



Breve análise da génese da 6ª Directiva Anti Branqueamento

No **século XXI**, os temas do **combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo**, são das maiores preocupações sentidas a nível europeu. O carácter atractivo e aliciante que estes tipos de condutas provocam nos seus agentes, tem, como reverso da medalha, a sua gravosa ilicitude, que deverá ser reflectida e tutelada, prevenida e condenada, por **meios adequados, necessários e proporcionais**.

O crime de branqueamento de capitais, previsto no **artigo 368.º-A do Código Penal**, consiste, segundo o **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16 de março de 2022**, na *“ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade de vantagens de crimes”*¹.

Assim, o objecto da tipicidade deste crime, consubstancia-se na utilização, dissimulação e ocultação das **vantagens patrimoniais obtidas a partir da prática de factos ilícitos graves**, previstos nas várias alíneas do artigo 368.º-A, como é o caso do crime de lenocínio, de burla informática, e do terrorismo, assim como a participação num dos actos referentes nesta disposição legal, a associação para praticar o referido acto, a tentativa e a cumplicidade na sua prática, bem como o facto de poder facilitar a sua execução ou de se aconselhar alguém a praticá-lo².

¹<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/fd8171fda970446c802588300051476a?OpenDocument>

² Vide alíneas i e iii do n.º 2 da Lei n.º 983/2017, de 18 de Agosto.

O **financiamento do terrorismo**, por outro lado, diz respeito a condutas que se encontram previstas e punidas no artigo 5.º-A da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto (*Lei de Combate ao Terrorismo*, alterada pelas Leis n.ºs 59/2007, de 4 de setembro, 25/2008, de 5 de junho, 17/2011, de 3 de maio, e 60/2015, de 24 de junho)³, consistindo no fornecimento, recolha ou detenção de fundos ou bens de qualquer tipo, bem como produtos ou direitos susceptíveis de serem transformados em fundos, com a intenção de serem utilizados, total ou parcialmente, no planeamento, na preparação ou para a prática de infracções previstas no n.º1 do artigo 2.º, quer com a intenção nela referida, quer com a intenção referida no n.º1 do artigo 3.º, bem como nos n.ºs 3,6,7,10,11,12 do artigo 4.º, tendo como cominação criminal, pena de prisão de 8 a 15 anos.

Ora, analisando o **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia** (TFUE), *maxime* o seu título VII ⁴, constatamos que uma das preocupações da UE, consiste justamente no combate à prática do crime de branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo, e da criminalidade organizada, actividades que se considera que afectam a *“integridade, estabilidade e a reputação do setor financeiro (...) ameaçando o mercado interno e a segurança interna da União”*⁵.

Com efeito, foram gizadas regras de combate a este tipo de condutas criminosas com a criação do mercado interno entre os Estados-Membros da União Europeia, estabelecendo-se **regras de conduta de prevenção mútuas destes tipos legais de crime**.

Desta forma, no que diz respeito à criminalidade financeira, a UE estipulou várias disposições normativas baseadas, essencialmente, em desenvolvimento de normas internacionais adoptadas pelo Grupo de Acção Financeira GAFI.

Neste âmbito, destacamos, de entre outros instrumentos, duas directivas fundamentais:

³ *Ibidem*, alínea s.

⁴ https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:money_launders

⁵ *Vide*, Directiva (EU)2018/1673 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2018.

- A **Directiva (UE) 2018/843** — a designada 5ª Directiva do Branqueamento de Capitais, que alterou a Quarta Directiva Branqueamento de Capitais (Directiva (UE) 2015/849), tendo como principal objectivo o combate ao branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo, prevenindo a utilização abusiva dos mercados financeiros para estes fins.
- E a **Directiva (UE) 2018/1673** do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Outubro de 2018 que veio complementar a aplicação da directiva anteriormente mencionada, estipulando um conjunto de regras mínimas quanto à definição das infracções penais e das respectivas sanções no âmbito do branqueamento de capitais. Assim, com este diploma, visou-se o *“combate ao branqueamento de capitais através do direito penal, possibilitando uma cooperação transfronteiriça mais eficiente e mais ágil entre as autoridades competentes”*⁶. Esta directiva pretendeu tentar alcançar, com as suas transposições, uma série de objectivos:
 - a) Facilitar a cooperação policial e judiciária entre os Estados-Membros da UE e evitar que os agentes criminosos tirem partido de sistemas jurídicos mais brandos;
 - b) Criminalizar o branqueamento de capitais quando este é praticado intencionalmente e com conhecimento de que os bens provinham de uma actividade criminosa;
 - c) Permitir aos Estados-Membros a criminalização do branqueamento de capitais, caso o autor da infracção suspeitasse ou devesse ter sabido que os bens provinham de uma actividade criminosa.⁷

Na verdade, a **5ª Directiva Anti Branqueamento de Capitais**, tal como tivemos oportunidade de mencionar anteriormente, estipula que os Estados-Membros da UE devem certificar e garantir o acesso ao público, no que diz respeito às **informações sobre os beneficiários efectivos das entidades societárias ou outras pessoas colectivas** presentes no seu território.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Combating money laundering by criminal law, summary of Directive (EU) 2018/1673 on combating money laundering by criminal law, EUR-Lex, Access to European Union law, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:4372181#keyterm_E0001

Primeiramente, cumpre determinar o que se entende por **beneficiários efectivos**.

Nos termos da alínea h) do n.º2 da Lei n.º83/2017, de 18 de Agosto (Medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo), beneficiários efectivos correspondem à(s) pessoa(s) singular(es) que, em última instância, detêm a propriedade ou o controlo de um cliente seja uma sociedade, empresa, associação, cooperativa, fundo ou *trust*, e ou a pessoa(s) singular(es) por conta de quem é realizada uma operação ou actividade, de acordo com os critérios estabelecidos no artigo 30.º do diploma legal mencionado, *v.g.*, a detenção da titularidade ou o controlo, directo ou indirecto de uma percentagem suficiente de acções ou dos direitos de voto de participação no capital dessa entidade ou em, casos especiais, a direcção de topo (gerente, administrador, director, etc).

Neste âmbito, surge o risco de que beneficiários efectivos com grande influência a nível de controlo da sociedade comercial possam ter *“incentivos para desviar os ativos e criar oportunidades em benefício pessoal com detrimento dos investidores minoritários”*⁸.

Desta forma, para dar cumprimento à preocupação da **prevenção do branqueamento de capitais** assim como **do financiamento do terrorismo**, é realizada pela Comissão de Coordenação uma **avaliação nacional de risco** dessas actividades⁹. E o acesso ao público da informação dos beneficiários efectivos pressupõe, na sua génese, diversas finalidades:

- A transparência e a acessibilidade *urbi et orbi* da informação das sociedades abrangidas;
- A acrescida confiança na integridade das transacções comerciais e do sistema financeiro;
- O combate da utilização abusiva de entidades societárias, de outras pessoas colectivas e de centros de interesses colectivos sem personalidade jurídica, para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, ao

⁸ Diretiva (UE) 2018/843, também designada 5ª Diretiva Branqueamento de Capitais.

⁹ Cfr. art. 8.º da Lei n.º83/2017, de 18 de Agosto

facilitar as investigações e ter ou poder ter efeitos reputacionais, dado a publicidade da identidade dos beneficiários efectivos;

- Permite a disponibilização tempestiva de informações a instituições financeiras;
- E, por último, mas não menos importante, revela utilidade para investigações referentes ao combate ao branqueamento de capitais assim como às infracções subjacentes associadas, e o combate ao financiamento do terrorismo.

Ora, no que ao tratamento de dados pessoais diz respeito, este é regido pelo **Regulamento (EU) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho**, no qual é definido que o **acesso aos dados pessoais dos beneficiários efectivos**, é comunicado a estes últimos quanto à sua verificação, existindo ainda a possibilidade de obterem o conhecimento a informações relativas do requerente dos dados, assim como a base jurídica do seu pedido.

Por esta razão, pretende-se uma maior **transparência do sistema económico e financeiro da União Europeia**, considerando que o combate ao branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo, só será alcançado se todo o sistema estiver moldado num ambiente desfavorável à criminalidade.

Sucedo que, a **22 de novembro de 2022**, o **Tribunal de Justiça da União Europeia**, nos processos apensos C-37/20, declarou a invalidade desta disposição legal prevista 5ª Diretiva Anti Branqueamento, considerando poder existir aqui uma **ingerência grave nos direitos fundamentais do respeito pela vida privada e de protecção dos dados pessoais previstos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**¹⁰:

Artigo 7.º - Respeito pela vida privada e familiar

Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.

Artigo 8.º - Protecção de dados pessoais

¹⁰ Vide Comunicado de imprensa n.º188/22, *Direção da Comunicação unidade imprensa e Informação*, Tribunal de Justiça da União Europeia, Luxemburgo, 22 de novembro de 2022.

1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.
3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

Com a possibilidade do acesso generalizado acerca das informações acerca dos beneficiários efectivos das entidades supramencionadas, surgem várias **preocupações quanto à difusão das informações obtidas**, *maxime* no que respeita à situação financeira de determinado beneficiário efectivo.

Desta forma, o TJUE considerou esta faculdade uma intromissão desnecessária e desproporcionada na esfera pessoal dos beneficiários efectivos, não obstante considerar relevante a *ratio legis* da norma legal, i.e., o combate a este tipo de condutas criminosas e a consagração de um ambiente de transparência. Não vislumbra o TJUE o cumprimento *in integrum* de legalidade nesta disposição legal, mesmo existindo por parte dos Estados-Membros, a sujeição da disponibilização das informações dos beneficiários efectivos a uma inscrição em linha e a previsão de restrições ao acesso generalizado em circunstâncias excepcionais.

Na verdade, encontra-se em elaboração a **6ª Diretiva Anti Branqueamento**, tendo como relatores **Luděk Niedermayer e Paul Tang**. Estes autores, receberam com surpresa a tese do Tribunal de Justiça da União Europeia inscrita no acórdão supramencionado¹¹. Com efeito, consideram que *“parece injustificada a reacção de algumas autoridades de ir além do julgamento, fechando registos mesmo para entidades obrigadas ou para atualizar informações. Pior ainda, pode prejudicar a capacidade das autoridades dos Estados-*

¹¹ Vide, Press Service European Parliament, 06-23-2022, disponível em <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20221206IPR61201/statement-by-co-rapporteurs-of-the-6th-anti-money-laundering-directive>

Membros para combater eficazmente o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo. Como co-relatores, acreditamos firmemente que limitar o acesso das autoridades competentes e das entidades obrigadas, mesmo durante um período de tempo limitado, conduziria a um risco substancial de adoção de práticas de branqueamento de capitais”¹².

Ademais, estes autores irão igualmente colaborar com a Comissão Europeia e o Conselho na substituição da 5ª Directiva Anti Branqueamento, comprometendo-se por um lado, a proceder a uma reformação do diploma legal, tendo em consideração o entendimento do TJUE, mas, por outro lado, revelam abertura e capacidade de reflexão quanto a outras formas de permissão do acesso àqueles que colaboram na luta contra o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo.

Prevenção, é um valor que deverá ser peremptoriamente observado como forma de evitar a prática de todos os tipos legais de crime, sobretudo o crime de branqueamento de capitais e, por via deste combate, dos crimes base. O acesso generalizado pelo público às informações dos beneficiários efectivos, contribui para um ambiente de transparência, segurança e confiança por parte do público.

Porém, esta faculdade, encontrar-se-á em conformidade com os valores jurídicos que são preservados tanto a um nível nacional, como europeu? Será, por outro lado, correcta uma limitação completa ou mesmo parcial relevante quanto às informações acerca dos beneficiários efectivos? Cremos que não.

Urge a necessidade de reflexão e de obtenção de uma concordância prática entre o interesse público geral na prevenção dos crimes aqui em discussão, e os direitos fundamentais individuais dos titulares dos dados à disposição generalizada do público.

Espera-se que, em meados de Março de 2023, seja realizada uma votação do relatório nas comissões LIBE e ECON¹³, no que respeita à elaboração da **6ª Directiva Anti**

¹² *Ibidem*. Tradução nossa.

¹³ *Ibidem*.

branqueamento, existindo a expectativa de uma estipulação legal justa e em conformidade com os valores supramencionados.

Aguardaremos por mais desenvolvimentos, considerando que se deva ter como pano de fundo, a prevenção da criminalidade resultante do necessário combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, no respeito pelos valores previstos nos artigos 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Filipa de Sousa