adotaram-se medidas legislativas de reforço dos diplomas legais já existentes, com vista a adequar o sistema financeiro ao contexto transfronteiriço de supervisão, oferecendo confiança aos agentes económicos nacionais e internacionais residentes e não residentes.

Em suma, o sistema financeiro angolano está a evoluir através das instituições democráticas e políticas definidas na Constituição de 2010.

### 3.2. Modelos de supervisão financeira

Os modelos institucionais de regulação do sistema financeiro podem ser genericamente classificados como:

- a) Modelo tripartido ou institucional, no qual a regulação de cada setor está concentrada num regulador autónomo;
- b) Modelo integrado ou monista em que a regulação de todo o sistema financeiro é assegurada por uma única entidade;
- c) Modelo *Twin Peaks* ou funcional com separação da supervisão prudencial e comportamental;
- d) Modelo híbrido, combinando soluções.

A União Europeia não postula, no atual momento, um determinado modelo de regulação do sistema financeiro para os Estados-membros. Todavia, verifica-se uma tendência de concentração das estruturas de regulação e supervisão em torno de modelos monistas.

Já em Portugal, a regulação do setor financeiro assenta no modelo tripartido, competindo a regulação do setor bancário ao Banco de Portugal, a do setor dos valores mobiliários à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários e a do setor segurador à Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões.

Angola seguiu o quadro jurídico português, ou seja, perfilha o *sistema de supervisão especializada*. Assim, a supervisão prudencial dos bancos e demais instituições de crédito e sociedades financeiras cabe ao BNA, enquanto órgão de supervisão coordenador (artigo 21.º da Lei n.º 16/10, de 15 de julho, L BNA)<sup>12</sup>, nos termos dos artigos 6.º, n.º 2, e 7.º, n.º 1, da Lei n.º 12/015, de 17

<sup>12</sup> No Direito português é consagrado nos artigos 73.º, 91.º e 93.º do RIGICSF (Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras).

de junho, atual Lei das Instituições Financeiras (daqui em diante LIF). O setor dos seguros encontra-se entregue à Agência Angolana de Regulação de Seguros de Angola (ARSEG), nos termos do artigo 7.º, n.º 2, da LIF, e o setor do Mercado de Valores Mobiliários ao Organismo de Supervisão dos Mercados de Capitais (CMC), *ex vi* artigo 7.º, n.º 3, e artigo 18.º da Lei n.º 22/015, de 31 de agosto (Código de Valores Mobiliários). Ainda assim, na prática, assiste-se a uma aproximação ao sistema misto, tendo em conta a tutela e superintendência dos supervisores por entidades do poder executivo, designadamente o Ministro das Finanças e o titular do poder executivo.

### 3.3. Estrutura Institucional da supervisão financeira

Como acima referido, o sistema de supervisão financeira angolano segue o modelo de supervisão especializada, com coordenação do BNA enquanto órgão máximo de supervisão financeira.

#### *a) Banco Nacional de Angola*

Do ponto vista constitucional, o BNA configura-se como uma instituição de cariz monetário e financeiro, cujo regime jurídico-legal se baseia no artigo 100.º da CRA e na Lei n.º 16/10, de 15 de julho, a LBNA, e pode ser definido como uma pessoa coletiva de direito público dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, conforme o plasmado no artigo 1.º da LBNA. Ademais, integra a categoria mais ampla de institutos públicos<sup>13</sup>, sujeita à tutela do titular do poder executivo (isento do controlo jurisdicional do Tribunal de Contas)<sup>14</sup>, não se podendo falar em independência, pois está irremediavelmente ancorada na sua autonomia administrativa, financeira e patrimonial.

O BNA, sob chefia de um governador<sup>15</sup> enquanto órgão unipessoal, nomeado e exonerado pelo Presidente da República (cfr. alínea *j*) do artigo 119.º da CRA e artigo 49.º da LBNA), desempenha as funções de banco emissor, autoridade monetária, cambial e de supervisão do sistema financeiro (cfr. artigo 3.º da LBNA). Enquanto autoridade de supervisão exerce a função de supervisão macro e micro prudencial (vide artigo 87.º e 90.º e ss. da LIF) e comporta-

---

13 Ver a Lei dos Institutos Públicos de Angola.

14 Cfr. artigo 98.º da LBNA.

15 O Governador do BNA é passível de responder em função da sua suposta conduta ilícita de violação dos valores éticojurídico, valores de eficácia e hierarquia, valores de confiança e legalidade, no plano político, civil, criminal e disciplinar, por estarem em causa dinheiros públicos.

mental (artigos 70.º e 75.º e ss. da LIF) das instituições bancárias e de outras instituições não bancárias ligadas à moeda e ao crédito (artigo 7.º, n.º 1, da LIF e artigo 21.º da LBNA).

Por outro lado, o BNA e o poder executivo, através da política monetária, criaram mecanismos institucionais de coordenação para fazer face à tarefa de supervisão com base consolidada (artigo 2.1º da LBNA), tendo em vista assegurar a estabilidade, eficiência e solidez do sistema financeiro e o cumprimento de regras de conduta e a de prestação dos interesses dos clientes.

Ademais, o BNA não está sujeito à jurisdição do Tribunal de Contas (artigo 98.º da LBNA), nem ao regime do funcionalismo público. Os seus funcionários têm o seu regime disciplinar laboral regulado pelo Lei Geral do Trabalho, nos termos dos artigos 64.º e 94.º da LBNA e gozam de imunidades associadas às suas tarefas (artigos 101.º, n.º 1, da LIF).

O Departamento de supervisão das Instituições Financeiras (DSI), no âmbito do Despacho n.º 34/11, é um organismo instrumental do BNA, a sua *longa manu*, criado nos princípios da década dos anos 90 do século passado com designação de DSB<sup>16</sup>, estruturando-se em cinco divisões especializadas.



16 DSB: Departamento de Supervisão Bancária.

17 Fonte: [www.bna.angola](http://www.bna.angola) (consultado em 20/09/2015).

Por outro lado, no âmbito da estabilização macroeconómica, foi criado, através do Aviso n.º 12/2011, de 20 de outubro, o Comité de Política Monetária, cujo objetivo é regular e supervisionar o mercado interbancário através dos instrumentos de política monetária, isto é, reservas obrigatórias, comercialização de divisas, colocação de títulos públicos e de mercado aberto.

O CPM acompanha a evolução dos principais agregados monetários bem como a definição da taxa básica de juro do BNA, através da LUIBOR – *Luanda Interbank offered Rate*. Esta taxa básica do BNA é baseada na taxa de juro das operações de cedência de liquidez, em moeda nacional e fundos não garantidos, realizados entre bancos para maturidade de 1 dia (*overnight*), e pela informação prestada pelos mesmos sobre as taxas de juro oferecidas e aceites para maturidade desde 30 dias até 365 dias, conforme reza o artigo 2.º do Aviso n.º 12/2011.

O CPM<sup>18</sup> é um órgão colegial do sistema financeiro bancário angolano e desempenha as funções de política monetária gizadas pelo executivo para estabilização macroeconómica<sup>19</sup>, desde logo, de regulação formal essencialmente macro prudencial, com a supervisão microprudencial a ser entregue ao DSB.

Em síntese, o CPM é um órgão colegial do BNA, que desempenha funções de regulação monetária para garantir os objetivos cooperativos existentes entre o Banco Central e o poder executivo. Os seus instrumentos incluem<sup>20</sup>:

- i) facilidade permanente de cedência e absorção de liquidez;
- ii) operações de mercado aberto;
- iii) reservas obrigatórias e;
- iv) intervenções no mercado cambial.

*b) Agência Angolana de Regulação e Supervisão de Seguros de Angola*

No passado recente designada por “Instituto de Supervisão de Seguros”, a Agência Angolana de Regulação e Supervisão de Seguros de Angola (ARSEG) tomou atualmente uma designação mais anglo-saxónica e apresenta-se como uma entidade de direito público, dotada de personalidade e capacidade jurídicas e de autonomia administrativa e financeira, competindo-lhe genericamente a regulação, supervisão e fiscalização das atividades de seguros e fundos

18 Comité de Política Monetária.

19 Na visão de Pahula, 2013: 25.

20 Pahula, 2013: 4-8.

de pensões (artigo 1.º do Estatuto Orgânico da ARSEG e artigo 7.º da LIF). Os seus órgãos são promovidos e destituídos, sob proposta do Ministro das Finanças, pelo Presidente da República, nos termos da alínea *d*) do artigo 120.º da CRA e artigos 17.º, 18.º e 19.º do Decreto Presidencial n.º 141/13, de 27 de setembro.

A ARSEG é um instituto público do setor económico (artigo 3.º, alínea *a*), do Decreto Presidencial n.º 2/13, de 25 de junho), exercendo funções de supervisão no quadro da administração indireta do Estado no plano de desconcentração administrativa (artigos 8.º e 199.º da CRA), sob a superintendência do titular do poder executivo e do Ministério das Finanças (artigos 10.º e 11.º da Lei n.º 1/00, de 3 de fevereiro; artigo 6.º, n.º 4, do Decreto Presidencial n.º 299/14, de 4 de novembro; e artigo 2.º do Estatuto de ARSEG) e está sujeita à jurisdição do Tribunal de Contas nos termos da alínea *d*) do artigo 2.º da Lei n.º 13/10, de 9 de julho (Lei do Tribunal de Contas), no âmbito do controlo e fiscalização externa financeira e, internamente, pelo Conselho Fiscal (artigo 15.º, alínea *d*), do Estatuto Orgânico da ARSEG). Portanto, nos termos de garantias do exercício das suas funções, os seus quadros gozam de prerrogativas e imunidades (artigo 13.º do Estatuto Orgânico da ARSEG).

*c) Organismo de Supervisão do Mercado de Valores Mobiliários*

O organismo de supervisão do mercado de valores mobiliários é a Comissão de Mercados de Capitais (CMC), que, como organismo de supervisão especializado no setor do mercado de valores mobiliários, se assume como uma entidade de direito público, dotada de personalidade e capacidade jurídicas e de autonomia administrativa e financeira, competindo-lhe a regulação, supervisão e fiscalização e a promoção do mercado de capitais e das atividades com elas relacionadas<sup>21</sup>.

O legislador ordinário, através da Lei das Instituições Financeiras (LIF), bem como através do Código dos Valores Mobiliários (CVM), atribui-lhe a tarefa de supervisionar o mercado de capitais, bem como o mercado regulamentado da dívida pública titulada – a Bolsa de Dívida e Valores de Angola (BODIVA) (vide Decreto Legislativo Presidencial n.º 4/13, de 9 de outubro<sup>22</sup>, e o artigo 18.º, da Lei n.º 22/015, de 31 de agosto, CVM).

<sup>21</sup> Cfr. artigo 1.º do Estatuto Orgânico da CMC.

<sup>22</sup> Decreto Legislativo Presidencial n.º 4/13, de 9 de outubro (Regime Jurídico do Mercado Regulamentado da Dívida Pública Titulada).

O provimento dos órgãos sociais da CMC é feito por via de Despacho de nomeação e exoneração do Presidente da República, enquanto titular do poder executivo, nos termos da alínea *d*) do artigo 120.º da CRA e artigo 9.º do Decreto Presidencial n.º 54/13, de 6 de junho (Estatuto Orgânico da Comissão de Mercados de Capitais), cumprindo mandatos legitimados popularmente de forma indireta<sup>23</sup>, com duração de cinco anos renováveis, conforme reza o artigo 8.º do Estatuto Orgânico da CMC.

No plano jurídico-constitucional a CMC, enquanto instituto público do setor económico, exerce as funções de supervisão no quadro da administração indireta do Estado no âmbito da desconcentração administrativa consagrada nos artigos 8.º e 199.º da CRA, devendo obedecer enquanto tal às linhas gerais do poder executivo e estando sujeita a tutela de legalidade e de mérito pelo titular da pasta das finanças (artigos 10.º e 11.º da Lei n.º 1/00, de 3 de fevereiro e artigo 6.º, n.º 4, do Decreto Presidencial n.º 299/14, de 4 de novembro), assim como à jurisdição do Tribunal de Contas ao abrigo do controlo/fiscalização financeira (alínea *d*) do artigo 2.º da LOPTC).

#### *d) Conselho Nacional de Estabilidade Financeiro*

Angola, ao longo da sua história financeira como País soberano, passou por várias crises, tendo lançado mão a ferramentas de prevenção centradas na institucionalização, num primeiro momento, do Fundo Soberano, enquanto instrumento de gestão intergeracional de poupanças baseadas nas reservas do petróleo e que serve, igualmente, como mecanismo de intervenção nas finanças públicas.

Num segundo momento, face à crise financeira internacional iniciada no verão de 2007, o poder executivo concebeu o Conselho Nacional de Estabilidade Financeira (CNEF), que pode ser considerado de algum modo como autoridade administrativa independente<sup>24</sup>.

O CNEF constitui-se como órgão de natureza pública, com independência e autonomia técnica e funcional e que tem como escopo promover mecanismos de cooperação que visem a estabilidade financeira e a prevenção de crises sistémicas no sistema financeiro angolano, cujas competências estão definidas na Lei n.º 12/15, de 17 de junho.

---

23 Neste sentido, o mandato democrático é legitimado por via da democracia representativa, ou seja, indireta, pois são nomeados pelo Presidente da República à luz do poder discricionário que a Lei Fundamental lhe confere no artigo 120.º da CRA.

24 Cfr. artigo 198.º, n.º 3, da CRA.



*e) Unidade de Informação Financeira*

No âmbito do combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, nos termos da Lei n.º 34/11, 12 de dezembro, que revogou a Lei n.º 12/10, de 9 de julho, foi criado por Decreto Presidencial n.º 35/11, de 15 de fevereiro, a Unidade de Informação Financeira (UIF), uma entidade de supervisão que natureza pública, exercendo as suas competências com independência, autonomia técnica e funcional.

A estrutura orgânica do UIF<sup>25</sup> é composta por um comité de supervisão, órgão colegial presidido pelo Ministro do Interior, e um Diretor, órgão unipessoal equiparado a um administrador do BNA, nomeado e exonerado pelo Presidente da República sob proposta do Governador do BNA (artigo 13.º do Decreto Presidencial n.º 35/11, de 15 de fevereiro). O seu mandato tem duração igual à da legislatura da Assembleia Nacional, cinco anos, renovável por igual período como prescreve o artigo 14.º do Decreto Presidencial n.º 35/11, de 15 de fevereiro.

Contudo, o UIF tem dupla subordinação: ao titular do poder executivo no plano de superintendência e ao Governador do BNA em sede de tutela de legalidade inspetiva (artigo 4.º, n.ºs 2 e 3, do DP n.º 35/11, de 15 de fevereiro).

Como instituto público e sendo uma pessoa coletiva pública, submete-se legalmente à jurisdição do Tribunal de Contas no âmbito da fiscalização e controlo financeiro. Na arena internacional mantém relações com as instituições congéneres, bem como com o FMI, FATF e ESAALMG.

#### 4. REGIME JURÍDICO DA SUPERVISÃO BANCÁRIA

##### 1.1. Breve resenha das instituições financeiras angolanas

Nos anais da história de Angola, têm-se registado imensas mutações económicas com relevância no sistema financeiro, tal como a operada em 1988 com o lançamento do Programa de Saneamento Económico-Financeiro (S.E.F.), em que foram definidas as bases gerais que se consolidariam na lei vigente das instituições financeiras (Lei n.º 12/015, de 17 de junho).

Assim, o atual regime jurídico das instituições financeiras, além de redefinir o enquadramento estrutural do sistema financeiro de Angola, veio ordenar e organizar a categorização das instituições financeiras de acordo com o setor de

---

25 Unidade de Informação Financeira.

atividade, assentando a trave mestra na destrição entre as instituições financeiras bancárias e as instituições financeiras não bancárias<sup>26</sup>.

*a) Instituições Financeiras Bancárias*

As instituições bancárias reconduzem-se aos bancos, empresas cuja atividade principal consiste em receber do público depósitos ou fundos reembolsáveis, a fim de aplicar por conta própria, mediante a concessão de crédito, e subdividem-se em dois níveis:

- i)* Banco do 1.º nível (BNA) – Banco central, emissor, autoridade cambial e supervisor, banqueiro do Estado;
- ii)* Bancos do 2.º nível – Bancos comerciais, crédito, fomento, desenvolvimento, investimento<sup>27</sup>.

*b) Instituições Financeiras não Bancárias*

As instituições financeiras não bancárias, ou seja, parabancárias, são as empresas que não são instituições financeiras bancárias mas estão ligadas à moeda e ao crédito sob jurisdição do BNA, cuja atividade principal consiste em exercer uma ou mais atividades de intermediação financeira, nos termos definidos pela LIF (artigo 7.º, n.º 2).

O mercado angolano é incompleto no plano da concretização das instituições previstas no art. 7.º da LIF, mas sublinha-se a atividade de algumas instituições financeiras não bancárias que efetivamente operam, designadamente: casas de câmbio, sociedades cooperativas de crédito e sociedades de microcrédito<sup>28</sup>.

## **4.2. Funções e poderes do BNA enquanto autoridade de supervisão**

Comummente, a supervisão assenta sobretudo nos poderes atribuídos às autoridades competentes de verificação do cumprimento de normas prudenciais e de conduta do sistema financeiro. No caso do BNA, a sua atividade desdobra-se em diversas vertentes:

---

<sup>26</sup> Cfr. Ferreira, Martins & Ilhéu, 2012: 25.

<sup>27</sup> No mercado bancário angolano operam 25 bancos, dos quais três de capitais públicos e os demais de capitais privados de direito nacional e estrangeiro (maioritariamente portugueses).

<sup>28</sup> Com maior concentração na capital de Angola – Luanda.

- i) *Uma vertente de autorização*, por onde se filtra a adequação e a viabilidade dos projetos de exercício da atividade bancária, bem como a idoneidade e competência dos titulares dos órgãos de gestão e de fiscalização nos termos descritos nos artigos 14.º e ss. e 106.º da LIF e no artigo 21.º, alíneas a) e b), da LBNA;
- ii) *Uma vertente regulatória*, traduzida no poder normativo através da qual são definidos, por iniciativa do BNA, e publicados no Diário da República, os atos normativos de regulação que tomam a forma de Avisos, Instrutivos, Diretivas e Circulares (artigo 93.º da LBNA e artigo 16.º, n.º 9, da LIF) ou, por sugestão deste ao executivo, os diferentes quadros reguladores do exercício da atividade, visando o bom funcionamento do sistema, especialmente sob a forma de Avisos do BNA;
- iii) *Uma vertente instrutiva*, traduzida na definição de regras de procedimento para situações concretas, normalmente veiculadas pelas Instruções e Circulares do BNA (artigo 93.º, n.º 3, alínea a), da LBNA);
- iv) *Uma vertente fiscalizadora*, que permite à entidade supervisora a recolha, a todo momento e pela forma que entender mais conveniente, de todas as informações pertinentes, relativas à gestão das entidades bancárias e ao cumprimento das normas prudenciais em vigor (artigo 87.º e ss. da LIF);
- v) *Uma vertente sancionatória*, que se corporiza na competência para levantar os autos, instruir o processo, tomar as decisões pertinentes e aplicar as sanções, principais e acessórias que se impõem, previstas na lei em sede de ilícitos penais do direito penal secundário, ou seja, infrações de contraordenação social, nos termos do artigo 133.º e ss. e do artigo 120.º da LIF.

### 4.3. Supervisão prudencial

O exercício da função supervisora da atividade bancária visa salvaguardar o interesse geral, público e privado, vigiar a atividade bancária, estabelecer regras claras de atuação do banqueiro, criando as condições adequadas de funcionamento dos mercados monetários, financeiro e cambial, designadamente garantindo os interesses dos depositantes.

O núcleo central da supervisão bancária é constituído pelas normas prudenciais, que fixam regras e padrões de comportamento que visam assegurar a estabilidade económico-financeira da instituição bancária, em especial os seus níveis de solvabilidade e liquidez.

A supervisão prudencial é feita pelo BNA às instituições financeiras sob a sua jurisdição e desdobra-se em supervisão micro e macro prudencial (artigo 21.º, n.º 1, alínea *d*), da LBNA).

A primeira abarca:

- i)* *Autorização*: a constituição de uma instituição financeira bancária depende da autorização do BNA, nos termos da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 16.º da LBNA e do artigo 14.º e ss. da LIF, podendo ser recusado o pedido de autorização caso não satisfaça os requisitos expostos no artigo 20.º da LBNA e artigo 22.º da LIF;
- ii)* *Órgãos sociais*: a lei exige aos candidatos a banqueiro uma conduta que se fixe no homem médio coberto de boa fé, com um percurso de carreira recheada de experiência comprovada (artigos 17.º e 31.º da LIF), com o BNA a poder intervir para que a instituição em causa regularize o preenchimento dos requisitos requeridos (artigo 31.º da LIF). Portanto, a direção (conselho de administração) da instituição bancária deve ser constituída por pessoas cuja idoneidade garanta uma gestão sã e prudente, tendo em vista, de modo particular, a segurança, certeza e expectativas jurídicas dos fundos confiados ao visado Banco;
- iii)* *Capital mínimo*: a constituição dum banco pressupõe um capital social não inferior ao mínimo legal, representado por ações nominativas, ou portadoras registadas. O capital mínimo é uma exigência patrimonial que deve ser subscrita pela instituição bancária, servindo de arrimo à entidade supervisora no sentido de avaliar a capacidade financeira de exercício da atividade bancária para efeitos de garantia real, com a constituição de reservas obrigatórias junto do BNA, nos termos do artigo 25.º da LBNA e do artigo 16.º da LIF;
- iv)* *Registo*: a inscrição em registo especial no BNA é obrigatória, e dele constarão a firma ou denominações, o objeto, a data, sede, capital social realizado e o registo dos membros dos órgãos de administração e fiscalização. O registo junto do BNA visa conferir valor jurídico à instituição e os seus órgãos sociais para cumprir o princípio da publicidade;
- v)* *Alterações supervenientes*: o BNA, como autoridade de supervisão prudencial, garante a segurança jurídica, expectativa e certeza jurídicas do sistema financeiro bancário. Por via disso, todas as alterações que se

verificarem no decurso da atividade devem ser comunicadas ao BNA (por ex., fusão e cisão, alteração dos estatutos, atividade no exterior – artigo 37.º e ss. da LIF);

- vi) *Acompanhamento off-site e on-site*: a supervisão pode ser realizada à distância solicitando informações à instituição bancária que versem sobre a solvabilidade, liquidez (artigo 94.º da LIF) ou ordenar auditorias ou inspeções sempre que necessário para salvaguarda da solvabilidade e liquidez através do acompanhamento *on-site* (artigos 96.º e 97.º da LIF e artigo 21.º, n.º 2, alíneas *a*) e *b*), da LBNA);
- vii) *Saneamento*: o BNA, perante um facto atentatório ao normal funcionamento do sistema financeiro ou que possa afetar os interesses dos depositantes, investidores e outros credores, pode lançar mão aos mecanismos de saneamento, tomando as medidas necessárias para proteção dos interesses dos agentes económicos e do sistema (artigo 121º e ss. da LIF);
- viii) *Revogação*: o não cumprimento do estatuído pelo BNA e pela lei das instituições financeiras permite a revogação da autorização do exercício da atividade, nos termos do artigo 109º e ss. da LIF;
- ix) *Sanção*: a entidade de supervisão procede à instrução do processo nos termos do artigo 21.º, n.º 2, alínea *c*), da LBNA e aplica sanções administrativas em função da violação das normas prudenciais e comportamentais (artigo 27.º da LBNA e artigos 150.º e 157.º e ss. da LIF), bem como no caso da violação dos preceitos dos artigos 18.º e 28.º da Lei n.º 3/10, de 25 de março (Lei da Probidade Pública), sobre os ilícitos de recebimentos de oferta e de atos que conduzem a enriquecimento ilícito. Esta dimensão sancionatória concentrada no BNA choca, porém, com interpretações mais puristas da separação de poderes.

Quanto à supervisão macroprudencial, consubstancia-se na atividade de avaliação e monitorização dos riscos emergentes nos mercados e no sistema financeiro formal mas também informal, face à importância deste último em Angola. Em última análise, procura-se identificar eventuais indícios de risco sistémico com efeito de contágio do sistema financeiro através dos resultados de avaliação global, com o BNA a publicar relatórios estatísticos trimestral e anualmente conforme o exposto nos artigos 86.º e 87.º da LBNA.

#### 4.4. Supervisão comportamental

A supervisão comportamental designa a atuação pública de regulação e supervisão da conduta das instituições nos mercados financeiros através de observância dos deveres gerais previstos na lei financeira e no código de conduta dos mercados interbancário, desdobrando-se em seis principais regras:

- i) *Honestidade*: a honestidade está relacionada com a confiança e intimamente ligada à ética da responsabilidade. Porque a atividade bancária envolve a guarda e a manutenção de bens de terceiros, o exercício desta atividade implica a confiabilidade, a integridade moral de quem a exerce, pois há um exercício de confiança da coletividade, da sociedade, no profissional e na instituição bancária (artigo 7.º do Código de Conduta Interbancário e artigos 70.º e 75.º da LIF);
- ii) *Sigilo*: respeito pelo segredo das pessoas, dos negócios, das empresas pelo profissional da banca. O sigilo das informações financeiras sobre as pessoas e empresas são pressupostos indissociáveis da confiabilidade que se deposita na banca. O sigilo, porém, poderá ser quebrado quando se vislumbra atividade bancária ilícita ou uma operação suspeita objeto de investigação, pelas autoridades competentes da ação penal ou judiciais (o Juiz e Ministério Público), nos termos do artigo 76.º da LIF e artigo 8.º do Código de Conduta Interbancário;
- iii) *Competência*: espera-se que o profissional bancário exerça os seus conhecimentos de forma adequada, dedicada, séria e persistente, proporcionando soluções e um serviço satisfatório para os clientes (artigo 70.º da LIF e artigo 6.º do Código de Conduta Interbancário);
- iv) *Prudência*: conduta de respeito, segurança e integridade com ausência de manobras dolosas, manipuladoras e fraudulentas (artigo 78.º da LIF);
- v) *Urbanidade*: o profissional bancário e o supervisor, nos tratos com os clientes, colegas e entidade patronal e com o supervisionado, devem pautar a sua conduta por padrões de lealdade, independência e probidade (artigo 78.º da LIF e artigo 5.º da Lei n.º 3/10, de 25 de março);
- vi) *Dever de informação*: o conteúdo dessa regra traduz-se, essencialmente, na prestação de informações precisas à clientela relacionadas com o conteúdo dos serviços que a instituição bancária presta, visando auxiliar e orientar na tomada de decisões relevantes relativas ao seu património de modo a minimizar o risco (artigo 81.º da LIF).

## 5. CONCLUSÕES

A supervisão bancária visa sujeitar a banca ao poder do Estado para a proteção e salvaguarda do interesse público e das instituições financeiras bancárias do próprio sistema financeiro nacional e internacional. Face aos modelos em presença, Angola seguiu o *sistema de supervisão especializada tripartido coordenado*, com uma autoridade especializada para a supervisão prudencial dos bancos e demais instituições de crédito e sociedades financeiras.

O sistema financeiro angolano está a evoluir com as instituições democráticas e políticas na linha da atual Lei Fundamental de 2010, com as suas previsões de uma verdadeira Constituição Financeira, obrigando a alterações substanciais nas leis ordinárias. O atual regime jurídico das instituições financeiras, além de redefinir o enquadramento estrutural do sistema financeiro de Angola, veio edificar a categorização das instituições financeiras organizadas de acordo com o setor de atividade, permitindo a destrição entre as instituições financeiras bancárias e as instituições financeiras não bancárias.

Para fazer face à crise financeira internacional iniciada no verão de 2007 e à baixa do preço do petróleo do último trimestre de 2014, o poder executivo concebeu o Conselho Nacional de Estabilidade Financeira (CNEF), que pode ser considerado uma autoridade administrativa independente.

O UIF é um órgão do subsistema de supervisão financeira material dentro do sistema de supervisão bancária prudencial, que visa prevenir as operações ilícitas, investigar e reprimir o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo.

Enquanto autoridade de supervisão, as funções do BNA incluem o acompanhamento da atividade das instituições financeiras e a fiscalização, designadamente através de poderes de autorização, regulatórios, instrutivos, de monitorização e sancionatórios. O BNA desempenha as funções de *supervisão prudencial*, através das regras estabelecidas na LIF e LBNA, designadamente de autorização, capital mínimo, acompanhamento, saneamento, revogação e sanção, e de *supervisão comportamental*, que designa a atuação pública de regulação e supervisão da conduta das instituições nos mercados financeiros, através de observância dos deveres gerais previstos na lei financeira e no código de conduta dos mercados interbancários.

Relativamente à independência do BNA, apesar de estar consagrada nos termos do gradualismo da concretização da Constituição (artigo 199.º, n.º 3), é ainda, sobejamente, uma fórmula vazia no sentido orgânico e no sentido funcional. Ou seja, a autoridade de supervisão bancária tem dupla depen-

dência administrativa e política no sentido vertical (nomeação e exoneração pelo Presidente da República, a quem responde – artigo 49.º da LBNA) e no sentido horizontal (dependência de ponto de vista orçamental, prestação de contas ao Ministro das Finanças e responde perante Assembleia Nacional – artigo 49.º da LBNA). Ora, a independência e a transparência são corolários do estado democrático de direito e a falta delas, em parte ou no todo, arrepia o exercício da democracia económica e financeira.

O Governador e os demais membros da administração do BNA, enquanto entidade de supervisão, são passíveis de responder em função da sua suposta conduta ilícita de violação dos valores ético-jurídicos do sistema financeiro. Os membros e funcionários da entidade de supervisão, enquanto servidor público que prossegue o interesse público, devem pautar-se pela conduta de imparcialidade, lisura, confiança, transparência sob pena de incorrer numa improbidade, cuja inobservância desencadeia consequências jurídicas censuráveis pelo Direito.

O Estado angolano acumula as funções de agente económico produtor de bens e serviços através do mecanismo de intervenção direta no setor financeiro bancário (criando empresas públicas que operam no mercado financeiro)<sup>29</sup> e de supervisor ou regulador da economia e do sistema financeiro, o que potencia conflitos de interesses e, por vezes, uma posição de domínio em relação aos demais agentes, sendo incompatível com as regras da boa concorrência.

---

29 Em Angola o exemplo flagrante é referente às instituições bancárias detidas pelo Estado financeiro angolano: BPC (Banco de Poupança de Crédito), BCI (Banco de Comércio e Indústria), BDA (Banco de Desenvolvimento de Angola) e BAI (Banco Africano de Investimento). E nos países lusófonos, precisamente em Portugal, temos a CGD (Caixa Geral de Depósitos).



## BIBLIOGRAFIA

BARATA, José Martins

1998 *Moeda e Mercados Financeiros*, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Lisboa Editora

CATARINO, Luís Guilherme

2010 *Regulação e supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, Coimbra: Almedina.

FERREIRA, António Pedro, MARTINS, Evandra & ILHÉU, Manuel

2012 *Legislação do Sistema Financeiro de Angola*, Porto: Vida Económica.

FLOR, Paula Adrega

2008 “Espaço Financeiro Europeu Integração, Regulação e supervisão: Que Modelo?”, *Revista da Banca* n.º 65/2008

MENEZES CORDEIRO, António

2010 *Manual de Direito Bancário*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina.

PACA, Cremildo

2011 *Autoridades Administrativas Independentes e o Provedor de Justiça no Direito Angolano*, Maianga: Luanda Editora.

PAHULA, Ovídio

2013 “Relatório de Doutoramento sobre a Regulação Económica em Angola”, FDUL.

PAZ FERREIRA, Eduardo, MORAIS, Luís Silva & ANASTÁCIO, Gonçalo

2009 *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina.

PERES, Jorge Leão

2005 *A Moeda em Angola* 1.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Stampa.



# O BANCO DE CABO VERDE – PRINCIPAIS ASPETOS ORGÂNICOS E FUNCIONAIS

*Catarina Anjo Balona / João Pedro Russo*

*ABSTRACT: The Bank of Cape Verde is the public authority responsible for the Financial Supervision of Banks and Financial Institutions in Cape Verde. The creation and development of this authority is closely intertwined with the creation and proclamation of independence of the Republic of Cape Verde, a former colony of the Portuguese State. The legal framework which regulates the Financial System of Cape Verde is a multilevel system, composed of the Constitution of the Republic of Cape Verde, Common Law and Internal regulations from the Bank of Cape Verde and other public authorities, which, together, regulate all the aspects concerning the functioning and soundness of the Financial System of Cape Verde. In its current legal configuration, and despite some effort in the designing and application of norms which ensure and safeguard its independence and accountability in face of other institutions, namely the Government of Cape Verde, the Bank of Cape Verde faces serious challenges regarding these matters.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Fases de desenvolvimento da atividade do Banco. 3. Caracterização do sistema financeiro de Cabo Verde. 4. O Banco na atualidade: principais aspetos orgânicos e funcionais. 5. A legislação financeira de Cabo Verde: um espectro multinível. 6. O Banco e Basileia III – A supervisão prudencial do sistema financeiro de Cabo Verde. 7. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

No presente artigo, procurar-se-á abordar o enquadramento jurídico-regulatório do Banco de Cabo Verde (doravante, “Banco” ou “BCV”) com especial enfoque nos seus antecedentes históricos e na atual configuração orgânico-funcional da principal instituição de regulação e supervisão financeira do ordenamento jurídico de Cabo Verde.

Em termos históricos o Banco é o sucessor cultural das dependências do Banco Nacional Ultramarino (doravante, “BNU”) e do Banco de Fomento Nacional (doravante, “BFN”) em Cabo Verde, instituições responsáveis pela

emissão monetária e pelo fomento económico em Portugal e nos antigos territórios ultramarinos.

Na sequência da proclamação da independência da República de Cabo Verde, a 5 de julho de 1975<sup>1</sup>, é aprovada a Decisão com Força de Lei n.º 25/75, de 29 de setembro, e criado o Banco, detentor, em regime de exclusividade, da prerrogativa de emissão monetária e principal responsável pela definição e execução das políticas monetária e cambial da República de Cabo Verde<sup>2</sup>.

Uns meses mais tarde, em junho de 1976, através da Decisão com Força de Lei n.º 13/76, de 26 de junho, é aprovada a primeira Lei Orgânica do Banco de Cabo Verde (doravante, “Lei Orgânica do Banco” ou “Lei Orgânica do BCV”)<sup>3</sup>, o que representou uma mudança no paradigma que vigorava até então no sistema financeiro<sup>4</sup> de Cabo Verde ao proceder à criação de uma autoridade verdadeiramente nacional dotada de poderes para a definição e execução da estratégia económica e geopolítica pretendida para um país recém-soberano.

Finalmente, a 1 de julho de 1976, com a transferência para o Banco das atribuições, do ativo e do passivo do BNU e do BFN, este inicia publicamente a sua atividade enquanto Banco Central.

## 2. FASES DE DESENVOLVIMENTO DA ATIVIDADE DO BANCO

Uma primeira fase – que designaremos como *Fase Embrionária* – pode ser enquadrada entre o período colonial português (que se estende entre a Carta de Lei de 16 de maio de 1864 e a Decisão com Força de Lei n.º 25/75, de 29 de setembro) e o período pós-independência (que se estende entre a aprovação da Lei Orgânica do Banco pela Decisão com Força de Lei n.º 13/76, de 26 de junho e a aprovação dos Decretos-Lei n.º 52-D/90, 52-E/90 e 52-F/90, todos

1 Nos termos do artigo 1.º, n.º 1 da Lei Constitucional n.º 1/VII/2010, que revê a Constituição da República de Cabo Verde, aprovada pela Lei Constitucional n.º 1/IV/92, de 25 de setembro e alterada pelas Leis Constitucionais, n.º 1/IV/95, de 13 de novembro e n.º 1/V/99, de 23 de novembro (doravante, “Constituição de Cabo Verde” ou “Constituição”), a República de Cabo Verde “...é uma República soberana, unitária e democrática, que garante o respeito pela dignidade da pessoa humana e reconhece a inviolabilidade e inalienabilidade dos direitos humanos como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça.”

2 Nos termos do artigo 92.º da Constituição.

3 Atualmente a Lei Orgânica do BCV consta da Lei n.º 10/VI/2002, de 15 de julho, que aprova a Lei Orgânica do Banco de Cabo Verde.

4 De acordo com a Lei de Bases, o conceito de sistema financeiro passa pelo conjunto das instituições e pessoas envolvidas nas atividades de receção de depósitos e outros fundos reembolsáveis, de concessão de crédito e de financiamentos, no sistema de pagamentos, nos mercados financeiros, nos contratos tendo por objeto dinheiro e metais preciosos, na atividade seguradora, na gestão de fundos de pensões, na prestação de serviços a estes respeitantes e na sua regulação e supervisão.

de 4 de julho que alteraram as normas em matéria de operações bancárias e que alargaram a atividade seguradora aos privados).

Uma segunda fase – que se mantém até aos dias de hoje e que designaremos como *Fase de Estruturação ou de Economia de Mercado* – iniciou-se formalmente com a Lei 43/93, de 16 de julho, que procedeu à criação do Banco Comercial do Atlântico, SARL (a 1 de setembro de 1993) e atribuiu-lhe as funções de banca comercial outrora pertencentes ao Banco, passando este a ocupar-se somente das típicas funções de Banco Central como a orientação e fiscalização dos mercados monetário, financeiro e cambial<sup>5</sup>, a gestão de reservas do país<sup>6</sup>, a supervisão dos sistemas de pagamento<sup>7</sup> e o exercício das prerrogativas de regulação e supervisão financeira que lhe sejam cometidas por lei e que, em termos genéricos, podem abranger poderes meramente regulamentares e administrativos (como sejam os poderes normativos, decisórios, de celebração de acordos e de exigir informações)<sup>8</sup> e os poderes sancionatórios<sup>9</sup>.

Assim, podemos concluir que a Lei n.º 43/93, de 16 de julho, veio cindir a vertente comercial (aceitação de depósitos, conversão cambial, concessão de créditos, entre outros) do Banco, permitindo, simultaneamente, a centralização/enfoque da atividade desta instituição nas funções típicas de um Banco Central e a entrada dos privados no mercado bancário de Cabo, razão pela qual denominamos esta fase como a fase da economia de mercado.

### 3. CARACTERIZAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO DE CABO VERDE

O sistema financeiro de Cabo Verde pode ser caracterizado como tendo um mercado de capitais incipiente, um mercado interbancário limitado e com poucos participantes e instrumentos financeiros pouco diversificados<sup>10</sup>.

5 Artigo 22.º da Lei Orgânica do BCV.

6 Artigo 24.º, n.º 1, alínea e) da Lei Orgânica do BCV.

7 Artigo 19.º da Lei Orgânica do BCV.

8 Artigos 21.º, 25.º e 59.º da Lei Orgânica do BCV.

9 Relativamente aos poderes sancionatórios, veja-se, a título meramente exemplificativo, os artigos 61.º e 63.º da Lei n.º 61/VIII/2014, de 23 de abril, que aprova a Lei de Bases do Sistema Financeiro de Cabo Verde (doravante, “Lei de Bases”) e os artigos 13.º e 14.º da Lei Orgânica do BCV que tratam, respetivamente das prerrogativas de condenação ao pagamento de coima pelo cometimento de infrações que não constituam crimes de contrafação ou alteração do valor facial da moeda e de fixação de sanções acessórias a estas coimas.

10 Rodrigues, 2010: 12. Primeira ?????? aditar análise comparativa do setor Bancário entre Cabo Verde e Portugal, Instituto Superior de Economia e Gestão,

Pese embora o sector bancário seja ainda o segmento mais desenvolvido, é evidente o surgimento de oportunidades de investimento no sector segurador, apesar da sua reduzida dimensão, oportunidades de investimento que não serão alheias ao facto de, de acordo com os últimos estudos, o mercado segurador em Cabo Verde apresentar um elevado grau de segurança e níveis de excedentes similares aos níveis de solvência.

Com efeito, o mercado dos seguros de Cabo Verde é dominado por duas grandes seguradoras: a *Impar – Companhia Cabo Verdiana de Seguros*, pertencente ao Grupo Tranquilidade e a *Garantia – Companhia de Seguros de Cabo Verde*, pertencente ao Grupo Fidelidade Mundial/Caixa Geral de Depósitos.

Desta forma e em virtude desta situação de domínio o potencial de crescimento reconhecido ao sector segurador de Cabo Verde poderá, quanto a nós, ser melhor concretizado através da diversificação da carteira de operações e de clientes, ao invés de através da entrada de novos operadores, uma vez que este é um mercado alicerçado na compra de títulos de dívida privada.

Relativamente ao sector dos valores mobiliários, o seu desenvolvimento iniciou-se com o surgimento da Lei n.º 51/V/98, de 11 de maio e da Portaria n.º 48/98, de 14 de setembro, que vieram, respetivamente, proceder à criação da Bolsa de Valores de Cabo Verde (doravante “Bolsa”) e autorizar os bancos<sup>11</sup> com estabelecimento em território nacional a iniciarem a sua atividade de operador de bolsa.

De acordo com os testes de *stress* realizados ao sistema financeiro de Cabo Verde verifica-se que este pode ainda ser caracterizado pela existência de uma exposição acrescida da carteira de crédito ao risco de incobrabilidade, em virtude da concentração dos ativos dos operadores financeiros junto dos clientes com atividade nos sectores da habitação, construção e consumo<sup>12</sup>.

Uma das particularidades inerentes ao sistema financeiro de Cabo Verde referia-se à existência das denominadas “*instituições financeiras internacionais*”<sup>13</sup>,

---

11 De acordo com o artigo 2.º, alínea d) da Lei de Bases, por “Banco” deve entender-se qualquer instituição de crédito que exerça a atividade bancária.

12 Banco de Cabo Verde, 2014: 26.

13 Nos termos do artigo 2.º da Lei 43/III/88, de 27 de dezembro, entretanto revogada, as instituições financeiras internacionais “...têm por objeto exclusivo a realização de operações financeiras internacionais com não residentes em Cabo Verde, em moeda estrangeira, sujeitando-se a um regime especial derogatório das normas gerais reguladoras dos mercados monetário, financeiro e cambial no país”.

instituições financeiras<sup>14</sup> que, até à entrada em vigor da Lei de Bases do Sistema Financeiro, estavam sujeitas a um regime especial<sup>15</sup>.

Quanto a nós, a consagração de um regime especial para operadores internacionais potencia um “fenómeno jurídico” similar ao “fenómeno do *Treaty Shopping*” estudado na fiscalidade internacional e caracterizado pela deslocação de investimentos para jurisdições tributárias fiscalmente mais atrativas (no caso em análise, para aproveitamento de jurisdições com regras prudenciais mais brandas)<sup>16</sup>.

No contexto europeu, a necessidade de harmonização das regras prudenciais e comportamentais<sup>17</sup> é cada vez mais premente, em face da existência destes regimes de exceção especificamente desenhados para grandes conglomerados financeiros<sup>18</sup> no âmbito dos quais os riscos sistémicos<sup>19</sup> são significativamente mais elevados.

---

14 De acordo com o artigo 2.º, alínea j) da Lei de Bases por instituição financeira deve entender-se as pessoas e entidades referidas no n.º 2, do artigo 3.º, singulares e coletivas, públicas ou privadas, legalmente autorizadas pelo BCV a exercer uma ou mais atividades financeiras, tal como definidas no artigo 20.º da Lei de Bases.

15 Regime especial consagrado no Decreto-Lei n.º 12/2005, de 7 de fevereiro, entretanto já revogado, pese embora o RJAIIC preveja, no seu artigo 253.º, um regime transitório relativo a este regime.

16 Neste sentido, *vide* as medidas adotadas na sequência da Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho – *Roteiro para uma união bancária*, Bruxelas, 2012: 3, 4 e 6, no âmbito das quais são propostos (i) novos requisitos de capital, (ii) alterações ao sistema de garantia de depósitos ou (iii) a necessidade de, na quantificação dos requisitos mínimos de capital, atender-se ao perfil de risco de cada instituição de crédito.

17 Note-se a importância das recomendações e regras produzidas por diversos organismos internacionais e que Cabo Verde transpõe para o seu ordenamento jurídico, designadamente as regras respeitantes ao *Core Principles for Effective Banking Supervision* (definidas em 1999 pelo Comité de Basileia, de que mais à frente se dará nota) ou os *Principles of Corporate Governance* (editados desde 2004 pela OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico). A este respeito *vide*, a título exemplificativo, o Aviso n.º 5/2011, de 26 de Outubro referente ao risco cambial aplicável a todas as instituições de crédito e parabancárias e que expressamente refere que “o país se propõe adotar os melhores padrões internacionais (...) com vista ao adequado fortalecimento e estabilidade financeira do sistema cabo-verdiano”.

18 Grupos empresariais com operações em vários segmentos dos mercados financeiros: sectores bancário, segurador e dos valores mobiliários.

19 Risco de a situação deficitária de um elo na longa corrente de operadores com presença num sistema financeiro contagiar de norma nefasta a operação de outros operadores ou, no limite, a operação da totalidade do sistema financeiro.

#### 4. O BANCO NA ATUALIDADE: PRINCIPAIS ASPETOS ORGÂNICOS E FUNCIONAIS

Feito o enquadramento histórico e a caracterização do sistema financeiro de Cabo Verde é tempo de nas páginas que se seguem, procedermos à análise dos principais aspetos orgânicos e funcionais que caracterizam, nos dias de hoje, as autoridades reguladoras do sistema financeiro de Cabo Verde.

Como veremos, as autoridades reguladoras e supervisoras do sistema financeiro de Cabo Verde são, atualmente, o Governo de Cabo Verde, o Banco e a Auditoria Geral do Mercado dos Valores Mobiliários (doravante, “Auditoria Geral” ou “AGMVM”)<sup>20</sup>.

Em virtude do escopo do presente artigo, a nossa análise incidirá essencialmente sobre os principais aspetos orgânicos e funcionais inerentes ao Banco, sem prejuízo da potencial existência de eventuais referências ocasionais aos poderes e atribuições conferidas ao Governo e à Auditoria Geral no âmbito da regulação e supervisão financeira do sistema financeiro de Cabo Verde.

Uma nota para o facto de os autores utilizarem, na presente obra, uma distinção entre, por um lado, a supervisão e a regulação financeira e, por outro, entre a supervisão prudencial e a supervisão comportamental.

As distinções entre estes conceitos têm consagração plena no ordenamento jurídico de Cabo Verde, na medida em que os artigos 9.º e 10.º da Lei de Bases abraçam estas distinções, distinguindo por um lado a função de regulação financeira da função de supervisão financeira e, por outro, a função de supervisão prudencial da função de supervisão comportamental.

Na opinião dos autores da presente obra e no seguimento dos preceitos consagrados na legislação de Cabo Verde, o conceito de regulação financeira deve ser interpretado como a atividade de emanação de “providências genéricas<sup>21</sup>” destinadas ao sistema financeiro ou, por outras palavras, como a atividade de emanação de disposições normativas que, sob a forma de lei ordinária, regulamento administrativo ou outra, são dotadas de generalidade e abstração, dirigindo-se assim a um conjunto relativamente delimitado de operadores do sistema financeiro.

Por outro lado, o conceito de supervisão financeira deve ser interpretado como uma “atividade de campo”, mais próxima dos operadores do sistema

---

20 Artigos 9.º, n.º 2 e 10.º, n.º 4 da Lei de Bases.

21 Expressão utilizada no artigo 22.º, n.º 2, alínea a) da Lei Orgânica do BCV.



financeiro, destinada a promover e garantir o cumprimento das normas que regulam o sistema financeiro como um todo e a detetar, avaliar e corrigir eventuais divergências entre estas normas e a realidade.

A distinção entre a supervisão comportamental e a supervisão prudencial tem como plano de fundo os objetivos inerentes à função de supervisão (e regulação) financeira. No caso do ordenamento jurídico de Cabo Verde, estes objetivos são previstos no artigo 11.º da Lei de Bases.

O artigo acima referido estabelece que os objetivos da supervisão (e regulação financeira) passam:

- Pela preservação da estabilidade do sistema financeiro;
- Pela prevenção do risco de a situação deficitária de um elo na longa corrente de operadores com presença num sistema financeiro contagiar de norma nefasta a operação de outros operadores ou, no limite, a operação da totalidade do sistema financeiro (risco sistémico);
- Pela proteção dos interesses legítimos dos adquirentes de serviços financeiros, incluindo os consumidores e investidores não qualificados e o reforço do grau de literacia financeira; pela defesa do funcionamento regular dos mercados financeiros<sup>22</sup>;
- Pela promoção da livre e sã concorrência e da eficiência dos mercados financeiros; pela prevenção, processamento e sancionamento de ilícitos financeiros; e,
- Pela prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de lavagem de capitais e de financiamento do terrorismo.

A distinção entre supervisão prudencial e supervisão comportamental tem como plano de fundo esta subdivisão, destinando-se a supervisão prudencial, em termos sumários, ao controlo do cumprimento das normas cuja finalidade é a minimização do risco sistémico e a promoção da estabilidade do sistema financeiro (o exemplo paradigmático deste tipo de normas são as normas que introduzem rácios de capital), enquanto a supervisão prudencial destina-se, em termos sumários, à proteção dos consumidores e ao reforço da literacia financeira (o exemplo paradigmático de normas que visam a proteção dos consu-

---

22 De acordo com o artigo 2.º, alínea l) da Lei de Bases, o conceito de mercado financeiro passa pelo mercado organizado ou não, onde são transacionados instrumentos financeiros livremente transmissíveis *inter vivos* em que: i) uma das partes na transação é uma instituição financeira; ii) ou o negócio tem a mediação de uma instituição financeira.

midores e o reforço da literacia financeira passa pelas normas que introduzem deveres de divulgação de informação financeira privilegiada pelos operadores do sistema financeiro).

## **5. A LEGISLAÇÃO FINANCEIRA DE CABO VERDE: UM ESPECTRO MULTINÍVEL**

Em resultado das circunstâncias históricas que antecederam o surgimento da República de Cabo Verde e da ligação de cooperação institucional que se manteve, após desse momento, entre a República Portuguesa e a República de Cabo Verde verifica-se que o direito de Cabo Verde é um direito de herança e natureza marcadamente continental.

Esta herança continental empresta ao direito de Cabo Verde matizes que qualquer jurista relativamente experimentado no direito de outros Estados de Direito de herança continental poderá encontrar no direito de muitos outros países da Europa continental, nomeadamente no direito português.

Uma das principais matrizes inerentes a esta herança prende-se com o facto de os principais regimes jurídicos serem compostos por múltiplos níveis de legislação de diferente natureza formal e material. Neste sentido e tal como acontece com o aparelho legislativo que rege o sistema financeiro português, o aparelho legislativo que rege o sistema financeiro de Cabo Verde é composto por um espectro legislativo de grande comprimento, que se estende desde a Constituição da República de Cabo Verde (doravante, “Constituição de Cabo Verde” ou “Constituição”), às inúmeras leis, regulamentos e diretrizes emanadas pelas diferentes autoridades responsáveis pela regulação e supervisão do sistema financeiro.

Assim, e uma vez que a análise de todos os pontos deste espectro se revelaria logisticamente impossível, a análise presente nesta obra incidirá essencialmente sobre os principais aspetos orgânicos e funcionais que efetivamente marcam e caracterizam a atividade do Banco enquanto principal autoridade do sistema financeiro de Cabo Verde.

### **a) A regulação e supervisão do sistema financeiro na Constituição de Cabo Verde**

No exercício dos poderes inerentes à soberania plena reconhecida à República de Cabo Verde, o Estado e os demais poderes públicos, por disposição constitucional inserida na Parte III da Constituição de Cabo Verde, comprometem-se a garantir as condições de realização da democracia económica,

assegurando, designadamente, a regulação e a fiscalização do mercado e da atividade económica<sup>23</sup>.

Apesar de a redação do preceito acima referido parecer indicar a existência de um verdadeiro mandato constitucional, os autores da presente obra entendem que este mandato não goza da efetividade plena, na medida em que, ao contrário do que seria previsível em face do conteúdo normativo do preceito em causa, o sistema constitucional de Cabo Verde não prevê um mecanismo de fiscalização concreta da constitucionalidade por omissão.

Com efeito, o facto de este mecanismo não ter presença na Constituição vem tirar força e conteúdo prático ao preceito acima referido, precludindo totalmente a hipótese de as autoridades de regulação e supervisão financeiro dotadas de poder legislativo serem julgadas por inconstitucionalidade por omissão e “persuadidas” a corrigir a uma situação de ausência de lei, quando se esteja perante uma situação em que esta prejudica a regulação e a supervisão do sistema financeiro de Cabo Verde.

Finalmente, a Constituição de Cabo Verde contém, no seu articulado, uma referência ao papel do Banco na organização económica e financeira da República de Cabo Verde, atribuído a esta instituição o papel de banco central, detentor em exclusivo da prerrogativa de emissão de moeda e principal colaborador do Governo na definição e execução das políticas monetárias e cambiais<sup>24</sup>.

No que concerne às restantes atribuições, funções e competências do Banco, a Constituição remete para outras normas jurídicas<sup>25</sup>. É sobre estas que incidirá a nossa análise nas páginas seguintes.

## **b) O Banco: principais competências e atribuições**

De entre a multiplicidade de competências atribuídas ao Banco há que destacar, pela relevância que assumem no sistema financeiro de Cabo Verde dos dias de hoje as seguintes competências:

- A competência para a intervenção na identificação e controlo do risco sistémico (artigo 15.º, n.º 1, alínea d) da Lei de Bases);
- A competência para a regulação e supervisão de conglomerados financeiros, em colaboração com as demais autoridades competentes para a

<sup>23</sup> Artigo 91.º, n.º 2, alínea c) da Constituição.

<sup>24</sup> Artigo 92.º da Constituição.

<sup>25</sup> *Idem*.

regulação e supervisão do sistema financeiro de Cabo Verde (artigo 15.º, n.º 1, alínea e) da Lei de Bases);

- A competência para a concessão de autorizações de exercício e registo das instituições financeiras que pretendam exercer a sua atividade no sistema financeiro de Cabo Verde (artigo 22.º e seguintes da Lei de Bases); e,
- A competência para a intervenção pública em bancos em situação deficitária, no âmbito da prevenção, gestão e resolução de crises bancárias que ameacem o sistema financeiro de Cabo Verde.

Em função da importância que estas competências assumem nos dias de hoje, analisaremos com maior detalhe as competências do Banco para a regulação e supervisão de conglomerados financeiros e para intervenção pública em bancos em situação deficitária, no âmbito da prevenção, gestão e resolução de crises bancárias que ameacem o sistema financeiro de Cabo Verde.

Evidenciando o reconhecimento da presença de conglomerados financeiros no sistema financeiro de Cabo Verde, isto é, de grupos empresariais compostos por instituições financeiras que, sob uma liderança conjunta estabelecida ao nível do grupo empresarial, operam no sector bancário, segurador e do mercado de capitais, a Lei de Bases vem atribuir ao Banco a competência e, a nosso ver, o dever, de esta instituição se articular e colaborar com as demais autoridades competentes, a saber, o Governo e a Auditoria Geral, com vista a assegurar uma supervisão eficaz do sistema financeiro, do ponto de vista macro prudencial relacionado com a limitação do risco de instabilidade financeira e perdas daí decorrentes.

Com efeito, em virtude da dimensão e importância das instituições financeiras habitualmente inseridas em conglomerados financeiros é em relação a estas que habitualmente existem as maiores preocupações em termos de risco sistémico, em função das ligações umbilicais existentes a diversos níveis: entre as diversas instituições inseridas num único conglomerado financeiro; entre conglomerados financeiros, dentro de um único sistema financeiro; entre conglomerados financeiros, dentro de vários sistemas financeiros (circunstância mais comum e que gera maior chance de propagação de perdas decorrentes da situação deficitária de um único elo da “corrente de conglomerados” na medida em que existe habitualmente maior dificuldade em coordenar a regulação e supervisão destes conglomerados financeiros internacionais entre reguladores e supervisores de diferentes países, com diferentes culturas e mecanismos de regulação e supervisão financeira).

Assim, a regulação e supervisão de conglomerados financeiros revela-se extremamente importante para a manutenção da estabilidade do sistema financeiro de Cabo Verde, principalmente nos dias de hoje, em que as ligações entre instituições financeiras internacionais não têm expressão apenas nas grandes praças financeiras internacionais mas um pouco por todo o mundo e em sistemas financeiros tradicionalmente não tão desenvolvidos.

Como já tivemos oportunidade de referir, o Banco, sendo responsável pela regulação e supervisão financeira dos sectores bancário e dos seguros<sup>26</sup> é também responsável por, em articulação com o Ministério das Finanças, intervir financeiramente nos bancos em situação deficitária, no âmbito da prevenção, gestão e resolução de crises bancárias, tendo em vista a salvaguarda da solidez financeira da entidade intervencionada, os interesses dos seus depositantes e a estabilidade do sistema financeiro de Cabo Verde, assumindo, assim o papel de prestador de última instância (“*Lender of last resort*”).

A este respeito, devemos assinalar que a acumulação das funções de supervisão e regulação financeira e da função de prestador de última instância numa única entidade não é algo de unânime na doutrina internacional<sup>27</sup>.

Com efeito, autores como Charles Goodhart e Dirk Schoenmaker<sup>28</sup> defendem a separação das funções de supervisão e regulação financeira e de prestador de última instância, na medida em que, enquanto a política monetária deve assumir uma natureza contra cíclica face à evolução das economias e sistemas financeiros, a política de regulação e supervisão financeira deve assumir, pelo contrário, uma natureza pró-cíclica, o que geraria a impossibilidade prática de haver uma acumulação bem-sucedida destas funções numa só autoridade, entre outros argumentos<sup>29</sup>.

Por outro lado, no sentido da defesa da acumulação das funções numa só entidade vários autores avançam um argumento centrado nas sinergias decorrentes desta acumulação de funções<sup>30</sup>. Com efeito, segundo estes autores, existem benefícios na acumulação destas funções na mesma autoridade, na medida em que a informação adquirida no exercício da atividade de supervisor

26 Artigos 22.º, n.º 2, alínea e) da Lei Orgânica.

27 A este respeito *vide*, por todos, Taylor, “The road to Twin Peaks and the way back” in *Connecticut Insurance Law Journal*, Vol. 16, n.º 1, 2009.

28 Goodhart, & Schoenmaker, 1995: 341 e ss..

29 *Idem*.

30 Taylor, 2009: 84.

e regulador financeiro revela-se habitualmente vital para o eficaz exercício da função de emprestador de último recurso<sup>31</sup>.

**c) Órgãos do Banco: Condições de nomeação e exoneração, incompatibilidades e determinação da remuneração**

Nos termos do artigo 32.º da sua Lei Orgânica, o Banco é composto por um Governador, um Conselho de Administração, um Conselho Fiscal e um Conselho Consultivo.

A respeito destes órgãos entendemos ser relevante a análise de determinados preceitos da legislação de Cabo-Verde na medida em que entendemos que, em determinados pontos, esta contém aspetos passíveis de obstarem à verdadeira independência do Banco face a outras instituições e, em particular, face ao Ministério das Finanças e ao Governo.

As redações dos artigos respeitantes às condições de nomeação dos diversos órgãos do Banco<sup>32</sup> estabelecem uma “ligação perigosa” entre fatores de confiança política e as condições de nomeação de plenipotenciários.

Com efeito, como se pode verificar pelos artigos 36.º, 41.º, 46.º e 51.º da Lei Orgânica, todos os titulares dos órgãos são propostos pelo Ministro das Finanças e nomeados em sede de Conselho de Ministros.

Esta circunstância prejudica, quanto a nós, o exercício verdadeiramente isento, independente e autónoma dos cargos, circunstância tal que não é atenuada pelo facto de a legislação de Cabo Verde recorrer frequentemente a expressões razoavelmente indeterminadas como “pessoa idónea”, “pessoa de elevada experiência” ou “reconhecida competência em matéria financeira ou económica”.

Adicionalmente, no que concerne à exoneração o cenário não é muito mais favorável à manutenção da independência e autonomia. Com efeito, nos termos do n.º 1 artigo 33.º da Lei Orgânica, o mandato do Governador e dos Administradores pode cessar antes do seu termo normal em virtude de, entre outros fatores, a sua exoneração.

Por sua vez, nos termos do n.º 2 deste artigo, estes podem ser exonerados por ocorrência de:

---

31 *Idem*.

32 Artigos 36.º, 41.º, 46.º e 51.º da Lei Orgânica do BCV.

- Condenação definitiva em processo penal, relativa a crime especial de empregado público ou praticado com flagrante e grave abuso da função ou a crime que determine a incapacidade ou indignidade para exercer o cargo ou perda de confiança geral necessária ao exercício da função; ou,
- Insolvência; ou,
- Incumprimento grave no desempenho das suas atribuições.

Adicionalmente, os administradores podem ainda ser exonerados pelo Conselho de Ministros mediante proposta fundamentada do Governador, quando:

- Tenham estado ausentes, sem justificação plausível, em duas ou mais reuniões sucessivas do Conselho de Administração, realizadas durante os últimos doze meses; ou,
- Tenham infringido a lei de forma grave, ou revelada conduta imprópria no exercício das suas funções, causando prejuízos substanciais aos interesses do Banco.

Finalmente, o Governador pode também ser exonerado pelo Conselho de Ministros, mediante proposta fundamentada da maioria dos membros do Conselho de Administração, verificando-se qualquer das condições acima referidas.

Outro ponto que nos suscita algumas dúvidas em termos de potenciais óbices ao exercício isento, autónomo e independente das funções dos órgãos prende-se com os regimes de determinação dos vencimentos previsto nos artigos 35.º, 46.º, n.º 5 e 51.º, n.º 3 da Lei Orgânica.

Com efeito, nos termos destes artigos, a remuneração dos titulares dos cargos de Governador, do Conselho de Administração, do Conselho Fiscal e do Conselho Consultivo (se houver lugar ao pagamento de remuneração, nos termos do artigo 51.º, n.º 3 da Lei Orgânica) é fixada pelo Conselho de Ministros, mediante proposta a apresentar por uma Comissão de Vencimentos (composta pelo membro do Ministro das Finanças, que preside à Comissão, pelo Presidente do Conselho Fiscal e por um antigo Governador, designado por este), no caso dos titulares do cargo de Governador e do Conselho de Administração e pelo Ministro das Finanças, no caso do Conselho Fiscal e do Conselho Consultivo.

Na opinião dos autores da presente obra, o facto de o Governo e, em particular, o Ministro das Finanças, ter um papel particularmente essencial no

processo de determinação das remunerações dos titulares dos órgãos é um dos fatores que prejudicam mais gravemente o exercício verdadeiramente isento, autónomo e independente dos cargos.

Uma última nota para o facto de, no que concerne às incompatibilidades e à isenção dos titulares dos cargos em face de terceiros a legislação de Cabo Verde prever, enquanto garantias essenciais da independência e autonomia do Banco:

- Um “período de nojo”, nos termos do qual o Governador e os Administradores estão impedidos de fazer parte dos órgãos de direção de instituições financeiras, no período de um ano posterior à cessação das suas funções no Banco, sem prejuízo de lhes dever ser atribuída uma compensação<sup>33</sup>;
- Uma norma de probidade, nos termos da qual “...o Governador e os Administradores do Banco não devem aceitar quaisquer presentes ou crédito em seu favor ou em nome de qualquer parente ou pessoa com quem tenha negócios ou ligações financeiras, quando a sua aceitação possa por em causa a sua dedicação imparcial às funções exercidas no Banco.”<sup>34</sup>; e,
- Uma obrigação de apresentação de declarações de interesses, património e rendimentos, que recai sobre o Governador e os Administradores do Banco.

Pese embora o contributo valioso trazido por estas normas, somos da opinião que, no que concerne ao “período de nojo” e à obrigação de apresentação de declarações de interesses, património e rendimentos, estes deviam estender-se, se aplicável, a qualquer tipo de cargo numa instituição financeira, incluído os de natureza meramente consultiva, aos titulares do Conselho Consultivo e do Conselho Fiscal e aos seus familiares e pessoas mais próximas.

Em conclusão, estamos em condições de afirmar que as normas relativas à nomeação e à determinação do vencimento dos titulares dos cargos do Banco comprometem verdadeiramente a isenção, autonomia e independência da sua atividade, ao tornar clara a ligação umbilical existente, em Cabo Verde, entre o Banco Central e o Governo.

---

33 Artigo 34.º, n.º 1, alínea c) da Lei Orgânica do BCV.

34 Artigo 34.º, n.º 2, da Lei Orgânica do BCV.



#### **d) A accountability do Banco: possíveis óbices à verdadeira responsabilidade do regulador**

Em termos similares aos que vêm sendo aplicados em diversas legislações<sup>35</sup>, a Lei Orgânica do Banco<sup>36</sup> consagra medidas destinadas a salvaguardar a *accountability* da autoridade de regulação e supervisão financeira, perante o Estado, os *stakeholders* e outras entidades<sup>37</sup>.

Os atributos da independência e da *accountability* das autoridades de regulação e supervisão financeira não são, em nossa opinião, atributos antagónicos mas, ao invés, atributos complementarmente inversos

A *accountability* de uma autoridade de supervisão e regulação financeira: (i) face ao poder legislativo; (ii) face ao poder judicial; (iii) face ao poder executivo; e, (iv) face aos interesses dos *stakeholders*<sup>38</sup>.

A especial relevância da *accountability* decorre sobretudo do facto de os órgãos e instituições envolvidos na supervisão não serem eleitos democraticamente (por via da votação) mas por via da propostas e nomeações de plenipotenciários para os cargos.

Com efeito, e em virtude da necessidade de as instituições envolvidas na supervisão serem mais autónomas em face do poder político, o atributo da *accountability* do regulador torna-se imprescindível e a sua sindicabilidade essencial. Assim, a *accountability* é conseguida, no contexto da legislação de Cabo Verde, nomeadamente, através dos seguintes instrumentos:

- Plano de Ação – Nos termos do n.º 3 do artigo 18.º da Lei Orgânica do Banco de 6 em 6 meses, deve entregar ao Governo e mandar publicar um plano de ação do qual conste a descrição e fundamentação da política monetária a ser prosseguida no semestre a seguir, a descrição dos princípios orientadores da política monetária a ser prosseguida pelo Banco,

35 Designadamente, nas legislações dos Estados-Membros da União Europeia, nos quais os bancos centrais acumulavam as funções de definição e condução da política monetária e ainda a correspondente supervisão financeira, foram sendo concebidos mecanismos reputados como “*Chinese Walls*”, *i.e.*, mecanismos que visavam controlar por via de uma compartimentação de funções e poderes, a potencial imiscuidade entre interesses e funções. Como exemplo, notem-se as normas do Tratado de Funcionamento da União Europeia que proíbem os bancos centrais de cada Estado-Membro de concederem empréstimos a esses mesmos Estados.

36 Artigos 2.º, 3.º, 27.º e 28.º da Lei Orgânica do BCV.

37 “...with the accountability serving as a key ingredient of the principal-agent relationship between elected governments and unelect supervisors”, Banco Central Europeu, 2002: 46.

38 Athanassiou, 2011: 4.

para o ano a seguir ou para período mais longo e ainda uma revisão e avaliação da política de atuação implementada pelo Banco no semestre anterior ao do plano de ação;

- Orçamento Anual – Nos termos do artigo 56.º da Lei Orgânica o Banco deve elaborar um orçamento anual, a remeter ao Ministro das Finanças até 15 de dezembro do ano anterior ao ano a que se refere o orçamento. O Ministro das Finanças deve aprovar este orçamento no prazo de sessenta dias, findos os quais se considera o orçamento tacitamente aprovado; e,
- Relatório, Balanços e Contas – Nos termos do artigo 58.º da Lei Orgânica o Banco deve manter contas e registos que reflitam a sua atuação e a sua situação financeira, que devem ser elaborados de acordo com normas internacionais de contabilidade. Nos termos do n.º 4 do artigo 58.º da Lei Orgânica entre o último dia de cada mês e o décimo dia do mês seguinte o Banco deve apresentar e submeter à apreciação do Ministro das Finanças um relatório mensal, relativo à situação financeira do Banco. A este relatório mensal adiciona-se um relatório anual, do qual deve constar o balanço e um relatório de lucros e perdas. Este relatório, após certificado por auditor externo, deve ser entregue ao Governo num prazo de três meses após o encerramento de cada ano financeiro, juntamente com um relatório das operações efetuadas e um relatório sobre o estado da economia nacional. O Governo, nos termos do n.º 7, terá então de informar a Assembleia Nacional, através de uma comissão especializada, da situação e orientações na política monetária e cambial seguida no exercício anterior. Finalmente, todos os relatórios e contas sobre matérias financeiras devem ser publicados pelo Banco, de forma que este considere convenientes.

#### **e) A independência do Banco**

Na opinião dos autores da presente obra, a independência do Banco de Cabo Verde, tal como é configurada na sua Lei Orgânica, deve ser analisada em quatro vertentes:

- Independência decisória;
- Independência nas relações com o Estado;
- Independência face aos mercados; e,
- Independência orçamental.

i. *A independência decisória*

Dentro dos seus limites de competência o BCV goza de autonomia em relação a quaisquer outras entidades, na prossecução dos seus objetivos e exercício das suas atribuições, devendo a sua autonomia ser respeitada, não podendo nenhum órgão ou pessoa influenciar o Governador ou qualquer membro do Conselho de Administração no desempenho das suas funções<sup>39</sup>.

Todavia, apesar da redação assertiva da norma, o seu conteúdo pode, em termos práticos, ser seriamente afetado pelas circunstâncias já referidas no que concerne às condições de nomeação de plenipotenciários e aos regimes de determinação dos vencimentos.

ii. *A independência nas relações com o Estado*

Nos termos dos artigos 27.º e 28.º da Lei Orgânica é expressamente vedado ao Banco a concessão de descobertos ou qualquer outra forma de crédito ao Estado e serviços ou organismos dele dependentes, às autarquias locais, a outras pessoas coletivas de direito público e a empresas públicas ou quaisquer outras entidades sobre as quais o Estado e as autarquias locais possam exercer influência dominante, bem como a aquisição direta de títulos de dívida pública emitidos pelo Estado ou estas entidades.

Todavia, o artigo 2.º da Lei n.º 10/VI/2002, de 15 de julho prevê sob a epígrafe “Crédito excecional ao Estado” que, a título transitório, e até ao “*conveniente desenvolvimento do mercado de capitais*”, o Estado possa recorrer a financiamentos junto do Banco, remunerados à taxa de redesconto, cujo saldo devedor não poderá, em nenhum momento, exceder 5% das receitas correntes cobradas no ano anterior e deverá ser totalmente liquidado, até 31 de dezembro de cada ano, sob pena de ser proibido o recurso a novos levantamentos.

Em nosso ver, este é um caso em que o uso de conceitos indeterminados como o “*conveniente desenvolvimento do mercado de capitais*” compromete significativamente o disposto nos artigos 27.º e 28.º da Lei Orgânica, principalmente considerando que a norma, sendo transitória, não refere qualquer prazo de vigência.

iii. *A independência face aos mercados*

Nos termos do artigo 31.º da Lei Orgânica são proibidas ao Banco operações de financiamento, de assunção de dívidas, a participação em negócios finan-

39 Artigo 18.º, n.º 2 da Lei Orgânica, BCV.

ceiros, a aquisição de imóveis não essenciais ao desempenho das suas funções e a promoção e/ou criação de instituições de crédito ou parabancárias ou outras sociedades, bem como a participação no capital de empresas existentes, salvo quando a isso permita a Lei Orgânica.

*iv. A independência orçamental*

O artigo 4.º, n.º 1 da Lei Orgânica inicia a sua redação com uma afirmação promissora do ponto de vista da salvaguarda da autonomia e independência financeira do Banco, ao estabelecer que este detém capital próprio que, sendo integralmente subscrito e realizado pelo Estado, pode ser aumentado por deliberação do seu Conselho de Administração.

Todavia, resulta do n.º 2 deste artigo o primeiro óbice à autonomia e independência financeira do Banco, na medida em que este preceito estabelece que a deliberação de aumento de capital do Conselho de Administração do Banco carece, sob pena de ineficácia, de confirmação pelo Ministro das Finanças.

Esta circunstância, já de si comprometedora da autonomia e independência financeira do Banco, torna-se tão mais gravosa se atentarmos no conteúdo do artigo 4.º, n.º 3 da Lei Orgânica.

De acordo com este preceito, quanto se verifique que os ativos do Banco se situam em níveis inferiores aos da soma do passivo e do capital mínimo realizado, caso em que o Banco está numa situação profundamente deficitária, que compromete a sua atividade de regulação e supervisão do sistema financeiro, o seu Conselho de Administração deve dar conhecimento desse facto ao Ministro das Finanças, podendo este propor, em sede de Conselho de Ministros, a transferência de fundos e títulos transacionáveis para o Banco, de forma a corrigir esta situação deficitária e comprometedora da atividade do Banco.

Assim, verifica-se que este artigo, levado às suas últimas consequências, permite a ocorrência de uma situação em que o Banco, colocado numa situação deficitária, fica igualmente refém do Governo, situação que se revela extremamente gravosa, do ponto de vista da autonomia e independência financeira.

## **6. O BANCO E BASILEIA III – A SUPERVISÃO PRUDENCIAL DO SISTEMA FINANCEIRO DE CABO VERDE**

### **a) As recomendações do Comité de Basileia**

Em 1930, em Basileia (Suíça), encontrava-se estabelecida a mais antiga organização financeira internacional (o Banco Internacional de Compensações),

criada pelos Bancos Centrais do G10<sup>40</sup>, na sequência de um período de grande instabilidade e perturbações que se verificavam no mercado internacional bancário.

Atualmente com 55 membros, foram sendo criados ao seu abrigo diversos Comitês como o Comité de Supervisão Bancária de Basileia (1976) e que se dedica à elaboração de relatórios e estatísticas sobre os bancos centrais e os sistemas financeiros mundiais, purgando pela estabilidade monetária e financeira. Ou seja, pese embora não tenha força de lei, o Comité beneficia da sua reputação para auxiliar à regulação e fiscalização das mais corretas práticas de *corporate governance* bancárias.

O Comité emana recomendações não vinculativas que contudo, dada a influência dos membros do Comité são adotadas e existe sobretudo devido aos desafios atuais na supervisão como sejam a globalização, a liberalização, a inovação, a par da intensificação da concorrência que naturalmente tem impacto na estrutura bancos (*por exemplo, verifica-se um aumento da concentração entre instituições por via a aproveitar as vantagens das economias de escala*<sup>41</sup>, *aumentar os níveis de rentabilidade, facilitar a internacionalização das instituições e aproveitar a ampla e complexa estrutura tecnológica característica da nova era financeira de desintermediação, desmaterialização e inovação financeira*).

Em suma, podendo afirmar-se que constituem mera *soft law*, as referidas recomendações constituem uma verdadeira “*Transnational regulatory network*”<sup>42</sup> (“TRN”), na medida em que tem subjacente um processo de hierarquização dos *standards* de regulação bancária através de acordo (“*Beneficial regulatory agreements*”<sup>43</sup>).

Representam, por isso, a consequência direta de uma ação consolidada por parte da comunidade internacional. De tal modo, tendo subjacente uma descentralização à escala global e um tipo de *accountability* diretamente tutelada pelo Governos de cada Estado, o modelo subjacente às Recomendações do Comité de Basileia suplanta o risco de uma centralização da regulação bancária e permite ainda uma maior agilização perante o surgimento de novos

40 O *Basel Committee on Banking Supervision* (BCBS sigla inglesa) é uma organização criada em 1962 por um grupo de dez países industrializados (Alemanha, Bélgica, Canadá, EUA, França, Itália, Japão, Holanda, Reino Unido e Suécia), atualmente contando com mais membros.

41 Araújo, Fernando *Introdução à Economia*, 3.<sup>a</sup> edição, Almedina, fevereiro de 2005: 326.

42 Lyngen, Narissa, *Basel III: Dynamics of State Implementation*, Harvard International Law Journal, Vol. 53, 2012: 521.

43 Lyngen, Narissa, *Obra cit.*

produtos, novos veículos e estratégias de investimento e a desfragmentação da informação relativa a eventos sistémicos<sup>44</sup>.

### **b) A implementação legislativa**

Os Avisos do Banco, nesta matéria, visando prover à elaboração e implementação das melhores práticas e padrões internacionais, no país sucedem-se:

- Aviso n.º 2/2013, de 18 de abril – referente ao 2.º Pilar do Acordo de capital de Basileia e que representa as novas regras ao nível da implementação do sistema de gestão do risco de crédito;
- Aviso n.º 4/2011 e Aviso 5/2011, ambos de 26 de outubro – também referente às recomendações do Comité de Basileia e regulando quer o risco da taxa de juro na carteira bancária, quer o risco cambial “visando o fortalecimento e estabilidade do sistema financeiro cabo-verdiano”;
- Aviso n.º 3/2007, de 19 de Novembro – Fundos próprios das instituições de crédito; ou,
- Os mais antigos Aviso n.º 4/2005, Aviso n.º 5/2005 e Aviso n.º 7/2005, todos de 12 de setembro, os quais regulando as provisões, rácio de solvabilidade e limites à concentração de risco de crédito e afins.

#### *i. A especificidade do sistema de Cabo Verde*

Na maioria das vezes, Cabo Verde tem evidenciado um esforço significativo não só por atender às recomendações e exigências internacionais em matéria regulatória mas também em ser ainda mais prudente, prova disso foi a implementação com o Aviso n.º 4/2007, de 25 de fevereiro de 2008, o Banco que, num período ainda anterior face à crise internacional de 2008, já estabelecia um Rácio de Solvabilidade (que é a relação entre o nível e estrutura de capitais próprios dos bancos e os riscos de crédito assumidos) situado em 10%, ou seja, acima dos 8% estabelecidos à data pelos Acordos de Basileia II e num valor igual ao mais tarde implementado com a estrutura dada pelos Acordos de Basileia III.

De toda a legislação e regulamentação produzida internamente, resulta clara a preocupação de reporte permanente ao Banco (bases mensal, trimestral e anual) ao atual Departamento de Supervisão e Estabilidade dos Sistema Financeiro, por exemplo, dos detalhes referentes à mensuração do risco de taxa

---

44 Bin, Gu, *Enforcing International Financial Regulatory Reforms*, Harvard Law School, 2013: 16-17.

de juro na carteira bancária ou a obrigação de as instituições sob a alçada do banco procederem ao cálculo mensal do rácio de solvabilidade e reportarem ao regulador, sendo necessário que se “... atenda à globalidade da atividade desenvolvida pelas instituições no território cabo-verdiano.”

Ficando claro que casuisticamente, instituição a instituição, sector a sector ou face às condições do mercado, o regulador possa em conjunto e de acordo com a superior orientação do Ministério das Finanças, exigir o aumento de provisões ou aplicar a título excecional e temporário, provisões fora das diretrizes iniciais do Banco.

Estas especificidades adequam-se à vertente internacionalista que o país procura acentuar, de atração de capital estrangeiro e localmente a supervisão referente a filiais e sucursais de bancos estrangeiros é perfeitamente justificada se atendermos que pode afetar a quantidade de massa monetária em circulação.

Em Cabo Verde, face à necessidade dos bancos cumprirem com os rácios de solvabilidade<sup>45</sup>, as duas formas existentes seriam o aumento da base de capital ou, aquela que tem sido a alternativa preferível, o aumento de rácio através de uma diminuição do seu denominador, ou seja, através da diminuição da ponderação do risco presente nos ativos que os bancos detêm em carteira (agrupados por classe de risco e garantias) e pela diminuição dos ativos com maior ponderação de risco (como é o caso dos empréstimos concedidos).

Assim, segundo dados do próprio Banco, face aos elevados rácios de solvabilidade e regras técnicas já exigíveis antes de 2008, a economia de Cabo Verde não foi largamente afetada pela conjuntura internacional.

## ii. *Tipologia de instituições financeiras*

Entende-se por “Instituições financeiras”, as pessoas e entidades singulares e coletivas, públicas ou privadas, legalmente autorizadas pelo Banco de Cabo Verde, a exercer uma ou mais atividades financeiras, *i.e.*, as atividades listadas no artigo 20.º da Lei de Bases:

- a) A receção de depósitos ou outros fundos reembolsáveis;
- b) As operações de crédito, incluindo concessão de garantias e outros compromissos, locação financeira e factoring;
- c) Os serviços de pagamento, a prestação de serviços de pagamento, e a emissão e gestão de outros meios de pagamento, tais como cheques em

45 Magalhães, 2010, Capítulo VIII, para uma ampla e exaustiva análise da evolução prudencial das regras de Basileia.

- suporte de papel, cheques de viagem em suporte de papel e cartas de crédito;
- d) As atividades de investimento em instrumentos financeiros e a prestação de serviços de investimento relativa a estes instrumentos;
  - e) As transações, por conta própria ou da clientela, sobre instrumentos do mercado monetário e cambial, instrumentos financeiros a prazo, opções e operações sobre divisas, taxas de juro, mercadorias e valores mobiliários;
  - f) A assunção de riscos através de contratos de seguros e de resseguro e a mediação de seguros;
  - g) A participação em emissões e colocações de valores mobiliários e prestação de serviços correlativos;
  - h) A consultoria, a guarda, a administração e a gestão de carteiras de valores mobiliários;
  - i) A gestão e a consultoria em gestão de outros patrimónios;
  - j) A atuação nos mercados interbancários;
  - k) A locação de bens móveis, nos termos permitidos às sociedades de locação financeira;
  - l) As operações sobre pedras e metais preciosos;
  - m) A consultoria das empresas em matéria de estrutura do capital, de estratégia empresarial e de questões conexas, bem como consultoria e serviços no domínio da fusão e compra de empresas;
  - n) A tomada de participações no capital de sociedades;
  - o) A prestação de informações comerciais;
  - p) O aluguer de cofres e guarda de valores; e,
  - q) Outras operações análogas e que a lei não proíba, tal como definido em aviso emitido pelo Banco de Cabo Verde.

Para os efeitos da atual Lei de Bases e, sumariamente, as tipologias de instituições financeiras<sup>46</sup> e de crédito existentes no universo financeiro de Cabo Verde são as seguintes:

---

46 Note-se que as instituições financeiras identificadas no artigo 2.º da Lei de Bases consubstanciam-se em (i) instituições de crédito, (ii) instituições de moeda eletrónica, (iii) seguradoras e sociedades gestoras de fundos de pensões, (iv) fundos de pensões e os organismos de investimento coletivo desde que dotadas de personalidade coletiva, (v) sociedades gestoras de fundos de investimento e as sociedades depositárias de valores afetos a fundos de investimento, (vi) sociedades de gestão financeira, (vii) sociedade de capital de risco, (viii) agências de câmbios e (ix) outras que sejam como tal qualificadas pela lei.



- Os bancos;
- As sociedades de investimento;
- As sociedades de locação financeira;
- As sociedades de factoring;
- As sociedades financeiras para aquisições a crédito;
- As sociedades emitentes ou gestoras de cartões de crédito;
- As sociedades de garantia mútua;
- As sociedades de desenvolvimento regional; e,
- Outras que como tal sejam qualificadas pela lei.

## 7. CONCLUSÃO

A República de Cabo Verde apresenta uma economia fragmentada devido à insularidade; à inexistência de base produtiva e aos escassos recursos naturais que apresenta. Desta forma, associado ao elevado consumo, o arquipélago é sobretudo impulsionado pelas transferências externas e receitas do turismo.

O sistema financeiro de Cabo Verde pode ser caracterizado como tendo um mercado de capitais incipiente, um mercado interbancário limitado e com poucos participantes e instrumentos financeiros pouco diversificados.

Pese embora o sector bancário seja ainda o segmento mais desenvolvido, é evidente o surgimento de oportunidades de investimento no setor segurador, apesar da sua reduzida dimensão e oportunidades de investimento que não serão alheias ao facto de, de acordo com os últimos estudos, o mercado segurador em Cabo Verde apresentar um elevado grau de segurança e níveis de excedentes similares aos níveis de solvência. Por outro lado, o setor dos valores mobiliários releva-se ainda como incipiente.

Em resultado das circunstâncias históricas que antecederam o surgimento da República de Cabo Verde e da ligação de cooperação institucional que se manteve entre a República Portuguesa e a República de Cabo Verde verificou-se que o direito de Cabo Verde é um direito de herança e natureza marcadamente continental (embora inserido noutra contexto geopolítico e regional).

A adoção de um modelo monista de supervisão não implicou que se verificasse uma concentração da supervisão numa única área de atuação, conforme ilustra o extenso Regulamento do Banco de Cabo Verde (2015).

A este nível, citamos o Departamento de Mercados e Gestão de Reservas, bem como o Departamento de Supervisão das Instituições Financeiras (que a nível segurador e bancário se dedicam à supervisão prudencial), o Departamento Jurídico que absorve competências ao nível da supervisão compor-

tamental e a Auditoria Geral dos Mercados dos Valores Mobiliários que, naturalmente ocupa-se do Mercado de Valores Mobiliários (e se encontra na dependência direta do Governados do Banco).

Embora se trate de um modelo tipicamente conotado com a concentração de poderes, em nosso entendimento, no caso do país não se justificaria a adoção de outro modelo de supervisão, até pelos inerentes custos de transação que tal situação implicaria.

De fato, se a supervisão prudencial (garantia de defesa da liquidez, solvabilidade e estabilidade individual das instituições) se encontra plenamente assegurada, a supervisão comportamental tem vindo a acentuar-se, naquele país em que a taxa de bancarização atinge níveis sempre superiores a 80% nos últimos anos.

De facto, uma das necessidades observáveis ao nível da legislação de Cabo Verde decorria da pouco extensa regulação dos direitos e deveres das instituições bancárias e parabancárias, no tratamento com os clientes e, bem assim, a promoção da literacia financeira. E de fato, a nova Lei de Bases vem agora consagrar a figura do mediador de crédito e o próprio Banco ao nível da sua organização, contempla um mais forte gabinete de apoio ao consumidor.

Nestas matérias, a emissão de diversos Avisos emitidos pelo Banco é profícua (destaque para o Aviso n.º 2/2011, de 17 de agosto – abertura de contas de depósito bancário, Aviso n.º 1/2013, de 4 de julho – regime de comissões a cobrar pelas instituições de crédito e Aviso n.º 3/2013, de 12 de abril que regulamenta a prestação de informações relativas às taxas de juros e custos das operações de crédito).

Ao nível prudencial, e na preparação da presente obra, foi possível constatar que a Qualidade do Capital (logo, a questão da origem dos fundos – política “*Know Your Customer*”) é uma preocupação demonstrada em sede do extenso enquadramento legal e produção legislativa do país. Sendo esta – a dispersão normativa que caracteriza a legislação nacional – uma das principais críticas que se pode fazer ao sistema financeiro de Cabo Verde.

Por outro lado, os critérios que nortearam as autoridades de Cabo Verde a legislarem num sentido antecipado e/ou concordante com as regras de *soft law* emanadas pelo Comité de Basileia (pese embora não tenham tido um racional claro que conduzisse a tal desfecho), sempre resultaram de um esforço das autoridades de Cabo Verde em promoverem a credibilização internacional do país.

De fato, a exigência de que os bancos mantenham rácios de solvabilidade mais altos implica que as entidades com pouca capacidade de capital tendam

a alterar a sua carteira de ativos e a preferirem a diminuição de ativos com maior ponderação de risco (por exemplo, ao nível dos empréstimos concedidos).

Nesta medida, tratou-se de mais um mecanismo de defesa da solidez do sistema financeiro do de Cabo Verde.

Por outro lado, entre a multiplicidade de competências atribuídas ao Banco há que destacar, pela relevância que assumem no sistema financeiro de Cabo Verde dos dias de hoje as seguintes competências:

- A competência para a intervenção na identificação e controlo do risco sistémico (artigo 15.º, n.º 1, alínea d) da Lei de Bases);
- A competência para a regulação e supervisão de conglomerados financeiros, em colaboração com as demais autoridades competentes para a regulação e supervisão do sistema financeiro de Cabo Verde (artigo 15.º, n.º 1, alínea e) da Lei de Bases);
- A competência para a concessão de autorizações de exercício e registo das instituições financeiras que pretendam exercer a sua atividade no sistema financeiro de Cabo Verde (artigo 22.º e seguintes da Lei de Bases); e,
- A competência para a intervenção pública em bancos em situação deficitária, no âmbito da prevenção, gestão e resolução de crises bancárias que ameacem o sistema financeiro de Cabo Verde.

Ainda em sede das normas que compõe aquela que é a estrutura que suporta a independência e *accountability* dos órgãos do Banco, entendemos que, em determinados pontos (nomeadamente, nas normas relativas à nomeação e à determinação do vencimento dos titulares dos cargos do Banco), a total independência e isenção dos titulares de tais cargos poderá ser comprometida face a outras instituições e, em particular, face ao Ministério das Finanças e ao Governo.

Contudo, a ponderação que possa ser realizada em sede da introdução de mais mecanismos de controlo (para além dos reportes de base mensal, trimestral e anuais efetuados pelo Banco e da atual estrutura organizativa do Banco) não contende com o modelo de supervisão monista adotado face ao enquadramento do país e, porque não, mesmo em face da sua não integração supranacional (conforme ao direito continental, em especial, face ao sistema português/europeu de supervisão).

## BIBLIOGRAFIA

ATHANASSIOU, Phoebis

2011 “Financial Sector Supervisors’ Accountability – A European perspective”, in *European Central Bank Legal Working Paper Series*, n.º 12.

ARAÚJO, Fernando

2005 *Introdução à Economia*, 3.ª edição, Coimbra: Almedina.

BANCO DE CABO VERDE

2014 *Relatório de Estabilidade Financeira*.

BANCO CENTRAL EUROPEU

2002 “The Accountability of the ECB” in *European Central Bank Monthly Bulletin*, novembro.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION

2012 *Core Principles for Effective Banking Supervision*.

2014 *Principles of Corporate Governance*.

BIN, Gu

2013 *Enforcing International Financial Regulatory Reforms*, Cambridge, Massachusetts, Harvard Law School.

GOODHARD, Charles & SCHOENMAKER, Dirk

1995 *The institutional separation between supervisory and monetary agencies in The central bank and the financial system*, Boston, Massachusetts, Massachusetts Institute of Technology Press.

LYNGEN, Narissa

2012 *Basel III: Dynamics of State Implementation*, in *Harvard International Law Journal*, Vol. 53.

MAGALHÃES, Manuel

2010 “Evolução do direito prudencial bancário no pós-crise: Basileia III e CRD IV” in CÂMARA, Paulo & MAGALHÃES, Manuel (eds.), *O Novo Direito Bancário*, Coimbra: Almedina.

RODRIGUES, Marlene Luz

2010 *Análise Comparativa do Sector Bancário entre Cabo Verde e Portugal*, Lisboa, Instituto Superior de Economia e Gestão.

TAYLOR, Michael

2009 “The road to Twin Peaks and the way back” in *Connecticut Insurance Law Journal*, Vol. 16, n.º 1.

# UNIÃO ECONÓMICA E MONETÁRIA DA ÁFRICA OCIDENTAL: UMA BOA IDEIA, COM UMA POBRE EXECUÇÃO

*José Gonzaga Rosa*

*ABSTRACT: The experience of WAEMU – West African Economic and Monetary Union to date shows that there are no easy shortcuts to the creation of a monetary zone. The EU – European Union took 50 years to create their single currency, and still has many imperfections. The WAEMU was born with a single currency but it is still work in progress due to an incipient economic integration and low levels of financial intermediation. Although being a benchmark model for monetary integration in Africa, their major challenge, as the Single Supervisory Mechanism of the European Banking Union, is the proper resolution of banks „zombie“.*

**SUMÁRIO:** Introdução. I. Porquê a atração de África pelas zonas monetárias. 1. As dinâmicas de integração económica e monetária em África. 2. Da impossibilidade da aplicação do modelo de integração europeu em África. II. A União Económica e Monetária da África Ocidental. 1. A união económica que começou por ser monetária. 2. O sector financeiro na UMOA. 3. A Organização Institucional da Supervisão Financeira na UMOA. 4. A supervisão do sector segurador. 5. A União Bancária da UMOA. Conclusão: O Acordo de Basileia III é solução?

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo fazer o levantamento das principais dinâmicas de integração económica e monetária em África, não perdendo de vista a nossa principal motivação que é perceber a adequação da transposição de modelos de organização institucional presentes na zona do Euro e em alguma “soft law” produzida após o ímpeto reformista originado pela crise financeira de 2008, a realidades económicas e financeiras muito diversas.

Nesta perspetiva e face à multiplicidade de dinâmicas de integração presentes em África, optamos por centrar o nosso estudo na principal instituição regional da África Ocidental, a CEDEAO (Comunidade Económica

dos Estados da África Ocidental) e nesta na UEMOA (União Económica e Monetária do África Ocidental) associada à zona do franco CFA (franco das colónias francesas em África) e por esta via ao Euro. A CEDEAO é um bloco de integração regional de geometria variável, porque para além da UEMOA acolhe igualmente uma zona monetária em constituição, a ZMAO (Zona Monetária da África Ocidental) com eventual ligação futura ao USD dólar e um país (Cabo Verde) com ligação ao Euro através de laços históricos com Portugal.

Assim sendo, o artigo endereça as seguintes questões.

- i) Ao contrário do que sucedeu com a União Económica e Monetária (UEM), da União Europeia, a criação da UEMOA não obedeceu a nenhum plano prévio de integração económica e financeira entre os oito estados membros que a compõem. Daqui parece-nos legítimo questionar se é possível impor uma política monetária única sem integração financeira e perante indicadores muito modestos de intermediação financeira? A União Económica e Monetária considera que não, pelo menos no que respeita à fragmentação do sector financeiro, e por esse motivo iniciou o projeto da União Bancária Europeia. A UEMOA tem um sistema de supervisão financeira muito semelhante ao da União Bancária, podendo mesmo vislumbrar-se uma arquitetura semelhante ao Mecanismo Único de Supervisão. Mas a execução está incompleta, pelo que os riscos de reputação são elevados.
- ii) A UEMOA é vista como uma história de relativo sucesso no espaço da CEDEAO, designadamente quando contrastada com a tentativa ainda frustrada, de constituição de uma zona monetária em torno dos países anglófonos da CEDEAO (ZMAO). Porém, os resultados alcançados apontam para um cumprimento de regras meramente formal, importando perceber o que pode ser melhorado, se o modelo, se a execução, se ambos.

Finalmente, é legítimo questionar se a densificação da regulação em linha com a “soft law” internacional é o caminho indicado. Concretamente, se a implementação de Acordo de Basileia III faz parte da solução.

## I. PORQUÊ A ATRAÇÃO DE ÁFRICA PELAS ZONAS MONETÁRIAS

### 1. As dinâmicas de integração económica e monetária em África

África é bem ilustrativa da atração que as uniões monetárias exercem como instrumento privilegiado de concretização de uniões aduaneiras e zonas de comércio livre. Mas será possível impor uma política monetária única perante indicadores muito modestos de intermediação financeira e perante uma incipiente integração financeira?

Um dos principais blocos económicos da região é a Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental (CEDEAO/ECOWAS)<sup>1</sup>, com 310 milhões de habitantes (cerca de 73% da população da África subsariana e 30% da população Africana) e um PIB real avaliado em 306,7 mil milhões de dólares, repartido entre a Nigéria (64%), Gana (11%), Costa do Marfim (7%) e outros países (18%)<sup>2</sup>. A CEDEAO possui diversos recursos naturais, designadamente o petróleo (Costa do Marfim, Gana, Níger e Nigéria), urânio (Níger), ouro (Burkina Faso, Gana, Guiné, Mali), fosfato (Senegal e Togo), bauxite (Guiné e Guiné Bissau).

A CEDEAO integra a União Económica e Monetária da África Ocidental (UEMOA), criada em 1994 e composta maioritariamente pelos países francófonos da África ocidental, e a Zona Monetária da África Ocidental (ZMAO)<sup>3</sup>, constituída em 2000 com o objectivo de constituição de uma moeda única para a África Ocidental, o ECO, até 2020, suficientemente robusta para rivalizar com o Franco CFA, admitindo-se mesmo a posterior fusão com a UEMOA.

A UEMOA é considerada o mais avançado processo de integração regional na África ocidental, tendo em conta os resultados alcançados em termos de estabilização cambial e estabelecimento de regimes pautais comuns e organizados<sup>4</sup>. Apesar de ter sido constituída por Tratado e a montante de um processo organizado de integração económica e financeira, apresenta uma

---

1 A CEDEAO (Economic Community of West African States / Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest) foi fundada em 28 de maio de 1975 e é composta por quinze países da África ocidental, nomeadamente: Benim, Burquina Faso, Cabo Verde, Costa do Marfim, Gâmbia, Gana, Guiné, Guiné-Bissau, Libéria, Mali, Níger, Nigéria, Senegal, Serra Leoa e Togo.

2 Valores aproximados de 2010.

3 A ZMAO ("West African Monetary Zone") é composta pela maioria dos países anglófonos da sub-região da África ocidental, nomeadamente Nigéria, Gana, Serra Leoa, Gâmbia e Libéria.

4 Owusu, 2013: 14.

moeda comum, o franco CFA, emitida por um banco central comum (BCEAO – Banco Central dos Estados da África Ocidental), alguma coordenação de políticas macro económicas e legislação e supervisão bancária e financeira unificadas. As últimas reformas de 2007 em vigor em 2010 vieram reforçar a independência do BCEAO e definir a estabilidade de preços como o objectivo principal da política monetária.

Quanto à ZMAO e apesar de representar 60% da população da CEDEAO, falhou até à data o objetivo de criação de uma moeda única<sup>5</sup>.

O fenómeno das uniões monetárias está igualmente presente na África Oriental e Central.

Os cinco estados membros que compõem a Comunidade da África Oriental<sup>6</sup> assinaram um protocolo em 2013 que consagrou o objectivo de constituição de uma união monetária no espaço de 10 anos.

A Comunidade de Desenvolvimento da África Austral<sup>7</sup> tem por objetivo a criação de uma união monetária em 2016 e de uma moeda única em 2018.

O Mercado Comum da África Oriental e Austral<sup>8</sup> pretende a criação de uma união monetária e de uma moeda única em 2018.

A Comunidade Económica e Monetária da África Central (CEMAC)<sup>9</sup> partilha o franco CFA (“Communauté financière africaine”) da África Central<sup>10</sup>. A UEMOA e a CEMAC orbitam em torno do franco francês, sendo que, formalmente, a primeira adotou o franco CFA do Ocidente e a

---

5 A ZMAO criou em janeiro de 2001 o Instituto Monetário da África Ocidental (IMAO) com o objetivo de iniciar os trabalhos preparatórios para a introdução de uma moeda única e para a criação de um banco central comum. Porém, a falha persistente na satisfação dos critérios de convergência inviabilizou a prossecução desta meta.

6 “East African Community” (Burundi, Quênia, Ruanda, Uganda e Tanzânia).

7 A “Southern African Development Community” (“SADC”) é uma organização intergovernamental composta por 15 estados, entre os quais Angola e Moçambique. Em 2008 a SADC conjuntamente com a “Common Market for Eastern and Southern Africa” (COMESA) e a “East African Community” constituíram a “African Free Trade Zone”.

8 A “Common Market for Eastern and Southern Africa” (COMESA) é uma área de comércio livre com 20 estados membros constituída em dezembro de 1994.

9 Também conhecida por “Communauté Économique et Monétaire de l’Afrique Centrale” (CEMAC) e “Economic and Monetary Community of Central Africa”, é constituída por 5 ex colónias francesas, Camarões, República Central Africana, Chade, Congo, Gabão e Guiné Equatorial.

10 O Tesouro francês garante a convertibilidade do CFA face ao euro à taxa de câmbio 0.152449 euros (€1 = CFAF 655.957).



segunda o franco CFA da África Central<sup>11</sup>. A fixação cambial ao euro tem levantado várias críticas, sobretudo porque faz depender a competitividade das exportações desta zona do franco em África da política monetária do Banco Central Europeu. Formalmente trata-se de duas moedas diferentes (ainda que em paridade e com o mesmo cambio fixo face ao euro), sendo que o franco da UEMOA é emitido pelo BCEAO e o franco da UEMAC pelo BEAC (“Banque des États de l’Afrique Centrale”).

A Área Monetária Comum da África Austral cujas moedas do Lesoto, Namíbia e Swazilândia estão fixas ao “rand” da África do Sul.

Finalmente a nível continental, o objetivo de longo prazo da União Africana é uma moeda comum para todo o continente africano.

## **2. Da impossibilidade da aplicação do modelo de integração europeu em África**

O processo de integração económica e monetária da Europa tem servido de inspiração às diversas dinâmicas de integração regional em África. Em parte devido à influência dos países colonizadores (caso da França com as zonas do franco CFA da UEMOA e da CEMAC e a ZMAO que congrega os países de origem anglófona da sub-região da África Ocidental), mas também aos avanços alcançados na intensificação do comércio intracomunitário no espaço europeu. Dito isto e admitindo que estas realidades apresentam algumas semelhanças de um ponto de vista formal, questionamos se as mesmas se justificam à luz da tentação de replicar modelos de organização institucional em realidades de organização económica e infraestrutural diversas. A tabela seguinte compara os principais eixos de União Económica e Monetária com a principal instituição regional da África Ocidental (CEDEAO) e com a UEMOA que partilha o franco CFA.

---

11 No acrónimo anglo-saxónico respectivamente designados por “West African CFA franc” e “Central African CFA franc”.

TABELA 1  
UEM  $v(s)$  CEDEAO  $v(s)$  UEMOA

Factor	UEM	CEDEAO	UEMOA
1. Modelo de constituição da união monetária	Gradual mediante critérios e pré requisitos	Em construção, prevista ZMAO até 2020	Tratado sem pré requisitos de integração financeira
2. Arquitectura institucional	Semelhantes	Semelhantes	Semelhantes
3. Mobilidade dos fatores intrarregionais	Elevada	Reduzida	Reduzida
4. Flexibilidade de preços e salários	Elevada	Reduzida	Reduzida
5. Abertura ao comércio	Elevada	Reduzida	Reduzida
6. Diversificação de produtos	Elevada	Reduzida	Reduzida
7. Comércio intracomunitário	60,4%	10%	10,7%
8. Integração orçamental	Média	Reduzida	Média
9. Intermediação financeira	Elevada	Reduzida	Reduzida

Fonte: Autor

*a) O modelo de união monetária e a arquitetura institucional*

As diferenças entre a UEM e a CEDEAO e UEMOA fazem-se sentir, desde logo, no processo de criação. Passaram quase 50 anos entre a assinatura do Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço em 1951 e a introdução do euro. O processo de criação da UEM obedeceu a uma abordagem gradual mediante critérios e pré requisitos e foi antecedido de diversas crises institucionais. Pelo contrário, a UEMOA foi constituída a 10 de janeiro de 1994 pelo Tratado de Dacar, e começou a funcionar a 1 de agosto de 1994 na sequência da ratificação por sete estados membros. Este modelo de união monetária aproxima-se dos EUA, onde foi primeiro assinado um tratado para introduzir uma moeda comum, mesmo antes de se considerar a questão da integração do mercado financeiro<sup>12</sup>.

A realidade da CEDEAO já se aproxima mais da UEM apesar de ainda se encontrar em construção. A CEDEAO foi constituída em 1975 e em 2000

<sup>12</sup> Ambe-Uva, 2013: 155.

adotou uma estratégia para a criação de uma moeda comum na região. Na primeira etapa, foi solicitado aos membros não-UEMOA da CEDEAO que formassem até julho de 2005 uma união monetária designada por ZMAO. A segunda etapa corresponderia à fusão subsequente da UEMOA e da ZMAO para constituir um grupo de moeda única, consumando-se desta forma a adoção do Eco. Os planos atuais revistos em função da recente crise da zona Euro, apontam para a consumação da união monetária até 2020 com a introdução de uma moeda regional, precedida do lançamento da união monetária, do estabelecimento de um banco central regional e, finalmente, do desaparecimento das moedas nacionais. Porém, mesmo admitindo a unificação da ZMAO e da UEMOA e a adoção do eco, é uma incógnita se a garantia de convertibilidade da moeda da UEMOA (o franco CFA) concedida pelo Tesouro francês, com paridade fixa ao Euro, continuaria numa união monetária da dimensão prevista.

Quanto à arquitetura institucional, a UEMOA e a CEDEAO partilham algumas das principais características da organização da UE: uma Comissão regional, um Conselho (chefes de Estado e ministros), uma Assembleia Parlamentar regional, um Tribunal de Justiça regional, complementado por um Tribunal de Contas na UEMOA, um Conselho/Comité Económico e Social, um banco central regional e um banco de desenvolvimento.

*b) Os critérios das áreas monetárias ótimas*

Como é sabido, apesar dos méritos apontados pela várias contribuições académicas sobre áreas monetárias ótimas (AMO), os custos da união monetária advêm da inevitável perda de soberania no domínio da política monetária e cambial. Neste sentido, a teoria das AMO prevê que as taxas de câmbio fixas (e política monetária e moeda única) são mais adequadas se estiverem reunidas as condições que façam prevalecer choques económicos simétricos nos países da união<sup>13</sup>. E para que isto suceda, deverão estar preenchidos os seguintes critérios: (a) flexibilidade de preços e salários, (b) mobilidade dos fatores intrarregionais,

---

13 Esta abordagem que circunscreve os benefícios potenciais das zonas monetárias às situações de ausência de diversidades entre países não deixa de ser redutora quanto às possibilidades de criação de uma moeda única. Porque deixa de fora a possibilidade de moeda única poder ser um instrumento de correção de assimetrias internas, de geração de sinergias, de valorização da inserção internacional coletiva, pela via da criação de uma nova realidade económica supranacional (Mendonça Pinto, 1995).

designadamente fator trabalho<sup>14</sup>, (c) abertura ao comércio<sup>15</sup>, (d) diversificação de produtos<sup>16</sup>, e (e) integração orçamental e financeira<sup>17</sup>.

*c) Mobilidade dos fatores intrarregionais*

Em comparação com a União Europeia, a mobilidade dos trabalhadores e dos fatores é reduzida na sub-região da CEDEAO. Significa que se um estado membro for atingido por choques assimétricos negativos com impacto na procura agregada, o trabalho e outros fatores de produção não transitarão com fluidez para outros países membros, dificultando o restabelecimento do emprego ao nível original. De acordo com os dados existentes, enquanto a mobilidade dos trabalhadores é relativamente elevada entre a Nigéria e o Benim, o que se explica em parte pelas fronteiras permeáveis entre os dois países e a sua proximidade relativa, o mesmo não sucede entre a maioria das demais economias<sup>18</sup>.

*d) Flexibilidade de preços e salários*

O abrir mão da possibilidade de controlar as taxas de câmbio tem como consequência que os mecanismos de ajustamento recaem na flexibilidade de preços e salários e na mobilidade de trabalhadores. Ora sendo a mobilidade dos factores reduzida, fica penalizada a flexibilidade de preços e salários como mecanismo de ajustamento.

*e) Abertura ao comércio*

A literatura sobre as áreas monetárias ótimas destaca o comércio como o principal canal através do qual os benefícios de uma moeda comum serão desfrutados. Quanto maior for a abertura ao comércio (e mais significativa for a percentagem de comércio intracomunitário), maiores serão os benefícios resultantes da estabilidade cambial. Acontece que a incapacidade dos países africanos em desenvolver uma indústria transformadora competitiva parece ser a principal razão da sua persistente marginalidade no comércio

---

14 Mundell, 1961.

15 McKinnon, 1963.

16 Kenen, 1969.

17 Johnson, 1970.

18 Ambe-Uva, 2013: 159.

mundial<sup>19</sup>, dificultando a captura de ganhos decorrentes de uma união monetária.

*f) Diversificação de produtos*

Quanto maior for a diversificação de produtos, menor a probabilidade de choques exógenos terem impacto assimétrico nos estados membros da união. Em termos de estrutura produtiva, exceto Cabo Verde (12%), Guiné (21,4%) e Senegal (19,3%), todos os outros países da CEDEAO registaram, pelo menos, um quarto do respetivo PIB em atividades no sector agrícola.

*g) Comércio intracomunitário*

O baixo volume de comércio intrarregional na África Ocidental permanece uma fonte de preocupação constante, tanto mais que o êxito da área do euro se deve em parte à integração comercial que precedeu a integração monetária. O baixo volume de comércio intrarregional dificulta o aproveitamento dos benefícios de uma moeda única pela região da África Ocidental.

*h) Integração orçamental*

A integração orçamental é reduzida e continuará a sê-lo enquanto se mantiver a dependência excessiva das autoridades monetárias dos respetivos governos nacionais. A escassa independência dos bancos centrais coloca-os sob pressão para financiar défices públicos e praticar políticas monetárias excessivamente expansionistas.

*i) Intermediação financeira*

O nível de intermediação financeira<sup>20</sup> em África é regra geral reduzido e dos mais baixos do mundo. Em média, na África subsariana o crédito bancário não representa mais do que 20% do PIB (a média mundial é de 56,3%) sendo o valor mais modesto das estatísticas coligidas pelo Banco Mundial. O indicador mais elevado do conjunto dos 8 países que integram a UEMOA observa-se no Senegal com 23,6%, seguido da Costa do Marfim com 16,4%. O mais reduzido é o da Guiné-Bissau com 4,9%<sup>21</sup>.

---

19 Lapadre, 2013: 86.

20 Para uma metodologia de análise à estrutura do sector financeiro nas dimensões de eficiência, competitividade, concentração, liquidez e acesso, consultar Banco Mundial, 2005 e Banco Mundial, 2013: 23.

21 TWB, 2013: 161 a 168.

A taxa de bancarização (261 depositantes por cada 1000 habitantes) é igualmente das mais reduzidas (a média mundial situa-se em 905 depositantes por mil habitantes).

A fraca integração financeira repercute-se em baixos níveis de eficiência do sector bancário. O diferencial entre taxas ativas e passivas na África subsariana é em média de 11,7%, (a média mundial é de 7,7%).

A fraca integração financeira conduz à fragmentação dos mercados financeiros, a taxas de juro elevadas em determinados países (como já constatado) e à ineficácia da política monetária devido às limitações do canal de crédito.

## II. A UNIÃO ECONÓMICA E MONETÁRIA DA ÁFRICA OCIDENTAL

### 1) A união económica que começou por ser monetária

Ao contrário de algumas uniões monetárias que começaram por constituir zonas de comércio livre antes de decidirem a criação de zonas monetárias, a UEMOA fez o percurso inverso, em parte devido à herança histórica de partilha de uma moeda, neste caso, o franco CFA. A cronologia da sua constituição ilustra em parte esta realidade.

Com efeito a atividade de emissão monetária na África ocidental francófona é uma história com mais de 150 anos e remonta ao Banque du Senegal criado por decreto de 21 de dezembro de 1853 por Louis Napoleon Bonaparte. Após a independência dos estados na década de 60 e sobretudo depois da assinatura do tratado constitutivo da Union Monetaire Ouest Africaine (UMOA) a 12 de maio de 1962, o BCEAO, assim designado a partir de 1959 assume o papel de entidade emissora.

O Tratado constitutivo da UEMOA foi celebrado a 10 de Janeiro de 1994 com entrada em vigor no dia 1 de agosto do mesmo ano<sup>22</sup>. Em 10 de maio de 1996 a Conferência de Chefes de Estado decide a adesão da Guiné-Bissau que viria a ocorrer em maio de 1997. Em 1 de julho de 1996 foi implementado um regime tarifário preferencial, constituindo um marco importante na unificação do mercado interno no espaço da União.

Em 20 de dezembro de 1996 o Conselho de Ministros da União adota um regulamento comunitário relativo à criação do sistema normativo contabilís-

---

22 Três anos antes, em 1991, era assinado o Tratado de Maastricht (formalmente Tratado da União Europeia) que entraria em vigor em 1993. Em 6 de julho de 1998 a União Europeia aceita o princípio da fixação do franco CFA à futura moeda única europeia e em 1 de janeiro de 1999 o euro substitui o ecu e o franco CFA entra em paridade fixa face ao euro.

tico (“Système comptable ouest africain – SYSCOA”), que passaria a vigorar como referencial da União a partir de janeiro de 1998. Em 1 de janeiro entrou em vigor a União Aduaneira da UEMOA.

A Conferência de Chefes de Estado de 29 de janeiro de 2003 decide renovar o pacto de convergência, estabilidade, crescimento e solidariedade com a definição de novas metas até ao final de 2005. Nesta ocasião é reforçada a vontade dos estados membros de prosseguir a transformação da união monetária (UMOA) numa união económica e monetária (UEMOA), concretizada através da celebração do Tratado Modificado da União Económica e Monetária do Oeste Africano<sup>23</sup>.

Com a aprovação do Tratado Modificado da União Económica e Monetária da África Ocidental a União passou a contar com dois tratados constitutivos em vigor, o Tratado UEMOA e o Tratado da União Monetária da África Ocidental (adiante Tratado UMOA). Isto porque a aprovação do Tratado Modificado, não alterou a designação de todos os documentos e entidades da União, continuando a existir o Tratado UMOA.

Neste sentido, o Tratado Modificado previu a sua integração no Tratado da UMOA<sup>24</sup>, o que viria a ocorrer em 2007. Com efeito, a 20 de janeiro deste ano é adoptada a reforma institucional da UMOA e do BCEAO, que viria a entrar em vigor em 1 de abril de 2010. Por este motivo e para sermos fieis à designação das instituições tal como resultam dos respectivos tratados constitutivos, faremos referência ao Tratado UMOA sempre que analisarmos a organização institucional da regulação e supervisão financeira.

## 2) O sector financeiro na UMOA

### *a) A preponderância do sector bancário*

De acordo com o FMI<sup>25</sup>, o sistema financeiro da UMOA é dominado pelo sector bancário, apesar de se vislumbrarem algumas alterações resultantes do

23 Traite Modifié de L'union Economique et Monetaire Ouest Africaine (UEMOA), assinado a 29 de janeiro de 2003.

24 “Article 112: En temps opportun, la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement adoptera un Traité fusionnant le Traité de l'UMOA et le présent Traité”. Em função desta disposição, o novo art.º 1º do Tratado da UMOA teria a seguinte adição: “Le Traité constituant l'Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA) est complété par le Traité de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), ci-après dénommé Traité de l'UEMOA”.

25 FMI, 2013.

aparecimento de grupos bancários com presença em vários países da União e das instituições de micro crédito. Os mercados financeiros regionais representam uma percentagem insignificante da parcela de financiamento às empresas e particulares, exceto para os governos através de dívida soberana. O mercado interbancário é igualmente insipiente, relegando para o Banco Central o papel de prestamista de liquidez ao sistema bancário.

O sector bancário compreende cerca de 106 bancos e 13 instituições financeiras<sup>26</sup> que no seu conjunto representam mais de 90% dos ativos do sistema financeiro. A concentração é igualmente significativa, com 5 bancos a deterem mais de 50% da totalidade dos ativos bancários. O crescimento da importância de bancos estrangeiros está a conduzir a uma fragmentação do sistema bancário, com instituições de grande dimensão e estrutura internacional a concorrerem com bancos de base doméstica de dimensão mais reduzida e regra geral detidos pelo Estado.

A generalidade dos bancos é de vocação universal, existindo instituições especializadas no financiamento à agricultura e habitação<sup>27</sup>.

O financiamento dos bancos assenta sobretudo na base de depósitos dos mercados domésticos, o que explica em parte a imunização à crise financeira.

O nível de integração bancária é reduzido face ao igualmente baixo patamar de integração económica e à diferença significativa das taxas de juro (empréstimos e aplicações) entre os diversos países da União.

A solidez do sistema bancário está salvaguardada quanto aos riscos de taxa de juro (o crédito é predominantemente de curto prazo, reduzindo o desfasamento de maturidade face aos depósitos e os instrumentos de rendimento fixo das carteiras próprias dos bancos são regra geral detidos até à maturidade) e risco de liquidez (igualmente reduzido). Já as principais vulnerabilidades consistem na elevada concentração de crédito em determinadas empresas (que pode ser sistémica se os bancos partilharem exposições) e na fraca qualidade dos ativos expressa nos indicadores de empréstimos em incumprimento. O risco soberano é outra fonte de risco potencial, visto que os bancos detêm cerca de 70% da dívida pública emitida pelos governos da união.

---

26 FMI, 2013: 1.

27 CB, 2010:29.



*b) Os mercados financeiros são uma fonte marginal de financiamento*

Desde 1996 que deixou de ser possível o financiamento dos défices orçamentais com o recurso ao Banco Central<sup>28</sup>, pelo que os governos se viraram para o mercado financeiro regional tendo em vista a angariação de capital. A dívida soberana constitui uma parte significativa das carteiras próprias dos bancos.

O recurso ao mercado por emitentes não públicos continua modesto. A Bolsa de Valores regional com sede em Abidjan apresentava 37 empresas no mercado de cotações oficiais no final de 2012 com uma capitalização bolsista inferior a 12% do PIB da União, sendo que apenas duas empresas (o “Ecobank”, banco regional com sede no Togo e a empresa de telecomunicações “Senegalese”) representam 50% da mesma.

O mercado monetário é igualmente insignificante dado o reduzido nível de empréstimos interbancários. Apesar do excesso de reservas dos bancos, a reafecção de liquidez no sistema financeiro não se faz através de empréstimos interbancários (não representam mais do que 2% do crédito bancário), mas por via de injeções de liquidez do BCEAO.

O mercado financeiro de dívida é ainda mais reduzido que o de ações e não ultrapassa os 2% do PIB agregado, sendo que o principal segmento é o da dívida soberana. Há porém uma parte significativa deste tipo de dívida que é colocada no mercado monetário através de leilões organizados pelo BCEAO. Esta dívida tem maturidade curta e é elegível para operações de refinanciamento junto do banco central.

*c) O sector segurador*

O sector segurador está em fase incipiente de desenvolvimento e os determinantes de crescimento são o crédito bancário com relevância para o ramo de riscos Não Vida.

### **3) A Organização Institucional da Supervisão Financeira na UMOA**

O modelo de supervisão da UMOA pode classificar-se entre os modelos qualificados como “sectoriais” e é composto por 5 instituições, a saber:

- “Commission Bancaire” (CB);
- “Conseil Régional de l’Epargne Publique et des Marchés Financiers” (CREPMF);

---

<sup>28</sup> O art. 36.º dos estatutos do Banco Central impedem a concessão de financiamento aos estados membros.

- “Banque Centrale des Etats de l’Afrique de l’Ouest (BCEAO);
- “Comité de Stabilité Financière” (CSF);
- “Conférence Interafricaine des Marchés d’Assurances” (CIMA).

A principal modalidade de supervisão é a micro prudencial, complementada pela macro prudencial após a reforma do Banco Central em 2010. A supervisão comportamental está prevista quer para o mercado financeiro quer para o sector bancário, mas a reduzida importância do mercado de capitais retira-lhe algum protagonismo. Há três entidades regionais responsáveis pela supervisão dos três principais segmentos do sistema financeiro, a par da divisão de tarefas com as autoridades de supervisão locais em função de critérios de dimensão das instituições financeiras. O quadro seguinte apresenta de forma sintética a organização do sistema de supervisão e regulação da UMOA.

TABELA 2  
UMOA, supervisão e regulação financeira

	Estabilidade Financeira		Supervisão Comportamental	
	Macro	Micro	Restantes	Valores mobiliários
<b>Bancos e estabelecimentos financeiros</b>	CSF	CB / BCEAO	CB / BCEAO	CREPMF
<b>Microcrédito</b>		AN / MF	AN / MF	
<b>Mercados financeiros</b>		CREPMF	CREPMF	
<b>Seguros</b>		CIMA / AN	CIMA / AN	

CSF – Comité de Stabilité Financière

CB – Commission Bancaire

BCEAO – Banque Centrale des Etats de l’Afrique de l’Ouest

CREPMF – Conseil Régional de l’Epargne Publique et des Marchés Financiers

AN – Autoridades Nacionais

MF – Ministério das Finanças

CIMA – Conférence Interafricaine des Marchés d’Assurances

Fonte: Autor

*a) A “CB” como entidade reguladora e supervisora do setor bancário*

A Comissão Bancária (CB) da UMOA foi criada no âmbito da regulação bancária, em 24 de abril de 1990. A harmonização das legislações nacionais relativamente ao exercício da atividade bancária ocorreu através da aprovação,

pela UMOA, em 1990, de uma Lei-Quadro relativa à Regulação Bancária. O texto da Lei-Quadro foi posteriormente transposto para a legislação nacional dos estados-membros<sup>29</sup>.

#### *Natureza jurídica e funções essenciais*

A CB é uma entidade pública independente com poder sancionatório e tem a seu cargo a supervisão das instituições de crédito. A CB tem ainda a prerrogativa de emitir parecer sobre a atribuição de licenças bancárias emitidas pelo BCEAO.

#### *Composição e funcionamento*

A CB<sup>30</sup> é presidida pelo Governador do Banco Central e é composta por um representante designado por cada um dos estados-membros (e que deverá ser ou o Diretor do Tesouro ou o responsável pela supervisão das instituições de crédito), por um representante da União garantindo a convertibilidade da moeda comum, e por membros nomeados pelo Conselho de Ministros da UMOA mediante proposta do Governador do Banco Central em função da sua competência em matéria bancária.

A CB reúne-se pelo menos duas vezes por ano, mediante convocação do Presidente, e as decisões são tomadas por maioria dos votos expressos, com direito de veto do Presidente.

O Presidente tem a prerrogativa de assistir às reuniões do Conselho de Ministros da UMOA com poderes meramente consultivos.

O Banco Central assegura o secretariado da CB e custeia os respetivos meios de funcionamento. O Secretariado Geral da CB é dirigido por um Secretário-Geral assistido por um Secretário-Geral Adjunto, ambos nomeados pelo Presidente de entre os quadros do Banco Central. O Secretário Geral participa nas reuniões da Comissão com poderes consultivos.

A CB presta contas da sua atividade através dos seus relatórios anuais. Sendo a sua atividade eminentemente técnica, o poder de regulação materializa-se sobretudo através de circulares de esclarecimento e aclaração de legislação aplicável ao sector.

29 A Guiné Bissau transpôs a Lei-Quadro através da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro (Regulamentação Bancária).

30 Os documentos relevantes para a compreensão do regime jurídico da Comissão Bancária são, a “Convention Régissant La Commission Bancaire De L’union Monétaire Ouest Africaine” de 7 de abril de 2007 e o respectivo anexo “Annexe A La Convention Régissant La Commission Bancaire De L’UMOA”.

*Atribuições no domínio da supervisão prudencial das instituições de crédito*  
 Cabem à CB as seguintes atribuições principais:

- a) Emitir parecer vinculativo quanto à atribuição de licenças para a criação de instituições de crédito, mediante pedido instruído pelo banco central e decisão final dos ministros das finanças;
- b) Assegurar o cumprimento, pelas instituições de crédito e pelos sistemas financeiros descentralizados, das disposições que lhes são aplicáveis, bem como sancionar as infracções cometidas. A CB procede directamente ou através do Banco Central à supervisão microprudencial (em base individual e consolidada) das instituições de crédito. Sem prejuízo das diligências de supervisão que o Banco Central pode desenvolver por sua iniciativa. Após a reforma de regulação iniciada em 2008/2009, a CB ficou com a supervisão microprudencial das instituições financeiras de micro crédito de maior dimensão cujo valor de ativos e/ou depósitos ultrapasse os 2 biliões de FCFA<sup>31</sup>. As instituições de menor dimensão ficam sujeitas à supervisão das entidades reguladoras domésticas.

A atividade de vigilância da CB endereça quer as desconformidades com a regulação bancária e outras anomalias na gestão das instituições de crédito, quer as violações às regras de boa conduta da profissão bancária. Neste sentido a lei confere-lhe competências para assegurar a supervisão microprudencial e comportamental.

A autoridade de supervisão prudencial do sector bancário é em parte partilhada com o Banco Central. Quer a CB quer o Banco Central podem desenvolver diligências de controlo dos sistemas financeiros descentralizados como as instituições mutualistas ou cooperativas de poupança e crédito. As modalidades de controlo são definidas pelo Banco Central. Esta é tipicamente a primeira instância a recolher indícios sobre a existência de eventuais dificuldades financeiras de instituições financeiras. Quando assim sucede, informa a CB que por sua vez desenvolve as diligências de inspeção que achar adequadas que podem envolver equipas conjuntas de ambas as instituições.

#### *Poder sancionatório*

A CB tem a capacidade de impor sanções disciplinares e pecuniárias, cujos montantes são fixados pelo Banco Central. Em último recurso pode reco-

<sup>31</sup> FMI, 2013: 10; FMI, 2013a: 30.

mandar o encerramento da instituição ao Ministério das Finanças que é a entidade com poder para cancelar a licença bancária.

b) “CREPME” como entidade reguladora e supervisora dos mercados financeiros

#### *Natureza jurídica e funções essenciais*

O “Conseil Régional de l’Épargne Publique et des Marchés Financiers”<sup>32</sup> foi constituído em 1996 com o objectivo de criar o mercado financeiro regional da UMOA. Esta entidade pública independente, com sede em Abidjan, na Costa do Marfim, vela pela tutela da poupança, pela informação dos investidores e pelo bom funcionamento dos mercados financeiros.

#### *Composição e funcionamento*

O Presidente é nomeado pelo Conselho de Ministros e a direcção é composta por doze membros: a) Um representante por estado membro, nomeado pelo Conselho de Ministros, em função da competência em matérias relacionados com os mercados financeiros; b) O Governador do Banco Central; c) O Presidente da Comissão da UMOA; d) Um magistrado especializado na área financeira, nomeado pelo Conselho de Ministros da União com base numa lista proposta pelo Presidente do Tribunal de Contas; e) Um perito contabilístico nomeado pelo Conselho de Ministros com base em nomes propostos pelo Presidente do Tribunal de Contas.

O Conselho reúne em sessão ordinária duas vezes por ano. De forma a garantir o seu funcionamento permanente foi criado um Comité Executivo, composto por quatro membros, que reúne pelo menos trimestralmente. O Conselho é ainda composto por um Secretariado formado por um corpo de inspetores e serviço administrativo. O Conselho publica um relatório anual com as suas atividades.

As receitas do Conselho são provenientes de comissões, *royalties*, taxas ou outras receitas que recolhe em resultado da sua atividade. O orçamento anual é apresentado ao Conselho de Ministros da UMOA para aprovação e as suas contas são controladas pelo Tribunal de Contas.

---

32 Convention Portant Creation du Conseil Régional de L’épargne Publique et des Marchés Financiers de 3 de julho de 1996, Annexe Portant Composition, Organisation, Fonctionnement et Attributions du Conseil Régional de L’épargne Publique et des Marchés Financiers.

*Atribuições no domínio da supervisão prudencial do mercado financeiro*

São várias as atribuições do CREPME e podem ser agrupadas em 4 áreas principais:

i. *Tutela dos investidores*

A emissão de valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros de captação de poupança são sujeitos a aprovação prévia do regulador.

ii. *Poderes de certificação*

No que respeita à capacitação de estruturas de gestão do mercado, a Bolsa de Valores Regional e Central de Depósitos, aprovação de sociedades comerciais de Gestão e Intermediação, Sociedades de Gestão de Patrimónios, e outros intermediários financeiros e emissão de cartas profissionais para os intervenientes nestas estruturas.

iii. *Poderes de controlo*

O Conselho supervisiona a atividade de todos os intervenientes nos mercados financeiros, incluindo as estruturas de gestão e participantes comerciais autorizados e vela pelo cumprimento dos requisitos de emissão de valores mobiliários. Se necessário, tem poderes para iniciar investigações aos acionistas, sociedade de controlo e participadas com intervenção direta e indireta no mercado.

iv. *Poderes de sanção*

O Conselho tem poder para punir com multas, administrativos e disciplinares, conforme o caso, qualquer ato ou omissão contrário aos interesses do mercado financeiro e seu funcionamento e/ou prejudicial para os direitos dos investidores.

c) *Banco Central dos Estados da África Ocidental (BCEAO)*

Os estatutos do Banco Central definem as atribuições típicas de instituição deste género, salvo no que respeita à supervisão de natureza macro prudencial, que é assegurada pelo Comité de Stabilité Financière.

Assim, cabe ao BCEAO assegurar a condução da política monetária (estabilidade de preços) e cambial e velar pela estabilidade do sistema financeiro e bancário. Para este efeito cabe no seu âmbito de atuação a supervisão micro prudencial e comportamental conjuntamente com a CB.

*Composição e funcionamento*

O Governador do Banco Central é nomeado pela Conferência de Chefes de Estado da UMOA, por períodos de 6 anos, renováveis por igual período. Os Vice-Governadores são indicados pelo Conselho de Ministros da União por períodos de 5 anos, renováveis uma vez.

O Comité de Política Monetária é um dos principais órgãos do Banco e é composto pelo Governador e Vice-Governadores e por representantes dos estados membros propostos pelos governos e nomeados pelo Conselho de Ministros.

O fraco desenvolvimento do mercado financeiro, a ausência de um mercado interbancário ativo e o regime de taxas de câmbio fixas<sup>33</sup> fazem do canal do crédito a principal via de transmissão da política monetária à economia.

Finalmente, o papel do Banco Central como substituto dos mercados interbancários é fundamental face à necessidade de realocação de liquidez.

*d) Comité de Estabilidade Financeira (CSF)*

O CSF surgiu com a reforma do Banco Central ocorrida em 2010 com o objetivo de assegurar a supervisão macro prudencial do sistema financeiro da União.

Este organismo é presidido pelo governador do BCEAO e conta com os presidentes das entidades que supervisionam o sistema financeiro e que são a CB, a CREPMF, a CIMA representada pelo Presidente da “Commission de Surveillance”, a “Conference Inter africaine de la Prévoyance Social” (CIPRES) e por um representante de cada um dos 8 estados membros. A presidência do CSF é assegurada pelo Governador do Banco Central.

**4) A supervisão do sector segurador**

A supervisão do sector segurador e fundos de pensões está a cargo dos ministros das finanças dos estados membros e do regulador regional “Conférence Inter africaine des Marchés d’Assurances” (CIMA)<sup>34</sup>.

---

33 FMI, 2013: 24.

34 A CIMA remonta a 1962 (a sua atual designação é de 1992) e resultou de uma conferência internacional de supervisores de seguros organizada por iniciativa da França que congregou catorze estados africanos. Os estados signatários foram: Benim, Burkina Faso, Camarões, Republica Central Africana, Congo, Comores, Costa do Marfim, Gabão, Guiné, Guiné Equatorial, Mali, Níger, Senegal, Chade et Togo, a que se juntou a Guiné-Bissau em 2002 (o primeiro estado não francófono a aderir à CIMA). O órgão de regulação a quem foram atribuídos os poderes de supervisão conferidos à CIMA foi a “Commission Régionale de Contrôle des Assurances” (CRCA).

### 5) A União Bancária da UMOA

A resposta da UEM à fragmentação do sistema financeiro da zona do Euro e à necessidade de evitar o contágio entre risco soberano e bancos, passou pela constituição da União Bancária Europeia. Neste aspecto, podemos estabelecer algumas analogias entre o Sistema Europeu de Supervisão Financeira (SESF), e mais concretamente o projeto da União Bancária, e o mecanismo de supervisão bancária da UMOA. Porém, apesar das semelhanças formais, na prática há debilidades institucionais que fragilizam o sistema. O quadro síntese seguinte ilustra as principais semelhanças entre o SESF e a UMOA.

TABELA 3  
SESF *v(s)* UEMOA

Eixo	SESF	UEMOA
a) Sistema Unificado de Regulação	EBA	BCEAO / Comissão Bancária
b) Mecanismo Único de Supervisão	BCE e reguladores nacionais	Comissão Bancária
c) Mecanismo Único de Garantia de Depósitos	Presente a nível nacional, em discussão o seguro europeu mutualizado	Ausente a nível nacional, em discussão para a União
d) Mecanismo Único de Resolução	Em fase de implementação	Ainda em fase de discussão

Fonte: IMF (2015:22), Autor

Um relatório do FMI<sup>35</sup> aponta genericamente para o nível pouco satisfatório de cumprimento da regulação micro prudencial, realçando o risco reputacional para a Comissão Bancária. Parte do problema é atribuído à insuficiente dotação de recursos desta instituição, que dificulta a realização de inspeções locais aos bancos de dois em dois anos.

O nível de sanções pecuniárias também é considerado insuficiente. No mesmo relatório, o FMI recomenda o reforço dos processos de supervisão dos bancos detidos pelo Estado, no sentido de assegurar a independência do poder

35 FMI, 2013: 31.



político. No que respeita à supervisão dos grandes grupos bancários, o Fundo chama a atenção para a dificuldade da CB na supervisão em base consolidada dos grupos bancários de maior dimensão e integração de atividades.

A um nível diferente, o FMI realça a necessidade da CB atuar de forma preventiva e melhorar a capacidade de antecipação de problemas. A este título assinala algum atraso na tomada de medidas corretivas o que possibilita a manutenção por mais tempo que o desejável, dos designados “bancos zombies”. Esta prioridade é sublinhada tendo em vista o facto de a UMOA não ter um regime de resolução robusto<sup>36</sup>, pelo que dificuldades financeiras não antecipadas aumentam o risco de “bail out” à custa do erário público.

No Sistema Europeu de Supervisão Financeira a EBA representa um papel fundamental na criação da regulação bancária, utilizando para esse efeito várias modalidades inovadoras de “soft law” como as “technical standards”, “guidelines and recommendations” e “Q&A tool”. Na UMOA esta função é partilhada entre a Comissão Bancária e o BCEAO<sup>37</sup> e as normas de gestão atualmente aplicáveis na União foram definidas na Decisão do Conselho de Ministros da UEMOA de 17 de junho de 1999. O BCEAO não apresenta o mesmo nível de apetrechamento técnico que permita a prossecução desta função.

A atribuição de licenças bancárias (e a sua revogação), continuam a ser de decisão vinculativa das entidades reguladoras dos estados membros, estando sujeitas a forte pressão política<sup>38</sup>. O mesmo sucede com as decisões sobre resolução de instituições de crédito, contribuindo para a manutenção por tempo indesejado de bancos “zombie”.

### CONCLUSÃO: O ACORDO DE BASILEIA III É SOLUÇÃO?

A atração de África pelas uniões monetárias só tem paralelo na elevada adesão que os Acordos de Basileia III suscitam nos países de rendimento baixo, designadamente na África subsariana.

---

36 FMI, 2013: 38. O regime de resolução em vigor na UEMOA satisfaz apenas um dos doze requisitos recomendados pelo “Financial Stability Board”.

37 Na UMOA os Bancos e os Estabelecimentos Financeiros são obrigados a organizar a sua contabilidade nos termos do Plano de Contas Bancário da UMOA, aprovada pela Instrução n.º 94-01 de 16 de agosto de 1994 do Presidente da Comissão Bancária. Na União Europeia, a EBA não tem competências para o desenvolvimento, interpretação e aplicação de normativos contabilísticos aplicáveis ao sector bancário, mas exerce poder de supervisão para garantir a consistência na aplicação dos mesmos.

38 FMI, 2015: 22.

Colocando esta observação em perspectiva, a literatura constata com alguma surpresa que apesar de não terem qualquer representatividade no Comitê de Basileia<sup>39</sup> e de os “global standards” (GS) serem pensados essencialmente para os sistemas financeiros mais complexos, os países de rendimento baixo (rendimento per capita inferior a USD 1 035 de acordo com o Banco Mundial) apresentam um grau de cumprimento semelhante aos países desenvolvidos.

O que explica esta tendência<sup>40</sup>? Dois argumentos principais. Por um lado, a presença de bancos internacionais que pressionam no sentido da implementação dos normativos mais recentes sob pena de realocarem as suas operações e o efeito de “branding” resultante da adesão às práticas internacionais mais recentes, favorecendo desta forma o acesso dos bancos internos ao mercado internacional.

Acontece que a implementação de Basileia III em países com uma supervisão financeira do tipo institucional centrada sobretudo no sistema bancário (caso da UMOA), que apresentam um sistema financeiro pouco desenvolvido e com défice de inclusão social (dificuldade de acesso das empresas e famílias ao crédito bancário), dominado por um número reduzido de instituições, sendo as mais importantes estrangeiras e com uma forte assimetria de condições de “governance” e gestão de risco (esta imagem aplica-se grosso modo à UMOA), suscita várias questões relacionadas com as condições de implementação e com o impacto das medidas que importa acautelar. Por exemplo, o enviesamento da concessão de crédito para sectores de rendas fixas em detrimento de pequenas e médias empresas, a desvantagem competitiva em que se encontram os bancos nacionais face aos bancos estrangeiros no desenvolvimento de sistemas de “rating” autónomos, o risco de arbitragem regulamentar com o desenvolvimento de fenómenos de banca paralela (“shadow banking”) potenciada pela dificuldade dos reguladores acudirem a todos os

---

39 O Comitê de Basileia é constituído por 27 membros, 20 países de rendimento elevado, 5 de rendimento médio alto (Argentina, África do Sul, Brasil, China, Turquia) e 2 de rendimento médio baixo (Índia e Indonésia). Em 2010 o FSB constituiu Grupos Consultivos Regionais para proceder à consulta com os países não-membros. Porém, a representatividade dos países de menor rendimento é escassa e no que respeita ao grupo constituído para África, compreende apenas 9 países sendo que apenas 2 integram esta categoria (Tanzânia e Quênia).

40 Para uma súpula de argumentos a favor e contra a aplicação dos padrões de regulação bancária de Basileia em países de rendimento reduzido, Jones, 2014.

sectores e pelos enormes “spreads” praticados pela banca comercial<sup>41</sup> (no caso da África), são alguns dos impactos indesejados assinalados pela literatura. Esta leitura parece ser tributária do conceito de instituições “extrativas”<sup>42</sup>, que existem sobretudo para extrair recursos de muitos e distribuí-los por poucos, e nessa medida, dissipam valor numa economia.

À corrente que defende a aplicação disseminada dos “global standards” opõe-se uma outra que advoga que as economias com menor grau de integração no sistema financeiro internacional, e *ipso facto*, menos vulneráveis a crises sistémicas, ou que enfrentam maiores restrições de recursos para a atividade dos supervisores, deveriam dar prioridade às reformas institucionais que garantem os princípios básicos de uma supervisão robusta, antes de ponderarem a aplicação de padrões mais exigentes<sup>43</sup>.

Estes princípios básicos correspondem aos pré-requisitos para uma efetiva supervisão bancária<sup>44</sup> e são incompatíveis com: (a) políticas macroeconómicas instáveis e que não acautelem os efeitos decorrentes da volatilidade dos preços das “commodities”, (b) infraestruturas jurídicas desatualizadas e ineficientes e padrões de contabilidade pouco exigentes, (c) ausência de mecanismos de proteção de depósitos e de resolução bancária.

---

41 No caso da África Subsariana a diferença entre as taxas cobradas nos financiamentos e as taxas oferecidas nos depósitos é em média de 11,7%.

42 Conceito desenvolvido por Daron Acemoglu em “Why nations fail”. Em contraposição as instituições “inclusivas” reforçam os direitos de propriedade, criam condições de concorrência equitativas, e incentivam os investimentos em novas tecnologias e conhecimento, e por isso são mais propícias à inovação e ao crescimento económico

43 FMI, TWB & FSB, 2011: 13.

44 BC, 2012: 14.

**BIBLIOGRAFIA**

AMBE-UVa, Terhempa

2013 “A experiência europeia de uma moeda comum: ensinamentos colhidos”, in Rike Sohn Ama Konadu Oppong (eds.), *Comércio regional e integração monetária na África Ocidental e na Europa*, N.º 6, pp. 151-175. Disponível em: <https://www.zei.uni-bonn.de/dateien/wai-zei-paper/06-2013-wai-zei-sohn-pt>

BASEL COMMITTEE (BC)

2012 *Core Principles for Effective Banking Supervision*, September. Disponível em: <http://www.bis.org/publ/bcbs230.htm>.

BANQUE CENTRALE DES ETATS DE L'AFRIQUE DE L'OUEST (BCEAO)-

2000 *Dispositif Prudentiel Applicable aux Banques et aux Etablissement Financiers de L' Union Monetaire Ouest Africaine (UMOA)*. Disponível em: [http://www.bceao.int/IMG/pdf/dispositif\\_prudentiel\\_revu\\_vf-pdf.pdf](http://www.bceao.int/IMG/pdf/dispositif_prudentiel_revu_vf-pdf.pdf).

2010 *Statuts De La Banque Centrale Des Etats De L'afrique De Louest. Annexe a la Convention Regissant la Comission Bancaire de l'UMOA*. Disponível em: <http://www.bceao.int/Cadre-Institutionnel,346.html>.

COMITÉ DE STABILITÉ FINANCIÈRE

2010 *Reglement Interieur*. Disponível em: <http://www.bceao.int/-Comite-de-Stabilite-Financiere-.html>.

COMISSION BANCAIRE

2010 *Convention Regissant La Commission Bancaire De L'union Monetaire Ouest Africaine*. Disponível em: <http://www.bceao.int/IMG/pdf/Convention-CommissionBancaireUMOA2010.pdf>

2010 *Annexe A La Convention Regissant La Commission Bancaire De L'UMOA*. Disponível em: <http://www.bceao.int/IMG/pdf/Annexe-ConventionCommissionBancaireUMOA2010.pdf>

2010 *Rapport Annuel 2010*. Disponível em: <http://www.bceao.int/IMG/pdf/rapcb2010.pdf>.

CONSEIL REGIONAL DE L'EPARGNE PUBLIQUE ET DES MARCHES FINANCIERS

1996 *Convention*. Disponível em: <http://www.crepmf.org>.

FUNDO MONETÁRIO INTERACIONAL (FMI)

2013 *West African Economic and Monetary Union – Financial Depth and Macrostability*, African Department, June. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/dp/2013/afr1306.pdf>.

2013a *Senegal Financial Depth and Macrostability*. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/dp/2013/afr1305.pdf>.

2015 *Strengthening the West African Economic and Monetary Union. The Role of Fiscal and Market Institutions in Economic Stabilization*, African Department. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/dp/2015/afr1509.pdf>.

FMI, TWB & FSB

2011 *Financial Stability Issues in Emerging Market and Developing Economies, Report to the G-20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, October 20. Disponível em: [http://www.financialstabilityboard.org/wpcontent/uploads/r\\_111019.pdf?page\\_moved=1](http://www.financialstabilityboard.org/wpcontent/uploads/r_111019.pdf?page_moved=1).

JONES, Emily

2014 *Global Banking Standards and Low Income Countries: Helping or Hindering Effective Regulation?*, The Global Economic Governance Programme University of Oxford, September. Disponível em: [http://www.globaleconomicgovernance.org/sites/geg/files/GEG%20WP\\_91%20Banking%20Standards%20and%20Low%20Income%20Countries\\_Emily%20Jones.pdf](http://www.globaleconomicgovernance.org/sites/geg/files/GEG%20WP_91%20Banking%20Standards%20and%20Low%20Income%20Countries_Emily%20Jones.pdf).

LAPADRE, Lelio, LOMBAERDE, Philippe de & MASTRONARDI, Giovanni

2013 *Medição da regionalização do comércio em África: o caso da CEDEAO*. Disponível em: [https://www.academia.edu/7957746/Medicao\\_da\\_regionalizacao\\_do\\_comercio\\_em\\_Africa\\_o\\_caso\\_da\\_CEDEAO](https://www.academia.edu/7957746/Medicao_da_regionalizacao_do_comercio_em_Africa_o_caso_da_CEDEAO)

PINTO, A. Mendonça

1995 *União Monetária Europeia*, Lisboa, Univ. Católica Editora.

OWUSU, George

2013 “Fatores que moldam a integração económica e o comércio regional na África Ocidental”, in Rike Sohn Ama Konadu Oppong (eds.), *Comércio regional e integração monetária na África Ocidental e na Europa*, in, Nº 6, pp. 11-35. Disponível em: <https://www.zei.uni-bonn.de/dateien/wai-zei-paper/06-2013-wai-zei-sohn-pt>

THE WORLD BANK

2013 *GLOBAL financial DEVELOPMENT REPORT 2013*, statistical appendix. Disponível em: [http://siteresources.worldbank.org/EXTGLOBALFINREPORT/Resources/8816096-1346865433023/8827078-1346865457422/GDF\\_2013\\_Report.pdf](http://siteresources.worldbank.org/EXTGLOBALFINREPORT/Resources/8816096-1346865433023/8827078-1346865457422/GDF_2013_Report.pdf)

UEMOA

1990 *Loi-Cadre Portant Reglementation Bancaire*. Disponível em: <http://www.bceao.int/Loi-portant-reglementation.html>.

2003 *Traite Modifie De L'union Economique*. Disponível em: [www.uemoa.int](http://www.uemoa.int).

“Financial Sector Assessment: A Handbook“ do Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional, 2005 (disponível em [www.imf.org](http://www.imf.org)) e Pág. 23, “GLOBAL Financial DEVELOPMENT REPORT 2013 – Rethinking the Role of the State in Finance”, do Banco Mundial.

# REGULAÇÃO BANCÁRIA NA GUINÉ-BISSAU

*Tiago Larsen*

**ABSTRACT:** *The banking activities in Guinea-Bissau are regulated by Law No. 10/97 of 2nd December, implementing the Framework Law on Banking Regulation of the West African Monetary Union. In this article we analyze the rules regarding the exercise of banking activities, including the rules on authorization of banking activities, prudential rules and sanctions which are imposed on credit institutions.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Regulação bancária. 3. Exercício da atividade bancária. 4. Outras autorizações. 5. Regras prudenciais. 6. Sanções. 7. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

A atividade bancária na Guiné-Bissau desenvolve-se, hoje em dia, no âmbito da integração guineense, desde 2 de maio de 1997, na União Económica e Monetária da África Ocidental<sup>1</sup> (UEMOA), criada em 10 de janeiro de 1994 pelos governos do Benim, Burkina Faso, Costa do Marfim, Mali, Níger e Senegal, e que sucedeu à União Monetária da África Ocidental (UMOA), criada em 12 de maio de 1962, pelos governos acima referidos acrescidos da Mauritânia<sup>2</sup>, e que estabeleceu a adoção de uma moeda comum, o Franco CFA.

Com a aprovação do Tratado da União Económica e Monetária da África Ocidental (adiante Tratado UEMOA), a União passou a contar com dois

---

1 A tradução para o português da designação oficial em francês da *Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine* e da *Union Monétaire Ouest-Africaine* não é consensual. Enquanto as formas mais comuns adotadas em Portugal são “União Económica e Monetária da África Ocidental” e “União Monetária da África Ocidental” e no Brasil “União Económica e Monetária do Oeste Africano” e “União Monetária do Oeste Africano”, no preâmbulo da Lei n.º 1/97, de 24 de março, é utilizada, em relação à *Union Monétaire Ouest-Africaine*, a designação “União Monetária Oeste Africana”. Neste artigo seguimos as formas mais comuns em Portugal.

2 Que viria a abandonar a UMOA em 30 de maio de 1973.

tratados institutivos em vigor, o Tratado UEMEOA e o Tratado da União Monetária da África Ocidental (adiante Tratado UMOA).

A aprovação do Tratado UEMOA, apesar de ter alterado a designação da União, de UMOA para UEMOA, não alterou a designação de todos os documentos e entidades da União, continuando a existir o Tratado UMOA<sup>3</sup>, bem como, mantendo a designação da Comissão Bancária como Comissão Bancária da UMOA.

O Tratado UMOA prevê a existência de uma moeda comum e de um único banco central comum a todos os países membros, o Banco Central dos Estados da África Ocidental (BCEAO).

Para além do BCEAO, foi ainda criada no âmbito da regulação bancária, em 24 de abril de 1990, a Comissão Bancária da UMOA.

O BCEAO tem as funções de banco emissor, gestor da política monetária e garante da estabilidade dos preços e do sistema financeiro, sendo que os objetivos principais do BCEAO, nos termos do artigo 8.º dos Estatutos do Banco Central dos Estados da África Ocidental (adiante Estatutos), são a estabilidade dos preços e o apoio às políticas económicas da UEMOA, com vista a um crescimento saudável e duradouro.

Entre as competências do BCEAO enumeradas no artigo 9.º dos Estatutos (definir e aplicar a política monetária na UEMOA; defender a estabilidade do sistema bancário e financeiro; promover o bom funcionamento e assegurar a supervisão e a segurança do sistema de pagamentos; aplicar a política de câmbio da UEMOA nas condições definidas pelo Conselho de Ministros; e, gerir as reservas oficiais dos Estados Membros) não se encontra referência expressa a qualquer competência no âmbito da regulação bancária, seja ela prudencial ou comportamental. Contudo, podemos considerar que a competência regulatória do BCEAO se pode enquadrar no âmbito da missão de “defender a estabilidade do sistema bancário e financeiro” e de “promover o bom funcionamento e assegurar a supervisão e a segurança do sistema de pagamentos”.

Apesar da falta de menção expressa no referido artigo 9.º, ao longo dos Estatutos encontramos várias normas que estabelecem competências regulatórias, nomeadamente os artigos 20.º (reforço das reservas obrigatórias), artigo 21.º (funcionamento e segurança dos sistemas de pagamentos), artigo 22.º (incidentes de pagamento).

---

3 Numa situação paralela à existente no âmbito da União Europeia aquando da aprovação do Tratado Maastricht, em que coexistiam o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia.



A secção 9, artigo 30.º do Estatuto, com o título “Supervisão do sistema bancário e financeiro”, atribui ao BCEAO o papel de garante da legislação bancária aprovada pela UMOA, nos termos do artigo 34.º do Tratado UMOA, que determina a harmonização da legislação nacional em várias áreas, nomeadamente das normas relativas ao exercício da profissão bancária e financeira e das atividades conexas.

A harmonização das legislações nacionais relativamente ao exercício da atividade bancária foi realizada através da aprovação, pela UMOA, em 1990, de uma Lei-Quadro relativa à Regulação Bancária (adiante Lei-Quadro). O texto da Lei-Quadro deveria ser, posteriormente, transposto para a legislação nacional dos Estados Membros. Na Guiné-Bissau tal transposição foi efetuada através da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro<sup>4</sup>.

Em paralelo com a harmonização das legislações nacionais procedeu-se, igualmente, à criação da Comissão Bancária da UMOA, entidade com competências específicas para a fiscalização dos estabelecimentos de crédito e aplicação da legislação sobre regulação bancária em estreita ligação com o BCEAO, através da Convenção sobre a criação da Comissão Bancária da União Monetária da África Ocidental, de 24 de abril de 1990, que viria a ser substituída pela Convenção relativa à Comissão Bancária da União Monetária da África Ocidental, de 3 de abril de 2007. Apesar de autónoma, a Comissão Bancária depende do BCEAO para a realização da sua missão e é presidida pelo Governador do BCEAO.<sup>5</sup>

Os textos legais referidos só mencionam a supervisão prudencial no âmbito da UEMOA, pelo que não parece ainda existir regulamentação relativa à supervisão comportamental na UEMOA e, conseqüentemente, na Guiné-Bissau.

## 2. REGULAÇÃO BANCÁRIA

A regulação bancária no seio da UEMOA encontra-se estabelecida na Lei-Quadro que entrou em vigor em outubro de 1990. A Lei-Quadro é o texto base do dispositivo de regulação bancária da UEMOA, e, na generalidade, da organização e fiscalização da atividade bancária na UEMOA.

4 Publicada no Suplemento ao Boletim Oficial da República da Guiné-Bissau, n.º 48, de 2 de dezembro de 1997.

5 Neste sentido, os artigos 9.º e 17.º do Anexo à Convenção relativa à Comissão Bancária da União Monetária da África Ocidental estabelecem que o funcionamento da Comissão Bancária depende do BCEAO.

Os Estados-Membros estavam obrigados a transpor a Lei-Quadro para os ordenamentos jurídicos nacionais, nos termos do artigo 34.º do Tratado UMOA, o que a Guiné Bissau fez através da aprovação da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro (Regulamentação Bancária). Esta lei reproduz no essencial o texto da Lei-Quadro (contudo, por lapso, o preâmbulo refere que a lei “*obedece, no essencial às disposições da Convenção sobre a criação da Comissão Bancária da UMOA*”).

De referir que, apesar da similitude entre a Lei-Quadro e a Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro, nem sempre o sentido desta última resulta igual por deficiência da tradução do francês para a língua portuguesa. Assim, a interpretação da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro, deve ser sempre auxiliada pela leitura da Lei-Quadro.

Em aplicação da Lei-Quadro foram adotados vários textos legais ou regulamentares, dos quais se destacam os seguintes: Convenção relativa à Comissão Bancária da União Monetária da África Ocidental e o respetivo Anexo (adiante Anexo à Convenção), que entraram em vigor em outubro de 1990; o dispositivo prudencial aplicável aos bancos e instituições financeiras aprovado pelo Conselho de Ministros em 17 de junho de 1999; o decreto relativo à classificação, à forma jurídica e às operações dos estabelecimentos financeiros; e o Plano de Contabilidade Bancária.

### 3. EXERCÍCIO DA ATIVIDADE BANCÁRIA

A Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro, aplica-se a bancos e estabelecimento financeiros que exerçam a sua atividade no território da Guiné-Bissau, independentemente da forma e do local da sede, sendo, porém, excecionados o BCEAO, os bancos e estabelecimentos financeiros públicos, as instituições financeiras internacionais, as entidades internacionais ligadas à cooperação autorizadas por acordos internacionais e os correios e telecomunicações.

Nos termos do artigo 3.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro, são Bancos, as empresas cuja função habitual consiste em receber fundos para utilizar em operações de crédito ou de investimento, por sua conta ou por conta de outrem, e que podem ser movimentados através de cheques ou de transferências bancárias.<sup>6</sup>

---

6 A tradução incorreta do artigo 3.º da Lei-Quadro transformou “...receber fundos que podem ser movimentados por cheques ou transferências...” em “...receber fundos através de cheques ou de transferências...”. Obviamente que os bancos não estão limitados a receber fundos somente através de cheques ou de transferências, podendo também recebê-los em numerário.

Quanto aos estabelecimentos financeiros, o artigo 4.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro, define-os como as pessoas singulares ou coletivas que não sejam bancos e cuja função habitual consiste em efetuar por sua conta operações de crédito (empréstimo, desconto, recompra, aquisição de dívida, garantia, financiamento de vendas de crédito e leasing), de venda a crédito ou de câmbio, ou que recebem habitualmente fundos que aplicam por conta própria em operações de investimento (participação no capital de empresas já existentes ou em formação e todas as aquisições de títulos emitidos por entidades públicas ou privadas), ou que servem habitualmente de intermediários, como comissionistas, corretores, ou outros, na totalidade ou em parte dessas operações.

Independentemente do exercício de atos que se subsumem a operações de crédito, o artigo 6.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro, exclui da qualificação como bancos ou estabelecimentos financeiros<sup>7</sup>, as empresas de seguros e os fundos de pensões, os notários e os funcionários ministeriais no exercício de funções e os agentes de câmbio.

O exercício da atividade bancária está dependente da obtenção prévia de autorização para o efeito. O artigo 7.º da Lei 10/97, de 2 de dezembro, estabelece que “[n]inguém pode, sem que tenha sido previamente autorizado e inscrito na lista dos Bancos, exercer actividade definida no Artigo 3.º, nem fazer-se valer da qualidade de Banco ou de Banqueiro, nem criar a aparência desta qualidade, nomeadamente pelo emprego de termos como Banco, Banqueiro ou Bancário, na sua designação ou firma, nome comercial, publicidade ou de qualquer outros modo na sua actividade.

*Ninguém pode, sem que tenha sido previamente autorizado e inscrito na lista dos estabelecimentos financeiros, exercer a actividade definida no artigo 4.º, nem fazer-se valer da qualidade de estabelecimento financeiro, nem criar a aparência desta qualidade, nomeadamente pelo emprego de termos que evoquem uma das actividades previstas no artigo 4.º na sua designação ou razão social, nome comercial, publicidade ou qualquer outro modo de actividade na sua actividade.”*

O procedimento para a obtenção de autorização é regulado pelos artigos 8.º e 9.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro. Segundo o procedimento previsto nestes artigos, a competência para emitir a autorização cabe ao Ministro das Finanças, que emite a autorização por despacho. A instrução do processo cabe

7 O artigo 6.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro, traduz incorretamente o francês: “*Ne sont pas considérés comme banques ou établissements financiers*” como “*Não são considerados como Bancos os seguintes estabelecimentos financeiros*”.

ao BCEAO, onde deve ser entregue o pedido de autorização. Este determina quais os documentos que acompanham o pedido e que permitam verificar os seguintes requisitos: 1) Se os requerentes satisfazem as condições legais (nomeadamente as previstas nos artigos 14.º, 15.º, 18.º, 23.º, 24.º e 26.º); e, 2) A adequação da forma jurídica da empresa à atividade de banco ou de estabelecimento financeiro.

A decisão do Ministro das Finanças está todavia dependente de parecer prévio favorável da Comissão Bancária.

O procedimento de autorização é organizado da seguinte forma:

1) A empresa deverá ser devidamente constituída como uma pessoa coletiva com a forma legal adequada prevista na lei.

Nos termos do artigo 20.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro, “[o]s Bancos devem ser constituídos sob forma de sociedade, podendo, a título excepcional, assumir a forma de outras pessoas colectivas”. Por regra, os bancos devem adotar a forma de sociedade anónima de capital fixo, mas, mediante parecer favorável da Comissão Bancária, o Ministro da Finanças pode autorizar a adoção da forma de sociedade cooperativa ou mútua de capital variável.

Por seu lado, os estabelecimentos financeiros devem adotar, nos termos do artigo 21.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro, a forma de sociedade anónima de capital fixo, de sociedade de responsabilidade limitada ou sociedade cooperativa mútua de capital variável. Contudo, legislação complementar sobre a matéria pode obrigar a que determinadas categorias de estabelecimentos financeiros adotem formas jurídicas específicas, bem como, interditar o exercício de algumas atividades habituais dos estabelecimentos financeiros por pessoas singulares.

2) Deve ser realizado o pagamento integral do capital social.

Nos termos do artigo 23.º da Lei 10/97, de 2 de dezembro, o capital social dos bancos não pode ser inferior ao montante mínimo fixado pelo Conselho de Ministros da União (sem prejuízo da decisão de autorização poder fixar um montante mínimo superior), enquanto o capital social dos estabelecimentos financeiros pode ser de montante inferior, após parecer em conformidade do BCEAO. Este mínimo pode variar segundo as diversas categorias de estabelecimentos financeiros.

Em decisão de 17 de setembro de 2007, o Conselho de Ministros da UEMOA definiu o montante de capital social mínimo dos bancos em dez

(10) mil milhões de Francos CFA e dos estabelecimentos financeiros em três (3) mil milhões de Francos CFA em todos os Estados-Membros da UEMOA. Porém, definiu, igualmente, um processo de aplicação progressiva, pelo que, a partir de 1 de janeiro de 2008, o montante de capital social mínimo dos bancos ficou definido em cinco (5) mil milhões de Francos CFA e dos estabelecimentos financeiros em mil milhões de Francos CFA, sendo que as instituições em funcionamento deveriam adaptar-se a estes limites até 31 de dezembro de 2010. Neste momento ainda não foi definido o momento de cumprimento dos montantes finais de dez (10) mil milhões de Francos CFA e de três (3) mil milhões de Francos CFA previstos na decisão.

3) Deve ser apresentado um pedido de autorização dirigido ao Ministro das Finanças. Este pedido deve incluir a seguinte informação:

Documentos e informação relativos à pessoa singular ou coletiva requerente da autorização

*A. Documentos e informação jurídica ou administrativa:*

- a)* Nome ou denominação social;
- b)* Domicílio ou sede social;
- c)* Certidões do registo civil das pessoas singulares;
- d)* Estatuto ou regulamento interno;
- e)* Ata da Assembleia Geral Constitutiva;
- f)* Comprovativo do pedido de inscrição no registo comercial;
- g)* Montante da dotação ou do capital, bem como a sua distribuição e as modalidades de entrega do mesmo;
- h)* Estado da subscrição do capital e lista de todos os acionistas com a indicação da sua participação e da sua nacionalidade e domicílio;
- i)* Documento notarial que comprove a libertação do capital.

*B. Documentos e informação económica e financeira:*

- a)* Orientação sobre a política geral e os objetivos prosseguidos pelos promotores com a criação da instituição;
- b)* Estudos de mercado;
- c)* Plano de negócios que inclua a natureza e volume dos trabalhadores, recursos e compromissos extra-balanço, bem como a sua evolução previsível ao longo de, pelo menos, 5 anos;
- d)* Meios humanos e materiais, bem como a sua evolução previsível ao longo de, pelo menos, 5 anos;

- e) Previsão em matéria de implantação da rede de balcões;
  - f) Balanço de abertura;
  - g) Balanços e demonstrações de resultados previsionais ao longo de, pelo menos, 5 anos, com destaque para a situação previsível da instituição em relação às normas de liquidez, solvência e estrutura financeira em vigor;
  - h) Plano de tesouraria;
- C. *Outros documentos e informação relativos à pessoa singular ou coletiva requerente da autorização:*
- a) Organização (organigrama detalhado, procedimentos operacionais, etc.);
  - b) Calendário de instalação;
  - c) Indicação sobre a eventual pertença a um grupo, com uma lista das empresas do grupo;
  - d) Contrato de assistência técnica, se for o caso;
  - e) Possível acordo com o Estado.

Documentos e informação relativos aos promotores, administradores, gerentes e diretores

- A. *Promotores e acionistas de referência:*
- a) Identificação, nacionalidade e domicílio;
  - b) *Curriculum vitae* e registo criminal das pessoas singulares;
  - c) Situação financeira dos promotores e dos acionistas de referência que sejam pessoas coletivas, com o apoio das demonstrações financeiras certificadas e relatórios de atividade mais recentes, numa base individual ou consolidada, conforme aplicável;
  - d) Ligações dos promotores e acionistas de referência com outras instituições bancárias ou financeiras ou qualquer outra sociedade;
  - e) Situação patrimonial das pessoas singulares;
  - f) Experiência no sector bancário e financeiro;
  - g) Implementação nacional ou internacional sob a forma de agências, filiais e escritórios de representação, com indicação do seu estatuto bancário ou financeiro.
- B. *Os administradores, gerentes e diretores:*
- a) Nomes dos administradores, gerentes e diretores com indicação da sua nacionalidade e domicílio;

- b) Pedidos de derrogação individual para não cidadãos da UEMOA, e que não beneficiem de equiparação a cidadão da UEMOA em resultado de um acordo de estabelecimento;
- c) *Curriculum vitae* e registo criminal;
- d) Experiência no sector bancário e financeiro.

C. *Outros documentos e informações:*

Como parte de suas atribuições, o BCEAO pode exigir quaisquer documentos ou informações que considere necessárias para a instrução do processo de autorização.

4) Depositar o pedido em 5 (cinco) cópias na Direção Nacional do BCEAO no país anfitrião.

A emissão da autorização resulta na inscrição da instituição na lista de Bancos ou de Estabelecimentos Financeiros, mantida e atualizada pela Comissão Bancária (artigo 9.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro). O capital social deve estar integralmente realizado à data da autorização, até ao montante mínimo exigido na decisão de autorização (artigo 23.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro). A instituição deve também passar a fazer parte da Associação Profissional dos Bancos e Estabelecimentos Financeiros, no prazo de um mês a contar da inscrição (artigo 59.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro).

Nos termos do artigo 69.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro, os Bancos e os Estabelecimentos Financeiros que já estavam autorizados antes da aprovação da lei ficaram automaticamente aprovados, não necessitando de obter nova autorização. Porém, como referido acima, se o seu capital social não estivesse de acordo com os montantes definidos na decisão de 17 de setembro de 2007 do Conselho de Ministros da UEMOA, estas instituições tinham até 31 de dezembro de 2010 para atingir os novos montantes.

A autorização considera-se recusada se não houver resposta no prazo de seis meses a contar da receção do pedido por parte do BCEAO, salvo notificação em contrário do requerente.

A UEMOA adotou, em Julho de 1997, o princípio da licença única, permitindo que os Bancos e os Estabelecimentos Financeiros autorizados a exercer a atividade num Estado-Membro possam exercer a sua atividade ou oferecer serviços em todos os outros Estados-Membros.

Para beneficiar da liberdade de prestação de serviços em outro Estado-Membro, a instituição deverá entregar uma declaração de intenção dirigida

ao Presidente da Comissão Bancária, juntamente com as seguintes informações, nos termos da Instrução n.º 018-04-2011 do Governador do BCEAO, que estabelece a lista de documentos e informações integrantes do dossier de declaração da intenção de instalação no quadro da licença única:

### *Filial*

Os documentos e informações necessários para a instalação de uma filial são os mesmos que são exigidos para a autorização de um Banco ou Estabelecimento Financeiro.

### *Sucursal ou agência*

#### *A. Documentos e informações sobre a instalação:*

- a) Decisão dos órgãos competentes da instituição de crédito que autorizam a nova instalação ou que atribuem a competência decisória aos seus representantes legais;
- b) Descrição do sistema de controlo interno da nova estrutura;
- c) Balanços e demonstrações de resultados previsionais incorporando os dados da nova estrutura relativos a, pelo menos, 5 anos;
- d) Situação previsional relativa ao dispositivo prudencial em vigor na UEMOA.

#### *B. Documentos e informações sobre a sucursal ou agência;*

- a) Orientação sobre a política e os objetivos prosseguidos pela instituição financeira através da criação da nova estrutura;
- b) Denominação social e morada;
- c) Montante da dotação e recursos permanentes;
- d) Comprovativo de inscrição no registo comercial e de crédito mobiliário;
- e) Cópias certificadas dos documentos de identificação do pessoal dirigente;
- f) *Curriculum vitae* datado e assinado do pessoal dirigente, que inclua nomeadamente a formação académica e a experiência profissional no domínio bancário, financeiro e noutras funções julgadas compatíveis com as funções a desempenhar;
- g) Certidão criminal emitida há menos de três meses;
- h) Organigrama detalhado;



- i) Manuais de procedimentos administrativos, contabilísticos e financeiros que cubram, nomeadamente, o conjunto das operações bancárias e as operações conexas previstas;
- j) Apresentação detalhada do sistema de informação (arquitetura global, software a utilizar, provisões de emergência a instituir, procedimentos e ferramentas de integração de dados e de segurança informática, modalidades de classificação e conservação de registos, etc.)
- k) Previsão em matéria de implementação de balcões ou de pontos de serviço;
- l) Calendário de instalação que inclua a data prevista de abertura dos balcões;
- m) Recursos humanos e materiais, bem como a sua evolução prevista em, pelo menos, 5 anos;
- n) Plano de atividades para, pelo menos, 5 anos, comportando 3 hipóteses (alta, média e baixa), e apresentando a natureza e o volume das operações bancárias previstas, nomeadamente os diferentes tipos de aplicações (créditos, leasing, investimentos e participações, garantias, etc.) e de depósitos, empréstimos e fundos permanentes, bem como as operações conexas a realizar;
- o) Balanço de abertura na data da instalação;
- p) Apresentação, tendo em conta as 3 hipóteses referidas no plano de atividades, do balanço e demonstração de resultados previsionais relativamente a, pelo menos, 5 anos;
- q) Plano de tesouraria para 5 anos.

C. *Outros documentos e informações:*

A Comissão Bancária pode solicitar quaisquer documentos ou informações adicionais necessárias para a instrução do processo.

A instituição deve apresentar o pedido em 4 (quatro) cópias na Direção Nacional do BCEAO no país de origem (sede).

A liberdade de exercício é reconhecida por notificação do Presidente da Comissão Bancária, depois de reunir os pareceres dos ministros do país de origem (sede) e do país de acolhimento (novo local).

O exercício da atividade bancária sem obtenção de autorização resulta na aplicação de sanções penais pela prática ilegal da profissão no seio da UEMOA (artigo 49.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro). Além disso, a Comissão

Bancária pode propor ao Ministro das Finanças do Estado-Membro onde a atividade é exercida sem que a autorização tenha sido obtida, a nomeação de um administrador provisório para o banco ou estabelecimento financeiro não autorizado (artigo 27.º do anexo à Convenção sobre a criação da Comissão Bancária).

#### 4. OUTRAS AUTORIZAÇÕES

Durante a vida do estabelecimento as operações que têm um impacto significativo sobre a configuração acionista são reguladas pelos artigos 29.º a 31.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro. O procedimento fixado para o efeito permite que as autoridades de supervisão se pronunciem sobre a estrutura do capital social e possivelmente sobre os novos acionistas.

As cessões e aquisições de ações que resultem na superação de certos limiares, como as minorias de bloqueio (definida como o número de votos que pode impedir uma mudança nos estatutos) ou as maiorias dos direitos de voto, são sujeitas à autorização prévia do Ministro das Finanças, após parecer favorável da Comissão Bancária.

Os bancos e os estabelecimentos financeiros com sede no estrangeiro são obrigados a informar a Comissão Bancária de quaisquer operações acima referidas e com eles relacionadas.

O pedido de autorização para adquirir ou vender ações, instruído como para a autorização de abertura deve ser dirigido ao Ministro das Finanças e entregue na Direção Nacional do BCEAO.

As operações de transformação, fusão, cisão, transferência de sede e dissolução estão sujeitas a autorização prévia do Ministro das Finanças do país de localização da instituição de crédito. Concretamente, a autorização é necessária para as seguintes alterações (artigos 29.º, 30.º e 31.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro):

- a) Modificação da forma jurídica, da denominação, do objeto social ou do nome comercial;
- b) Transferência da sede social para o estrangeiro;
- c) Operação de fusão, por absorção ou criação de uma nova sociedade, ou de cisão;
- d) Dissolução antecipada;
- e) A cessão de mais de 20% dos ativos da instituição correspondente às suas operações no país de acolhimento;

- f) Cessão da exploração;<sup>8</sup>
- g) Cessação de todas as atividades no país.

O requerimento de autorização prévia, instruído como na autorização de abertura, é dirigido ao Ministro das Finanças e entregue junto da Direção Nacional do BCEAO.

A autorização do Ministro das Finanças, com o parecer favorável da Comissão Bancária, é necessária antes da conclusão da operação proposta.

Aberturas, encerramentos, transformações, transferências, cessões de exploração de balcões ou agências do banco ou estabelecimento financeiro devem ser notificados ao Ministro das Finanças do país em que se encontrem os balcões ou agências e ao BCEAO (artigo 32.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro).

A substituição das pessoas que exercem cargos de direção, administração ou gestão realiza-se, nos termos do artigo 18.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro, e da Circular n.º 05-92/CB, de 10 de setembro de 1992, da Comissão Bancária, da seguinte forma:

- a) Notificação prévia à Comissão Bancária da lista de alterações previstas;
- b) Inscrição das alterações no registo comercial;
- c) Comunicação à Comissão Bancária da lista de dirigentes em funções, acompanhada da certidão emitida pelo registo comercial no mês seguinte ao dirigente assumir o cargo.

Refira-se que estão proibidos de exercer cargos de direção num banco ou estabelecimento financeiro, as pessoas condenadas por crimes, os falidos não reabilitados, funcionários ministeriais destituídos e dirigentes suspensos ou demitidos em resultado da aplicação de uma sanção disciplinar imposta pela Comissão Bancária (artigo 15.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro).

A nomeação de administradores ou diretores não guineenses ou naturais dos Estados-Membros da UEMOA ou que não sejam equiparados a guineenses em virtude de um acordo de estabelecimento, está dependente de autorização individual do Ministro das Finanças, consubstanciada numa derrogação à proibição constante do artigo 14.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro, após parecer favorável do Comissão Bancária, nos termos das regras definidas pela Circular n.º 09-99/CB, de 14 de setembro de 1999, da Comissão Bancária.

---

<sup>8</sup> Referida na Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro, como *exploração por gestor*.

O pedido de derrogação é dirigido ao Ministro das Finanças e entregue na Direção Nacional do BCEAO no país em causa, acompanhado do registo criminal, de um documento comprovativo da nacionalidade, de uma declaração sobre a honra da pessoa, de um *curriculum vitae* e de uma cópia do projeto de contrato de trabalho (este último requisito não é aplicável aos administradores).

A instrução do caso cabe à Comissão Bancária que emite parecer, o qual deve ser obrigatoriamente favorável. A decisão cabe ao Ministro das Finanças.

Ao abrigo do princípio do reconhecimento geral, após ter sido obtida a derrogação do requisito de nacionalidade para o exercício de funções num banco ou estabelecimento financeiro num país da UEMOA, não é necessário requerer nova derrogação, quando o dirigente mudar de funções, de instituição ou país dentro da UEMOA.

Um banco ou estabelecimento financeiro em dificuldades pode ser colocado sob administração provisória ou, dependendo da gravidade da situação, ser-lhe retirada a autorização de exercício de atividade.

A decisão de nomear um administrador provisório cabe ao Ministro das Finanças, seja por sua iniciativa e após parecer da Comissão Bancária ou por proposta desta (artigo 61.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro).

O administrador provisório assume todos os poderes executivos, administrativos, ou de gestão que pertençam aos órgãos sociais para a eventual recuperação da instituição e preservação do património dos depositantes.

Nos termos dos artigos 12.º e 47.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro, em conjugação com o artigo 28.º do Anexo à Convenção, a competência para a retirada da autorização de exercício de atividade a um banco ou estabelecimento financeiro cabe ao Ministro das Finanças, mediante parecer da Comissão Bancária, quando resultar de pedido da própria instituição ou do não exercício de atividade há mais de 1 ano, ou à Comissão Bancária quando resultar da violação de regulamentações bancárias.

A decisão de retirada da aprovação tomada pela Comissão Bancária é comunicada ao Ministro das Finanças, que deve notificar a instituição no prazo de 7 dias.

A Comissão Bancária pode propor a nomeação de um administrador provisório da instituição à qual foi retirada a aprovação ou quando a atividade é exercida sem que a aprovação tenha sido obtida. Esta decisão é da responsabilidade do Ministro das Finanças (artigo 62.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro, e artigo 27.º do Anexo à Convenção).

As funções de administrador provisório terminam com a nomeação de um liquidatário ou de um administrador judicial (artigo 63.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro).

Das decisões da Comissão Bancária acima referidas só é permitido recurso para o Conselho de Ministros da UEMOA (artigo 38.º do Anexo à Convenção). O processo de recurso é definido na Circular n.º 01-90/CB, de 20 de dezembro de 1990, da Comissão Bancária.

Assim, a instituição ou o Ministro das Finanças em causa pode apresentar num prazo de dois meses, ao Presidente do Conselho de Ministros, através do Secretariado-Geral da Comissão Bancária, um pedido indicando as razões porque considera que as sanções tomadas parecem excessivas ou improcedentes. Após deliberação, a decisão do Conselho de Ministros deve ser transmitida à instituição pelo Secretariado-Geral da Comissão Bancária.

A Comissão Bancária pode ainda aplicar medidas administrativas quando a atuação da instituição e o incumprimento da legislação bancária comprometa o equilíbrio financeiro, ou a instituição tenha deixado de cumprir os requisitos para manutenção a sua acreditação (artigo 27.º do Anexo à Convenção).

Além disso, perante a necessidade de um acompanhamento específico de instituições com problemas, a Comissão Bancária pode colocar uma instituição sob vigilância, resultando na obrigação de apresentar um relatório trimestral sobre a evolução da sua situação. O relatório deve indicar as medidas tomadas para corrigir as deficiências identificadas e a atuação da instituição em plena conformidade com a regulamentação bancária. O relatório deve também apresentar um balanço da implementação destas medidas e ações.

Em caso de incumprimento das regras, a Comissão Bancária pode impor uma ou mais das seguintes sanções disciplinares: advertência, repreensão, suspensão ou proibição da totalidade ou parte das operações, quaisquer outras limitações ao exercício da profissão, suspensão ou demissão obrigatória de dirigentes responsáveis e revogação da autorização (artigo 28.º do Anexo à Convenção).

Note-se que nenhuma sanção pode ser pronunciada sem que a pessoa em causa tenha sido ouvida ou devidamente citada ou convidada a apresentar as suas observações por escrito à Comissão Bancária, podendo apresentar a sua resposta no prazo de um mês após a receção da notificação. Na audição, os dirigentes podem ser assistidos por um representante da Associação Profissional dos Bancos e Estabelecimentos Financeiros ou qualquer outro defensor à sua escolha (Artigo 30.º do Anexo à Convenção).

## 5. REGRAS PRUDENCIAIS

O artigo 44.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro, atribui ao Conselho de Ministros da UEMOA a competência para aprovar todas as normas relativas à supervisão bancária, nomeadamente, as normas que permitam uma gestão adequada e prudente das instituições de crédito. As normas prudenciais consistem num conjunto de regras organizadas em torno de três temas:

- a) Condições de exercício da profissão (capital mínimo e sua representação, reserva especiais, normas contábeis);
- b) Regulamentação de operações específicas (participações, imobilizações, empréstimos aos principais acionistas, dirigentes e funcionários);
- c) Normas de gestão (cobertura de riscos por fundos próprios efetivos, cobertura dos empréstimos a médio e longo prazo por recursos estáveis, divisão de riscos, regras de liquidez, estrutura do portfólio).

Como acima referido, nos termos do artigo 24.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro, o montante de capital social mínimo dos Bancos é fixado em cinco (5) mil milhões de Francos CFA em todos os Estados-Membros da UEMOA a partir de 1 de janeiro de 2008. Ele será aumentado para 10 (dez) mil milhões de Francos CFA em data a fixar pelo Conselho de Ministros.

O capital social mínimo dos Estabelecimentos Financeiros é uniformemente fixado em mil milhões Francos CFA em todos os Estados-Membros da UEMOA a partir de 1 de Janeiro de 2008. Será de três (3) mil milhões de Francos CFA em data a ser fixado pelo Conselho de Ministros.

O montante de capital social mínimo atual dos Bancos (cinco mil milhões de Francos CFA) corresponde a cerca de 0,76% do Produto Interno Bruto da Guiné-Bissau<sup>9</sup>, enquanto o montante de capital social mínimo atual dos estabelecimentos financeiros (mil milhões de Francos CFA) corresponde a cerca de 0,15% do Produto Interno Bruto da Guiné-Bissau. Os montantes previstos no futuro corresponderão ao dobro e triplo respetivamente.

Em comparação, o capital social mínimo atual dos bancos em Portugal (dezassete milhões e quinhentos mil Euros<sup>10</sup>) corresponde, somente, a cerca

---

9 Assumindo um Produto Interno Bruto nominal da Guiné-Bissau no montante de 661.547.000.000 Francos CFA, segundo International Monetary Fund, 2015.

10 Nos termos do artigo 1.º, alínea a), da Portaria n.º 95/94, de 9 de fevereiro.

de 0,008% do Produto Interno Bruto de Portugal<sup>11</sup>, enquanto os montantes de capital social mínimo atual das sociedades financeiras correspondem a percentagens bastante menores.

Os artigos 23.º, última alínea, e 24.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro, preveem que o capital social ou a dotação dos bancos e dos estabelecimentos financeiros devem permanecer sempre aplicados no país onde a aprovação é emitida.

Contudo, tendo em conta o princípio da licença única, o capital social de um Banco ou Estabelecimento Financeiro autorizado num determinado Estado-Membro pode ser usado em qualquer outro Estado-Membro da UEMOA.

O Artigo 26.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro, estabelece que os bancos e estabelecimentos financeiros devem manter, em qualquer momento, fundos próprios efetivos de montante, pelo menos, igual ao capital social mínimo determinado nos termos do artigo 23.º.

Além disso, este último artigo prevê que a decisão de aprovação de uma instituição de crédito pelas autoridades nacionais pode estabelecer um nível mínimo mais elevado de capital social superior ao montante decidido pelo Conselho Ministros da UEMOA para os bancos ou estabelecimentos financeiros.

Os fundos próprios efetivos consistem em recursos permanentes ou estáveis para permitir que a instituição possa realizar operações e disponível quando for necessário para limpar as perdas ou, em caso de liquidação, reembolsáveis apenas após as outras dívidas. Eles são subdivididos em dois elementos: fundos próprios de base e fundos próprios complementares.

Para promover um reforço sistemático da capital próprio através da atribuição de lucros, o artigo 27.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro, exige que os bancos e os estabelecimentos financeiros criem uma reserva especial, incluindo quaisquer reservas exigidas por leis e regulamentos em vigor, alimentada por uma imposição anual sobre o lucro, à taxa de 15%. A contribuição para a reserva especial é obrigatória independentemente do valor a que chegou o montante acumulado dessa reserva em relação ao capital social do banco ou estabelecimento financeiro em causa.

Em relação aos bancos e estabelecimentos financeiros sem personalidade jurídica (sede no exterior), a reserva especial contribui para a dotação prevista

---

11 Assumindo um Produto Interno Bruto nominal de Portugal no montante de 208.536.000.000 Euros, segundo International Monetary Fund, 2015.

no artigo 24.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro, destinada a permitir às instituições em causa cumprir as regras sobre o capital mínimo.

A reserva especial pode ser usada para liquidação de perdas, desde que todas as outras reservas disponíveis sejam utilizadas anteriormente.

O artigo 39.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro, exige que os bancos e os estabelecimentos financeiros estabeleçam as suas contas de acordo com as normas de contabilidade definidas pelo BCEAO. Assim, os bancos e os estabelecimentos financeiros são obrigados a organizar a sua contabilidade nos termos do Plano de Contas Bancário da UMOA, aprovada pela Instrução n.º 94-01 do Presidente da Comissão Bancária, de 16 de agosto de 1994.

O Plano de Contas Bancário da UMOA é composto por três volumes relativos ao quadro regulamentar geral, às peças contabilísticas de síntese e à transmissão das peças contabilísticas de síntese.

Existem atualmente cinco normas de gestão que os bancos são obrigados a cumprir. Estas são regras que, sem prejuízo de algumas especificidades locais, são agora aplicadas às instituições de crédito na maioria dos países do mundo.

As normas de gestão atualmente aplicáveis dentro da UEMOA foram definidas na Decisão do Conselho de Ministros da UEMOA de 17 de junho de 1999. São elas:

- a) Cobertura dos riscos: para garantir a solvabilidade da instituição, a percentagem dos fundos próprios em relação aos riscos deve ser de pelo menos 8%;
- b) Índice de cobertura dos empréstimos a médio e longo prazo por recursos estáveis: concebido para preservar o equilíbrio da estrutura financeira, é definido em pelo menos 75%;
- c) Divisão dos riscos: o montante total dos riscos sob uma assinatura não pode exceder 75% dos fundos próprios efetivos e o conjunto dos riscos que atingem individualmente 25% dos fundos próprios não pode exceder oito vezes o montante dos fundos próprios efetivos;
- d) Liquidez: a relação entre, por um lado, os ativos disponíveis e realizáveis ou mobilizáveis a curto prazo, e, por outro lado, os passivos exigíveis ou os compromissos passíveis de ser executados no curto prazo deve ser superior a 75%;
- e) Estrutura do portfólio (destinada a medir a qualidade dos créditos atribuídos): o conjunto dos empréstimos que beneficiam de acordos de



classificação do BCEAO deve representar pelo menos 60% do total de empréstimos brutos realizados pelo banco.

## 6. SANÇÕES

A Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro, prevê a aplicação pelas entidades de supervisão bancária de sanções disciplinares, penais e financeiras.

As sanções disciplinares estão enumeradas no artigo 28.º do Anexo à Convenção, e a sua aplicação compete à Comissão Bancária. As sanções disciplinares podem consistir nas seguintes decisões: advertência, repreensão, suspensão ou proibição da totalidade ou parte das operações, quaisquer outras limitações ao exercício da profissão, suspensão ou demissão obrigatória de dirigentes responsáveis e revogação da autorização.

As sanções penais estão previstas ao longo da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro, e são aplicadas pelos tribunais de cada um dos Estados-Membros da UEMOA, segundo o processo penal em vigor em cada Estado.

As sanções financeiras, que estão previstas nos artigos 53.º a 56.º da Lei n.º 10/97, de 2 de dezembro, são decididas pela Comissão Bancária cujas decisões são diretamente executórias nos territórios dos Estados-Membros da UEMOA, só sendo possível recurso destas decisões para o Conselho de Ministros da UEMOA, nas condições por este fixadas.

Enumeramos nos quadros n.ºs 1 e 2 as sanções penais e financeiras previstas e as violações a que se reportam:

QUADRO N.º 1 – Sanções penais

Artigo	Objeto	Pena
16.º	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Dirigir, administrar ou gerir banco ou estabelecimento financeiro ou uma agência sem ter nacionalidade guineense ou sem equiparação ou derrogação</li> <li>– Propor a criação de banco ou estabelecimento financeiro, praticar atos típicos de estabelecimento financeiro, e dirigir, administrar ou gerir banco ou estabelecimento financeiro ou uma agência, tendo sido condenado pela prática dos crimes enunciados, declarado falido, destituído, suspenso ou demitido</li> </ul>	<p>Em conjunto ou alternativamente:            Pena de prisão de um a cinco anos            Multa de 2.000.000 francos</p>

Artigo	Objeto	Pena
17.º	– Contratação de pessoa condenada na pena prevista no artigo 16.º (supra)	Pessoa contratada: Pena de prisão prevista no artigo 16.º Empregador: Multa de 5.000.000 a 10.000.000 francos
49.º	– Exercício da atividade de banco ou estabelecimento financeiro sem autorização e inscrição na lista de bancos e estabelecimentos financeiros – Exercício por estabelecimento financeiro de atividades de categoria para o qual não está autorizado	Em conjunto ou alternativamente: Pena de prisão de um mês a dois anos Multa de 2.000.000 a 20.000.000 francos Em caso de reincidência, a pena máxima é de cinco anos e 50.000.000 francos
50.º	– Utilização de informações confidenciais de que tenham conhecimento no exercício das suas funções para realizar direta ou indiretamente operações em benefício próprio ou de outrem	Em conjunto ou alternativamente: Pena de prisão de um mês a dois anos Multa de 2.000.000 a 20.000.000 francos Em caso de reincidência, a pena máxima é de cinco anos e 50.000.000 francos
51.º	– Transmissão ao BCEAO ou Comissão Bancária de documentos ou informação inexatos ou oposição aos controlos previsto no artigo 46.º	Em conjunto ou alternativamente: Pena de prisão de um mês a um ano Multa de 1.000.000 a 10.000.000 francos Em caso de reincidência, a pena máxima é de dois anos e 20.000.000 francos
52.º	– Não envio à Comissão Bancária ou não atualização da lista de pessoas que exercem funções de direção, administração ou gestão – Não constituição e não contribuição para a reserva especial – Cessão pelo banco ou estabelecimento financeiro de mais de 20% do seu ativo, da cessão da gestão ou da cessação da atividade sem autorização prévia (incluindo quem tiver adquirido ou cedido uma participação) – Não comunicação das contas e do seu fecho – Não elaboração das demonstrações financeiras na periodicidade e condições previstas na lei – Não fornecimento de todas as informações e documentos solicitados pelo BCEAO ou Comissão Bancária (incluindo dirigentes e revisores de contas responsáveis pela violação) – Violação das regras prudenciais – Desrespeito pelas decisões do Conselho de Ministros da UEMOA, do BCEAO e da Comissão Bancária	Multa de 2.000.000 francos

## QUADRO N.º 2 – Sanções financeiras

Artigo	Objeto	Pena
53.º	– Não constituição de reservas obrigatórias – Não entrega de divisas estrangeiras ao BCEAO em violação do artigo 17.º dos Estatutos do BCEAO	Juro de mora não superior a 1% por dia de atraso
54.º	– Atraso e não fornecimento da informação prevista nos artigos 40.º, 41.º e 42.º	10.000 francos nos primeiros quinze dias 20.000 francos nos quinze dias seguintes 50.000 francos depois
55.º	– Incumprimento de regras que impõem uma relação entre os diversos elementos dos seus recursos e aplicações, ou limites máximo e mínimo do montante de determinadas aplicações	Depósito não remunerado no montante máximo igual a 200% das irregularidades constatadas e duração máxima igual à da infração Em caso de atraso na constituição deste depósito, aplica-se juro de mora não superior a 1% por dia de atraso
56.º	– Incumprimento de regras de fixação das taxas e das condições das suas operações com os clientes	Depósito não remunerado no montante máximo igual a 200% das irregularidades, ou, no caso de remunerações indevidamente recebidas ou depositadas, a 500% das mesmas, e cuja duração será no máximo igual a um mês Em caso de atraso na constituição deste depósito, aplica-se juro de mora não superior a 1% por dia de atraso

## 7. CONCLUSÃO

Será para alguns uma surpresa que um país com o nível de desenvolvimento da Guiné-Bissau e que tem sofrido de constante instabilidade política na últimas décadas tenha um quadro regulatório em matéria bancária relativamente avançado.

Na verdade, o modelo de integração da União Económica e Monetária da África Ocidental (UEMOA), se em algumas áreas ainda se apresenta algo incipiente, em matéria bancária estará possivelmente além da União Bancária Europeia. A UEMOA tem uma moeda única, um banco central único (sem manutenção dos bancos centrais nacionais), legislação bancária harmonizada, e concentração de competências relativas à regulação bancária nos órgãos da União.

Esta união profunda em matéria bancária permite que a regulamentação bancária no seio da UEMOA e a atuação das entidades com competência nesta matéria estejam relativamente protegidas da instabilidade que afeta regularmente os vários Estados-Membros. A UEMOA representa, assim, para os seus membros, um referencial de estabilidade nesta matéria que dificilmente seria alcançada pelos países se individualmente considerados.

A regulação bancária no seio da UEMOA é largamente inspirada na regulação bancária europeia, em particular da França, o que significa que a UEMOA tem um quadro regulatório equiparado ao quadro regulatórios dos países mais desenvolvidos. Contudo, tendo em conta que a atividade legislativa na UEMOA é relativamente lenta, a mesma não se encontra a par dos últimos avanços na matéria (Basileia II e III) e alguma regulação principal está manifestamente datada.<sup>12</sup>

Igualmente, a UEMOA carece de desenvolvimento em áreas que, devido às suas circunstâncias próprias, poderiam obviar as lacunas identificadas no sistema bancário tradicional, nomeadamente o *microfinance* e o *mobile banking*, mesmo quando comparada com outros blocos regionais africanos.

Além disso, não se encontra, ainda, na regulamentação bancária da UEMOA ou na atuação das entidades com competência nesta matéria, preocupação especial pela supervisão comportamental, o que, tendo em conta a fragilidade dos regimes de proteção do consumidor nos Estados-Membros, bem como, da atuação das autoridades judiciais, deveria ser uma preocupação essencial.

A Guiné-Bissau, porém, encontra alguns problemas específicos que lhe podem impedir de beneficiar na totalidade do regime de regulação bancária no âmbito da UEMOA, concretamente, a disponibilidade dos textos normativos em português e as dificuldades de transposição. Por um lado, a UEMOA produz a sua documentação somente em francês, a língua oficial de todos os Estados-Membros menos da Guiné-Bissau, o que impede esta de imediata e facilmente apreender o conteúdo da produção legislativa da UEMOA. Por outro lado, a Guiné-Bissau tem a menor taxa de transposição de legislação bancária dos membros da UEMOA<sup>13</sup>, e as poucas transposições realizadas até ao momento apresentam graves problemas de tradução.

---

12 Neste sentido, International Monetary Fund, 2014: 13.

13 Neste sentido, Commission Bancaire, 2000: 109.

Acresce a isto que a transposição da legislação da UEMOA, nomeadamente, da Lei-Quadro, tem resultado numa quase reprodução do texto transposto, não permitindo acomodar diferenças nas tradições normativas dos diferentes Estados-Membros e nas práticas locais. A solução *one size fits all* claramente não responde às necessidades da Guiné-Bissau, que é um dos Estados mais pequenos e menos desenvolvidos da UEMOA.

Isso transparece claramente em matérias como o montante de capital mínimo dos bancos e estabelecimentos financeiros, que como referido, é bastante mais elevado em percentagem do Produto Interno Bruto do que em Portugal (cerca de 95 vezes superior), o que naturalmente dificulta o aparecimento de novos bancos numa realidade que já conta com poucas instituições.

Por outro lado, o regime da licença única no âmbito da UEMOA pode resultar na utilização pelos investidores de ordenamentos jurídicos mais estáveis do que a Guiné-Bissau para instalação das sedes dos bancos e estabelecimentos financeiros, tornando a Guiné-Bissau um mero mercado de filiais ou sucursais de bancos e estabelecimentos financeiros estabelecidos nos restantes Estados-Membros.

Contudo, a integração num grande mercado bancário como a UEMOA também poderá permitir à Guiné-Bissau aproveitar a oportunidade de acesso a esse mercado e as condições de pequeno e jovem país (poucas estruturas burocráticas, população jovem, grande diáspora) para facilitar e agilizar a atividade bancária, permitindo um contacto mais próximo com as autoridades locais, bem como, oferecendo um mercado com pouca concorrência e poucos custos materiais de instalação.

Caberá, por fim, à Guiné-Bissau saber aproveitar as oportunidades que a participação na UEMOA lhe oferece.

**BIBLIOGRAFIA****BANQUE CENTRALE DE ETATS DE L'AFRIQUE DE L'OUEST**

- 1990 *Circulaire n.º 01-90/CB du 20 Décembre 1990 – Informations generales sur la Comission Bancaire, Union Monetáire Ouest-Africaine, Banque Centrale de Etats de l'Afrique de l'Ouest, Dezembro 1990.*
- 1992 *Circulaire n.º 05-92 / CB du 10 Septembre 1992, Communication a la Comission Bancaire de la liste des dirigeants en fonction et de ses modification, Union Monetáire Ouest-Africaine, Banque Centrale de Etats de l'Afrique de l'Ouest, Setembro 1992.*
- 1999 *Circulaire n.º 09-99/CB du 14 Septembre 1999, Precisant les dispositions relatives a la derogation a la condition de nationalité en faveur des administrateurs et des dirigeants etrangers, Union Monetáire Ouest-Africaine, Banque Centrale de Etats de l'Afrique de l'Ouest, Setembro 1992.*
- 2011a *Instruction n.º 018-04/2011 etablissant la liste des documents et informations constitutifs du dossier de declarations d'intention d'installation dans le cadre de l'agrement unique, Union Monetáire Ouest-Africaine, Banque Centrale de Etats de l'Afrique de l'Ouest, 2011.*
- 2011b *Textes d'Application de la Loi Portant Reglementation Bancaire, Union Monetáire Ouest-Africaine, Banque Centrale de Etats de l'Afrique de l'Ouest, Dezembro 2011.*
- 2012 *Dispositif prudentiel applicable aux banques et aux etablissements financiers de l'Union Monetáire Ouest-Africaine (UMOA) a compter du 1er Janvier 2000, Union Monetáire Ouest-Africaine, Banque Centrale de Etats de l'Afrique de l'Ouest, Dezembro 2012.*

**COMMISSION BANCAIRE**

- 2000 *Guide du Banquier de l'UMOA, Union Monetáire Ouest-Africaine, Comission Bancaire, 2000.*

**INTERNATIONAL MONETARY FUND**

- 2014 *IMF Country Report N.º 14/84, West African Economic and Monetary Union (WAEMU), Staff Report on Common Policies for Member Countries; Press Realeas; Statement by the Executive Director, International Monetary Fund, Março 2014.*
- 2015 *World Economic Outlook Database, International Monetary Fund, Outubro 2015.*

**NSABIMANA, André**

- 2002 *Organisation, régulation et efficacité économique du système d'intermédiation financière en Afrique, Louvain: Presses Universitaires de Louvain, Novembro 2012.*

## UNION ÉCONOMIQUE ET MONÉTAIRE OUEST-AFRICAINE

- 2003 *Traite Modifie de l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine*, Union Monétaire Ouest-Africaine, Banque Centrale de Etats de l'Afrique de l'Ouest, 2003.
- 2010a *Annexe a la Convention Regissant la Comission Bancaire de l'UMOA*, Union Monétaire Ouest-Africaine, Banque Centrale de Etats de l'Afrique de l'Ouest, 2010 .
- 2010b *Convention Regissant la Comission Bancaire de l'Union Monétaire Ouest-Africaine*, Union Monétaire Ouest-Africaine, Banque Centrale de Etats de l'Afrique de l'Ouest, 2010.
- 2010c *Statuts de la Banque Centrale de Etats de l'Afrique de l'Ouest*, Union Monétaire Ouest-Africaine, Banque Centrale de Etats de l'Afrique de l'Ouest, 2010.
- 2010d *Traité de l'Union Monétaire Ouest-Africaine*, Union Monétaire Ouest-Africaine, Banque Centrale de Etats de l'Afrique de l'Ouest, 2010.





C&R

LEGISLAÇÃO

*Legislação Nacional*



# LEGISLAÇÃO NACIONAL

LEGISLAÇÃO NACIONAL – OUTUBRO DE 2014 A MARÇO DE 2015

*elaborado por Nazaré da Costa Cabral*

## REGULAÇÃO

### GERAL

#### **Decreto-Lei n.º 2/2015, de 6 de janeiro**

Procede à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 195/99, de 8 de junho, prorrogando o prazo para a apresentação dos pedidos de restituição aos consumidores do valor das cauções de determinados serviços públicos essenciais e criando para os prestadores destes serviços obrigações adicionais de informação aos consumidores a quem aquelas cauções não foram ainda restituídas.

## ANACOM – AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES

#### **Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de março**

Aprova os estatutos da Autoridade Nacional de Comunicações, anteriormente designada ICP – Autoridade Nacional de Comunicações, em conformidade com o regime estabelecido na Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, que aprova a Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes.

#### **Portaria n.º 93/2015, de 27 de março**

Fixa o montante a transferir para a ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social, por conta dos resultados líquidos do ICP-ANACOM, relativos ao ano orçamental de 2013 e entregues como receita geral do Estado.

#### **Portaria n.º 92/2015, de 27 de março**

Fixa o montante a transferir para a ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social, por conta dos resultados líquidos do ICP-ANACOM, relativos ao ano orçamental de 2012 e entregues como receita geral do Estado.

## **BANCO DE PORTUGAL**

### **Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro**

Altera o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, o Código dos Valores Mobiliários, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 e novembro, as Leis n.ºs 25/2008, de 5 de junho, e 28/2009, de 19 de junho, e os Decretos-Lei n.ºs 260/94, de 22 de outubro, 72/95, de 15 de abril, 171/95, de 18 de julho, 211/98, de 16 de julho, 357-B/2007 e 357-C/2007, de 31 de outubro, 317/2009, de 30 de outubro, e 40/2014, de 18 de março.

### **Aviso n.º 14/2014, de 30 de dezembro**

Procede à alteração do Aviso do Banco de Portugal n.º 1/2013, de 26 de março, que definiu o método concreto e os procedimentos a adotar no âmbito do apuramento das contribuições periódicas para o Fundo de Resolução, alterando o método de apuramento do fator de ajustamento utilizado no cálculo da contribuição periódica para o Fundo de Resolução e atualizando as referências para os elementos que compõem os fundos próprios de uma instituição à luz do Regulamento (UE) n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho, relativo aos requisitos prudenciais para as instituições de crédito e para as empresas de investimento.

### **Aviso n.º 13/2014, de 30 de dezembro**

Procede à alteração do Aviso do Banco de Portugal n.º 3/2010, de 16 de abril, que definiu o regime de contribuições para o Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo por parte da Caixa Central e das Caixas de Crédito Agrícola Mútuo, alterando o método de apuramento do fator de ajustamento utilizado no cálculo da contribuição periódica para o Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo e atualizando as referências para os elementos que compõem os fundos próprios de uma instituição à luz do Regulamento (UE) n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho, relativo aos requisitos prudenciais para as instituições de crédito e para as empresas de investimento.

### **Aviso n.º 12/2014, de 30 de dezembro**

Procede à alteração do Aviso do Banco de Portugal n.º 11/94, de 29 de dezembro, que estabelece o valor da contribuição anual a entregar ao Fundo de Garantia de Depósitos pelas instituições participantes, alterando o método

de apuramento do fator de ajustamento utilizado no cálculo da contribuição periódica para o Fundo de Garantia de Depósitos e atualizando as referências para os elementos que compõem os fundos próprios de uma instituição à luz do Regulamento (UE) n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho, relativo aos requisitos prudenciais para as instituições de crédito e para as empresas de investimento.

**Aviso n.º 11/2014, de 22 de dezembro**

Determina a aplicação dos requisitos prudenciais estabelecidos no regulamento (UE) n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho, relativo a certos tipos de sociedades financeiras.

**Aviso 10/2014, de 3 de dezembro**

Estabelece os deveres mínimos de informação a observar durante a vigência dos contratos de crédito ao consumo e aos consumidores celebrados no âmbito dos Decretos-Lei n.ºs 359/91 e 133/2009, de 21 de setembro e 2 de junho, respetivamente.

**Aviso n.º 9/2014, de 3 de novembro**

Regulamenta opções previstas no Regulamento (UE) n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho, cujo exercício é atribuído às autoridades competentes.

**Aviso 8/2014, de 9 de outubro**

Altera o n.º 3 do artigo 2.º do Aviso do Banco de Portugal n.º 1/2013, de 26 de março, estabelecendo-se que a taxa contributiva de base a aplicar em cada ano para o Fundo de Resolução seja fixada até 15 de dezembro do ano anterior.

**Aviso 7/2014, de 9 de outubro**

Altera o n.º 7.º do Aviso do Banco de Portugal n.º 3/2010, de 16 de abril, que definiu o regime de contribuições para o Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo por parte da Caixa Central e das Caixas de Crédito Agrícola Mútuo, estabelecendo-se que a taxa contributiva de base a aplicar em cada ano seja fixada até 15 de dezembro do ano anterior.

**IMT – AUTORIDADE DA MOBILIDADE E DOS TRANSPORTES**  
**TRANSPORTE FERROVIÁRIO**

**Decreto-Lei n.º 179/2014, de 18 de dezembro**

Procede à terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 27/2011, de 17 de fevereiro, transpondo a Diretiva n.º 2014/38/UE, da Comissão, de 10 de março de 2014, que altera o anexo III da Diretiva n.º 2008/57/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, relativa à interoperabilidade do sistema ferroviário na Comunidade, no que respeita à poluição sonora.

**VEÍCULOS**

**Decreto-Lei n.º 170-A/2014, de 7 de novembro**

Estabelece o regime jurídico da homologação e utilização dos cintos de segurança e dos sistemas de retenção para crianças em veículos rodoviários e transpõe a Diretiva de Execução n.º 2014/37/UE, da Comissão, de 27 de fevereiro de 2014.

**ERSAR – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS E RESÍDUOS**

**Lei n.º 82-D/2014, de 31 de dezembro**

Procede à alteração das normas fiscais ambientais nos sectores da energia e emissões, transportes, água, resíduos, ordenamento do território, florestas e biodiversidade, introduzindo ainda um regime de tributação dos sacos de plástico e um regime de incentivo ao abate de veículos em fim de vida, no quadro de uma reforma da fiscalidade ambiental.

**Portaria n.º 248/2014, de 26 de novembro**

Aprova a delimitação do perímetro de proteção da captação de águas subterrâneas destinada ao abastecimento público localizada no concelho de Ourém.

**Portaria n.º 220/2014, de 22 de outubro**

Aprova a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações de águas subterrâneas localizadas no concelho do Montijo.

**Portaria n.º 195/2014, de 1 de outubro**

Aprova a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações de água subterrânea localizadas nos concelhos de Ponte de Sôr e Chamusca.

**Portaria n.º 57-B/2015, de 27 de fevereiro**

Adota o Regulamento Específico Sustentabilidade e Eficiência no Uso de Recursos.

**ERSE – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS****Decreto-Lei n.º 172/2014, de 14 de novembro**

Procede à primeira alteração ao Decreto –Lei n.º 138 –A/2010, de 28 de dezembro, que cria a tarifa social de fornecimento de energia elétrica, e à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 102/2011, de 30 de setembro, que cria o apoio social extraordinário ao consumidor de energia, no sentido de alargar os critérios de elegibilidade que permitem a atribuição da referida tarifa social a clientes finais considerados economicamente vulneráveis.

**Decreto-Lei n.º 153/2014, de 20 de outubro**

Estabelece o regime jurídico aplicável à produção de eletricidade, destinada ao autoconsumo na instalação de utilização (UPAC) e o regime jurídico aplicável à produção de eletricidade, vendida na sua totalidade à rede elétrica de serviço público (RESP), por intermédio de instalações de pequena potência, a partir de recursos renováveis, designadas por “Unidades de Pequena Produção” (UPP).

**Portaria n.º 278-C/2014, de 29 de dezembro**

Estabelece os procedimentos e as demais condições necessários à atribuição, aplicação e manutenção da tarifa social estabelecida no Decreto-Lei n.º 138 –A/2010, de 28 de dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 172/2014, de 14 de novembro.

**Portaria n.º 278-B/2014, de 29 de dezembro**

Procede à primeira alteração às Portarias n.º 275 –A/2011 e 275 –B/2011, ambas de 30 de setembro, relativas ao ASECE.

**Portaria n.º 1059/2014, de 18 de dezembro**

Estabelece as regras de gestão do Fundo para a Sustentabilidade Sistémica do Setor Energético (FSSSE) em cumprimento do disposto no n.º 2 do artigo 6.º do Decreto –Lei n.º 55/2014, de 9 de abril.

**Portaria n.º 251-B/2014, de 28 de novembro**

Procede à segunda alteração da Portaria n.º 332/2012, de 22 de outubro, e define os critérios de distribuição de CIEG por nível de tensão ou tipo de fornecimento e sua afetação.

**Portaria n.º 212-A/2014, de 24 de outubro**

Procede à primeira alteração da Portaria n.º 332/2012, de 22 de outubro, e define os critérios de distribuição de CIEG por nível de tensão ou tipo de fornecimento e sua afetação.

**Portaria n.º 208/2014, de 10 de outubro**

Aprova o modelo oficial da declaração da contribuição extraordinária sobre o setor energético (declaração modelo 27), bem como as respetivas instruções de preenchimento.

**Lei n.º 15/2015, de 16 de fevereiro**

Estabelece os requisitos de acesso e exercício da atividade das entidades e profissionais que atuam na área dos gases combustíveis, dos combustíveis e de outros produtos petrolíferos, conformando-o com a disciplina da Lei n.º 9/2009, de 4 de março, e do Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho, que transpuseram as Diretivas n.ºs 2005/36/CE, de 7 de setembro, relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais, e 2006/123/CE, de 12 de dezembro, relativa aos serviços no mercado interno, e procede à quinta alteração ao Decreto-Lei n.º 267/2002, de 26 de novembro.

**Lei n.º 14/2015, de 16 de fevereiro**

Estabelece os requisitos de acesso e exercício da atividade das entidades e profissionais responsáveis pelas instalações elétricas, conformando-os com a disciplina da Lei n.º 9/2009, de 4 de março, e do Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho, que transpuseram as Diretivas n.ºs 2005/36/CE, de 7 de setembro, relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais, e 2006/123/CE, de 12 de dezembro, relativa aos serviços no mercado interno.

**Decreto-Lei n.º 15/2015, de 30 de janeiro**

Altera os Decretos-Leis n.ºs 74/2012, de 26 de março, 75/2012, de 26 de março, 66/2010, de 11 de junho, e 04/2010, de 29 de setembro, no sentido de alterar a forma de fixação do período de aplicação das respetivas tarifas transitórias para fornecimentos de gás natural e eletricidade aos clientes finais com consumos anuais inferiores ou iguais a 10 000 m<sup>3</sup> e com consumos em baixa tensão normal.



**Portaria n.º 97/2015, de 30 de março**

Procede à alteração das datas fixadas para a extinção das tarifas transitórias para fornecimentos de gás natural aos clientes finais com consumos anuais superiores a 10 000 m<sup>3</sup> e aos clientes finais de eletricidade com consumos em MAT, AT, MT e BTE, pelas Portarias n.º 127/2014, de 25 de junho, e 27/2014, de 4 de fevereiro, respetivamente, e define os períodos máximos de aplicação das tarifas transitórias aplicáveis aos clientes finais com consumos anuais inferiores ou iguais a 10 000 m<sup>3</sup> e aos clientes finais de eletricidade com consumos em BTN.

**Portaria n.º 60-E/2015, de 2 de março**

Procede à alteração do artigo 17.º da Portaria n.º 14/2015, de 23 de janeiro, relativa à entrega e remuneração da energia produzida por UPP.

**Portaria n.º 15/2015, de 23 de janeiro**

Procede à fixação da tarifa de referência prevista no n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 153/2014, de 20 de outubro. Determina ainda as percentagens a aplicar à tarifa de referência, consoante a energia primária utilizada pelas unidades de pequena produção.

**Portaria n.º 14/2015, de 23 de janeiro**

Define o procedimento para apresentação de mera comunicação prévia de exploração das unidades de produção para autoconsumo, bem como para obtenção de um título de controlo prévio no âmbito da produção para autoconsumo ou da pequena produção para injeção total na rede elétrica de serviço público (RESP) da energia elétrica produzida, procedendo à regulamentação do Decreto-Lei n.º 153/2014, de 20 de outubro. Estabelece ainda o montante, o modo de pagamento e as fases do procedimento em que são devidas as taxas previstas no artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 153/2014, de 20 de outubro.



C&R

JURISPRUDÊNCIA

*Comentário de Jurisprudência*

*Jurisprudência Geral*



# COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

## THE JUDGEMENT OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE IN *KONE*; ANY REAL ADDED VALUE?

*Marco Botta*\* / *Natalie Harsdorf*\*\*

### 1. INTRODUCTION

Economists often refer to the expression “umbrella pricing” for indicating the general price increase resulting from the presence of a cartel in the relevant market.<sup>1</sup> In oligopolistic markets, non-cartel members may decide to follow the price fixed by the cartel, rather than engaging in aggressive price competition. By placing themselves under the umbrella of the cartel, non-cartelists thus enjoy a benefit without being liable in relation to the establishment of the cartel. On the other hand, their customers are negatively affected by the umbrella pricing, since they have to pay a higher price in comparison to a competitive scenario, and thus they should be entitled to receive damage compensation. From a legal point of view, umbrella pricing raises the question about the existence of a sufficiently direct causal link between the damage suffered by the customer of the non-cartel member and the anti-competitive conduct violating competition law.

The article aims at analyzing the assessment of the umbrella pricing in Europe in the aftermath of the ruling delivered by the European Court of Justice (ECJ) in *Kone* in June 2014.<sup>2</sup> In particular, the article looks at the impact of the ECJ judgement on the procedural rules concerning causal link

---

\* Assistant Professor, University of Vienna, Institute for European Integration Research. Marco.Botta@univie.ac.at.

\*\* Deputy Managing Director, Austrian Federal Competition Authority. Natalie.Harsdorf@bwb.gv.at.

1 Kamp, 1981.

2 Case C-557/12, *Kone and others v. ÖBB-Infrastruktur AG* (2014), ECLI:EU:C:2014:1317.

in competition law damage claims in Austria, jurisdiction where the case *Kone* originated. By comparing the assessment of umbrella pricing in Austria before and after *Kone*, the article aims at assessing to what extent the ECJ ruling will lead to a higher degree of harmonization of national procedural rules concerning the nexus of causality in the EU Member States.

## 2. *KONE*

### 2.1. The facts of the case

The case *Kone* originates from a long-lasting cartel, involving major lift manufacturers in Europe (e.g. Kone, Otis, Schindler and ThyssenKrupp).<sup>3</sup> In 2007, the European Commission adopted a Decision sanctioning the effects of the cartel in a number of EU Member States (i.e. Belgium, Germany, Luxembourg, the Netherlands).<sup>4</sup> Thereafter, the Austrian NCA (*Bundeswettbewerbsbehörde* or BWB) found evidence that the cartel had affected the Austrian market as well, and thus it brought a case to the Austrian Cartel Court (*Kartellgericht*), requesting the imposition of a fine.<sup>5</sup>

ÖBB Infrastruktur was the subsidiary of the Österreichische Bundesbahnen (ÖBB, Austrian railway company) dealing with procurement contracts. During time when the cartel was in force, ÖBB Infrastruktur purchased a number of lifts to be installed in the Austrian train stations from a manufacturer not involved in the cartel.<sup>6</sup> Following the judgement of the *Kartellgericht*, ÖBB Infrastruktur started a private enforcement action before the Austrian civil courts against the cartel members: ÖBB Infrastruktur claimed to have suffered a damage because of the existence of the cartel, since the cartel encouraged its supplier to increase the price of the lifts (i.e. price overcharge caused by the umbrella pricing).<sup>7</sup> The Higher Regional Court in Vienna (*Oberlandesgericht Wien*) rejected the claim, ruling that the link between the damage suffered by ÖBB Infrastruktur and the anti-competitive conduct by the cartel members

---

3 Commission Decision of 21 February 2007 in Case COMP/E-1/38.823-*Elevators and Escalators*, 2007 O.J. C 512.

4 European Commission, 2007.

5 Schreiber & Savov, 2014:549.

6 *Supra* Case C-557/12 *Kone*, para. 9.

7 *Supra* Case C-557/12 *Kone*, para. 9.

was too indirect.<sup>8</sup> On appeal, the Austrian Supreme Court (*Oberster Gerichtshof*) stayed the proceedings and requested a preliminary ruling from the ECJ.<sup>9</sup>

In its request for preliminary ruling, the Austrian Supreme Court mentioned that under Austrian procedural rules the person responsible for the damage should provide compensation for all the damages that it could foresee, but not for atypical consequences of its conduct.<sup>10</sup> According to the Austrian Supreme Court, the indirect losses suffered by ÖBB Infrastruktur due to the umbrella pricing did not satisfy the requirement of causal link under Austrian civil law.<sup>11</sup> Therefore, the Austrian Supreme Court asked the ECJ whether Article 101 TFEU should be interpreted as to allow damage compensation cases concerning umbrella pricing.

## 2.2. The Opinion of the Advocate General and the Ruling of the Court

In her opinion delivered in January 2014, Advocate General (AG) Kokott stated that “civil liability of cartel members for umbrella pricing is also a matter of European Union law”, rather than a purely domestic issue of national procedural law.<sup>12</sup> If the courts of the EU Member States had been left to assess the directness of the causal link in umbrella pricing cases under national legal traditions, there would have been a risk of “forum shopping”:<sup>13</sup> potential plaintiffs would initiate private enforcement actions in the courts of the EU Member States which were more open to accept a direct causal link between the anti-competitive conduct and the umbrella pricing effect.<sup>14</sup> According to the AG, the ECJ should strike a fair balance between two opposite goals: on the one hand, in accordance with ECJ ruling in *Manfredi*,<sup>15</sup> “any individual” should be entitled to get compensated for the damage suffered because of a breach

8 Schreiber & Savov 2014: 549.

9 Schreiber & Savov 2014: 549.

10 *Supra* Case C-557/12 *Kone*, para. 14.

11 *Supra* Case C-557/12 *Kone*, para. 15.

12 Opinion of Advocate General Kokott of 20 January 2014 in Case C-557/12, at para. 28. ECLI:EU:C:2014:45.

13 *Ibid.*

14 *Supra*, AG’s opinion in *Kone*, para. 29.

15 Joined cases C-295/04 to C-298/04, *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (C-295/04), *Antonio Cannito v Fondiaria Sai SpA* (C-296/04) and *Nicolò Tricarico* (C-297/04) and *Pasqualina Murgolo* (C-298/04) *v Assitalia SpA*. (2006), ECLI:EU:C:2006:461.

of EU competition law, thus including the victims of umbrella pricing.<sup>16</sup> On the other hand, the ECJ should ensure that cartel members were not subject to unlimited liability.<sup>17</sup>

According to the AG, cartel members should be liable to pay compensation due to umbrella pricing only when there was a “sufficiently direct causal nexus” between the harmful conduct and the loss suffered.<sup>18</sup> The nexus of causality would be sufficiently direct when three cumulative conditions were satisfied:

- 1) The cartel was “at least a contributory cause” of the umbrella pricing.<sup>19</sup> The plaintiff, therefore, should not be required to prove that the cartel was the only reason of the price increase in the market, which could also be caused by an independent decision of the non-cartel member;
- 2) The plaintiff should demonstrate that the non-cartel member determined its pricing in consideration of “the relevant trading conditions in the market”, and thus the existence of the cartel;<sup>20</sup>
- 3) The cartel members should be liable only for the losses that they could “reasonably have foreseen”.<sup>21</sup>

According to the AG, the last condition was *de facto* automatically satisfied in a case of umbrella pricing caused by a cartel conduct: cartel members should “reasonably foresee” that their anti-competitive conduct could cause a general price increase in the relevant market which would have harmed third parties.<sup>22</sup>

The ruling of the ECJ in *Kone* closely followed the previous AG’s opinion. Similarly to the AG, the ECJ recalled *Manfredi* to rule that “any individual” shall get compensation for a damage suffered because of a breach of EU competition law, thus including the victims of umbrella pricing.<sup>23</sup> In addition,

---

16 *Supra*, AG’s opinion in *Kone*, para. 32.

17 *Supra*, AG’s opinion in *Kone*, para. 33.

18 *Supra*, AG’s opinion in *Kone*, para. 34.

19 *Supra*, AG’s opinion in *Kone*, para. 36.

20 *Supra*, AG’s opinion in *Kone*, para. 37.

21 *Supra*, AG’s opinion in *Kone*, para. 40.

22 *Supra*, AG’s opinion in *Kone*, para. 42.

23 *Supra* Case C-557/12 *Kone*, para. 22.



it held that the “full effectiveness”<sup>24</sup> of EU law would have been hampered if EU Member States had applied diverging standards to umbrella pricing.<sup>25</sup> In its judgement, the ECJ “merged” together the first and second conditions mentioned by the AG, ruling that “the market price was one of the main factors taken in consideration by an undertaking when it determines the price at which it will offer its goods or services.”<sup>26</sup> Therefore, the ECJ accepted that in principle the non-cartel member could be guided by the cartel price. Finally, similarly to the AG, the ECJ recognized that the cartel members could not “disregard” the harm caused by their anti-competitive conduct to third parties.<sup>27</sup> Therefore, the ECJ recognized that in principle the victims of umbrella pricing should get compensation if they can prove that the non-cartel member had been influenced by the presence of the cartel in the market in order to determine its pricing. It was for the national courts to verify the presence of such situation in individual cases.<sup>28</sup> On the other hand, national procedural rules could not exclude *a priori* that there was direct causal link between cartel conduct and the harm caused by the umbrella pricing.<sup>29</sup>

### 3. THE IMPACT OF *KONE* ON NATIONAL PROCEDURAL RULES; THE CASE OF AUSTRIA

#### 3.1. Umbrella pricing in the economics literature

A common assumption in competition law is that all firms competing in a cartelized market will be involved in the cartel.<sup>30</sup> However, as noted by Bos and Harrington, such assumption is actually wrong: most of the cartels which have been discovered during the last decades included 60% to 70% of the firms operating in the same relevant market, rather than the tota-

---

24 In relation to the application of the principles of procedural autonomy, equivalence and effectiveness in EU competition law see Bernatt, 2012.

25 *Supra* Case C-557/12 *Kone*, para. 21.

26 *Supra* Case C-557/12 *Kone*, para. 29.

27 *Supra* Case C-557/12 *Kone*, para. 30.

28 *Supra* Case C-557/12 *Kone*, para. 34.

29 *Supra* Case C-557/12 *Kone*, para. 31.

30 See Bos & Harrington, 2010.

lity of the market players.<sup>31</sup> A number of reasons explain this finding: on the one hand, cartel members prefer to limit the number of firms involved in their collusive strategy in order to simplify the decision-making process within the cartel (i.e. with a lower number of members it is easier to agree the exact amount of the price overcharge).<sup>32</sup> Secondly, enlarging the number of cartel members increases the instability of the cartel,<sup>33</sup> it increases the probability that one of the cartel members could become a “whistle blower”, revealing the existence of the cartel to the National Competition Authority (NCA) in exchange for the immunity from the fine granted under the NCA leniency program. In view of these considerations, cartels usually include only the largest market players, and thus they are more likely in oligopolistic markets. On the other hand, non-cartel members (i.e. known as “fringe firms”) are not necessarily disadvantaged by their exclusion from the collusive practice.<sup>34</sup> These firms, in fact, will benefit from the price overcharge agreed by the cartel members without being liable for the competition law infringement.

Economists distinguish two categories of fringe firms: “price takers”, which follow the price overcharge determined by the cartel by raising their price as well, and firms acting “strategically”, which react to the price overcharge by raising their output of production<sup>35</sup>. While firms having a small market share tend to be price takers, larger firms may decide to act strategically. In both scenarios, however, non-cartelized firms will profit from the existence of the cartel at the expense of their customers. As demonstrated by Blair and Maurer, in fact, fringe firms acting strategically will raise their output of production only up to the point where their marginal costs of production are equivalent to the price overcharge determined by the cartel.<sup>36</sup> As confirmed by later studies,

---

31 Bos & Harrington, 2010: 93. For instance, the global citric acid cartel which took place at the beginning of 1990s included 60% of the global production of this raw material. Chinese producers were not part of the cartel. Similarly, in the vitamins cartels, Chinese producers were not involved in the collusive conduct, which covered 70% of the global production of vitamins. Finally, in the cartel among the European producers of industrial tubes, two major producers were not involved in the cartel, which does involve 75%-85% of the production of this product in Europe.

32 See Blair & Maurer, 1982

33 Blair & Maurer, 1982: 764.

34 See Hüscheletrath & Veith, 2011.

35 See Inderst, F. Maier-Rigaud & Schwalbe, 2014.

36 Blair & Maurer, 1982: 785.

fringe firms are unlikely to engage in an active price competition against the cartel members.<sup>37</sup> Therefore, both price takers and firms acting strategically have an incentive to follow the cartel umbrella pricing.<sup>38</sup>

The feasibility of umbrella pricing in cartelized markets have also been confirmed by statistical studies aiming at quantifying the damage caused by the customers of firms involved in cartel activities. For instance, Laitenberger and Smuda have estimated that the cartel established among the major detergent manufacturers in Europe between 2002 and 2005 caused a price overcharge of 6.7%-6.9% in comparison to a hypothetical competitive scenario, equivalent to a loss of 13 million € for the German consumers.<sup>39</sup> According to the study, the cartel also indirectly caused a damage of 7.34 million € to German consumers, due to umbrella pricing applied by the detergent manufacturers not directly involved in the cartel.<sup>40</sup>

Economics studies have also shown that the phenomenon of umbrella pricing does not involve only cartelized markets. For instance, according to Crampes and Hollander, umbrella pricing can also take place in markets dominated by a single large firm.<sup>41</sup> Due to its market power, the large firm will fix the price above a normal competitive scenario. According to the authors, potential new entrants in the market will be encouraged to follow the umbrella price determined by the leading company, rather than engaging in an aggressive price competition.<sup>42</sup> In particular, the authors note that the supra-competitive price may discourage new entrants from investing in new technologies in order to strengthen their competitiveness.<sup>43</sup>

Besides following the umbrella pricing determined by the cartel, fringe firms are also likely to pass the price overcharge onto their customers. In particular, according to Inderst, Maier-Rigaud and Schwalbe, fringe firms are more likely to pass the price overcharge on to their customers when the product has a

---

37 Inderst, Maier-Rigaud & Schwalbe, 2014: 742.

38 Hüschelrath & Veith, 2011: 4.

39 Laitenberger & Smuda, 2013.

40 Laitenberger & Smuda, 2013: 2.

41 See Crampes & Hollander, 1993.

42 Crampes & Hollander, 1993:466.

43 Crampes & Hollander, 1993:466.

low degree of substitutability, and thus customers are unlikely to switch to other products.<sup>44</sup>

The above review of the economics literature on umbrella pricing demonstrates that economists generally agree that umbrella pricing is likely in cartelized markets. Furthermore, fringe firms are likely to pass the price overcharge onto their customers. As a consequence, customers of fringe firms are negatively affected by the price overcharge as much as the direct purchasers of the cartel members.

### 3.2. Umbrella pricing in Austria

During the past years, national procedural rules relevant in the field of private competition law enforcement have been progressively harmonized via the ECJ case law,<sup>45</sup> the new Damages Directive<sup>46</sup> and EU Commission soft law.<sup>47</sup> The new Damages Directive aims at achieving a “minimum harmonization” of procedural rules of the EU Member States.<sup>48</sup> However, the Directive does

---

44 Inderst, Maier-Rigaud & Schwalbe, 2014: 742.

45 In its case law, the ECJ has limited the scope of application of the principle of procedural autonomy on the basis of two principles:

- “Principle of equivalence”: EU MS have to apply the same procedural rules for substantive national and EU law;
- “Principle of effectiveness”: national procedural rules cannot undermine the effective enforcement of EU law.

During the last years, the ECJ has often relied on the principle of effectiveness, considering a number of national procedural rules incompatible with the effective enforcement of EU competition law, by thus causing a *de facto* partial harmonization of national procedural rules:

- Case C-453/99, *Courage Ltd v Bernard Crehan* 2001 E.C.R. I-6297.
- Case C-295/04, *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni Spa* 2006 E.C.R. I-6619.
- Case C-360/09, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt* 2011 E.C.R. I-5161.
- Case C-199/11, *European Commission v. Otis NV and others* 2012 E.C.R. not yet reported.
- Case C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde v Donau Chemie AG and Others* 2013 E.C.R. not yet reported.
- Case C-557/12, *Kone AG and Others v ÖBB Infrastruktur AG* 2014 E.C.R. not yet reported.

46 Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union. OJ L 349, 5.12.2014, p. 1–19.

47 See, in particular:

- Commission Recommendation 2013/396/EU of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law, 2013 O.J. (L 201) 60,
- EU Commission Staff Working Paper, Practical Guide Quantifying Harm in Actions for Damages Based on breaches of Articles 101-102 TFEU. Nov. 6, 2013, SWD (2013) 205.

48 Under the new Damages Directive, EU Member States may keep in force “broader” in comparison to the minimum standards introduced by the Directive (*e.g.* broader discovery powers for national courts; longer limitation periods to start a damage compensation claims). The Directive thus establish a minimum

not contain any provisions on umbrella pricing, and thus it leaves to national procedural rules to regulate the issue of the nexus of causality in damage compensation claims.<sup>49</sup>

All EU Member State generally recognize that damage compensation can be awarded when three cumulative conditions are satisfied: the defendant carries out an illegal conduct; the claimant suffers a damage which can be quantified; there is a causal link between the illegal conduct and the damage suffered.<sup>50</sup> Although the three cumulative conditions are common in the procedural codes of all EU Member States, their application in concrete cases by civil courts is strongly influenced by national legal traditions. In particular, national jurisprudence in the field of tort law has an important impact on how “direct” has to be the link between illegal anti-competitive conduct and the suffered loss.<sup>51</sup>

Additional factors that might have an impact on the civil courts interpretation of the concept of causal link: 1) whether a specialized competition law courts, rather than a general civil court, has jurisdiction to hear cases of private enforcement of competition law; 2) whether the plaintiff can start the damage action on the basis of a specific legal basis in the competition law, rather than on general tort law; 3) whether a legal presumption exists that anti-competitive conduct causes damage to the plaintiff. As to the jurisdictional question, at the moment specialized competition law courts exist but they usually not to be addressed on damages actions. These are usually left to the general civil courts.

In Austria, the Cartel Court would at the moment not be equipped resource wise to deal with damages actions, in addition to their current responsibilities. Contrary to other EU Members States, follow on damages actions have been quite frequent in Austria, causing lengthy litigation. Damages actions would slow down significantly the efficiency of current competition law proceedings. The second factor has been considered a vital one by the Austrian legislator and led to an amendment in 2013, introducing a specific provision in the Competition Law Act which serves as a basis for damages actions in addition to the general provisions of civil law. As to the third criterion it has to be analyzed in different layers. The maybe most significant change that will have to be intro-

---

level playing field, but it does lead to full harmonization of national procedural rules relevant in private enforcement of EU competition law.

49 Strand, 2014.

50 Jalabert-Doury, 2010: 318.

51 Jalabert-Doury, 2010: 318.

duced into Austrian law when transposing the Directive is the presumption that damage has occurred where an infringement took place. So far there is only alleviation insofar as culpability is assumed when an infringement took place. This still leaves the burden to prove a damage on the plaintiff.

When assessing the impact of the *Kone* judgment in Austria its worthwhile taking a quick look at the general principles of causality established under the Austrian Civil Law Act which dates back to 1811 and the jurisprudence. In Austrian civil law causality is generally defined as *conditio sine qua non*, meaning that the damage would not have occurred if it weren't for the relevant conduct.<sup>52</sup> However, not every conduct which was a *conditio sine qua non* for a damage fulfills the nexus of causality. In addition the conduct needs to be in breach of the law. A causal conduct needs to be looked at in the light of the law which has been infringed.<sup>53</sup> Consequently damage needs to be compensated where the infringement has violated the exact interests which the relevant law is meant to protect.<sup>54</sup> Furthermore, a complete atypical and not to be expected chain of events excludes any liability.<sup>55</sup> Hence in damage actions due to anticompetitive behavior a breach of competition law needs to be causal for the damage.<sup>56</sup> As mentioned above, in the decision putting forward the preliminary reference before the ECJ, the Austrian Supreme Court seemed very much inclined to take the stance that the causal nexus was not sufficient in cases of umbrella pricing. The Supreme Court analysed that in the chain of events leading to the damage at hand a decision by an independent non-member of the cartel had been instrumental. The umbrella pricing therefore was a mere side effect, and only constituting an indirect damage. Therefore, the illegal behaviour of the cartel members had aimed at keeping their prices high and selling their customers higher prices, but not meant to achieve anything beyond that. Furthermore, the entrepreneurial decision leading to pricing under the wing of the cartel could have had a variant number of reasons in the case at hand, therefore no sufficient causal nexus was believed to exist.<sup>57</sup>

---

52 Perner, Spitzer & Kodek, 2014: 287.

53 Reischauer, 2007.

54 Supreme Court Judgment 17. 10. 2012, 7 Ob 48/12b.

55 Perner, Spitzer & Kodek, 2014: 302.

56 Reidlinger & Hartung, 2014.

57 Supreme Court Judgment 17. 10. 2012, 7 Ob 48/12b.

In the decision of the Austrian Supreme Court following the preliminary reference ruling of the ECJ, the Supreme Court had to conduct a sharp turnaround from its previous view. At the same time, it mirrors the wide room for case by case analysis the ECJ left to national courts when assessing umbrella pricing. The following standard test was developed by the Austrian Supreme Court: First, it had to be established whether the cartel at hand could have possibly had umbrella-pricing by a separate and independent undertaking as a consequence. Second, if the members of the cartel could not have been unaware that such damages could occur. In that regard, the Court had to take into particular consideration which goods or services were concerned to better determine if and to which extent the cartel had an influence on the market prices. The Supreme Court then referred the case back to the instance below to take further steps in determining the relevant facts and therefore ridded itself elegantly from having to take a decision on whether to grant damages or not.<sup>58</sup>

#### 4. CONCLUSIONS: *KONE*, ANY REAL ADDED VALUE?

The judgment of the ECJ in *Kone* clarified beyond any doubt that damages due to umbrella pricing cannot be *ex-ante* excluded as a general rule. However, at the same time the ruling does not give an easy ticket to damage claimants suing due to umbrella pricing. And rightly so since damages should not be awarded lightly if the link of causality is shaky. The ECJ leaves plenty of scope to national courts to decide, looking at the specific circumstances of the case at hand. Paragraph 34 of the ECJ judgment has been identified by the Austrian Supreme Court as outlining the key legal analysis to follow when assessing umbrella pricing and all it says is that “*where it is established that the cartel at issue was, in the circumstances of the case and, in particular, the specific aspects of the relevant market, liable to have the effect of umbrella pricing being applied by third parties acting independently, and that those circumstances and specific aspects could not be ignored by the members of that cartel.*” Hence – briefly put – only excluding *per se* that damages might be claimed in cases of umbrella pricing has been ruled out as non-compatible with EU law.

---

58 Supreme Court Judgment 29.10.2014, 7 Ob 121/14s.

## REFERENCES

- BERNATT, Maciej  
2012 “Convergence of Procedural Standards in the European Competition Proceedings”, 8 *The Competition L. Rev.*, 255-283.
- BLAIR, Roger & MAURER, Virginia  
1982 “Umbrella pricing and antitrust standing: an economic analysis”, 82 *Utah L. Rev.* 764.
- Bos, Iwan & HARRINGTON, Joseph  
2010 “Endogenous cartel formation with heterogeneous firms”, 41 *RAND Journal of Economics* 92.
- CRAMPES, Claude & HOLLANDER, Abraham  
1993 “Umbrella pricing to attract early entry” 60 *Economica*, 465-474.
- EUROPEAN COMMISSION  
2007 Press release “Competition: Commission fines members of lifts and escalators cartels over €990 million” (IP/07/209), published on 21.2.2007, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-07-209\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-07-209_en.htm?locale=en) (last visited on 3.3.2016).
- HÜSCHEL RATH, Kai & VEITH, Tobias  
2011 “The impact of cartelization on pricing dynamics: evidence from the German cement industry”, *ZEW Discussion Paper No.11-067*, 4, available at: <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp11067.pdf> (last access on 3.3.2016).
- INDERST, Roman, MAIER-RIGAUD, Frank & SCHWALBE, Ulrich  
2014 “Umbrella effects”, 10 *Journal of Competition Law and Economics* 742.
- JALABERT-DOURY, Nathalie  
2010 “France”, in Albert Foer & Jonathan Cuneo (eds.), *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*.
- KAMP, David  
1981 “Monopsonistic price fixing and umbrella pricing as a theory of antitrust standing: a new view of Illinois Brick”, 50 *U. Cin. L.. Rev.* 52.
- LAITENBERGER, Ulrich & SMUDA, Florian  
2013 “Estimating consumer damages in cartel cases”, *ZEW Discussion Paper No. 13-069*, 16, available at: <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp13069.pdf> (last access on 3.3.2016).
- PERNER, Stefan, SPITZER, Martin & KODEK, Georg E.  
2014 *Bürgerliches Recht* 4.
- REIDLINGER, Axel & HARTUNG, Isabella  
2014 *Das österreichische Kartellrecht* 3, 253 mwN.



REISCHAUER

2007 In Lukas Rummel, *ABGB3* (Stand 1.1.2007, rdb.at), § 1295 ABGB, Rz 2.

SCHREIBER, Till & SAVOV, Vasil

2014 “Kone v. Commission: umbrella damages claims”, 5 *Journal of European Competition Law and Practice*, 548-550.

STRAND, Magnus

2014 “Indirect purchasers, passing-on and the new Directive on competition law damages”, 10 *European Competition Journal* 375.



# JURISPRUDÊNCIA GERAL

## JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA – OUTUBRO DE 2014 A MARÇO DE 2015

*elaborado por André Forte*

**Acórdão** do Tribunal da Relação de Lisboa (9.<sup>a</sup> Secção), de 30.10.2014, proferida no âmbito do Processo n.º 38/13.8YUSTR (recurso de decisão do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão – contraordenação).

**Recorrentes:** Contiforme – Soluções Gráficas Integradas, S.A.; Copidata, S.A.; Formato – Formulários Múltiplos Comerciais, S.A.; Litho Formas Portuguesa – Impressos Contínuos e Múltiplos, S.A.; Paulo Jorge Nunes de Albuquerque; Luís Miguel Inácio de Oliveira e Costa; João Manuel Cordeiro Martins Cabral.

**Sumário:** declara nula a sentença recorrida e determina a produção de uma outra, se possível a ser subscrita pela mesma juiz, que supra a identificada nulidade da fundamentação da decisão de facto e de direito.

**Normas relevantes:** arts. 122.º, 374.º, n.º 2 e 379.º, n.º 1, al. a) do CPP.

**Acórdão** do Tribunal Constitucional (3.<sup>a</sup> Secção), n.º 875/2014, de 16.12.2014, proferido no âmbito do Processo n.º 121/14 (recurso de Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa – contraordenação).

**Recorrente:** Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas.

**Sumário:** julga improcedente a reclamação apresentada e confirma a decisão sumária proferida no dia 21 de maio de 2014. Condena a reclamante em custas.

**Normas relevantes:** art. 50.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 70.º e 78.º-A da LTC.

**Decisão Sumária** do Tribunal da Relação de Lisboa (3.<sup>a</sup> Secção), de 11.03.2015, proferida no âmbito do Processo n.º 88/12.1YUSTR (recurso de decisão da Autoridade da Concorrência – contraordenação).

**Recorrentes:** EUREST (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes, Lda.; GERTAL – Companhia Geral de Restaurantes e Alimentação, S.A.; ICA – Indústria e Comércio Alimentar, S.A.; ITAU – Instituto Técnico de Alimentação Humana, S.A.; NORDIGAL – Indústria de Transformação Alimentar, S.A.; TRIVALOR – Sociedade Gestora de Participações Sociais, S.A.; UNISELF – Gestão e Exploração de Restaurantes de Empresas, Lda.; SODEXO PORTUGAL – Restauração e Serviços, S.A.; José Luís Silvestre Cordeiro; Manuel António Ribeiro Sevinate de Sousa; Carlos Alberto dos Santos Martins Moura; Mateus da Silva Alves; Cecília Maria Andrade Grilo Silva.

**Sumário:** julga extinto, por prescrição, o procedimento instaurado contra os arguidos (recorrentes).

**Normas relevantes:** arts. 47.º e 48.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 27.º, 27.º-A e 28.º do RGIMOS; arts. 120.º e 417.º, n.º 6.º do CPP.

**Acórdão** do Tribunal da Relação de Lisboa (3.ª Secção), de 11.03.2015, proferida no âmbito do Processo n.º 204/13.6YUSTR (recurso de Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão – contraordenação).

**Recorrente:** Sport TV Portugal, S.A.

**Sumário:** indefere a reclamação apresentada pela arguida do despacho proferido pelo Relator no dia 06.02.2015; condena a arguida no pagamento de taxa de justiça no valor de 2 UC; julga improcedente o recurso interposto pela arguida da sentença proferida na 1.ª instância; recusa a aplicação da norma que se extrai do art. 69.º, n.º 2 da LdC, que estabelece o limite máximo da coima aplicável à contraordenação prevista nos arts. 11.º e 68.º, n.º 1, al. a) desse mesmo diploma; e condena a recorrente no pagamento das custas do recurso.

**Normas relevantes:** arts. 4.º, 6.º, 19.º, 40.º, 42.º, 43.º, 44.º, 45.º e 49.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 11.º, 68.º, 69.º e 71.º da LdC; arts. 17.º, 18.º, 41.º e 72.º-A do RGIMOS; arts. 4.º, 86.º, n.º 7, 379.º e 417.º do CPP; arts. 288.º, 493.º e 652.º do CPC; arts. 13.º, 29.º e 111.º da CRP.

## JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA – OUTUBRO DE 2014 A MARÇO DE 2015

*elaborado por Fernando Pereira Ricardo*

### **Abusos de posição dominante**

Acórdão do Tribunal Geral de 25 de março de 2015, proferido no âmbito do Processo T-556/08.

Partes: *Slovenská pošta*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 31 de janeiro de 2015, proferido no âmbito do Processo T355/13.

Partes: *EasyJet Airline Co. Ltd.*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 17 de dezembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-201/11.

Partes: *Si.mobil*/Comissão.

### **Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de março de 2015, proferido no âmbito do Processo C286/13 P.

Partes: *Dole Food Company Inc e o.*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de março de 2015, proferido no âmbito dos Processos C93/13 P e C123/13P.

Partes: Comissão/*Versalis SpA e o.*

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de janeiro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-539/12.

Partes: *Ziegler/Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de dezembro de 2014, proferido no âmbito do Processo C434/13 P.

Partes: *Comissão/Parker Hannifin Manufacturing Srl e o.*

Acórdão do Tribunal Geral de 17 de dezembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-72/09.

Partes: *Pilkington Group e o./Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de dezembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-562/08.

Partes: *Repsol Lubricantes y Especialidades e o./Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de dezembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-558/08.

Partes: *Eni/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de dezembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-551/08.

Partes: *H & R ChemPharm/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de dezembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-550/08.

Partes: *Tudapetrol Mineralölerzeugnisse Nils Hansen/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de dezembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-544/08.

Partes: *Hansen & Rosenthal e H & R Wax Company Vertrieb/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 10 de dezembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-90/11.

Partes: *ONP e o./Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de dezembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-489/09.

Partes: *Leali/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de dezembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-472/09.

Partes: *SP/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de dezembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-92/10

Partes: *Ferriera Valsabbia e Valsabbia Investimenti/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de dezembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-91/10.

Partes: *Lucchini/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de dezembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-90/10.

Partes: *Ferriere Nord/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de dezembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-85/10.

Partes: *Alfa Acciai/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de dezembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-83/10.

Partes: *Riva Fire/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de dezembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-70/10.

Partes: *Feralpi/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de dezembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-69/10.

Partes: *Alstom IRO/Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de dezembro de 2014, proferido no âmbito do Processo C413/13.

Partes: *FNV Kunsten Informatie en Media/Staat der Nederlanden*.

Acórdão do Tribunal Geral de 27 de novembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-521/09.

Partes: *Alstom Grid/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 27 de novembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-517/09.

Partes: *Alstom/Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de novembro de 2014, proferido no âmbito do Processo C-580/12 P.

Partes: *Guardian Industries e Guardian Europe/Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de outubro de 2014, proferido no âmbito do Processo C467/13 P.

Partes: *Industries Chimiques du Fluor SA (ICF)/Comissão*.

### **Auxílios de Estado**

Acórdão do Tribunal Geral de 25 de março de 2015, proferido no âmbito do Processo T-538/11 (a título prejudicial).

Partes: *Bélgica/Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de março de 2015, proferido no âmbito do Processo C672/13 (a título prejudicial).

Partes: *OTP Bank Nyrt/Magyar Állam e o.*

Acórdão do Tribunal Geral de 17 de março de 2015, proferido no âmbito do Processo T-89/09.

Partes: *Pollmeier Massivholz/Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de março de 2015, proferido no âmbito do Processo C667/13 (a título prejudicial).

Partes: *Estado português/Banco Privado Português SA (em liquidação) e Massa Insolvente do Banco Privado Português SA.*

Acórdão do Tribunal Geral de 26 de fevereiro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-385/12.

Partes: *Orange/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 26 de fevereiro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-135/12.

Partes: *França/Comissão*.



Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de fevereiro de 2015, proferido no âmbito do Processo C37/14.

Partes: Comissão/França.

Acórdão do Tribunal Geral de 5 de fevereiro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-500/12.

Partes: *Ryanair*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 5 de fevereiro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-473/12.

Partes: *Aer Lingus*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de janeiro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-1/12.

Partes: França/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de janeiro de 2014, proferido no âmbito do Processo C518/13.

Partes: *The Queen, Eventech Ltd/Parking Adjudicator*.

Acórdão do Tribunal Geral de 8 de janeiro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-58/13.

Partes: *Club Hotel Loutraki e o.*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de dezembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-487/11.

Partes: *Banco Privado Português e Massa Insolvente do Banco Privado Português*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 11 de dezembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-251/11.

Partes: Áustria/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de dezembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T140/13.

Partes: *Netherlands Maritime Technology Association*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 3 de dezembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-57/11.

Partes: *Castelnou Energía/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 25 de novembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-512/11.

Partes: *Ryanair/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 7 de novembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-399/11.

Partes: *Banco Santander e Santusa/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 7 de novembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-219/10.

Partes: *Autogrill Española/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 5 de novembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-362/10.

Partes: *Vtesse Networks/Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 2014, proferido no âmbito do Processo C620/13 P.

Partes: *British Telecommunications plc/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de outubro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-308/11.

Partes: *Eurallumina/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de outubro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-177/10.

Partes: *Alcoa Trasformazioni/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de outubro de 2014, proferido no âmbito do Processo T129/13.

Partes: *Alpiq RomIndustries Srl e o./Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de outubro de 2014, proferido no âmbito do Processo C522/13 P (a título prejudicial).

Partes: *Ministerio de Defensa (Espanha) e o./Concello de Ferrol*.

Acórdão do Tribunal Geral de 8 de outubro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-542/11.

Partes: *Aluminium/Comissão*.

### **Concentrações de empresas**

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de março de 2015, proferido no âmbito do Processo T-175/12.

Partes: *Deutsche Börse/Comissão*.

### **Procedimento administrativo**

Acórdão do Tribunal Geral de 28 de janeiro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-345/12.

Partes: *Akzo Nobel e o./Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 28 de janeiro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-341/12.

Partes: *Evonik Degussa/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 26 de novembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-272/12.

Partes: *Energetický a průmyslový e EP Investment Advisors/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 25 de novembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T402/13.

Partes: *Orange/Comissão*.



C&R

BIBLIOGRAFIA

*Recensão*

*Novidades Bibliográficas*



# RECENSÃO

**Nuno Cunha Rodrigues**, *A contratação pública como instrumento de política económica*, Coimbra: Almedina, 2013

*Elaborado por Miguel Sousa Ferro*

## **Autor**

Nuno Cunha Rodrigues nasceu no Porto e licenciou-se na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa onde obteve o grau de Mestre em Direito (2003) e de Doutor em ciências jurídico-económicas (2012). É Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, exercendo também advocacia.

Integrou várias comissões e grupos de trabalhos encarregues da preparação de projetos legislativos. Entre outros cargos, foi consultor jurídico no setor bancário e Chefe de Gabinete do Ministro da República para a Madeira.

Lecionou na Universidade Autónoma de Lisboa, na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa, na Faculdade de Direito de Louvain-la-Neuve, na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane e na Faculdade de Direito da Guiné-Bissau.

É membro do Conselho Consultivo da Revista de Concorrência e Regulação e membro da comissão de redação da Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal.

## **A Obra**

Em “*A contratação pública como instrumento de política económica*”, obra que corresponde, com algumas revisões, à tese de doutoramento defendida pelo autor, com louvor e distinção, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Nuno Cunha Rodrigues aproveita o amplo leque de ramos do direito sobre o qual se tem debruçado ao longo da sua carreira académica e profis-

sional para realizar uma abordagem multidisciplinar e multiperspetivada da contratação pública.

Este abonado pano de fundo leva o autor a apresentar-nos, não uma obra descritiva do direito da contratação pública, mas uma reflexão sobre a contratação pública e as normas que a regem, com base nas perspetivas e ensinamentos do direito da economia, direito da economia internacional, direito europeu, direito da concorrência, direito da defesa e da micro e macroeconomia. E assenta essa reflexão numa base de investigação prodigiosamente extensa.

No Capítulo I (*“Economia da discriminação através da contratação pública”*), o autor começa por enquadrar o leitor em alguma da teoria económica relevante para a ponderação da contratação pública enquanto instrumento de política económica pública. Preocupa-se especialmente em discutir a justificação económica da discriminação positiva de empresas nacionais em processos de contratação pública. Argumenta, por diversas abordagens, que a resposta deve ser diferente para países desenvolvidos, com procura privada de importantes dimensões, e para países em desenvolvimento, em que pode ser necessário um certo nível de favorecimento público de produtores nacionais. Mas não deixa de relevar a armadilha implícita na discriminação positiva estatal: consoante o setor, podem destruir-se os incentivos à competitividade, inviabilizando o desenvolvimento de soluções de longo prazo que passem pela transição para um modelo de igualdade de tratamento e livre concorrência.

No Capítulo II (*“Contratos públicos e direito internacional económico”*), o autor conduz-nos pelas controvérsias jurídicas e evoluções do direito internacional económico neste plano, partindo de uma base de consciencialização internacional relativamente à tendência para definição de processos de contratação pública em termos que redundam em obstáculos não pautais ao comércio internacional. Debruça-se, designadamente, sobre o conceito de “empresa comercial do Estado” no GATT, a relação entre este e o ACP e, claro, sobre o próprio ACP: a sua história, o âmbito de aplicação, o princípio da não discriminação e os desafios que tem encontrado, o processo de revisão, etc.

Preparando a transição para o capítulo seguinte, o autor debruça-se, seguidamente, sobre a complexa relação entre as normas do ACP e o direito europeu da contratação pública. A nem sempre clara compatibilidade entre os dois conjuntos de normas gera importantes limitações do poder legislativo europeu e controvérsias jurídicas, agravadas pela complicada matéria da determinação do eventual efeito direto de normas do ACP (e do direito comercial interna-



cional, em geral) na ordem jurídica europeia, assunto que o autor discute em profundidade, tanto ao nível da doutrina como da jurisprudência.

Com o Capítulo III (“Contratos públicos e direito da União Europeia”), o autor fornece um quadro geral das muitas dimensões da política europeia de contratação pública, e de como esta tem vindo a servir os interesses mais amplos de construção e aprofundamento do mercado interno, mas também outras políticas setoriais ou horizontais, tais como a política ambiental, industrial, social, regional ou até criminal.

No extenso Capítulo IV (“Contratos públicos e direito da concorrência”), a obra começa por explorar a relação dinâmica entre estes dois ramos do direito e o modo como o segundo tem vindo a influenciar crescentemente o primeiro, integrando-se objetivos de promoção da concorrência nas normas de contratação pública e remetendo-se para conceitos e abordagens desenvolvidas no contexto do direito da concorrência.

Um dos exemplos destas remissões, sobre o qual o autor se debruça especialmente, é a definição de mercados relevantes no âmbito dos quais se deve proceder à análise jusconcorrencial. Encontramos, na secção 4.2, uma breve síntese dos problemas especiais que se suscitam na delimitação de mercados em processos de contratação pública e análises de exemplos do modo como a prática decisória administrativa e jurisprudencial tem lidado com eles. Encontramos também alusões às orientações jurisprudenciais sobre o impacto transfronteiriço de contratos públicos e a consequente obrigatoriedade de aplicação do direito europeu da concorrência.

O autor demonstra e analisa o impacto financeiro das práticas anticoncorrenciais no âmbito de processos de contratação pública, debruçando-se, nomeadamente, sobre boas práticas de combate a estas práticas e sobre a dimensão internacional destas práticas e a necessária interrelação com o direito internacional económico.

Passando à aplicação do artigo 101.º do TFUE (e disposições nacionais correspondentes) a cartéis na contratação pública, o autor faz um breve levantamento da prática decisória da Comissão Europeia e AdC. Debruça-se, seguidamente, sobre procedimentos e técnicas de identificação de práticas anticoncorrenciais pelas entidades adjudicantes.

Menos discutidos, em geral, são os abusos de posição dominante na contratação pública. O autor chama-nos a atenção para o especialmente reduzido significado das quotas de mercados nestes contextos (procedimentos de leilão), sem prejuízo da possibilidade de um concurso público

levar à criação de uma posição dominante (monopólio) em mercados conexos.

Entrando na complexa questão da identificação de poder de mercado no contexto da contratação pública, que frequentemente implica a análise do poder do comprador (frequentes cenários de monopsonio público), a obra debruça-se sobre a ainda mais complexa problemática da qualificação do Estado – em sentido lato – como uma empresa para efeitos de aplicação do direito da concorrência. Depois de uma contextualização geral da temática, o autor apresenta-nos a sua interpretação dos decisivos acórdãos *FENIN* e *SELEX*.

De acordo com o autor, nesta jurisprudência o Tribunal abandonou a sua habitual postura funcionalista, consagrando uma interpretação inovadora que excluiu grande parte da procura do Estado de bens e serviços do âmbito do direito da concorrência, que é qualificada de “excessivamente formal”. Concordando no essencial com a análise, não partilho a apreciação crítica do autor. Cremos que esta jurisprudência é a consequência lógica da aplicação do conceito de atividade económica, tal como interpretado pelo Tribunal, à dimensão da procura, precisamente numa ótica funcional. É também uma posição que tem a virtude de garantir a proteção da prossecução dos fins do Estado, evitando batalhas jurídicas em torno da aplicação do direito da concorrência em contextos em que este conduziria a resultados iníquos e indesejáveis.

A obra esclarece ainda a frequentemente importante questão da invocação da atuação do Estado (imposições públicas) como defesa contra a aplicação do direito da concorrência, analisando o enquadramento teórico desta doutrina e casos da sua aplicação prática.

Suscitam-se amiúde dúvidas sobre a aplicação do regime dos auxílios de Estado no contexto da contratação pública. Também esta matéria é esclarecida neste estudo, com a construção de um quadro teórico de análise e exposição de precedentes.

Por último, encontramos um capítulo que analisa extensamente problemas jurídicos e práticos que se suscitam, especificamente, na contratação pública no setor da defesa.

Trata-se, em suma, de uma obra que é já uma referência incontornável da doutrina nacional de contratação pública, independentemente das questões ou perspectivas com a qual se aborde esta temática.

# NOVIDADES BIBLIOGRÁFICAS

– ??

*elaborado por Catarina Anastácio*

## CONCORRÊNCIA – NACIONAL

CYNTHIA BERTINI – *Concentração por aquisição de controle*, Coimbra: Almedina, 2015.

MIGUEL SOUSA FERRO – *A Definição de Mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência*, Coimbra: Almedina, 2015.

VÁRIOS – *Cláusula de Exclusividade*, Coimbra: Almedina, 2015.

## CONCORRÊNCIA – ESTRANGEIRA

DANIEL J. GIFFORD/ROBERT T. KUDRLE AUTHOR – *The Atlantic Divide in Antitrust: An Examination of US and EU Competition Policy*, Chicago: University Of Chicago Press, 2015.

GIAN LUIGI TOSATO/LEONARDO BELLODI – *EU Competition Law: Volume I, Procedure: Antitrust – Mergers – State Aid*, 2nd ed., Deventer: Claeys & Casteels, 2015.

HARRY HYUNGYU LEE – *Competition Law in Korea*, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2015.

HILA NEVO – *Definition of the Relevant Market: (Lack of) Harmony between Industrial Economics and Competition Law*, Intersectia, 2015.

Louis Vogel – *European Competition Law*, Bruxelles: Bruylant, 2015.

Louis Vogel – *French Competition Law*, Bruxelles: Bruylant, 2015.

Louis Vogel – *Global Competition Law, A Practitioners's Guide*, Bruxelles: Bruylant, 2015.

NIAMH DUNNE – *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

NIGEL PARR/RUTH SANDER – *Global Legal Insights – Cartels: Enforcement, Appeals & Damages Actions*, 3rd ed., London: Global Legal Group, 2015.

WEIJER VERLOREN VAN THEMAAT/BEREND REUDER (EDS.) – *European Competition Law: A Case Commentary*, Edward Elgar Publishing, 2015.



# NOTAS CURRICULARES

## **CATARINA ANJO BALONA**

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2012), onde se encontra neste momento a preparar a dissertação conferente ao Grau de Mestre em Direito Fiscal. Consultora Fiscal da Ernst & Young, S.A. (EY) e membro do Grupo EY Angola Focus Group desde 2013.

*Graduated in Law from the University of Lisbon Law School (2012) where she is currently preparing a thesis for her Masters in Tax Law. Currently she works as a Senior Tax Consultant at Ernst & Young, S.A. (EY) and she is a member of EY Angola Focus Group since 2013.*

## **DANIELA PESSOA TAVARES**

Licenciada em Direito (2013) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. É atualmente Mestranda na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, menção de Ciências Jurídico-Económicas, especialidade de Direito Fiscal, e Consultora Fiscal na PricewaterhouseCoopers.

*Daniela holds a degree in Law (2013) from the University of Lisbon Law School. She is a Master's candidate in Tax Law with emphasis on Legal-Economic Science at the University of Lisbon Law School. She is also a tax consultant at PricewaterhouseCoopers.*

## **FRANCISCO MÁRIO**

Mestrando em Ciências Jurídico-Económicas na área de Finanças Públicas-Privadas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Consultor, Advogado e Docente da Faculdade de Direito da Universidade Mandume Ya Ndemufayo, Huíla – Angola.

*Francisco is a Master's candidate in Legal-Economic Science with emphasis on Public-Private Finance at the University of Lisbon Law School. He is also a consultant and lawyer, as well as a lecturer at the Mandume Ya Ndemufayo University Law School (Huíla – Angola).*

### **JOÃO PEDRO RUSSO**

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2013), onde se encontra neste momento a preparar a dissertação conferente do Grau de Mestre em Direito em Ciências Jurídico-Económicas. Consultor Fiscal da Ernst & Young, S.A.

*Graduated in Law from the University of Lisbon Law School (2013) where he is also preparing a thesis for his Masters in Law and Economics. Currently works as a Tax Consultant at Ernst & Young, S.A.*

### **JOÃO ZENHA MARTINS**

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, com Doutoramento (2014), Mestrado (2005) e Licenciatura (1999) na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

*Professor at the Law Faculty of the New University of Lisbon, with a PhD (2014), a Master degree (2005) and Law degree (1999) from the University of Lisbon Law School.*

### **JOSÉ GONZAGA ROSA**

José Gonzaga Rosa é licenciado em Economia (Universidade Nova de Lisboa), em Direito (Universidade Autónoma de Lisboa), Pós-Graduado em Gestão de Instituições e Operações Financeiras (Instituto Superior de Gestão), sendo de momento mestrando em Direito (Faculdade de Direito de Lisboa). Iniciou a sua carreira na banca comercial (Londres) e banca de investimento (Lisboa) e foi durante muitos anos responsável em Portugal pela área de assessoria financeira a transações numa das quatro principais firmas internacionais de auditoria e consultoria. Atualmente é sócio fundador de uma empresa de assessoria financeira com sede em Lisboa e investigador do CIRSF – Centro de Investigação sobre Regulação e Supervisão do Setor Financeiro.

*Graduated in Economics from New University of Lisbon, in Law from Universidade Autónoma de Lisboa and post-graduated in Management of Financial Institutions and Financial Transactions from Instituto Superior de Gestão. He is currently a Master's candidate in Law at the University of Lisbon Law School. He started his professional career in retail banking (London) and investment banking (Lisbon) and for many years he headed the transaction advisory services practice at one of the big four auditing and consulting international firms. He is the founding partner of an advisory firm based in Lisbon and a researcher at CIRSF – Centro de Investigação sobre Regulação e Supervisão do Sector Financeiro.*

**LUÍS PEDRO FERNANDES**

Licenciado em Direito (2012) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Concluiu a parte letiva do Mestrado em Direito Fiscal pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, encontrando-se a elaborar a dissertação escrita. É Advogado na Caiado Guerreiro & Associados – Sociedade de Advogados RL, integrando o departamento de Direito Fiscal. Anteriormente, foi Advogado Estagiário na mesma sociedade (2013-2015) e na RFF & Associados – Sociedade de Advogados RL (2012).

*Graduated in Law (2012) from the University of Lisbon Law School. He concluded the curricular part of the Master in Tax Law at the University of Lisbon Law School, being currently drafting his thesis. He is a lawyer at the Tax Department of Caiado Guerreiro & Associados – Sociedade de Advogados RL. Previously, he was a trainee lawyer at the same law firm (2013-2015) and at RFF & Associados – Sociedade de Advogados RL (2012).*

**MARCO BOTTA**

Marco é Professor Assistente no Institute for European Integration da Universidade de Viena, onde leciona cursos em Direito Comunitário e Direito da Concorrência. É também investigador no Robert Schuman Centre for Advanced Studies (RSCAS) do Instituto Universitário Europeu (IUE). É Mestre em Direito Empresarial Europeu pela Universidade de Leiden e Doutorado pelo departamento de Direito da IUE.

*Assistant Professor at the Institute for European Integration Research of the University of Vienna, where he teaches courses on general EU law, competition and State aid law. In addition, he is Research Fellow at the Robert Schuman Centre for Advanced Studies (RSCAS) of the European University Institute (EUI). He holds LL.M. in European Business Law from Leiden University (the Netherlands) and PhD from EUI Law Department.*

**MIGUEL DA CÂMARA MACHADO**

Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa desde 2010. Advogado, desde 2013 e Jurista do Banco de Portugal desde 2014. Licenciado em Direito em 2010, concluiu a parte escolar do Mestrado em Direito, área de especialização em Ciências Jurídico-Criminais, em 2012, tendo sido admitido à preparação de Doutoramento em Direito, área de Ciências Jurídicas, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 2014. É membro do Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de

Direito da Universidade de Lisboa, Associado do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da mesma Faculdade e Membro do Instituto Português de Processo Civil. Tem sido também responsável por módulos da disciplina de Psicologia e Direito, na Faculdade de Psicologia da Universidade de Lisboa, desde 2013. É, ainda, Presidente da Mesa da Assembleia Geral da APAC-Portugal, Associação de Proteção e Apoio ao Condenado, desde 2015.

*Guest lecturer at the University of Lisbon Law School since 2010. He is a lawyer since 2013 and a jurist at the Bank of Portugal, since 2014. He holds a degree in Law (2010) and concluded the curricular part of the Master in Law, specialization in Criminal Legal Sciences, in 2012. He was also admitted as a PhD candidate in the department of Private Law of the University of Lisbon Law School (2014). He is a member of the Private Law Research Centre of University of Lisbon Law School, of the Institute of Criminal Law and Sciences of the same School, and of the Portuguese Civil Procedure Institute. He has also been responsible for the course on Psychology and the Law, at the University of Lisbon School of Psychology since 2013. He is the President of the General Assembly of APAC-Portugal, Associação de Proteção e Apoio ao Condenado since 2015.*

#### **NATALIE HARSDORF**

Natalie é a Diretora-Geral adjunta da Autoridade da Concorrência Austríaca. Anteriormente, exerceu funções como instrutora de processos, responsável por investigações de cartel e no domínio da cooperação internacional nessa Autoridade. Também colaborou com a Universidade de Viena. Exerceu funções no Tribunal de Justiça e na Direção-Geral de Concorrência em Bruxelas que contribuíram para a sua experiência profissional na aplicação do Direito da Concorrência Comunitário. Estudou Direito nas Universidades de Viena e Dublin e é Mestre pelo Colégio da Europa em Bruges.

*Deputy Managing Director at the Austrian Federal Competition Authority. Previously she worked as a case handler and she was responsible for cartel investigations as well as European and International cooperation at the Authority. She also worked at the University of Vienna. Postings to the ECJ and the Directorate of Competition in Brussels rounded up her professional experience in the application of European Competition Law. She studied Law at the Universities of Vienna and Dublin and holds a degree of the College of Europe in Bruges.*



**PABLO GALAIN PALERMO**

Doutor em Direito. Investigador Sénior do Instituto Max Planck para o Direito Penal Estrangeiro e Internacional, Secção de Criminologia, Freiburg – Alemanha, e do Sistema Nacional de Investigadores do Uruguai. Bolseiro de pós-doutoramento do Programa Marie Curie da União Europeia (2014-2017). Diretor do Observatório Latino-Americano para a Política Criminal e Reformas Penais.

*PhD in Law and Senior Researcher of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Criminology Section, in Freiburg – Germany, and of the National Research System of Uruguay. He is post-doc fellow of the EU Marie Curie Programme (2014-2017). He is also Director of the Latin-American Observatory for Criminal Policy and for the Reform of Criminal Law.*

**RALUCA TABITA GHIURCO**

Mestranda em Direito, na especialidade de Direito Fiscal, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e jurista na empresa Abranches Namora & Associados – Sociedade de Advogados RL

*Master's candidate in Law, specializing in Tax Law, at the University of Lisbon Law School and lawyer at Abranches Namora & Associados – Sociedade de Advogados RL.*

**RUTE SARAIVA**

Licenciada, pós-graduada, mestre e doutorada em Direito pela FDUL, pós-graduada pela Sorbonne em Estudos de Direito e Economia Europeia. Investigadora do CIDEFF e Professora Auxiliar na FDUL no Grupo de Jurídico-Económicas, tendo lecionado ainda noutras Universidades na Europa, Brasil, Cabo Verde, Angola, Moçambique e Índia. Autora e conferencista respetivamente de múltiplos artigos e comunicações na área do Direito, Economia e Psicologia em Portugal e no Estrangeiro.

*Graduated, Master and PhD in Law from the University of Lisbon Law School. She holds a post-graduate degree in European Legal and Economic Studies from Sorbonne. She is a researcher of CIDEFF and a Professor at the Economic Law Department of the University of Lisbon Law School, having also lectured in other Universities in Europe, Brazil, Cape Verde, Angola, Mozambique and India. She has spoken at a great number of conferences and published multiple papers in the field of Law, Economics and Psychology in Portugal and abroad.*

**SÉRGIO JOAQUIM VARELA ALVES**

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi Tutor de Direito Romano, História do Direito Português e Direito dos Mercados Financeiros na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Colabora atualmente no Gabinete Erasmus e Relações Internacionais e frequenta o 2.º Ciclo de Estudos no Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Económicas daquela Universidade. Tem experiência profissional nas áreas do Direito, Gestão, Auditoria e Logística.

*Graduated in Law from the University of Lisbon Law School. He was a Tutor of Roman Law, History of Portuguese Law and Financial Markets Law University of Lisbon Law School. Currently works at the Erasmus and International Relations Office of the Institution and attends the 2nd Cycle of Studies in the Scientific Master of Legal and Economic Sciences in that University. He has professional experience in the areas of Law, Management, Audit and Logistics.*

**TIAGO LARSEN**

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2002) e mestrando em Ciências Jurídico-Económicas pela mesma Faculdade. Exerceu advocacia entre 2002 e 2010. Foi Técnico Superior na Direção-Geral do Orçamento (2010-2014). Atualmente é Técnico Superior Especialista no Gabinete de Planeamento, Estratégia, Avaliação e Relações Internacionais do Ministério das Finanças (desde 2014).

*Graduated in Law from the University of Lisbon Law School (2002), where he's also concluding a Master in Law and Economics. Practiced law between 2002 and 2010. Worked as a Senior Legal Officer at the Budget General Directorate (2010-2014). Currently works as a Senior Legal Specialist at the Office for Economic Policy and International Relations of the Ministry of Finance (since 2014).*

## REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. A *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) está aberta à colaboração dos seus Leitores, pelo que aceita para publicação artigos, estudos ou comentários de jurisprudência que se enquadrem na temática geral do Direito e Economia da concorrência e regulação e na temática específica de cada número, de acordo com um duplo critério de interesse informativo e qualidade científica.
2. Todos os textos a publicar na C&R são da responsabilidade exclusiva dos seus Autores. A publicação dos textos não significa a concordância da C&R com as posições neles expressas.
3. Os textos a publicar devem ser inéditos e podem ser apresentados em português, espanhol, francês ou inglês, sendo publicados na língua em que foram redigidos. Em casos excecionais, poderão ser aceites textos não inéditos, devendo então o Autor indicar onde foram publicados anteriormente.
4. Os textos devem estar formatados em *Word* e não exceder, em regra, 70 mil caracteres (incluindo espaços). Devem também ser acompanhados de um resumo (“*abstract*”), com um máximo de 100 (cem) palavras, em inglês.
5. Aos textos, os Autores devem ainda juntar uma breve nota curricular (que não deverá exceder, para cada versão linguística, 950 caracteres, incluindo espaços) em português e inglês, morada e endereço eletrónico.
6. A informação sobre as normas formais aplicáveis aos textos a submeter à *Revista de Concorrência e Regulação* deve ser solicitada, antes do envio do texto, através do endereço eletrónico [revista@concorrenca.pt](mailto:revista@concorrenca.pt).
7. Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço eletrónico [revista@concorrenca.pt](mailto:revista@concorrenca.pt) ou para a morada: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa, ao cuidado de Catarina Anastácio.
8. As provas tipográficas dos textos aprovados para publicação serão enviadas ao Autor para a morada ou endereço eletrónico por si indicados, para revisão.

*Collaboration with*

## REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) welcomes submissions for publication from its readers, including papers, studies or case comments, related to Competition and Regulation Law and Economics and the specific theme of each issue, according to the interest and scientific quality of each contribution.
2. Authors are exclusively responsible for their papers. Publication of papers does not mean that C&R endorses the views expressed therein.
3. Papers must not have been published elsewhere and can be submitted in Portuguese, Spanish, French or English. Papers will be published in the original language. In exceptional cases, papers that have already been published may be accepted. In such circumstances the Author will be required to indicate where the paper has been published previously.
4. Texts must be processed in Word, should not exceed 70,000 characters (including spaces) and must also be accompanied by an abstract, with a maximum of 100 words, in English.
5. Authors must provide a short CV in Portuguese and English, (which should not exceed 950 character, including spaces, for each of the languages) as well as mailing and email addresses.
6. Further information on the formal rules for submission of materials to the C&R must be requested in advance, by contacting [revista@concorrencia.pt](mailto:revista@concorrencia.pt).
7. Contributions must be sent in digital format to the email address [revista@concorrencia.pt](mailto:revista@concorrencia.pt) or to the address: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa – Portugal, to the attention of Ms. Catarina Anastácio.
8. Prior to publication, proofs will be sent to the Authors, to the mailing address or email address previously indicated.

## ÓRGÃOS SOCIAIS

### DIREÇÃO

Paulo de Sousa Mendes/Miguel Sousa Ferro

### CONSELHO CIENTÍFICO

**Presidentes:** António Ferreira Gomes/Eduardo Paz Ferreira

### Membros:

António Avelãs Nunes	Jorge de Figueiredo Dias
António Menezes Cordeiro	José António Veloso
Augusto Silva Dias	José Danilo Lobato
Barry Hawk	José Luís da Cruz Vilaça
Bernardo Feijóo Sánchez	José de Faria Costa
Bo Vesterdorf	José de Oliveira Ascensão
Carlos Pinto Correia	José Lobo Moutinho
David Gerber	José Manuel Sérvulo Correia
Diogo Rosenthal Coutinho	Jürgen Wolter
Donald Baker	Keiichi Yamanaka
Douglas Rosenthal	Klaus Rogall
Eleanor Fox	Laurence Idot
Fernando Borges Araújo	Luís Cabral
Fernando Herren Aguillar	Luís Greco
Francisco Marcos	Manuel da Costa Andrade
Florianio Marques	Manuel Lopes Porto
François Souty	Marco Bronckers
Frederic Jenny	Maria Fernanda Palma
Geraldo Prado	Mark Zöller
Gerhard Dannecker	Miguel Moura e Silva
Germano Marques da Silva	Miguel Nogueira de Brito
Giorgio Monti	Miguel Poiares Maduro
Harry First	Nicolas Charbit
Heike Schweitzer	Oswald Jansen
Ioannis Kokkoris	Patrick Rey
João Ferreira do Amaral	Paulo Câmara
Jorge Braga de Macedo	Paulo de Pitta e Cunha
	Paulo Pinto de Albuquerque

Pedro Pais de Vasconcelos  
Pedro Pitta Barros  
Peter Freeman CBE, QC  
Philip Marsden  
Piet Jan Slot  
René Smits

Richard Wish  
Rosa Greaves  
Vasco Pereira da Silva  
Vito Tanzi  
William Kovacic  
Wouter Wils

**CONSELHO CONSULTIVO**

João E. Gata/Jorge Simões/Nuno Cunha Rodrigues

**CONSELHO REDATORIAL**

**Presidente:** Catarina Anastácio

**Comissão Coordenadora:**

Cristina Camacho  
Fernando Pereira Ricardo  
João Cardoso Pereira  
José Renato Gonçalves

Luís Vale Lima  
Nazaré da Costa Cabral  
Ricardo Bayão Horta  
Vítor Miguel Lourenço

**Editores:**

*Concorrência – Questões gerais, europeu e comparado*

Carlos Pinto Correia/João Gata

*Concorrência – Práticas restritivas*

Fernando Xarepe Silveiro/João Pateira Ferreira

*Concorrência – Auxílios de Estado*

Miguel Mendes Pereira/António Carlos dos Santos/Marco Capitão Ferreira

*Concorrência – Concentrações*

Margarida Rosado da Fonseca

*Autoridades reguladoras*

João Miranda

*Direito contraordenacional e processual penal*

Teresa Quintela de Brito/João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

*Economia*

António Pedro Santos/Jorge Rodrigues/Paulo Gonçalves

*Água e resíduos*

João Miranda

*Ambiente*

Carla Amado Gomes

*Aviação civil*

António Moura Portugal

*Comércio, consumo e concorrência desleal*

Teresa Moreira

*Contratação pública*

Nuno Cunha Rodrigues

*Energia*

Gonçalo Anastácio

*Financeiro*

Luís Máximo dos Santos/Rute Saraiva

*Transportes terrestres e marítimos*

Tânia Cardoso Simões

*Saúde*

Nuno Castro Marques

**Secretariado Executivo:**

Manuela Oliveira

Natália Leite







