

Isabel Maria Fernandes Branco

Medidas de combate ao branqueamento de capitais, financiamento do terrorismo e o dever de «comunicação» imposto aos advogados: violação do segredo profissional?



VERBO jurídico®



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**MEDIDAS DE COMBATE AO BRANQUEAMENTO DE
CAPITAIS, FINANCIAMENTO DO TERRORISMO E O
DEVER DE “COMUNICAÇÃO” IMPOSTO AOS
ADVOGADOS. VIOLAÇÃO DO SEGREDO
PROFISSIONAL?**

ISABEL MARIA FERNANDES BRANCO

Aluna nº1985023510

Trabalho apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do Seminário Especializado - cadeira de Direito Penal Transnacional, com a coordenação do Professor Doutor Pedro Caeiro (pcaeiro@fd.uc.pt), do 3º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Doutor em Direito) na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais.

Coimbra

Janeiro – 2015



Sumário: 1 - Introdução: Harmonização do Direito Penal levada a cabo através de Directivas; 2 – Branqueamento de capitais e medidas de combate e prevenção; 2.1 Branqueamento de Capitais: 2.2 Medidas de combate e Prevenção 3 – Directivas da UE e a Lei 25/2008; 4 – Compatibilizar as Directivas comunitárias com o segredo profissional e o Princípio da confiança; 5 – Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Junho de 2007 (Processo C-305/05); 6 – Os honorários dos advogados. O “caso alemão”; 7 – Conclusões.

1 - Harmonização do Direito Penal levada a cabo através de Directivas

O presente trabalho insere-se no módulo de Direito Penal Transnacional, e impõe-se, por isso, previamente dar uma noção muito sucinta do seu significado.

O Direito Penal Transnacional em sentido amplo, abarca o Direito Internacional Penal, o Direito Penal Transnacional em sentido estrito e o Direito Penal Europeu¹.

O Direito Internacional Penal, no dizer de Pedro Caeiro é uma forma qualificada de Direito Penal Transnacional porque prevê apenas os crimes que põem em causa a paz e a segurança da humanidade, tais como o genocídio, agressão, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e a tortura. As suas normas são de aplicação directa tanto pelos tribunais nacionais como pelos internacionais, ainda que os estados não prevejam na sua legislação interna os crimes protegidos pelo Direito Internacional Penal. Têm como fonte o costume internacional.

O Direito Penal Transnacional em sentido estrito, na opinião de Neil Boister abarca os fenómenos criminais que transcendem as fronteiras e que violam as leis de vários estados ou que têm impacto noutra país². Este direito traduz a ideia de consenso entre os vários estados signatários das convenções e tratados que regulamentam matérias no âmbito criminal com interesse para além fronteiras, como a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico de estupefacientes .

Quanto ao Direito penal europeu, do que verdadeiramente se trata é de um conjunto de competências dos órgãos da União Europeia para legislarem sobre determinadas matérias penais. Matérias, essas que começaram com o tratado de Amesterdão em 1999 de forma tímida no âmbito do tráfico de estupefacientes, terrorismo e criminalidade organizada e foram sendo alargadas a outros sectores.

O Tratado de Maastricht³ integrou a cooperação judiciária penal no quadro da União Europeia. Importantíssimo nesta matéria foi o acordo de *Schengen*, este

¹ Aula do dia 05/12/2014 leccionada pelo Prof. Pedro Caeiro

² Boister, Neil, Transnational Criminal Law? International society's concern with the upsurge in certain kinds of criminal activities within a state is considered legitimate because of the fear that these activities will have a knock-on effect in other states. At its simplest, then, transnational crime describes conduct that has actual or potential trans-boundary effects of national and international concern. The issue explored here is whether a coherent 'juridical match' can be found to complement transnational crime. 'Transnational criminal law' conjoins transnational crime with Jessup's term 'transnational law'. Jessup used 'transnational law' to describe 'all law which regulates actions or events that transcend national frontiers'. The implication of his use of transnational was that cross-border relations of a legal kind involve international and national elements that do not fit within the traditional divisions.

³ Caeiro, Pedro, Direito Penal Económico e Europeu, Textos Doutrinários – Cooperação Judiciária na União Europeia: "O último acontecimento digno de nota, ainda neste período antes de Maastricht, foi a celebração do Acordo de *Schengen* em 1985 entre a França, Alemanha, os Países Baixos, a Bélgica e o Luxemburgo, e a Convenção de aplicação do mesmo acordo em 1990, à qual aderiram outros países da Comunidade (nomeadamente a Espanha e Portugal) que entrou em vigor em 1995. Com efeito, ao suprirem os controlos fronteiriços internos, estes instrumentos facilitaram de modo sensível a circulação dos cidadãos entre os estados participantes, pelo que foi necessário criar mecanismos

consagrou numerosas disposições relativas à cooperação judiciária tendo em vista a segurança, e mais não é do que a outra face da livre circulação de pessoas no espaço europeu criada pelo Acto Único Europeu.

O acordo de *Schengen* visa suprimir gradualmente os controlos nas fronteiras comuns e instalar um regime de livre circulação para todos os nacionais dos estados signatários.

Os estados candidatos à adesão à União Europeia estão obrigados a aceitar integralmente o acervo de *Schengen*⁴. A supressão de fronteiras fez com que cada vez mais pessoas viajem, trabalhem, estudem e vivam no estrangeiro, incluindo os criminosos, o que tornou a criminalidade um fenómeno internacional.

Surge, assim a urgência em criar um espaço de justiça penal europeia comum onde os valores da confiança mútua e apoio entre autoridades policiais nacionais e transnacionais sejam uma realidade.

O Conselho Europeu de Tampere decretou que o “reconhecimento mútuo” deveria transformar-se na pedra angular da cooperação judiciária em matéria penal. Este princípio foi confirmado nos programas de Haia e de Estocolmo.

Para as autoridades judiciárias darem execução ao princípio do reconhecimento mútuo é necessário que ao mesmo tempo se reduzam as divergências entre as legislações penais. Daí que a harmonização seja tão importante e que através dela se defina a política criminal europeia, ao mesmo tempo que se transmite aos cidadãos um sentimento comum de justiça.

A harmonização em matéria penal é uma tarefa melindrosa, porque contende com os princípios e valores culturais e éticos de um povo, mexendo assim com a sua soberania, daí que o instrumento mais adequado nesta matéria seja precisamente aquele que é usado pela União Europeia – as directivas, instrumento com um grau de flexibilidade que mais nenhum outro tem.

O artigo 83º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) estabelece que em matéria penal, o Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de directivas estabelecem regras mínimas⁵, relativas à definição das infracções penais e das sanções em domínios da criminalidade grave, com dimensão transfronteiriça tais como: terrorismo, tráfico de seres humanos, exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga, tráfico de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafacção de

compensatórios de cooperação judiciária e policial que evitassem o enfraquecimento da segurança dos estados.”

⁴ “O acervo de *Schengen* foi incorporado no âmbito da União Europeia em 01 de Maio de 1999, quando o Tratado de Amsterdão entrou em vigor” Cfr Rodrigues, Anabela – Direito Penal Europeu Emergente – Coimbra Editora 2008.

⁵ Cfr. A Jurisdição Penal da União europeia como Meta-Jurisdição in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra in Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol III, Coimbra Editora, 2012

meios de pagamento, criminalidade informática e organizada, bem como estabelece regras mínimas de prevenção e de combate aos respectivos crimes.

A partir do Tratado de Lisboa as directivas são adoptadas de acordo com o processo legislativo ordinário (art. 294º do TFUE) por maioria qualificada, sob proposta da Comissão apresentada ao Parlamento Europeu e ao Conselho.

O Parlamento Europeu define a sua posição e transmite-a ao Conselho. Se este aprovar, o acto em questão é adoptado.

A directiva é caracterizada pela sua flexibilidade de utilização, estabelece uma orientação de resultado, mas deixa aos estados membros a liberdade de escolherem os meios para alcançarem os fins. Ao contrário do regulamento (que é aplicado no direito interno dos estados membros logo após a sua entrada em vigor) a directiva tem que ser transposta para o direito interno.

A transposição consiste na adopção de medidas nacionais, destinadas a atingir os resultados propostos pelas directivas.

O artigo 83º, nº 3 do Tratado de Funcionamento da União Europeia, estabelece que um estado membro pode recorrer ao Conselho Europeu se considerar que os princípios fundamentais do seu sistema de segurança social ou do seu sistema de justiça penal são postos em causa pelo projecto legislativo em fase de adopção, o chamado “travão de emergência”, neste caso o Conselho Europeu pode pôr termo ao processo legislativo e solicitar uma nova proposta à Comissão.

Neste sentido vai também o artigo 6º do Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade onde se consagra o “princípio do alerta precoce”.

Estas disposições normativas garantem, embora do meu ponto de vista, de forma algo limitada, a soberania dos estados.

No artigo 8º nº 4 da Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra-se que *“As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.”*

Este respeito, constitucionalmente garantido pelos princípios fundamentais do estado de direito, sofre por via da transposição de algumas directivas fortes compressões, é o caso das directivas de combate e prevenção do branqueamento de capitais, quando impõem determinados deveres aos advogados que têm como consequência a violação do segredo profissional e do princípio da confiança, pilares do

exercício da advocacia, e constitucionalmente garantidos nos artigos 20º nº 2 e 3 e artigo 32º nº 3 da Constituição⁶.

Este é o objecto do presente trabalho.

⁶ **Artigo 20.º - Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva**

...

2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.

3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça.

Artigo 32.º - Garantias de processo criminal

...

3. O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória.

2 - Branqueamento de capitais e medidas de combate e prevenção

2.1 – Branqueamento de capitais

O termo branqueamento⁷, tem a sua origem nos EUA no tempo da Lei Seca, quando a criminalidade organizada adquiria lavandarias automáticas e empresas de limpeza de viaturas, com o fim de misturar as suas receitas com as provenientes do contrabando do álcool.

A “lavagem de dinheiro”, pode ser entendida como o processo, pelo qual o dinheiro proveniente de actividades ilícitas se consegue desvincular das suas origens, passando a ser reconhecido como proveniente de alguma actividade legalmente estabelecida.

É comum falar em três etapas do percurso da lavagem de dinheiro⁸: o primeiro chamado de colocação, que consiste na colocação do dinheiro de proveniência ilícita no sistema económico, o que pode suceder com a aquisição de bens, ou a criação de empresas fictícias, bem como através do sistema bancário onde se permitam certas facilidades (permissão de contas anónimas).

O segundo chamado de transformação. O que agora se faz, é movimentar o dinheiro, dentro da mesma instituição ou para outra instituição financeira, outro país, com a finalidade de dificultar a investigação (a perseguição do dinheiro).

Numa terceira fase chamada de integração, o dinheiro ilícito é inserido num ambiente financeiro respeitável, adquirindo um *status* de proveniência legítima.

O branqueamento de capitais, está previsto no nosso ordenamento jurídico-penal no artigo 368º- A do Código Penal⁹

⁷ Conclusões de M. Poiães Maduro — Processo C-305/05, Conclusões do Advogado Geral M. Poiães Maduro, apresentadas em 14 de Dezembro de 2006

⁸ Brandão, Nuno - Branqueamento de Capitais: Sistema comunitário de Prevenção, Coimbra Editora

⁹ Artigo 368.º-A **Branqueamento**

1 - Para efeitos do disposto nos números seguintes, consideram-se vantagens os bens provenientes da prática, sob qualquer forma de participação, dos factos ilícitos típicos de lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, tráfico de armas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal, tráfico de influência, corrupção e demais infracções referidas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, e dos factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos, assim como os bens que com eles se obtenham.

2 - Quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, directa ou indirectamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infracções seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal, é punido com pena de prisão de dois a doze anos.

As fontes de tal disposição, são a Convenção de Viena sobre o tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas de 19/12/1988, convenção esta assinada por Portugal em 1989 e ratificada em 06 de Setembro de 1991, apenas considerando o branqueamento, se doloso, e como facto precedente o tráfico de droga; a Convenção de Estrasburgo sobre branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime de 08 de Novembro de 1990, aprovada pela Resolução da Assembleia da República nº 70/97 de 13/12 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº 73/97, e a Directiva do Conselho de 91/308/CEE.

A disposição foi introduzida na lei penal pela Lei 11/2004 de 27/03 em transposição da directiva do Parlamento Europeu e do Conselho nº 2001/97/CEE de 04/12/2001.

A Lei 11/2004 foi revogada pela Lei 25/2008 de 05/06/2008, lei esta que transpõem para a ordem jurídica interna também as directivas 2005/60/CEE e 2006/60/CEE¹⁰.

Apesar do objectivo do presente trabalho, não ser uma análise exaustiva do crime de branqueamento de capitais, impõe-se no entanto, fazer um apanhado geral deste crime.

À semelhança do que sucede com outros crimes previstos e punidos pelo Código Penal (CP), o branqueamento encontra-se ligado à prática de outras infracções (como é também, por exemplo, o caso da receptação e do favorecimento pessoal) apesar de a condenação por este crime, não depender da condenação anterior ou simultânea pela prática da infracção subjacente.

O artigo 368º-A do Código Penal, prevê no nº 1 a tipificação dos crimes precedentes e inclui uma cláusula geral, que define como facto ilícito típico, todos

3 - Na mesma pena incorre quem ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou os direitos a ela relativos.

4 - A punição pelos crimes previstos nos n.os 2 e 3 tem lugar ainda que os factos que integram a infracção subjacente tenham sido praticados fora do território nacional, ou ainda que se ignore o local da prática do facto ou a identidade dos seus autores.

5 - O facto não é punível quando o procedimento criminal relativo aos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens depender de queixa e a queixa não tenha sido tempestivamente apresentada.

6 - A pena prevista nos nº 2 e 3 é agravada de um terço se o agente praticar as condutas de forma habitual.

7 - Quando tiver lugar a reparação integral do dano causado ao ofendido pelo facto ilícito típico de cuja prática provêm as vantagens, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em 1.ª instância, a pena é especialmente atenuada.

8 - Verificados os requisitos previstos no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada se a reparação for parcial.

9 - A pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens.

10 - A pena aplicada nos termos dos números anteriores não pode ser superior ao limite máximo da pena mais elevada de entre as previstas para os factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens.

¹⁰ Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica, 2010, anotação ao artigo 368º - A

aqueles, puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses, ou de duração máxima superior a cinco anos¹¹.

O bem jurídico protegido pela incriminação é a realização da justiça (na vertente da perseguição pelos tribunais da actividade criminosa).

Sendo certo que a punição do branqueamento, é uma forma de dissuadir o criminoso da prática dos crimes precedentes, e nesta medida se devem aplaudir as razões de política criminal que lhe estão subjacentes, havendo também razões de ordem económica, que não obstante nada terem a ver com a política criminal, são de crucial importância, desde logo o efeito que esta reciclagem de dinheiro tem na concorrência desleal, perturbando a circulação de bens no mercado, bem como afectando seriamente o sistema financeiro dos países e dando sinais errados aos mercados.

Como diz Faria Costa¹², todos estamos de acordo que se deve perseguir e punir seriamente o branqueamento de capitais, o problema é quando vemos que, por razões de ordem económica, os próprios estados incentivam a prática de actos, que podem bem ser aliciantes para os branqueadores, ao potenciar as chamadas zonas *offshore* para estimular a economia, e como plataformas de contratação (caso da Madeira).

Mais recentemente, tivemos o incentivo à captação de investimento externo, através dos chamados “*vistos gold*”, que a troca de um investimento imobiliário de € 500.000,00 permitiam a concessão de uma autorização de residência, levando a que esses cidadãos estrangeiros pudessem circular, livremente, dentro do espaço *Schengen*, abrindo a possibilidade de serem atraídos tanto os “bons” como os “maus” capitais.

Os comportamentos subjacentes ao tipo objectivo do crime de branqueamento, são os previstos nos números 2 e 3 do artigo 368º-A do Código Penal, a saber:

A operação de conversão, é aquela em que se procede à modificação da natureza jurídica ou fáctica dos valores patrimoniais.

A operação de transferência, corresponde à deslocação física de uma coisa móvel ou à alteração da detenção de valores patrimoniais.

As operações de auxílio e facilitação de operações de conversão ou transferência, são actos de cumplicidade, onde para alguns autores se inclui o caso dos honorários dos advogados (questão que será tratada mais à frente).

¹¹ A Directiva 2005/60/CEE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Outubro de 2005 acrescentou à lista de crimes considerados graves todos aqueles cujas infracções sejam puníveis com uma pena privativa da liberdade ou com uma medida de segurança de duração máxima superior a um ano ou, nos estados cujo sistema jurídico preveja sanções com um limite mínimo, as infracções puníveis com uma pena privativa de liberdade ou com uma medida de segurança de duração mínima superior a seis meses, alínea f) do nº 5 do artigo 3º da referida directiva.

¹² Direito Penal Económico e Europeu Textos Doutrinários vol III – Coimbra Editora – A criminalidade em um mundo globalizado.

Por fim, as acções de ocultação ou dissimulação, são acções de encobrimento da verdadeira natureza do capital.

Depois da Lei 11/2004, deixaram de se punir as condutas da simples utilização ou detenção das vantagens, a intenção do legislador foi, erradamente, a de submeter estas condutas ao crime de receptação.

Erradamente, porque a receptação incide sobre bens obtidos por outrem, que praticou um facto ilícito contra o património, enquanto o branqueamento pode incidir sobre bens obtidos pelo próprio e por crime de natureza não patrimonial.

A Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo, adoptada em Varsóvia em 16 de Maio de 2005, no artigo 9º sob a epígrafe de Infracções de branqueamento, dispõe na alínea a) do nº 2 que *“Para fins de execução ou de aplicação do n.º 1 do presente artigo: O facto de as Partes poderem exercer ou não a sua jurisdição relativamente à infracção subjacente não será tido em consideração”* e o nº5 do mesmo artigo 9º dispõe que *“Cada uma das Partes garantirá a possibilidade de condenação por branqueamento independentemente de condenação anterior ou simultânea pela prática de infracção subjacente”*. O que significa que, por um lado é irrelevante o local do cometimento do crime precedente, e por outro a condenação pelo crime de branqueamento não depende da condenação anterior, ou simultânea do crime subjacente, podem mesmo os autores do crime subjacente serem desconhecidos.

O tipo subjectivo do crime de branqueamento é exclusivamente doloso, para Paulo Pinto de Albuquerque¹³ tanto o nº 2 como o nº 3 do artigo 368º-A do Código Penal são incompatíveis com o dolo eventual, *“o dolo de dissimular ou esconder a origem da vantagem é incompatível com o dolo eventual, por maioria de razão, a intenção de dissimular a origem da vantagem prevista no nº 2 é incompatível com o dolo eventual.”*

Em anotação ao artigo 368º-A do Código Penal, M. Miguel Garcia e J. M. Castela Rio¹⁴ dizem que o crime de branqueamento é um crime doloso, bastando o dolo eventual.

Não querendo entrar nesta querela, sempre se pode dizer que na Alemanha se punem as condutas dolosas de branqueamento, em que o agente não representa, com negligência grosseira, a proveniência ilícita das vantagens, coisa que entre nós não é possível, porque é necessário, pelo menos, que o agente represente a possibilidade da origem ilícita das vantagens, mas que com ela se conforme, agindo na mesma (teoria da conformação, consagrada no artigo 14º nº 3 do Código Penal), isto para quem admita como possível o dolo eventual.

¹³ Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica, 2010

¹⁴ Código Penal, Parte Geral e Especial, Almedina, 2014

O dolo do agente, tem de abranger não só os comportamentos tipificados no artigo 368º- A nº 2 e 3 do Código Penal, como a proveniência ilícita das vantagens, isto é, o facto de elas provirem de um dos ilícitos típicos, previstos no nº 1 do mesmo artigo.

2.2 - Medidas de combate e prevenção

Vamos proceder a um apanhado geral das medidas de combate e prevenção ao branqueamento, sem prejuízo de uma mais profunda análise que adiante se fará.

O dever genérico de comunicar, consiste em informar de imediato o Procurador Geral da República e a Unidade de Informação Financeira (UIF) sempre que saibam, suspeitem ou tenham razões suficientes para suspeitar que ocorreu operação que configure a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo (art. 16º do Lei 25/2008 de 05 de Julho), no caso dos advogados a comunicação é feita na pessoa do bastonário da Ordem dos Advogados.

A directiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 04 de Dezembro de 2001, que altera a directiva 91/308/CEE, estende a sua cobertura a novos domínios da criminalidade e a novas actividades.

Inicialmente visados (Convenção de Viena) eram os crimes de tráfico de estupefacientes, e as entidades referidas eram os estabelecimentos de crédito e as instituições financeiras.

O GAFI¹⁵ (Grupo de Acção Financeira Internacional) já em 1996 e depois em 2001, reforçou a ideia de que se deveria alargar o âmbito de aplicação das medidas de luta contra o branqueamento às actividades financeiras, efectuadas por profissionais de áreas não financeiras.

Isto porque, cada vez mais se observava que os criminosos recorriam a outro tipo de profissionais, para obter conselhos, ou outro tipo de auxílios a fim de branquear fundos de origem criminosa.

Esta recomendação do GAFI, não podia deixar de ser levada em conta pela União Europeia.

Mesmo a directiva 91/308/CEE no seu artigo 12º, refere que os estados membros devem tornar extensiva a directiva a actividades profissionais que, não sendo de estabelecimentos de crédito ou instituições financeiras, exerçam actividades especialmente susceptíveis de serem utilizadas para efeitos de branqueamento de capitais.

As alterações que surgem na directiva 2001/97 são o resultado desta evolução.

¹⁵ GAFI, Les Quarente Recommendations, 1990, revistas em 1996 e em 2003

No artigo 2º A parte 5 da directiva, diz-se que estão obrigados aos deveres impostos pela presente directiva os notários e outros profissionais forenses, quando participem em determinadas actividades financeiras ou imobiliárias.

Se estas mesmas entidades, agirem em representação do cliente, a obrigação de informar diz respeito a toda e qualquer transação financeira ou imobiliária.

Neste aspecto a Lei 25/2008, distingue de forma mais clara as duas formas de o advogado intervir:

- Em representação (em nome e por conta do cliente)
- Prestando auxílio ao cliente, sendo este quem dá a cara.

Se o advogado age em representação do cliente, a lei considera que o seu envolvimento é maior, pelo que os seus deveres são activados sempre que estiver em causa qualquer operação financeira ou imobiliária (qualquer que seja a sua natureza) (artigo 4º F), diferente é se o advogado prestar auxílio ao cliente, aí a lei enumera taxativamente as operações que activam os seus deveres.

A directiva de 2005 e já antes a de 2001, esforçaram-se por proteger as informações obtidas antes, durante ou depois do processo:

- no exercício de defesa ou representação do cliente num processo judicial
- a respeito de um processo judicial
- no âmbito do aconselhamento relativo à forma de evitar um processo judicial.

Estas duas últimas, enquadram-se no âmbito da consulta jurídica.

O nosso artigo 35º da Lei 25/2008, não abrange tudo na consulta, apenas está protegido aquilo que se considera ser a avaliação da situação jurídica do cliente, esta é a zona de salvaguarda do segredo profissional do advogado.

Vitalino Canas dá o seguinte exemplo¹⁶: o advogado “A” é contratado para aconselhar sobre uma operação de compra de imóveis, para colocar de forma juridicamente correcta certos recursos financeiros, em valores imobiliários numa zona *offshore*.

Não se trata, para este autor, de um acto de avaliação da situação jurídica do cliente, logo está obrigado ao dever de comunicar a sua suspeita, sob pena de sofrer as sanções disciplinares, previstas no art. 58º da Lei 25/2008 que vão desde a multa à expulsão.

¹⁶ Canas, Vitalino - As Medidas de Natureza Preventiva Contra o Branqueamento e o Financiamento do Terrorismo, Lisboa, 2008

Mas mesmo com estas cautelas, entende a Ordem dos Advogados Portugueses no Parecer de 25/03/2013 que são insuficientes as ressalvas relativas aos advogados, de forma a garantir o segredo profissional.

Na minha opinião, está violado o “princípio da confiança” que é um princípio fundamental no exercício da advocacia.

Na verdade, o segredo profissional e o princípio da confiança, são os pilares do exercício da advocacia, e tanto no Código Deontológico dos Advogados Europeus, como no Estatuto da Ordem dos Advogados Portugueses (artigo 87º) estes são direitos-deveres protegidos.

O advogado deve recusar, de forma inequívoca qualquer colaboração ou intervenção nestes actos, e não estar obrigado a comunicar, sob pena de, por via do direito comunitário, violar uma das garantias fundamentais de um estado de direito, o qual não pode prescindir do dever do segredo profissional imposto aos advogados, para assegurar a confiança do cidadão e a defesa dos seus direitos e liberdades fundamentais e desta forma, garantir a boa administração da justiça, através de um processo justo e equitativo.

É às autoridades policiais e judiciais que compete proceder à investigação criminal, os advogados não podem, em hipótese alguma, transformar-se em colaboradores da polícia ou do Ministério Público contra os seus clientes.

A directiva de 2001, na parte final do considerando 17, faz referência à consulta jurídica e diz que ela deixa de estar sujeita à obrigação do segredo profissional, se o consultor, participar em actividades de branqueamento ou se o advogado souber que o cliente pede aconselhamento jurídico para efeitos de branqueamento.

No primeiro caso, está subjacente a violação do princípio da proibição da auto incriminação.

No segundo, o que se pretendeu foi que os estados membros na transposição da directiva, excluam a possibilidade de exoneração nos casos em que o advogado saiba que lhe foi pedida uma consulta jurídica, com o fim de promover uma acção de branqueamento.

3 - Directivas da UE e a Lei 25/2008

As directivas sobre prevenção do branqueamento de capitais, provocaram um mal-estar geral em todos os advogados da União Europeia.

A primeira, a Directiva 91/308/CEE que apesar de se referir apenas às instituições financeiras, diz no seu artigo 12º que os estados membros procurarão tornar a totalidade ou parte das disposições da presente directiva, extensivas às profissões que exerçam actividades especialmente susceptíveis de ser utilizadas para efeitos de branqueamento de capitais, foi alterada pela Directiva 2001/97/CE que prevê no seu artigo 2º-A, nº 5, entre outras actividades as dos profissionais forenses.

O artigo 2º-A, nº 5 da referida directiva, esclarece que os profissionais forenses ficam vinculados aos deveres nela previstos quando, prestando assistência na concepção ou execução de transacções por conta dos clientes relacionadas com: a) compra e venda de bens imóveis; b) gestão de fundos, valores mobiliários ou outros activos; c) abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários; d) organização dos fundos necessários à criação, exploração ou gestão de sociedades; e) criação, exploração ou gestão de trusts, de sociedades ou de estruturas análogas; como se vê se o advogado presta mera assistência, a lei tipifica as condutas que accionam os seus deveres, ficam também vinculados os profissionais forenses que ajam em nome e por conta dos clientes, mas agora em quaisquer transacções financeiras ou imobiliárias.

Se o advogado, apenas prestar assistência ao cliente e nesse âmbito a transacção tiver a ver com bens móveis, como por exemplo um quadro valioso, não está obrigado aos deveres impostos pela directiva, apesar de, poder saber que o seu cliente é um branqueador, já assim não é se o advogado agir em nome e por conta do cliente, ou seja em sua representação, e isto porque se considera que neste último caso, o advogado tem uma responsabilidade acrescida, porque age pela sua própria cabeça.

Esta norma, permite sob a capa da legalidade, que um advogado preste assistência ao cliente, na concepção ou execução de transacções de bens móveis de grande valor, sem que sejam activados os deveres impostos pela directiva.

O artigo 6º, nº 3, 1ª parte, confere aos estados membros a possibilidade de designarem uma autoridade, que deva ser informada dos factos a que se refere a alínea a) do nº 1 (quaisquer factos que possam constituir indícios de operações de branqueamento de capitais), que entre nós é o bastonário da Ordem dos Advogados.

Antes da directiva 2005/60/CEE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Outubro de 2005, este podia e devia tomar conhecimento de todos os factos e fazer a sua triagem. Com esta directiva, que no seu artigo 23º estipula que o organismo de auto regulação designado pelos estados deve transmitir, prontamente e sem filtragem, à

Unidade de Informação Financeira (UIF), acaba por se tornar o bastonário num mero correio.

Na 2ª parte do mesmo artigo, estabelece-se, relativamente aos advogados uma limitação. Não são accionados os deveres impostos pela directiva quando as informações por eles recebidas de um dos seus clientes, ou obtidas sobre um dos seus clientes, na determinação da situação jurídica por conta do cliente, ou no exercício da sua missão de defesa ou de representação desse cliente num processo judicial, ou a respeito de um processo judicial, inclusivamente quando se trate de conselhos relativos à forma de instaurar ou evitar um processo judicial, quer essas informações tenham sido recebidas ou obtidas antes, durante ou depois do processo.

A directiva usa a expressão “*avaliação da situação jurídica do cliente*” em vez de consulta jurídica, o que parece querer dizer que a consulta jurídica é mais abrangente, ficando por esclarecer a delimitação do conceito de avaliação da situação jurídica do cliente.

Esta directiva foi transposta para o nosso ordenamento jurídico interno, através da Lei 11 de 2004 revogada pela Lei 25 de 2008, que cumpre agora analisar.

A Lei 25/2008, no que para este trabalho importa, que é o papel do advogado, e conjugando os artigos 4º alínea f) e 35º, nº 2, estabelece que não são abrangidas pelo dever de comunicação, as informações obtidas no contexto da avaliação da situação jurídica do cliente, no exercício da sua missão de defesa no âmbito de um processo judicial, incluindo o aconselhamento relativo à maneira de propor ou evitar um processo, bem como as informações que sejam obtidas antes, durante ou depois de um processo, transpondo assim, quase textualmente o artigo 6º, nº 3 da Directiva 2001/97/CE e o artigo 23º, nº 2 da Directiva 2005/60/CE. Ficando apenas sujeitos aos deveres impostos pela Lei 25/2008 os advogados que intervenham, ou assistam por conta de um cliente, ou noutras circunstâncias como gestores de negócios (artigo 4º alínea f)).

Quanto aos deveres a que estão sujeitos os advogados, o artigo 35º, nº 1 fala do dever de comunicação, dever este que consiste em informar o bastonário da Ordem dos Advogados sempre que saibam, suspeitem ou tenham razões suficientes para suspeitar que teve lugar, está em curso ou foi tentada, uma operação susceptível de configurar um crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo.

O nº 3 do artigo 35º, refere os deveres de abstenção e de colaboração. Quanto ao dever de colaboração ou informação, este tem que ser conjugado com o artigo 18º, e teremos que concluir que só no âmbito de um inquérito pode ser solicitada a colaboração do advogado, sendo necessário, portanto, que haja um inquérito aberto. A colaboração não pode ser solicitada por qualquer entidade e por forma, a recolher informação para eventual notícia do crime.

O dever de abstenção, diz respeito à obrigação de se abster de executar qualquer operação, sempre que saibam ou suspeitem estarem relacionadas com a prática dos crimes de branqueamento ou de financiamento do terrorismo.

Intimamente ligado a estes três deveres, está o dever de segredo, isto é o advogado não pode revelar ao seu cliente que vai transmitir informações por ele fornecidas (artigo 19º, nº 1).

As informações prestadas, não constituem violação de qualquer dever de segredo, imposto quer por lei, regulamento, ou contratualmente, desde que prestadas de boa-fé (artigo 20º), este artigo protege ainda no seu nº 2 a identidade dos informadores.

A boa-fé de que fala o artigo 20º, constitui uma cláusula de exclusão da responsabilidade. Nuno Brandão¹⁷, diz que esta exigência, mesmo que não fosse imposta resultaria já dos princípios gerais, estaríamos perante um daqueles casos em que a justificação “*é constituída somente pela prossecução de um fim determinado, aqui o de dar conhecimento às autoridades de indícios reveladores de actividades de branqueamento de capitais*”.

No artigo 36º, o legislador pretendeu que o advogado, antes de informar a entidade competente, tente dissuadir o seu cliente da realização de um acto, ou de uma actividade consideradas ilegais, com argumentos jurídicos.

Os advogados que violarem os deveres impostos pela presente lei, ficam sujeitos à responsabilidade disciplinar nos termos do artigo 58º, nº 1, 2 e 3¹⁸:

¹⁷ Brandão, Nuno, Branqueamento de Capitais: O sistema comunitário de prevenção, Coimbra Editora

¹⁸ Artigo 58.º

Infracções praticadas por advogados

1 - A infracção por qualquer advogado dos deveres a que está adstrito de acordo com a presente lei implica a abertura de procedimento disciplinar pela Ordem dos Advogados nos termos gerais, de acordo com o Estatuto da Ordem dos Advogados.

2 - As penas disciplinares aplicáveis são:

a) Multa entre €2500 e €250 000;

b) Suspensão até 2 anos;

c) Suspensão por mais de 2 e até 10 anos;

d) Expulsão.

3 - Na aplicação das penas e na respectiva medida e graduação deve atender-se à gravidade da violação dos deveres que cabem aos advogados nos termos da presente lei, tomando como referência os critérios enunciados no artigo 126.º do Estatuto da Ordem dos Advogados.

4 - Compatibilizar as Directivas comunitárias com o segredo profissional e o Princípio da confiança

Os deveres impostos aos advogados pelas directivas que foram transpostas para a Lei 25/2008, principalmente o dever de comunicação, constituem uma violação do segredo profissional e do princípio da confiança, pilares do exercício da advocacia e constitucionalmente garantidos nos artigos 20º, nº 2 e 3 da Constituição da República Portuguesa.

É também violado o artigo 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, bem como o artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em ambos os casos se garante o direito a um processo equitativo.

A profissão de advogado, tem de ser exercida com isenção e independência, tendo no sigilo profissional a garantia da sua dignidade - não é por acaso que quanto mais totalitário é o regime, menos tolerado é o sigilo profissional.

É claro que o segredo profissional, tal como todos os outros direitos, não é absoluto. Há circunstâncias em que ele cessa, desde logo nos casos previstos nos próprios Estatutos da Ordem dos Advogados, quando o levantamento do sigilo seja no exclusivo interesse do cliente, ou quando seja absolutamente necessário para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado.

A cessação do segredo profissional, pode ser por iniciativa da autoridade judiciária, quando for utilizado o mecanismo do artigo 135º, nº 3 e 5 do Código de Processo Penal¹⁹.

O artigo 135º do Código de Processo Penal^{20 21} no seu nº 1, dispõe que os advogados se podem escusar a depor sobre factos abrangidos pelo segredo profissional, no nº 2 se a autoridade judiciária considerar que há dúvidas sobre a legalidade da escusa, procede às averiguações necessárias e o tribunal superior aquele em que o incidente tiver sido suscitado, pode decidir da prestação do testemunho, com quebra do segredo profissional, sempre que esta se mostre justificada seguindo o princípio da prevalência do interesse preponderante, tendo em conta a imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de protecção de bens jurídicos, sendo obrigatório ouvir o organismo representativo da profissão relacionada com o segredo profissional em causa.

¹⁹ Canas, Vitalino in Estudos em Homenagem do Professor Doutor António Marques dos Santos – O Segredo Profissional dos Advogados

²⁰ De Albuquerque, Paulo Pinto, Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica, 2011

²¹ Gaspar, António Henriques; Cabral, José António Henriques dos Santos; Costa, Eduardo Maia, Código de Processo Penal Comentado, Almedina 2014

Este apertado regime, tem a ver com o caracter de ordem publica do dever de sigilo, na verdade o artigo 87º n° 5 do Estatuto da Ordem dos Advogados, acrescenta que não podem fazer prova em juízo as declarações do advogado, com violação do segredo profissional.

O advogado está vinculado ao segredo profissional, quer quando os seus serviços são contratados de forma duradoura/espórádica, quer haja ou não representação do cliente, e mesmo que o advogado não chegue a aceitar o serviço para o qual foi procurado.

A tutela penal do segredo profissional do advogado, está consagrada no artigo 195º do Código Penal, bem como nos artigos 88º, n° 1 e 87º, n° 1 al. a) e f) do Estatuto da Ordem dos Advogados.

É inconcebível, que o advogado tenha que comunicar qualquer informação prestada pelo cliente, como lhe é imposto pela Lei 25/2008, substituindo-se aos órgãos próprios da investigação criminal.

O Estatuto da Ordem dos Advogados no artigo 85º²² - “Deveres para com a comunidade”, no seu n° 2 al. b), consagra o direito de o advogado recusar o patrocínio a questões que considere injustas.

É no próprio Estatuto da Ordem dos Advogados, que se encontra a solução para os casos em que o advogado se depare com uma presumível acção de branqueamento - recusando-se pura e simplesmente a patrocinar, auxiliar ou aconselhar o cliente.

Se o advogado, dolosamente, prestar auxilio ou de alguma forma facilitar operações de conversão ou transferência, torna-se cúmplice, incorrendo ele próprio no crime de branqueamento de capitais, previsto e punido no artigo 368º-A do Código Penal.

²² **Artigo 85.º - Deveres para com a comunidade**

1 - O advogado está obrigado a defender os direitos, liberdades e garantias, a pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e instituições jurídicas.

2 - Em especial, constituem deveres do advogado para com a comunidade:

a) Não advogar contra o Direito, não usar de meios ou expedientes ilegais, nem promover diligências reconhecidamente dilatórias, inúteis ou prejudiciais para a correcta aplicação de lei ou a descoberta da verdade;

b) Recusar os patrocínios que considere injustos;

c) Verificar a identidade do cliente e dos representantes do cliente, assim como os poderes de representação conferidos a estes últimos;

d) Recusar a prestação de serviços quando suspeitar seriamente que a operação ou actuação jurídica em causa visa a obtenção de resultados ilícitos e que o interessado não pretende abster-se de tal operação;

e) Recusar-se a receber e movimentar fundos que não correspondam estritamente a uma questão que lhe tenha sido confiada;

f) Colaborar no acesso ao direito;

g) Não se servir do mandato para prosseguir objectivos que não sejam profissionais;

h) Não solicitar clientes, por si ou por interposta pessoa.

Ficando assim, salvaguardado o princípio da confiança e da lealdade na relação entre advogado e cliente.

O Manifesto Sobre a Política Criminal Europeia, define como princípios de política criminal, entre outros, o princípio da necessidade e da subsidiariedade no âmbito do direito penal europeu. Segundo estes princípios o legislador europeu só pode legislar em matéria penal quando uma medida: a) não seja eficaz no âmbito dos estados membros e; b) devido à sua extensão ou a sua eficácia possa ser melhor alcançada no âmbito da União Europeia.

Por outro lado, o legislador europeu não pode exercer a sua competência em matéria penal, quando esta entra em contradição com as leis constitucionais dos estados membros, com a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais e cuja lesão se revele, gravemente danosa para a sociedade.

O ordenamento jurídico português, com as normas e regulamentos que já contém, acautela de forma eficaz as necessidades de prevenção e combate ao branqueamento de capitais (como de qualquer outro crime), sem violar princípios constitucionalmente garantidos, não havendo, portanto, necessidade de o legislador europeu se pronunciar sobre esta matéria.

5 – Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Junho de 2007 (Processo C-305/05)

O Tribunal de Justiça da União Europeia, garante a interpretação e a aplicação uniformes da legislação da União Europeia em todos os estados membros.

O artigo 267^{o23} do Tratado de Funcionamento da União Europeia que prevê o reenvio prejudicial, consagra-o como um mecanismo de integração, através da cooperação de juízes, constituindo assim um instrumento de cooperação entre o Tribunal de Justiça e os tribunais nacionais.

O reenvio prejudicial²⁴, nas palavras de Miguel Gorjão Henriques “*visa garantir que, em todo e em cada um dos processos quer decorrem perante os órgãos jurisdicionais nacionais e onde se suscitem questões de direito da União Europeia, a uniformidade da interpretação das normas da União seja garantida em último termo pelo Tribunal de Justiça*”.

O Processo C-305/05, tem por objecto um pedido de decisão prejudicial, apresentado pela *Cour d'arbitrage*, actual *Cour constitutionnelle* (Bélgica), por decisão de 13 de Julho de 2005, entrado no Tribunal de Justiça em 29 de Julho de 2005, no processo *Ordre des barreaux francophones et germanophone, Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, Ordre des barreaux flamands e Ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles* contra *Conseil des ministres*, sendo intervenientes o *Conseil des barreaux de l'Union européenne* e *Ordre des avocats du barreau de Liège*.

O pedido de decisão prejudicial, tem por objecto a validade do artigo 2º-A, nº5 da Directiva 91/308/CEE do Conselho, de 10 de Junho de 1991, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais, na redacção dada pela Directiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de Dezembro de 2001.

²³ Artigo 267.º

(ex-artigo 234.º TCE)

O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

a) Sobre a interpretação dos Tratados;

b) Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.

Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível.

²⁴ Henriques, Miguel Gorjão, *Direito da União*, Almedina, 2010, 6ª edição

Este artigo, estende aos advogados as obrigações estabelecidas na Directiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de Dezembro de 2001.

Em causa estava o dever do advogado comunicar, de acordo com o artigo 6º da mesma directiva, ao organismo adequado de auto-regulamentação da respectiva profissão, informando-o de quaisquer factos que pudessem constituir indícios de operações de branqueamento de capitais.

Os autores, neste processo consideraram que a norma que transpunha a directiva, e a própria directiva neste segmento, violavam a Convenção Europeia para a Protecção do Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, no seu artigo 6º sob a epigrafe “Direito a um Processo Equitativo”²⁵

No órgão jurisdicional de reenvio, as ordens demandantes sustentaram que o alargamento aos advogados da obrigação de informar as autoridades competentes, sempre que tomem conhecimento de factos que saibam ou suspeitem estarem ligados ao branqueamento de capitais, lesam de forma injustificada os princípios do segredo profissional e da independência do advogado, elementos constitutivos do direito fundamental de todos os particulares a um processo equitativo e ao respeito dos direitos de defesa, dizendo as ordens demandantes que estariam assim violados os artigos 10º e 11º da Constituição belga, em conjugação com o artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, com os princípios gerais do direito em matéria de direitos de defesa, e com os artigos 47º e 48º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

²⁵ Artigo 6.º

(Direito a um processo equitativo)

1. *Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.*

2. *Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.*

3. *O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:*

a) *Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;*

b) *Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;*

c) *Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;*

d) *Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;*

e) *Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.*

Mais dizem as ordens demandantes, que as obrigações de denúncia e de incriminação do cliente, ultrapassam a mera violação do segredo profissional, pelo que rompem em absoluto a relação de confiança entre cliente e advogado, e o facto de o legislador belga, ao transpor as disposições da Directiva 91/308, se ter limitado, no tocante aos advogados, às obrigações de informação (comunicação) e cooperação, não deixam de levar a uma situação de grave insegurança jurídica.

No ponto 32 do Acórdão concluem os Autores que nenhum “...advogado estará em condições de assegurar adequadamente a sua missão de aconselhamento, defesa e representação do seu cliente, ficando este conseqüentemente privado dos direitos que lhe são conferidos pelo artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, se o primeiro, no âmbito de um processo judicial ou da sua preparação, for obrigado a colaborar com as autoridades públicas mediante a transmissão de informações obtidas em consultas jurídicas que tiveram lugar no âmbito desse processo.”

Apesar da brilhante argumentação dos recorrentes, o Tribunal de Justiça concluiu que o artigo 2-A, nº 5 e o artigo 6º, nº 3 da Directiva 91/308, na redacção que lhe foi dada pela Directiva 2001/97, não viola qualquer das disposições atrás referidas e isto por duas razões fundamentais, por um lado o segredo profissional pode sofrer limites, desde que seja respeitado o princípio da proporcionalidade, por outro lado o artigo 6º, nº 3 restringe os casos em que o advogado é obrigado a comunicar, ficando esta obrigação limitada aos casos em que o advogado age mais como gestor de negócios.

O Tribunal de Justiça, considera que face à necessidade de lutar eficazmente contra o branqueamento de capitais, que tem uma influência directa na expansão do crime organizado, está justificada e de acordo com o princípio da proporcionalidade a compressão do segredo profissional.

Mais considera que os advogados, exercem hoje um número de actividades muito diversas, que ultrapassam o mero âmbito das competências tradicionais de representação jurídica e consultadoria, podendo ser assim utilizados pelos branqueadores para atingirem os seus objectivos ilícitos.

Como se pode ver, as directivas atrás mencionadas e no que diz respeito ao advogado, levantaram questões de difícil resolução.

A solução dada pelo Tribunal de Justiça não resolve, na minha opinião, as questões levantadas, a única coisa que o tribunal faz, é esclarecer que a violação do segredo profissional, está neste caso, justificada, ao abrigo da dita directiva (à semelhança do que faz o nosso artigo 31º, nº 2 al. c) do Código Penal).

Apesar das decisões do Tribunal de Justiça terem carácter vinculativo, é difícil compatibilizar esta decisão em concreto com os princípios constitucionais da ordem jurídica belga e da nossa (artigo 20º, nº 2 e 3 e artigo 32º, nº 3 da Constituição da República).

Em conclusão, não há justificação possível para a violação de uma regra deontológica básica das relações profissionais do advogado com o seu cliente, o que o advogado deve fazer, se estiver perante um caso com a gravidade do que temos vindo a mencionar, é abster-se de aconselhar e tentar dissuadir o cliente da prática dos actos ou actividades ilegais, porque tudo o resto, cabe às instituições que têm por função a investigação e o combate ao crime.

6 – Os honorários dos advogados. O “caso alemão”

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 13/2007 de 22 de Março^{26, 27}, fixou jurisprudência segundo a qual “ *na vigência do artigo 23º do DL 15/93 de 22 de Janeiro, o agente do crime previsto e punido pelo artigo 21º, nº1 do mesmo diploma cuja conduta posterior preenchesse o tipo de ilícito da alínea a) do seu nº 1, cometera dois crimes em concurso real*”. Ficou esclarecido que o agente do crime precedente, podia ser autor do crime de branqueamento e ser assim punido pelos dois crimes.

Pode também acontecer que o autor do crime de branqueamento, não seja o mesmo do crime antecedente, este é um crime que pode ser cometido por qualquer pessoa (crime comum), outra ideia a reter é a de que a condenação pelo crime de branqueamento não depende de condenação anterior ou simultânea por crime subjacente.

A questão que se levanta agora, é como qualificar o recebimento de honorários, quando o advogado sabe, ou presume da origem ilícita desse dinheiro.

Deixando de lado a questão da actuação a título de dolo directo ou eventual por parte do advogado, ou mesmo a negligência grosseira, vamos tomar como exemplo um “advogado do crime” que tenha um cliente (acusado pelo crime de tráfico de estupefacientes) que sabe, até por já o ter patrocinado em vários processos pelo mesmo crime, e que não tem nenhuma outra fonte de rendimento para além das vantagens do próprio crime, e que inclusivamente lhe paga os honorários em numerário.

Claro que se trata de um exemplo, que é o mais simples e evidente que consegui arranjar.

O advogado por estar na pendência de um processo, mesmo que saiba que o cliente investe o produto do crime, por exemplo na compra de imóveis, sendo portanto um branqueador, não está obrigado, nem deve denunciá-lo, como já anteriormente vimos (por estar na pendência de um processo judicial); sabemos também que a nossa Constituição garante o direito à defesa de todo o cidadão no artigo 20º, nº 2.

Pode este advogado receber os honorários, correspondentes à acção que patrocina sem cometer o crime do artigo 368º-A, nº 2 do Código Penal?

Na Alemanha o acórdão do Bundesgerichtshof - BGH, de 4 de Julho de 2001²⁸ condenou dois advogados pelo crime de branqueamento, depois destes terem

²⁶ Caeiro, Pedro, A Consunção do Branqueamento pelo facto precedente, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da FDUC

²⁷ Godinho, Prof. Doutor Jorge A. F., Sobre a Punibilidade do Autor de um Crime pelo branqueamento das vantagens dele resultantes, in Estudos em Homenagem do Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias

²⁸ Disponível: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgibin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2001-7&Seite=7&nr=21352&pos=218&anz=237>

patrocinado uma causa relativa a um crime financeiro, e de terem recebido os respectivos honorários, pagos com o produto desse crime.

O Supremo, entendeu que a conduta dos advogados encobriu a origem ilícita do dinheiro, e considerou que o acusado, que somente possui bens de origem ilícita, deve ser equiparado ao acusado que não possui qualquer bem, a justificar assim a nomeação de um advogado oficioso.

A partir dessa decisão, a jurisprudência alemã, passou a admitir a condenação por branqueamento, quando se fizesse prova de que o advogado conhecia, ou devia conhecer, a origem ilícita dos valores utilizados para o pagamento dos seus honorários.

Os advogados em causa recorreram para o Tribunal Constitucional alemão, argumentando que desta forma se violava o livre exercício da profissão, o direito da livre escolha do defensor por parte do cliente e de que a presunção de inocência, impedia que eles duvidassem da origem do dinheiro dos honorários, mais diziam que todo o acusado tem direito a ser assistido por defensor técnico, também lhe sendo assegurado o direito ao silêncio.

O Acórdão do Tribunal Constitucional alemão (Bundesverfassungsgericht – BverfG) de 30 de Abril de 2004²⁹ é de opinião que da garantia do livre exercício profissional, decorre o direito de receber os honorários, mas que o exercício da advocacia não está livre de controles, se o advogado conhece a origem ilícita do dinheiro destinado ao pagamento dos seus honorários, e ainda assim os recebe, comete o crime de branqueamento.

O Tribunal Constitucional, rejeitou a solução dada pelo Supremo no que toca à nomeação do advogado oficioso, considerando que na sua actuação o advogado que deve prestar assistência ao cliente, e não receber os respectivos honorários, entendendo que o dever de assistência se sobrepõe a esse recebimento. Assim, os advogados deveriam ter cumprido o seu dever de assistência, mas recusar o recebimento dos honorários, que sabiam ser pagos com dinheiro de proveniência ilícita.

No caso alemão, e no exemplo por mim dado o advogado deve defender o seu cliente de forma gratuita?

Em Portugal, não existe a figura do defensor público, daí que a maior parte dos advogados que se dedicam, quase exclusivamente ao crime, trabalhariam *pro bono*?

Na minha opinião, estaria aqui justificada a ideia de “adequação social”.

Para Welzel “A acção socialmente adequada está desde o início excluída do tipo, porque se realiza dentro do âmbito de normalidade social.”

²⁹Disponível:<https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20040330_2bvr152001.html>.

Não se confunde com uma causa de justificação, porque com esta, a acção só não é crime, apesar de socialmente inadequada, em razão de uma autorização especial para a realização da acção típica.

Esta é a essência da chamada teoria da ‘adequação social da conduta’: as condutas que se consideram ‘socialmente adequadas’ não podem ser delitos, e portanto, devem ser excluídas do âmbito da tipicidade.”³⁰

Defendo, por isso, que deveria ser criada a figura do defensor público, evitando-se assim problemas como este, e muitos outros, que não cabe neste trabalho analisar.

A defesa da ideia de adequação social tem, naturalmente, a ver com a fixação dos honorários segundo critérios de razoabilidade, a exemplo do que se faz com qualquer outro cliente.

A não ser assim - como no exemplo que dei de alguém que embora habitualmente se dedique à prática de crimes, possa estar inocente no caso concreto – estaremos a negar o direito à escolha do advogado, constitucionalmente consagrado e por outro lado a negar ao advogado, o direito ao livre exercício da profissão, na medida em que se impede o recebimento dos honorários, devidos pelos serviços prestados.

A investigação e perseguição do crime, não cabem aos advogados, e é este um dos fundamentos e alicerces da independência da profissão.

³⁰ Dias, Figueiredo, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora

7 – CONCLUSÕES

As directivas da União Europeia, em matéria de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, no que concerne ao deveres impostos aos advogados, para desta forma colaborarem com as autoridades de investigação criminal são letra morta, na medida em que nunca nenhum advogado sentiu que estes deveres fossem accionados, na sequência da sua actividade profissional.

A ex-Vice Presidente do Conselho Geral do Ordem dos Advogados Portugueses, Dra. Arménia Coimbra³¹ disse que, até Julho de 2014, nenhum advogado cumpriu a directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais.

Apesar das fortes sanções que esta directiva prevê para o seu incumprimento, o que desde logo, evidencia a importância que o seu cumprimento tem para as instituições comunitárias, o certo é que ela não tem aplicabilidade em concreto.

Não havia sequer necessidade da transposição deste segmento da directiva, uma vez que a nossa legislação interna, já prevê de forma eficaz esta necessidade de, em certos casos, o segredo de justiça poder ser violado, sem o advogado cometer o crime do artigo 195º do Código Penal, acionando o mecanismo previsto no artigo 135º do Código de Processo Penal.

Para além disso, o advogado por dever deontológico e profissional, deve recusar o patrocínio nos casos que considere injustos, e aí estão, certamente incluídas todas aquelas formas de auxílio ao branqueamento.

Não agindo, o advogado estará a dar dignidade à sua profissão, sem necessidade de violar o segredo profissional. Para o ex-bastonário da Ordem dos Advogados, Dr. Augusto Lopes Cardoso³², *“o segredo profissional está no cerne e também na essência da advocacia, sem este a profissão não existe”*.

A questão dos honorários é referida no presente trabalho, por ser fruto de decisões transnacionais, a merecerem de futuro uma tomada de posição por parte das instituições europeias e uma definição clara do que fazer, como o fazer e na minha opinião, impõe-se pensar na criação da figura de um defensor público (totalmente diferente do actual advogado officioso), cujo exercício profissional não dependa do pagamento de honorários por parte do cliente, mas que seja assegurado de forma digna por parte do Estado.

³¹ Coimbra, Arménia, Os Advogados e o dever do silêncio, disponível em: http://www.dn.pt/inicio/opiniao/interior.aspx?content_id=4041619&seccao=Convidados

³² Cardoso, Augusto Lopes, A Directiva sobre o Branqueamento de Capitais e o Segredo Profissional da Advocacia, uma “Transposição”... “Transposta” avant la lettre, in Boletim da OA, nº 27 Julho/Agosto 2003

BIBLIOGRAFIA

A Jurisdição Penal da União Europeia como Meta-Jurisdição in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra in Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol. III, Coimbra Editora, 2012.

Boister, Neil, Transnational Criminal Law?, disponível na internet em: <http://www.ejil.org/pdfs/14/5/453.pdf>

Brandão, Nuno, Branqueamento de Capitais: Sistema comunitário de Prevenção, Coimbra Editora, Coimbra Editora, Julho 2002.

Caeiro, Pedro, A Consunção do Branqueamento pelo facto precedente, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da FDUC.

Caeiro, Pedro, Direito Penal Económico e Europeu, Textos Doutrinários – Cooperação Judiciária na União Europeia.

Canas, Vitalino - As Medidas de Natureza Preventiva Contra o Branqueamento e o Financiamento do Terrorismo, Lisboa, 2008.

Canas, Vitalino in Estudos em Homenagem do Professor Doutor António Marques dos Santos – O Segredo Profissional dos Advogados.

Cardoso, Augusto Lopes, A Directiva sobre o Branqueamento de Capitais e o Segredo Profissional da Advocacia, uma “Transposição”... “Transposta” avant la lettre, in Boletim da Ordem dos Advogados, nº 27 Julho/Agosto de 2003.

Coimbra, Arménia, Os Advogados e o dever do silêncio, disponível : <http://www.dn.pt/inicio/opiniaio/interior.aspx?contentid=4041619&seccao=Convidados>.

Conclusões de M. Poiares Maduro - Processo C-305/05, Conclusões do Advogado Geral M. Poiares Maduro, apresentadas em 14 de Dezembro de 2006 disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=64724&pageIndex=0&doclang=P T&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=465652>.

De Albuquerque, Paulo Pinto Comentário do Código Penal à luz da Constituição da Republica e da CEDH, 2ª edição.

De Albuquerque, Paulo Pinto Comentário do Código Penal, anotação ao artigo 368º - A.

Dias, Figueiredo, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora.

Direito Penal Económico e Europeu Textos Doutrinários vol. III – Coimbra Editora – A criminalidade em um mundo globalizado.

GAFI, Les Quarente Recommendations, 1990, revistas em 1996 e em 2003, disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/FATF%20Standards%20-%20quarante%20recommandations%20rc.pdf>

Godinho, Prof. Doutor Jorge A. F., Sobre a Punibilidade do Autor de um Crime pelo branqueamento das vantagens dele resultantes, in Estudos em Homenagem do Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da FDUC.

Henriques, Miguel Gorjão, Direito da União, Almedina, 2010, 6ª edição.

Manifesto sobre a Política Criminal Europeia, disponível em:
<https://sites.google.com/site/eucrimpol/manifest/espanol>.

Parecer da Ordem dos Advogados de 25/03/2013, disponível em:
http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=135557&idsc=115187&ida=124406.

Rodrigues, Anabela – Direito Penal Europeu Emergente – Coimbra Editora 2008.

Rodrigues, Anabela Miranda; da Mota, José Luís Lopes, Para uma Política Criminal Europeia, Coimbra Editora 2002.

JURISPRUDÊNCIA:

Acórdão do STJ nº 13/2007 de 22/03/2007 disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b3054e9c1b1eb8b9802573b7003ad380?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 26 de Junho de 2007, disponível:
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=61675&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=465652>.

Acórdão (Bundesverfassungsgericht – BverfG) de 30/04/2004

Acórdão do Bundesgerichtshof - BGH, de 4 de Julho de 2001

LEGISLAÇÃO:

CEDH

Directiva 201/97/CEE publicada no Jornal Oficial nº L344 de 28 de Dezembro de 2001

Directiva 205/60/CEE publicada no Jornal Oficial nº L309 de 25 de Novembro de 2005

Directiva 91/308/CEE publicada no Jornal Oficial nº L166 de 28 de Junho de 1991

EOA

Lei 25/2008 de 05 de Junho de 2008

Tratados da União Europeia (versão consolidada de acordo com o Tratado de Lisboa), Porto Editora, 2ª Edição 2013

ÍNDICE

1 - Harmonização do Direito Penal levada a cabo através de Directivas	3
2 - Branqueamento de capitais e medidas de combate e prevenção.....	7
2.1 – Branqueamento de capitais.....	7
2.2 - Medidas de combate e prevenção.....	11
3 - Directivas da UE e a Lei 25/2008.....	14
4 - Compatibilizar as Directivas comunitárias com o segredo profissional e o Princípio da confiança	17
5 – Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Junho de 2007 (Processo C-305/05)	20
6 – Os honorários dos advogados. O “caso alemão”	24
7 – CONCLUSÕES.....	27
BIBLIOGRAFIA.....	28
LEGISLAÇÃO:.....	29
ÍNDICE	30