

- 1 . Código dos Contratos Públicos
- 2 . Fundos de pensões
- 3 . Transmissão e oneração de bens imóveis
- 4 . Comércio farmacêutico paralelo
- 5 . Lucro tributável de grupos societários
- 6 . Cash-pooling
- 7 . Branqueamento de capitais
- 8 . Produtos financeiros estruturados



EDITORIAL

A publicação que aqui se inaugura procura dar corpo aos valores que caracterizam a Sérvulo & Associados.

Dada a indissociável vertente comunicacional na prestação de serviços jurídicos, pretende-se que este boletim informativo sirva de extensão e de complemento ao directo contacto com o cliente: que constitua, em termos acessíveis, um veículo de informação e de sumária reflexão. Apresenta-se, por isso, como um boletim sintético e pluritemático, de divulgação electrónica e com dupla edição - uma em português e outra em inglês -, privilegiando os temas de actualidade jurídica com comprovado relevo prático. Convém ainda recordar que a génese da Sérvulo resulta de um acto colectivo de vontade, de um movimento criador de valor, a originar um projecto único. O movimento fundador e a dinâmica que se pretende imprimir na escolha e no tratamento aqui versados subjazem à escolha do título deste boletim - Momentum - num aproveitamento do termo da Física ao élan e à motivação de todos os que compõem este projecto.

Eis, em suma, a principal ambição da Momentum: a de afirmar a marca identitária da Sérvulo, como centro diferenciado de conhecimento e de prática do Direito alicerçado nos valores da independência, da interdisciplinariedade e da promoção da excelência dos serviços prestados. Trata-se, igualmente, de um compromisso que, através deste formato, pretendemos ver periódica e formalmente assumido.

Sérvulo Correia
sc@servulo.com

CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

O Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, entra em vigor no dia 30 de Julho.

Tendo sido motivado pela necessidade de transpor duas directivas comunitárias em matéria de contratação pública, o CCP foi mais além: não regula apenas a fase de formação dos contratos públicos (a contratação pública propriamente dita), mas também a fase de execução dos contratos administrativos (o apelidado regime substantivo).

A natureza codificadora deste diploma também se reflectiu no seu âmbito de aplicação que abrange não apenas os contratos de aquisição de bens e serviços (até agora regidos pelo Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho), mas também os contratos de empreitada de obras públicas (até agora regulados pelo Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março), e ainda os contratos de concessão de obras públicas, os contratos de concessão de serviços públicos, os contratos de sociedade e de todos os contratos cujo conteúdo seja susceptível de gerar interesse de mercado concorrencial.

Finalmente, o CCP abarca igualmente a contratação no âmbito dos sectores especiais da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (até agora constante do Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de Agosto).

Em termos subjectivos, estão sujeitas ao CCP as seguintes entidades: o Estado, as Regiões Autónomas, as autarquias locais, os institutos públicos, as fundações públicas, as associações públicas (com, por exemplo, as ordens profissionais), bem como a generalidade das empresas públicas (estaduais, regionais e municipais - sob a forma de sociedade anónima ou outra) e ainda algumas entidades privadas que actuem no âmbito dos sectores especiais em determinadas condições.

Uma das principais novidades introduzidas pelo CCP consiste na redução do número e diversidade dos procedimentos pré-contratuais que agora passam a ser os seguintes: ajuste directo, concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, procedimento de negociação (com publicação prévia de anúncio) e diálogo concorrencial.

O diálogo concorrencial e o procedimento de negociação apenas podem ser adoptados ao abrigo de critérios materiais, e em casos de muito limitada aplicação. Já o ajuste directo e os procedimentos concursais podem ser livremente escolhidos, mas a escolha do ajuste directo condiciona o valor do contrato a celebrar. Por outras palavras: se a entidade adjudicante pretender adoptar o procedimento de ajuste directo, o contrato que vier a ser celebrado no seu seguimento não poderá ultrapassar os valores constantes do quadro seguinte, já que serão obrigatoriamente excluídas todas as propostas apresentadas que impliquem um valor superior:

AJUSTE DIRECTO		
ENTIDADE ADJUDICANTE	TIPO DE CONTRATO	VALOR DO CONTRATO
Sector público administrativo tradicional	Bens e Serviços Empreitadas	< € 75.000
		< € 150.000
Sector empresarial público	Bens e Serviços Empreitadas	< € 206.000
		< € 1.000.000

O mesmo sucede quando a entidade adjudicante, apesar de escolher um procedimento concursal, opta por não publicar o respectivo anúncio no *Jornal Oficial da União Europeia*, limitando-se ao anúncio no *Diário da República*. Nesse caso o valor do contrato não pode ultrapassar os limiares comunitários.

Concurso Público ou Limitado SEM anúncio no JOUE		
ENTIDADE ADJUDICANTE	TIPO DE CONTRATO	VALOR DO CONTRATO
Estado [art.º2.º, n.º 1, al. a)]	Bens e Serviços Empreitadas	< € 133.000
		< € 5.150.000
Restantes	Bens e Serviços Empreitadas	< € 206.000
		< € 5.150.000

Outro dos principais aspectos inovadores do CCP consiste na obrigatoriedade de utilização da via electrónica para efeitos de acesso às peças procedimentais, de apresentação das propostas e de realização de todas as notificações/comunicações entre a entidade adjudicante e os participantes nos procedimentos pré-contratuais públicos – o que permitirá reduzir os prazos legais e reais de duração desses procedimentos.

E, na linha da simplificação e desburocratização procedimental, é eliminado o acto público dos concursos, sendo exigível a apresentação dos documentos de habilitação apenas ao concorrente adjudicatário.

Também merece especial destaque o maior rigor e a maior transparência que passam a enformar as regras relativas à adjudicação da melhor proposta, já que passa a ser obrigatória a utilização de uma metodologia de avaliação das propostas que visa limitar a discricionariedade do júri, e metodologia essa que deve ser desde logo divulgada no programa do procedimento.

Finalmente, em termos conceptuais, mas com importantes implicações práticas, vale a pena chamar a atenção para o novo conceito de preço base, definido como o preço máximo que a entidade adjudicante está disposta a pagar pela execução de todo o contrato. Tal significa, pois, que serão também excluídas todas as propostas que apresentem valores que o ultrapassem.

João Amaral e Almeida
ja@servulo.com

EFEITOS LABORAIS DA TRANSMISSÃO DE UNIDADES ECONÓMICAS E FUNDOS DE PENSÕES

No domínio das relações laborais, a transmissão de empresas ou estabelecimentos – ou melhor, de unidades económicas, entendidas como conjuntos de meios humanos, materiais e imateriais organizados com o objectivo de exercer uma actividade económica – tem como principal efeito o ingresso do adquirente nas relações de trabalho existentes com o transmitente. Assim, o adquirente fica investido nas mesmas obrigações e direitos de que o transmitente era titular, abrangendo todas as posições jurídicas emergentes do contrato de trabalho e das normas que o regem, incluindo deveres não contratuais, como a responsabilidade por dívidas à Segurança Social e pelo pagamento de coimas em que o transmitente tenha incorrido pela prática de contra-ordenações laborais.

Os efeitos laborais da transmissão não se esgotam na mudança de entidade empregadora. A lei regula ainda os procedimentos a observar por ocasião da transmissão, a responsabilidade pelas dívidas laborais e os efeitos da transmissão nas relações colectivas de trabalho, quer quanto aos organismos representativos dos trabalhadores quer no que toca à contratação colectiva.

Esta solução, que na legislação nacional remonta a 1937, está hoje vertida nos artigos 318.º a 321.º e 555.º do Código do Trabalho, normas que, no essencial, seguem o regime traçado na Directiva comunitária 2001/23/CE, de 12/03/2001.

Um dos pontos que a legislação nacional não trata, mas que suscita frequentes dúvidas na prática, respeita às posições jurídicas conexas com regimes complementares de segurança social, as quais, em regra, são atribuídas através de fundos de pensões.

“Um dos pontos que a legislação nacional não trata, mas que suscita frequentes dúvidas na prática, respeita às posições jurídicas conexas com regimes complementares de segurança social, as quais, em regra, são atribuídas através de fundos de pensões.”



A questão é versada na mencionada directiva comunitária [art. 3.º, 1, a) e 4], que excepciona a matéria do princípio geral da transmissão dos direitos e obrigações emergentes do contrato de trabalho, admitindo que os Estados-Membros consagrem diferente solução e impondo que, quando tal não suceda, sejam adoptadas as medidas necessárias para proteger os interesses dos trabalhadores e ex-trabalhadores, quer relativamente aos direitos adquiridos dos que já se reformaram quer aos direitos em formação.

A não inclusão das posições jurídicas conexas com os regimes complementares de segurança social no acervo de direitos e deveres em que ingressa o adquirente da unidade económica transmitida é a solução que decorre da nossa lei. Na verdade, o artigo 318.º determina a transmissão para o adquirente da “posição jurídica de *empregador nos contratos de trabalho* dos respectivos trabalhadores”, sendo que as obrigações que o transmitente tenha assumido nesta área não fazem parte do conteúdo dos contratos de trabalho, não se inscrevem na esfera jurídica de cada trabalhador, nem tão-pouco revestem natureza retributiva.

A solução decorre também das regras legais que disciplinam os regimes previdenciais complementares e, em especial, das que se referem à regulamentação dos mesmos através de convenções colectivas de trabalho. Com efeito, tais regras obrigam as empresas a transferir para outras instituições (Fundos de Pensões) as responsabilidades decorrentes da criação e funcionamento dos regimes complementares da segurança social. Por isso mesmo, não ocorre a transferência de posições jurídicas validamente constituídas do transmitente para o adquirente da unidade económica em causa. Quaisquer posições jurídicas que os trabalhadores do transmitente possam ter neste domínio serão protegidas através dos mecanismos próprios dos Fundos de Pensões.

Deve, contudo, advertir-se que há quem sustente solução diversa, designadamente quando a atribuição de prestações previdenciais complementares não é realizada através de fundos de pensões ou de esquemas de seguros. Conquanto já acolhido por algumas decisões judiciais, pensamos que tal entendimento não é compatível com o regime legal vigente e é contrariado por decisões de tribunais superiores que seguem posição coincidente com a que aqui ficou sustentada.

Pedro Furtado Martins
pfm@servulo.com

SIMPLIFICAÇÃO, DESMATERIALIZAÇÃO E DESFORMALIZAÇÃO DOS ACTOS DE TRANSMISSÃO E ONERAÇÃO DE BENS IMÓVEIS E DE REGISTO PREDIAL

Foi recentemente publicado o Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, o qual introduz profundas alterações no regime da transmissão e oneração de bens imóveis, bem como no respectivo regime de registo.

O diploma altera, além do Código do Registo Predial (o mais significativamente alterado, a justificar a sua republicação em anexo ao diploma), o Código Civil, o Código do Notariado, o Código do Registo Comercial, o Código da Insolvência e Recuperação de Empresa e o Código de Processo Civil. De entre a legislação avulsa atingida destacamos o DL n.º 281/99, de 26 de Julho – que estabelece a disciplina aplicável à exigência de apresentação de licença de construção ou de utilização na celebração de actos de transmissão da propriedade de prédios urbanos – e o DL n.º 555/99, de 16 de Dezembro – que estabelece o regime jurídico da urbanização e edificação.

A grande “revolução” operada por este diploma consiste em que, como já tinha acontecido para os actos relativos à vida das sociedades, deixa de ser obrigatória a celebração de escritura pública para a generalidade dos actos relativos a bens imóveis, exigindo-se apenas a celebração por documento particular autenticado - por exemplo para a compra e venda, doação e constituição de hipoteca. Ou seja, o documento que serve de base ao acto registral (o contrato de transmissão ou de oneração) é válido se autenticado por advogados, câmaras de comércio e indústria, notários, serviços de registo e solicitadores.



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Ainda no tocante à desformalização de actos de transmissão e oneração de bens imóveis, prevê-se a realização de um depósito electrónico dos documentos relativos aos actos praticados por documento particular autenticado. Em contrapartida, passou a estabelecer-se um sistema de obrigatoriedade de registo.

Merece também ter em conta o amplo conjunto de medidas de simplificação do registo predial adoptadas por este diploma. Assim, elimina-se a competência territorial das conservatórias do registo predial, quedando-se igualmente abolida a necessidade de apresentação junto dos serviços de registo, de documentos que já se encontrem noutras conservatórias. Foram identicamente harmonizadas as descrições prediais com a matriz (o número de inscrição nas finanças) e simplificado o processo de registo de prédios omissos. Passou ainda a anotar-se à descrição dos prédios a existência da autorização de utilização e da ficha técnica de habitação. O diploma procedeu também à alteração do regime de caducidade das acções sujeitas a registo e do regime do registo de arrendamento, penhora e outras providências cautelares. Por fim, foi adoptado o sistema de certidão predial permanente *on-line*.

Este instrumento legislativo veio acompanhado da aprovação de nova tabela emolumentar.

Embora uma parte significativa do Decreto-Lei n.º 116/2008 entre em vigor a 21 de Julho de 2008, nos aspectos fundamentais na vida das empresas e das pessoas – designadamente no que se refere às disposições que permitem e regulam a realização, por documento particular autenticado, dos actos que importem reconhecimento, constituição, aquisição, modificação, divisão ou extinção dos direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, superfície ou servidão sobre coisas imóveis ou outros equivalentes –, a sua vigência apenas se inicia em 1 de Janeiro de 2009.

Nuno Moura Roldão
nmr@servulo.com

Tiago Valente de Oliveira
tvo@servulo.com

A DIFÍCIL EQUAÇÃO INDÚSTRIA FARMACÊUTICA – COMÉRCIO PARALELO

“A indústria farmacêutica encontra-se hoje numa encruzilhada. impõe-se uma especial atenção na análise do impacto concorrencial das estratégias comerciais.”

“No debate jurídico (...), com um pouco de imaginação, poder-se-iam comparar as empresas que se dedicam ao comércio paralelo com os piratas e as que defendem os seus direitos de propriedade intelectual com os corsários, que recebiam a “patente de corso” do seu Governo para atacarem os barcos das potências inimigas. Porém, no direito europeu invertem-se os termos, pois (...) o importador paralelo actua no respeito da lei, (...) detém a patente de corso para perseguir as empresas que prejudicam essa liberdade de circulação. Tudo depende do ponto de vista, uma vez que, para essas grandes empresas, os “free riders” ou comerciantes paralelos são autênticos flibusteiros”. Estas palavras foram recentemente proferidas por um Advogado-Geral do Tribunal de Justiça da União Europeia.

É sabido que a importação paralela de medicamentos é hoje uma actividade legislativamente regulada (em Portugal, no Estatuto do Medicamento). Contudo, a citação surge a propósito da discussão, ainda em curso, sobre se a Indústria Farmacêutica pode estabelecer limites, e quais, à importação/exportação paralela de medicamentos.

Ou seja, trata-se de saber até que ponto é legítimo a indústria farmacêutica adoptar medidas contratuais ou unilaterais para preservar a rentabilidade do seu negócio, proteger as actividades de I&D e a inovação, reagir contra mecanismos estaduais de fixação e controlo dos preços que, em homenagem aos interesses financeiros dos Estados, limitam o livre exercício da sua actividade económica e impedem a livre concorrência, gerir os seus sistemas de distribuição, verticalmente integrados ou contratuais e, finalmente, cumprir as suas responsabilidades legais no abastecimento do mercado.

Trata-se de questão controvertida, mesmo se podem ser restritivos da concorrência, o que não é sinónimo de irremediavelmente proibidos, os acordos que limitem ou afectem o comércio paralelo de medicamentos, designadamente através de proibições de revenda ou exportação, ou de sistemas de *dual pricing*. Mas também se e quando se aduz poderem ser consideradas abusivas as práticas unilaterais das empresas com esse resultado.

Discute-se se a recusa na satisfação integral de encomendas de grossistas pode ser considerada abusiva (de *per se*) ou os termos que podem objectivamente justificar tais políticas, como o mecanismo de fixação e controlo dos preços, a defesa dos interesses comerciais legítimos, incluindo o financiamento da I&D, ou o benefício económico resultante de tais práticas.

Neste sentido, a indústria farmacêutica encontra-se hoje numa encruzilhada, para a qual só há hoje uma certeza: as diferenças de opinião entre advogados-gerais (Jacobs e Jarabo-Colomer, nos processos *Syfait I* e o chamado *Syfait II*), por um lado, e entre a Comissão e os Tribunais comunitários (v. acórdão *GSK Services c. Comissão*), por outro, impõem uma especial atenção na análise do impacto concorrencial das estratégias comerciais neste domínio, porventura favorecendo soluções de integração vertical.

O debate comércio paralelo/inovação/concorrência não está encerrado. Piratas e Corsários continuam a navegar no “olho da tempestade” e devem procurar as melhores soluções, num momento em que a Europa tem de decidir se tem uma visão global sobre o papel do direito da concorrência na satisfação do *consumer welfare* e do seu “interesse essencial na protecção da inovação” (Thomas O. Barnett, da *Antitrust Division* dos EUA).

Miguel Gorjão-Henriques
mgh@servulo.com

O LUCRO TRIBUTÁVEL DO GRUPO DE SOCIEDADES COMO QUID DA DERRAMA



Na sequência da entrada em vigor da nova Lei das Finanças Locais (Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro), nos termos da qual a derrama passou a incidir, já não, como decorria do anterior regime jurídico, sobre a *colecta* de IRC, mas sobre “o lucro tributável sujeito e não isento” de IRC, a Administração tributária - argumentando que, contrariamente ao que sucede com a colecta, as declarações individuais das sociedades submetidas ao regime especial de tributação dos grupos de sociedades (RETGS) apuram o respectivo lucro tributável - emitiu uma orientação (constante do Ofício-Circulado n.º 20132, de 14 de Abril de 2008) no sentido de que estas sociedades estão sujeitas à derrama.

Todavia, contrariamente à orientação da Administração tributária, esta assente num argumento de natureza exclusivamente formal, a actual base de incidência da derrama, não produz os indicados efeitos atractivos das sociedades dominadas para o regime da derrama: esta continua a incidir, exclusivamente, sobre o lucro tributável do grupo.

Com efeito, e para assim se concluir, basta atentar no conceito fiscalmente relevante de “lucro tributável”: este, actual base de incidência da derrama, está devida, precisa e legalmente definido na alínea a) do n.º 1 do artigo 15.º do Código do IRC, a qual determina que a matéria colectável se obtém pela dedução ao lucro tributável, determinado nos termos dos artigos 17.º e seguintes, dos montantes correspondentes a *i)* prejuízos fiscais; *ii)* benefícios fiscais. Assim, consistindo o conceito de lucro tributável o *quid* da derrama, no resultado que reúne todos os requisitos para que se iniciem as operações necessárias à determinação da matéria colectável, aquele não se confunde com qualquer outra realidade, ainda que com o mesmo *nomem*, como é o caso do - impropriamente designado - *lucro tributável* das sociedades ditas dominadas pertencentes ao grupo. É que o lucro (tributável) das sociedades pertencentes ao grupo constitui, no âmbito do RETGS, um simples elemento material positivo que concorre para a determinação do resultado subsumível no conceito de *lucro tributável, in casu*, o lucro tributável do grupo. No contexto do RETGS, o único resultado que é susceptível de ser adjectivado como *tributável* é, pois, o lucro tributável do grupo, na medida em que é sobre este que vão ser efectuadas as deduções necessárias à determinação da matéria colectável. Por outras palavras, o lucro tributável a que se reporta a nova Lei das Finanças Locais constitui o pressuposto genérico do facto tributário do IRC, em cujo conceito não se enquadram os lucros das sociedades individuais sujeitas ao RETGS, uma vez que estes assumem, neste âmbito especial, a natureza de pressuposto específico por referência ao pressuposto genérico: o lucro tributável do grupo.

Recrudesce que, contrariamente ao que sucede com o lucro tributável *proprio sensu*, que é apurado com exclusão dos rendimentos correspondentes a lucros distribuídos, nos termos do artigo 46.º do CIRC, a componente do *lucro tributável* do grupo (i.e., o lucro tributável individual) é apurada sem exclusão dos referidos rendimentos. Estes são excluídos apenas para efeitos da determinação do lucro tributável do grupo - a realidade, afinal, subsumível no conceito fiscal de lucro tributável, tal como vem definido no artigo 15.º do CIRC.

Em conclusão, considerando que o lucro individual é determinado mediante a aplicação de regras diferentes das aplicáveis à determinação do *lucro tributável*, na acepção do CIRC, o *quid* da derrama, quando seja aplicável o RETGS, é constituído pelo lucro tributável do grupo.

Gonçalo Leite de Campos
glc@servulo.com

Tiago Soares Cardoso
tsc@servulo.com



“Contrariamente ao que sucede com o lucro tributável *proprio sensu*, a componente do lucro tributável do grupo é apurada sem exclusão dos referidos rendimentos.”

PROBLEMAS JURÍDICOS ASSOCIADOS AO CASH-POOLING



A execução de operações de *cash-pooling*, que a actual conjuntura económico-financeira torna mais frequentes, vem associada a um feixe de questões jurídicas, em sede de direito bancário, societário e da insolvência.

O *cash-pooling* representa um instrumento de gestão que visa minorar os problemas resultantes da proliferação de unidades de tesouraria no âmbito dos grupos empresariais. Consiste numa gestão consolidada da tesouraria de várias empresas, permitindo-lhes a concentração, numa única conta, dos saldos bancários (positivos e negativos) respectivos. Assim se atinge uma redução dos custos com o recurso ao crédito bancário de curto prazo, pois o excesso de liquidez de umas empresas compensa o défice de liquidez de outras.

O *cash-pooling* pode concretizar-se através de diferentes modalidades, distinguindo-se essencialmente o *cash-pooling* nocional do *cash-pooling* efectivo (também denominado *cash concentration*). Enquanto o *cash-pooling* nocional é uma operação meramente contabilística, que consiste na concentração virtual dos saldos de todas as contas numa única conta (a conta de compensação), o *cash-pooling* efectivo envolve efectivas transferências de dinheiro (usualmente diárias) entre as várias contas das sociedades envolvidas. Tipicamente, todos os saldos bancários positivos existentes nas contas das sociedades são transferidos ao final do dia para a conta principal (as contas das sociedades ficam com saldo zero, daí usar-se a expressão “*zero balancing*”) e todos os saldos negativos eventualmente existentes nessas contas são cobertos por transferências a partir da conta principal.

Esta última modalidade de *cash-pooling* envolve uma análise jurídica mais fina, já que as transferências entre contas pertencentes às várias sociedades do mesmo grupo configuram usualmente a forma de empréstimo.

Sucedem que o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF) reserva para estas instituições o exclusivo da prática profissional de operações de concessão de empréstimos. Porém, o mesmo diploma abre uma excepção à referida exclusividade no que respeita às operações de tesouraria realizadas entre sociedades do mesmo grupo. Assim, em Portugal, a realização de operações de *cash-pooling* efectivo é permitida entre empresas que pertençam ao mesmo grupo de sociedades, ainda que não sejam empresas financeiras.

Por esse motivo, o tema merece igualmente ser analisado no prisma do Direito societário dos grupos. Em casos de domínio total e de contrato de subordinação, resulta dos artigos 491.º e 503.º do Código das Sociedades Comerciais que a sociedade dominada está sujeita ao poder de direcção da sociedade dominante e, nessa medida, deve obedecer às instruções que lhe sejam transmitidas no sentido de integrar as operações, ainda que as mesmas lhe sejam desfavoráveis. A desvantagem económica da sociedade dominada deve ser compensada pelas vantagens da operação para a sociedade dominante ou para outras sociedades do mesmo grupo.

Certas cautelas são, contudo, necessárias ante as leituras interpretativas que sustentam que a administração da sociedade dominante está impedida de transmitir instruções que impliquem consequências de tal modo prejudiciais à sociedade dominada que possam conduzir à insolvência da mesma. Assim, é relevante analisar não só no início das operações, mas igualmente ao longo de toda a duração das mesmas, quais os desequilíbrios económicos gerados pelas mesmas, minimizando assim eventuais riscos de responsabilização pessoal dos administradores das sociedades dominantes do grupo.

Não pode escamotear-se, por fim, a possibilidade de insolvência da instituição bancária que preste serviços no âmbito da operação de *cash-pooling*. Tal reclama uma cuidadosa redacção das disposições contratuais correspondentes, tendo em atenção as possibilidades legais de compensação de créditos, estabelecidas pelo artigo 99.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Importa, neste contexto, obter o máximo aproveitamento das inovações trazidas pelo actual regime falimentar, que passou a permitir, dentro de determinadas condições, a compensação de créditos sobre entidades insolventes.

MEDIDAS DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO DE COMBATE AO BRANQUEAMENTO E DE VANTAGENS DE PROVENIÊNCIA ILÍCITA E AO FINANCIAMENTO DO TERRORISMO

A Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho, estabelece medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo, procedendo à transposição das Directivas n.os 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro, e 2006/70/CE, da Comissão Europeia, de 1 de Agosto, e adaptando o sistema jurídico nacional às regras contidas na Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo.

A Directiva n.º 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro, tendo revogado a Directiva n.º 91/308/CEE, do Conselho, de 10 de Junho de 1991, prevê um conjunto de medidas a adoptar pelos Estados-Membros para prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo, cuja execução é regulamentada pela Directiva n.º 2006/70/CE, da Comissão Europeia, de 1 de Agosto.

As referidas Directivas pretenderam adaptar as políticas comunitárias neste domínio às recomendações revistas e alargadas, em 2003, pelo Grupo de Acção Financeira Internacional, criado em 1989, pelo G 7, com o objectivo de conceber e promover estratégias nacionais e internacionais de combate ao branqueamento de capitais e ao terrorismo.

A Lei n.º 25/2008 revoga a Lei n.º 11/2004, de 27 de Março, que estabelecia, anteriormente, o regime de prevenção e repressão do branqueamento de vantagens de proveniência ilícita, alterando, ainda, a Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto).

De entre as novas regras consagradas pela Lei n.º 25/2008, destaca-se a imposição de deveres reforçados de colaboração com as entidades nacionais envolvidas no combate ao branqueamento de capitais. Esses deveres recaem, tanto sobre entidades actuantes no sector financeiro (instituições de crédito, organismos de investimento colectivo, sociedades de consultoria, entre outras), como sobre entidades não financeiras, designadamente casinos, sociedades de mediação, compra e revenda de imóveis, auditores externos, consultores fiscais, advogados e outros profissionais independentes. Em concreto, estas entidades têm, relativamente às operações que preparem ou executem no âmbito da sua actividade, deveres de identificação de clientes, de diligência na obtenção de informação sobre a finalidade, natureza e execução daquelas operações, bem como, sempre que saibam ou suspeitem que está ou pode vir a ser praticada operação de branqueamento ou de financiamento do terrorismo, o dever de abstenção de intervenção e de comunicação imediata ao Procurador-Geral da República e à Unidade de Informação Financeira.

Estes deveres assumem especial acuidade quando as operações em causa envolvam “pessoas politicamente expostas” – conceito inovador na legislação portuguesa –, isto é, pessoas singulares que desempenhem, ou tenham desempenhado até há um ano, altos cargos de natureza política ou pública, bem como os respectivos familiares e pessoas com quem reconhecidamente mantenham relações estreitas de natureza societária ou comercial.

O diploma em apreço também inova ao estender as suas preocupações ao combate ao terrorismo para além da estrita figura do branqueamento de capitais propriamente dito. Nesse aspecto, para além de outras alterações à Lei de Combate ao Terrorismo, salienta-se a autonomização do crime de financiamento do terrorismo, que consiste no fornecimento, recolha ou detenção de fundos ou bens de qualquer tipo, com a intenção de serem utilizados, ou com o conhecimento de que podem ser utilizados, no planeamento, preparação ou prática de actos terroristas. A consumação deste crime verifica-se independentemente de os fundos em causa provirem de terceiros, de serem entregues aos seus destinatários ou, até, de terem sido efectivamente utilizados para cometer actos terroristas. Como vai sendo habitual nestas matérias, estabelece-se uma atenuação ou mesmo dispensa de pena para quem abandonar voluntariamente a actividade, afastar ou diminuir o perigo provocado ou auxiliar na recolha de provas decisivas.

OS PRODUTOS FINANCEIROS ESTRUTURADOS NO NOVO REGIME JURÍDICO DO CONTRATO DE SEGURO

O novo Regime Jurídico do Contrato de Seguro (RJCS), aprovado através do DL n.º 72/2008, de 16 de Abril, apresenta algumas implicações para o regime dos instrumentos de captação de aforro estruturado (ICAE).

O art. 206.º do RJCS define os instrumentos de captação de aforro estruturado – à semelhança do que fazia o DL n.º 176/95, de 26 de Julho - *como os instrumentos financeiros que, embora assumam a forma jurídica de um instrumento original já existente, têm características que não são directamente identificáveis com as do instrumento original, em virtude de terem associados outros instrumentos de cuja evolução depende, total ou parcialmente, a sua rendibilidade, sendo o risco do investimento assumido, ainda que só em parte, pelo tomador do seguro.*

A formulação deste conceito não é imune a críticas. De um lado, toma os ICAE como sub-espécies de instrumentos financeiros, o que deve ser interpretado *cum granu salis* – dado que no universo de instrumentos financeiros por directa qualificação comunitária, recortado no nosso sistema jurídico pelo n.º 1 do art. 2.º CVM, não se incluem os contratos de seguro. Se a isto se somar a qualificação dos contratos de seguro ligados a fundos de investimento como ICAE, o único modo de resgatar um sentido útil àquela qualificação legislativa é a de entender que no art. 206.º RJCS se utiliza um conceito, mais amplo, de *instrumento financeiro por equiparação*.

De outro lado, a formulação adoptada no art. 206.º, n.º 1 RJCS é unilateralista, uma vez que supõe um risco do tomador de seguro – quando é certo que o instrumento de base do ICAE pode não ser um contrato de seguro. Neste sentido, bem mais adequada é a noção neutra e transversal constante do Aviso n.º 6/2002 do Banco de Portugal, que se refere ao risco de investimento assumido, *ainda que só em parte, pelo aforrador*.

Com efeito, esta figura surge, no regime segurador, associada a um regime especial de menções obrigatórias na apólice (art. 206.º, n.º 3 RJCS) e de prazo de livre resolução (art. 118.º, n.º 1 b) RJCS). Mas as exigências informativas em causa são dissemelhantes das aplicáveis aos instrumentos de captação de aforro estruturados fora do sector segurador, como o documenta o Aviso n.º 6/2002 do Banco de Portugal ou o regime constante do Regulamento (CE) n.º 809/2004 para o prospecto de obrigações estruturadas, e para os quais de resto, fora da comercialização à distância, não vigora qualquer direito de arrependimento. Assim, apesar da consagração do conceito de ICAE na legislação seguradora, a esta categoria não corresponde um regime unitário.

O problema de fundo reside aqui. Ao não remeter forçosamente para uma disciplina única em todo o sistema jurídico, o ICAE representa o mero reconhecimento da sobreposição de regimes de uma pluralidade de sub-sectores financeiros. Trata-se de uma qualificação que deixa por esclarecer a autoridade de supervisão competente na matéria. Tão-pouco fica resolvida, através desta categoria, a questão de saber qual a disciplina prevalecente - bancária, mobiliária ou seguradora -, em caso de incompatibilidade entre as disposições normativas que em concreto relevem para o instrumento em causa. Numa área jurídica de crescente sofisticação e complexidade, não é apenas a inexistência de estatuto dogmático unitário dos ICAE que fica comprovadamente exposta: a própria utilidade e operacionalidade da categoria enquanto instrumento legislativo resultam, pelo menos, envoltas em dúvidas.

Paulo Câmara
pc@servulo.com

“Ao não remeter forçosamente para uma disciplina única em todo o sistema jurídico, o ICAE representa o mero reconhecimento da sobreposição de regimes de uma pluralidade de sub-sectores financeiros.”



A presente publicação da Sérvulo & Associados tem fins exclusivamente informativos.

O seu conteúdo não constitui aconselhamento jurídico nem implica a existência de uma relação entre advogado cliente. A reprodução total ou parcial do conteúdo depende da autorização expressa da Sérvulo & Associados

Rua de Artilharia Um, n.º 79 - 5.º 1250-038 Lisboa - Portugal
Tel: (+351) 21 383 69 00 Fax: (+351) 21 383 69 01/02
geral@servulo.com

Rua Mouzinho da Silveira, n.º 10 1250-167 Lisboa - Portugal
Tel: (+351) 21 030 31 90 Fax: (+351) 21 030 31 91/99
www.servulo.com