

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
GIUSEPPE TESAURO

apresentadas em 19 de Setembro de 1995 *

1. Através de três pedidos de decisão prejudicial de conteúdo idêntico, o Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional do Reino de Espanha colocou ao Tribunal de Justiça duas questões com vista a determinar a compatibilidade do artigo 4.º, n.º 1, do Decreto real n.º 1816/91, relativo às transacções económicas com o estrangeiro, com os artigos 73.º-B e segs. do Tratado CE. Aquela disposição sujeita a exportação de notas de banco num valor superior a 1 000 000 PTA à efectuação de uma declaração prévia e exige que se obtenha uma autorização administrativa prévia para a exportação de quantias superiores a 5 000 000 PTA ¹.

Os processos C-163/94 e C-165/94 dizem respeito a cidadãos espanhóis, mais exactamente Sanz de Lera, residente em Espanha, e Díaz Jiménez, residente na Grã-Bretanha. Ambos transportavam notas de banco para a Suíça, um a bordo do seu automóvel, o outro na bagagem de mão que transportava consigo aquando do embarque no voo para Zurique no aeroporto de Madrid-Barajas ².

No processo C-250/94, pelo contrário, a arguida é uma cidadã turca residente em Espanha, detida no aeroporto Madrid-Barajas quando embarcava para Istambul (Turquia).

2. Tinham sido instaurados três processos penais distintos no órgão jurisdicional de reenvio ao mesmo número de arguidos. Estes tinham sido detidos quando, em circunstâncias diferentes, se preparavam para exportar para países terceiros e sem autorização quantias superiores a 5 000 000 PTA em notas de banco.

3. De acordo com as informações fornecidas pelo juiz *a quo*, Sanz de Lera transportava a quantia em dinheiro em questão com o objectivo de a depositar numa conta aberta em seu nome numa instituição de crédito suíça, não se tendo conseguido apurar com exactidão qual o destino final que Díaz Jiménez pretendia dar ao dinheiro que se preparava para exportar para a Suíça. Quanto ao caso de Kapanoglu, o despacho de reenvio nada diz a esse respeito.

* Língua original: italiano.

1 — O Decreto real n.º 42 de 15 de Janeiro de 1993 introduziu modificações no texto do artigo 4.º. Todavia, essas modificações constituem, pelo menos na parte que aqui importa, um simples esclarecimento da norma e, de qualquer modo, como expressamente admite o órgão jurisdicional de reenvio, não representam nenhuma alteração relevante para o processo que nos ocupa.

2 — O facto de Sanz de Lera ter sido preso em território francês e por agentes franceses é irrelevante, dado que, como adiante veremos, parece certo que o dinheiro se destinava a ser depositado num banco suíço.

4. Os arguidos negam o carácter penal dos comportamentos de que são acusados, alegando a incompatibilidade da lei espanhola com as disposições comunitárias em matéria de livre circulação de capitais.

Assim, o juiz espanhol suspendeu os processos e solicitou ao Tribunal de Justiça que se pronuncie sobre a interpretação dos artigos 73.º-B, 73.º-C, n.º 1, e 73.º-D, n.º 1, alínea b), do Tratado CE, e declare se o artigo 73.º-B produz ou não efeitos directos.

5. Recordo, a título preliminar, que a legislação espanhola aqui em causa foi recentemente objecto de uma decisão prejudicial, em que o Tribunal de Justiça examinou a sua conformidade com os artigos 1.º e 4.º da Directiva 88/361/CEE do Conselho, de 24 de Junho de 1988, para a execução do artigo 67.º do Tratado³. As referidas disposições têm um conteúdo análogo ao dos artigos 73.º-B e 73.º-D, n.º 1, alínea b), do Tratado CE.

No acórdão de 23 de Fevereiro de 1995, Bordessa e o.⁴, o Tribunal declarou que as disposições da Directiva 88/361 se opõem a uma regulamentação que faz depender a exportação de notas de banco de uma *autorização* prévia, mas não se opõe a que tal

operação esteja dependente de uma *declaração* prévia.

6. Em especial, o Tribunal considerou lícita a obrigatoriedade de uma declaração prévia, na medida em que pode constituir uma medida indispensável para que aos Estados-Membros seja possível um controlo efectivo e uma prevenção eficaz de actividades ilícitas, como o branqueamento de dinheiro, o tráfico de drogas e o terrorismo, sem que com isso se impeçam os movimentos de capitais efectuados em conformidade com o direito comunitário⁵. Em contrapartida, considerou desproporcionada uma obrigação de *autorização*, na medida em que essa obrigação, embora com o mesmo objectivo, conduz a dificultar de forma injustificada a exportação de valores, fazendo-a depender, caso a caso, da aprovação da administração⁶.

Além disso, no mesmo acórdão, o Tribunal de Justiça afirmou que os artigos 1.º e 4.º da referida directiva têm aplicação directa⁷.

7. O caso sobre que hoje nos debruçamos é substancialmente análogo ao que deu origem ao acórdão Bordessa, embora, todavia, possua dois elementos diferenciadores.

3 — JO L 178, p. 5.

4 — C-358/93 e C-416/93, Colect., p. I-361.

5 — Acórdão Bordessa e o., já referido, n.º 27.

6 — *Idem*, n.ºs 24 e 25.

7 — *Idem*, n.º 35.

Antes de mais, o órgão jurisdicional espanhol⁸ solicita ao Tribunal de Justiça que interprete as disposições correspondentes do Tratado CE, na versão resultante do Tratado de Maastricht, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1994⁹.

Em segundo lugar, trata-se, no presente processo, da exportação de notas bancárias para Estados terceiros.

8. Quanto ao primeiro elemento, o Governo espanhol e o Governo francês sustentam que a interpretação das disposições correspondentes do Tratado CE deve tomar em consideração a circunstância de o artigo 73.º-D, n.º 1, alínea b), ao contrário do artigo 4.º da Directiva 88/361, enumerar explicitamente, entre as restrições à livre circulação de capitais que os Estados-Membros são autorizados a manter em vigor, nomeadamente as «justificadas por razões de ordem pública ou de segurança pública»¹⁰.

8 — O mesmo que tinha questionado o Tribunal de Justiça no processo Bordessa.

9 — A título incidental, sublinho que, como se verificou no processo Bordessa, embora os factos na origem do processo tenham ocorrido antes da entrada em vigor das disposições comunitárias cuja interpretação se solicita, esta é necessária pois o órgão jurisdicional nacional declarou expressamente pretender aplicar, no âmbito do processo que aí se encontra pendente, o princípio da retroactividade da lei penal mais favorável.

10 — Quer dizer, as «indispensáveis para impedir infracções às suas leis e regulamentos, nomeadamente em matéria fiscal e de supervisão prudencial das instituições financeiras», bem como «processos de declaração dos movimentos de capitais para efeitos de informação administrativa ou estatística»; restrições que, como já se viu, também tinham sido expressamente autorizadas pela Directiva 88/361.

Isto poderia conduzir a que também se considerasse admissível a obrigação de autorização prévia relativamente a algumas transferências de capitais, enquanto medida indispensável à protecção das referidas exigências, ora consagradas no Tratado.

9. A este respeito, digo de imediato que a diferença entre a letra do artigo 73.º-D, n.º 1, alínea b), do Tratado e a do artigo 4.º da Directiva 88/361 não é de tal ordem, em meu entender, que leve a conclusões diferentes daquela a que já chegou o Tribunal de Justiça aquando da interpretação desta última disposição.

Com efeito, como já referi nas conclusões que apresentei no processo Bordessa, para as quais me permito remeter para mais detalhes¹¹, o Tratado de Maastricht, ao regular toda a matéria dos movimentos de capitais e de pagamentos, não introduziu novidades importantes relativamente aos princípios já estabelecidos pela Directiva 88/361¹².

10. Em especial, os artigos 73.º-B e 73.º-D, que reproduzem quase literalmente o conteúdo dos artigos 1.º e 4.º, n.º 1, da directiva, apenas reafirmam os princípios que esta tinha introduzido aquando da sua entrada

11 — V., especialmente, n.ºs 5 e 14.

12 — Exceptuando a disciplina das trocas com países terceiros, que será questão a seguir nos pontos 11 e segs.

em vigor: a livre circulação de capitais não deve estar sujeita a restrições, exceptuando as que os Estados-Membros estão autorizados a manter, entre as quais se incluem, obviamente, também as justificadas por razões de ordem pública ou de segurança pública ¹³.

Assim, a referência expressa que a alínea b), n.º 1 do artigo 73.º-D, faz a estes dois últimos conceitos deve ser entendida como um simples esclarecimento, e não como um alargamento das possíveis restrições aos movimentos de capitais que os Estados-Membros estão autorizados a introduzir ¹⁴.

Por conseguinte, o sistema, pelo menos em termos gerais, não sofreu modificações substanciais, quer seja encarado sob a perspectiva da Directiva 88/361, quer dos artigos 73.º-B a 73.º-G, introduzidos pelo Tratado de Maastricht; assim, a aplicação destas últimas disposições aos factos sobre que nos debruçamos, ao menos no que toca ao primeiro aspecto assinalado, não pode conduzir a conclusões diferentes das que decorrem da aplicação da directiva.

11. Contudo, resta-nos ainda examinar o segundo elemento indicado, que é o que verdadeiramente diferencia o caso vertente do caso Bordessa: o facto de os arguidos se proporem exportar as quantias em causa para países terceiros.

A este respeito, a disciplina introduzida pelo Tratado de Maastricht contém, na verdade, inúmeras novidades.

12. Antes de mais, o artigo 73.º-B proíbe expressamente todas as restrições aos movimentos de capitais, onde se incluem os entre Estados-Membros e países terceiros.

Em segundo lugar, o n.º 1 do artigo 73.º-C autoriza os Estados-Membros a manterem em vigor todas as restrições aos movimentos de capitais com países terceiros existentes em 31 de Dezembro de 1993, «que envolva(m) investimento directo, incluindo o investimento imobiliário, estabelecimento, prestação de serviços financeiros ou admissão de valores mobiliários em mercados de capitais».

13. Por último, o n.º 2 do artigo 73.º-C atribui ao Conselho, que delibera por maioria qualificada (ou por unanimidade relativamente a medidas que constituam um retrocesso em relação ao grau de liberalização já

13 — Desde que não constituam uma forma de discriminação arbitrária ou uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e de pagamentos.

14 — No mesmo sentido se pronunciou, aliás, o Tribunal de Justiça que, no acórdão Bordessa e o. (n.ºs 21 e 22), declarou expressamente que o artigo 4.º da Directiva 88/361 permite aos Estados adoptar, para além das medidas aí expressamente previstas, as justificadas por razões de ordem pública, esclarecendo, além disso, que esta interpretação é corroborada pela nova formulação do artigo 73.º-D do Tratado CE.

alcançado), o poder de adoptar todas as medidas necessárias no que toca aos movimentos de capitais proveniente ou com destino a países terceiros que envolvam investimentos directos.

Relativamente aos países terceiros, portanto, o novo regime estabelece o princípio geral da liberdade dos movimentos, condicionando-os às restrições específicas previstas no artigo 73.º-C em matéria de investimentos directos, para além das gerais previstas, também para os movimentos intra-comunitários, pelo artigo 73.º-D.

14. Todavia, é patente, bem como pacífico entre as partes, que o caso que nos ocupa não releva do âmbito de aplicação do artigo 73.º-C do Tratado CE, dado que, como já se referiu, dos despachos de reenvio não se retiraram quaisquer indícios no sentido de que os movimentos de capitais em causa devem ser qualificados de investimentos directos.

Com efeito, estes últimos são normalmente constituídos por investimentos cuja característica principal é a intenção do financiador de estabelecer ou manter vínculos duradouros com a empresa destinatária dos fundos, com vista ao desenvolvimento de uma

actividade económica. Esta característica não existe nos casos sobre que nos debruçamos ¹⁵.

15. Mesmo não existindo uma definição expressa do conceito de investimento directo no Tratado, não creio que nos possamos afastar da referida interpretação, que corresponde, aliás, à indicada nas notas explicativas da nomenclatura contida no Anexo I da Directiva 88/361, já por diversas vezes citada ¹⁶.

A referida nomenclatura, que subdivide os diversos tipos de movimentos de capitais nas respectivas categorias para efeitos da aplicação da directiva, pode, sem qualquer dúvida, contribuir para clarificar o conceito de investimento directo relevante para efeitos do Tratado.

De acordo com a referida nomenclatura, ainda por cima, as transferências de dinheiro líquido incluem-se expressamente na categoria «Importação e exportação física de valores» (categoria XII) e não na de «Investimentos directos» (categoria I).

15 — Importa recordar, a este respeito, que, enquanto no primeiro caso o destino final do dinheiro era o seu depósito numa conta bancária da Suíça, nos outros dois esse destino era absolutamente incerto.

16 — Os investimentos directos em sentido lato encontram-se aí definidos como «os investimentos de qualquer natureza efectuados por pessoas singulares, empresas comerciais, industriais ou financeiras e que servem para criar ou manter relações duradouras directas entre o investidor e o empresário ou empresa a que se destinam esses fundos com vista ao exercício de uma actividade económica».

16. Do que acaba de ser dito resulta que a exportação de notas de banco, na medida em que releva da regra geral do artigo 73.º-B do Tratado e, ao mesmo tempo, não está sujeita à regulamentação específica do artigo 73.º-C, só pode estar sujeita a restrições se estas se justificarem nos termos do artigo 73.º-D.

17. A conclusão que acabámos de expor poderia, no entanto, parecer estranha. Com efeito, poder-se-ia perguntar se o objectivo de um investimento directo não pode ser igualmente alcançado através de uma transferência prévia de notas de banco e se, desse modo, não se acabará por eludir o disposto no artigo 73.º-C do Tratado.

18. Todavia, a verdade é que o legislador comunitário reservou expressamente aos Estados-Membros uma margem de discricionariedade mais ampla unicamente no que respeita aos investimentos directos e, em contrapartida, deixou fora do âmbito de aplicação da excepção (que, enquanto tal, deve ser interpretada de uma forma restritiva) as transferências de capitais com outros fins.

A leitura sistemática da norma, bem como o seu teor literal, não deixam espaço para outra conclusão. Em definitivo, portanto, deve considerar-se que a transferência de notas de banco para países terceiros está sujeita à mesma regulamentação que os movimentos de capitais intracomunitários.

19. A este respeito, considero que a análise efectuada pelo Tribunal de Justiça no processo Bordessa, a que se fez referência *supra*, se aplica, *mutatis mutandis*, ao caso que hoje nos ocupa. Com efeito, não existem razões para nos afastarmos dos motivos que levaram o Tribunal de Justiça a considerar admissível uma declaração prévia e desproporcionada uma obrigação de autorização.

20. Do mesmo modo, não me parece que possam surgir dúvidas razoáveis quanto à eficácia directa do artigo 73.º-B, nem mesmo no que respeita aos movimentos de capitais, provenientes ou com destino a países terceiros, que não sejam investimentos directos.

Com efeito, enquanto a obrigação aí prevista está formulada de forma clara e incondicional e não necessita de nenhuma medida específica de aplicação, o artigo 73.º-D estabelece as hipóteses e as condições específicas e limitadas nas quais os Estado-Membros podem adoptar as restrições previstas. Aliás, essas medidas, como significativamente assinalou o próprio Tribunal de Justiça, estão sujeitas a um controlo jurisdicional¹⁷. Por conseguinte, a faculdade de que dispõem os Estados-Membros para o efeito não é susceptível de privar os particulares do direito de invocarem o princípio resultante do artigo 73.º-B do Tratado.

17 — Acórdão Bordessa e o., já referido, n.º 34, com referência ao artigo 4.º da Directiva 88/361.

21. Assim, à luz das considerações que precedem, proponho ao Tribunal de Justiça que responda da seguinte forma às questões prejudiciais submetidas pelo Juzgado Central:

- «1) Os artigos 73.º-B e 73.º-D, n.º 1, alínea b), do Tratado CE devem ser interpretados no sentido que proíbem a aplicação de uma regulamentação nacional que subordine a exportação de notas de banco a uma obrigação de autorização prévia, mas não obstam à aplicação de uma regulamentação nacional que faça depender essa operação da apresentação de uma declaração prévia.

- 2) O disposto no artigo 73.º-B do Tratado CE pode ser invocado pelos particulares perante os órgãos jurisdicionais nacionais com o objectivo de obter o reconhecimento da inaplicabilidade de uma lei nacional que lhe seja contrária.»