TESE DE DOUTORAMENTO

A RESPONSABILIDADE PENAL DO ADVOGADO NO CRIME DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS EM ESPANHA E PORTUGAL COM ATENÇÃO ESPECIAL À QUESTÃO DO SIGILO PROFISSIONAL

Fernando António Rodrigues da Silva Coutinho Oliveira

ESCOLA DE DOUTORAMENTO INTERNACIONAL DA UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA
Dereito Público Especial e da Empresa
Doutoramento en Dereito

SANTIAGO DE COMPOSTELA
2021

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

DECLARACIÓN DO AUTOR/A DA TESE

D./Dna. **Fernando António Rodrigues da Silva Coutinho Oliveira**

Título da tese: A responsabilidade penal do advogado no crime de branqueamento de capitais em Espanha e Portugal com atenção especial à questão do sigilo profissional.

Presento a miña tese, seguindo o procedemento axeitado ao Regulamento, e declaro que:

1) A tese abarca os resultados da elaboración do meu traballo.
2) De ser o caso, na tese faise referencia ás colaboracións que tivo este traballo.
3) Confirmo que a tese non incorre en ningún tipo de plaxio doutros autores nin de traballos presentados por min para a obtención doutros títulos.
4) A tese é a versión definitiva presentada para a súa defensa e coincide a versión impresa coa presentada en formato electrónico

E comprométome a presentar o Compromiso Documental de Supervisión no caso de que o orixinal non estea na Escola.

En **Ovar**, **13 de Xullo de 2021**.

Sinatura electrónica

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

AUTORIZACIÓN DEL DIRECTOR/TUTOR DE LA TESIS

D. **MIGUEL ABEL SOUTO**

En condición de: **Tutor y director**

Título de la tesis:

A responsabilidade penal do advogado no crime de branqueamento de capitais em Espanha e Portugal com atenção especial à questão do sigilo profissional.

INFORMA:

Que la presente tesis, se corresponde con el trabajo realizado por D. **Fernando António Rodrigues da Silva Coutinho Oliveira** bajo mi dirección/tutorización, y autorizo su presentación, considerando que reúne los requisitos exigidos en el Reglamento de Estudios de Doctorado de la USC, y que como director/tutor de esta no incurre en las causas de abstención establecidas en la Ley 40/2015.

En **Santiago de Compostela**, **12 de julio de 2021**

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

Homo homini lupus.
Fraus omnia corrompit. Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi; Jus est ars boni et aequi[1].

1 O Homem é o Lobo do Homem. A fraude tudo corrompe. Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a todos o seu direito; Lei é a arte do bem e do justo.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

ÍNDICE

Resumo Castellano 11

Resumo Galego 21

Introdução 31

Objetivos 35

Metodologia 37

Capítulo 1.
O advogado, a ética e o direito 39
1.1. A moral e a lei 39
1.2. A ética e a advocacia 42
1.3. Deontologia Profissional do Advogado 47
1.4. A Deontologia em Portugal 55
1.5. Os atos dos advogados 76
1.6. Advocacia na cultura popular. 78

O crime de branqueamento de dinheiro 85
2.1. Introdução 85
2.1.1. Enquadramento geral 86
2.1.1.1. Criminalidade económico-financeira 86
2.1.1.2. Criminalidade organizada 87
2.2. As reformas penais de 2020 em Portugal e 2021 em Espanha 93
2.3. Bem jurídico do branqueamento de dinheiro 110

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

2.4. O Tipo do Crime 116
2.5. O dolo no crime de branqueamento 145
2.6. Os atos neutros 164
2.7. Critérios para restringir o âmbito de aplicação do delito de branqueamento de dinheiro 183
2.8. Os honorários dos advogados 203
2.9. Particularidades do regime relativo aos advogados 212

Segredo profissional 231
3.1. O segredo profissional 231
3.2. Natureza e fundamento constitucional do segredo profissional do advogado em Espanha 252
3.3. Regulação legal do segredo profissional na Organização Jurídica espanhola: Normas principais e derivadas. 275
3.4. O bem jurídico 283
3.5. Análise do segredo profissional 292
3.6. O segredo profissional do advogado e a proibição de obrigar o advogado a revelá-lo: A doutrina em Espanha . 306
3.7. As causas de exclusão 310
3.8. A questão do aconselhamento em Espanha 355
3.9. Sobre o falso problema dos advogados de empresa: 360
3.10. Lei 10/2010 e o segredo profissional 363
3.11. Responsabilidade do advogado 382

Conclusões 395

Bibliografia 403

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

RESUMO CASTELLANO

Siempre hubo numerosas relaciones de coincidencia entre la moral y la ley. En sociedades más primitivas, la ley, la moral y la religión son muchas veces indisociables: un atraco en ese caso no es sólo un crimen, es también un pecado. Únicamente con el desarrollo de la civilización comenzaron a separarse las fronteras.

Por ejemplo, artículos como «no matar» o no «robar» son de fuente religiosa y moral, pero son también legales porque son esenciales para la coexistencia social. La ley incorpora, en sí misma, artículos morales considerados vitales para la convivencia social, la justicia, y les proporciona fuerza de ejecución. Claro que hay relaciones de indiferencia: la moral no está mínimamente interesada, por ejemplo, en normativas de tráfico o en una empresa comercial[1].

Hay también relaciones conflictivas: en general, el ordenamiento jurídico se corresponde en sus requisitos con el conjunto de artículos que se aplican en una sociedad moral. Sin embargo, en caso de conflicto, como el aborto, es la ley la que rige y no la moral, en las sociedades democráticas.

La ética y la ley no son concepciones iguales ni responden a idénticos campos de actuación, aunque ambas se atraigan. La ética influye notablemente en la ley .

Al abogado le es dado un papel de extrema relevancia para la preservación del orden y de los derechos asegurados constitucionalmente a los ciudadanos.

Según indica Mateus: «*Antes de ser abogado, ya el que lo pretenda debe ser una persona éticamente irreprochable, es decir, honesta, observadora*

1 DINIS, Almerinda, Derecho - Manual del 12 año, Texto Editora, 1989, pág. 8.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

de los deberes de justicia, de la verdad y de la moral, honrada, recta, leal, cortés y sincera.»[2]

Los abogados deben ser honestos incluso en su vida particular. Los actos de la vida privada del abogado sólo pueden provocar la reacción del poder disciplinario del colegio de abogados cuando sean escandalosos, impliquen escarnio público, afecten al carácter de quien los practique y sean susceptibles de lesionar el buen nombre del colegio.

En otras palabras, no existen abogados criminales; existen criminales que se hacen abogados.

El abogado incorpora en su persona, mediante su actuación, el derecho fundamental a la defensa. En el art. 55 del Estatuto General de la Abogacía Española se habla, en un sentido amplio, de que «*1. En su condición de garante de la efectividad del derecho constitucional de defensa y de colaborador con la Administración de Justicia, el profesional de la Abogacía está obligado a participar y cooperar con ella asesorando, conciliando y defendiendo en Derecho los intereses que le sean confiados.*

2. *En su intervención ante los* órganos *jurisdiccionales, el profesional de la Abogacía deberá atenerse en su conducta a la buena fe, prudencia y lealtad. La forma de su intervención deberá guardar el debido respeto a dichos* órganos *y a los profesionales de la Abogacía defensores de las demás partes.*»[3]

En las denominadas «operaciones» contra el blanqueo de dinero, cada vez es más habitual, sin embargo, la imputación de abogados en ejercicio, como colaboradores en los supuestos delitos de blanqueo cometidos por terceros, a quienes asesorarían ilícitamente. En particular, suele tratarse de abogados que prestan asistencia técnica en materia fiscal.

El abogado es, por lo tanto, en virtud de su deber profesional, tanto servidor de su cliente, como también, en razón de su función social[4], servidor de la sociedad y del Derecho. Para desempeño de esa doble función – vida privada y función pública – el abogado necesita tener una

2 MATEUS, Carlos, La Ética Deontológica y las várias formas de ejercicio de la profesión, pág. 2, in: https://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/carlosMateus_eticadeontologica.pdf.

3 Real Decreto 2021/135, de 2 de março.

4 Ídem.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

formación ético-profesional sólida, subordinándose a las normas éticas inscritas en el código de deontología .

Los vínculos de comportamiento de los abogados a su deber profesional transcienden a la sociedad, los clientes en concreto, los compañeros y los demás profesionales jurídicos e, incluso, a terceras personas que tomen parte en el ejercicio de la actividad jurídica, así como al propio abogado.

El ejercicio de la profesión de abogado requiere el desarrollo de una actividad cualificada que exige una capacitación legal para eso, pero, además, requiere una actividad directa y personal que implica un contacto humano que debe estar guiado por el servicio a la justicia y al bien.

El abogado no sólo debe abogar por la defensa efectiva de los intereses de su cliente, también lo debe asesorar, aconsejar y prestarle un servicio jurídico de advertencia.

De hecho, no se puede desconocer la función social a la que está llamado el abogado en nuestra sociedad democrática, donde se le confía la defensa efectiva de los derechos individuales y colectivos, cuyo reconocimiento y respeto constituyen los pilares fundamentales del Estado de Derecho.

Pero el abogado únicamente puede desempeñar su profesión cuando esté capacitado tanto para el asesorar como defender, de forma real y efectiva.

Desde este punto de vista, la abogacía debe estar al servicio de la justicia y del Derecho porque, en definitiva, el abogado es el guardián del Estado de Derecho y, a la vez, el consejero jurídico del cliente, sea persona física o jurídica, cumpliendo un papel esencial en la prevención de la criminalidad.

De esta forma, el abogado actúa en interés de la sociedad; pero no podemos olvidar la función del abogado como consejero del juez, cuando ejercita la defensa de los intereses y derechos de su cliente ante un tribunal, exponiendo ante éste los argumentos que le permitirán, al dicho juez, adoptar una resolución judicial en uno u otro sentido.

Para combatir el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo el FATF[5] exige que los abogados suministren informaciones sobre cier-

5 «*Financial Action Task Force: El Grupo de Acción Financeira* (FATF/GAFI) es la agencia

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

tas transacciones. En particular, los abogados son obligados a relatar operaciones sospechosas cuando realicen transacciones financieras en nombre de sus clientes.

La obligación de denunciar negocios sospechosos fue criticada y es criticada por asociaciones de abogados por violar la ética jurídica y el comportamiento profesional. Pocos casos responden a la intención reflejada en la decisión del FATF de prohibir a los abogados aconsejar o auxiliar en violaciones de la ley .

Al analizar los aspectos jurídicos del comportamiento cuestionable y recomendar medios por los cuales el fraude puede ser cometido con impunidad, tenemos cuidado de no suministrar asesoramiento jurídico o recomendar los medios por los cuales esos crímenes y fraudes podrían cometerse con impunidad.

Excepciones son hechas en los casos en que un cliente solicita o usa los servicios de un abogado para la planificación de un crimen o fraude, o cuando se trata de buscar asesoramiento jurídico o sobre las acciones del abogado. El cliente que, en conexión con uno o más actos criminales o fraudulentos, cometidos o no por él como parte de su comportamiento, debe buscar el consejo de un abogado.

Existen excepciones en los casos en que un cliente usa los servicios de un abogado como prueba legal para planear o cometer un crimen o fraude, o cuando la cuestión surge con base en el abogado, el privilegio del cliente y los principios de la ley de la prueba en relación a los derechos de un abogado-cliente.

El derecho a un secreto profesional abogado-cliente desarrollado a lo largo de muchas décadas ofrece a los clientes la posibilidad de impedir ciertas comunicaciones confidenciales bajo la coacción de la ley.

---

global de vigilancia contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo. El órgano interguvernamental establece patrones internacionales para prevenir esas actividades ilegales y los daños que causan a la sociedad. Como órgano de formulación de políticas, el GAFI trabaja para generar políticas para realizar reformas legislativas y regulaciones nacionales en esas áreas. Con más de 200 países y jurisdicciones comprometidos en implementar sus recomendaciones. El GAFI monitoriza los países para garantizar que implementen sus recomendaciones de manera plena y eficaz y considera responsables a los países que no las cumplen.» Fuente: www.fatf-gafi.org

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Para evidenciar privilegios legales, varias excepciones razonables a la confidencialidad fueron desarrolladas y el principio de la confidencialidad fue aplicado en relación al privilegio de cliente-abogado.

En el ordenamiento jurídico la ley protege la relación profesional entre abogado y cliente, así como el derecho del cliente a la privacidad y confidencialidad. Desde el punto de vista de la protección de los derechos humanos, las informaciones obtenidas en el curso del asesoramiento jurídico o de procedimientos legales no son una carga, sino que promueven la protección del derecho del cliente de no ser prejudicado, así como el derecho a la privacidad y a la confidencialidad.

Dependiendo de los sistemas jurídicos adoptados por diferentes países, la protección de abogados y otros profesionales no financieros en relación al blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo puede variar de país para país. Algunos son limitados en su protección, como la ley de combate al blanqueo de dinero de la Unión Europea y el Tribunal Penal Internacional (TPI).

En 2008, el FATF publicó el enfoque basado en el riesgo para prevenir el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo. Esas directrices suministraron una estructura amplia y dejaron para los abogados de diferentes países el desarrollo de sus propios enfoques basados en el riesgo para el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo.

Durante las negociaciones sobre el desarrollo de directrices para los abogados, representantes de la profesión enfatizaron que este enfoque no debería perjudicar la protección legal del abogado y otros profesionales no financieros en la lucha contra la criminalidad económica.

Además de eso, las recomendaciones del FATF no exigen que los abogados informen si sospechan de una transacción. Sólo tendrán que presentar un informe si tienen motivos razonables para sospechar que el hecho está relacionado con la financiación del terrorismo. Como medida de precaución, los abogados son incentivados por el FATF a realizar *due diligence* y mantener registros de clientes y son fuertemente animados a relatar transacciones sospechosas cuando hagan transacciones financieras en nombre de sus clientes.

Las leyes de blanqueo de dinero hacen el ejercicio de la abogacía menos agradable para los abogados, especialmente los abogados defensores.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Las normas legales hacen pender tiempo a los profesionales del derecho, complican su carga de trabajo, exigen que tomen acciones opuestas a las de sus clientes y a sus propios intereses, vuelven arriesgado el cobro de honorarios y los exponen a un proceso criminal por aceptar algunos de ellos. Es, por lo tanto, comprensible que los abogados defensores lamenten el impacto de estas normas legales en sus vidas.

No quiero con eso decir que las leyes de blanqueo no tengan impacto en la ética de los abogados, porque crean mayor número de casos en que los abogados deben actuar con cautela para impedir violaciones éticas.

Excepcionalmente, las leyes generan sólo situaciones éticas familiaores que presentan los tipos de presiones que los abogados deben resistir diariamente y que son abordadas directamente en las reglas éticas. Argumentos, pues, contra las leyes basadas principalmente en cuestiones éticas, consecuentemente, no son convincentes.

La excepción es la situación de posible conflicto en el caso de recibir honorarios maculados[6].

Las normas legales tienen varios efectos sensibles que pueden ser preocupantes. Es probable que las leyes y la publicidad hagan que los clientes sean más cautelosos con las informaciones divulgadas a sus abogados, lo que puede llevar a que los abogados defensores sean menos informados.

El abogado es un profesional forense al cual, por el conocimiento que posee del ordenamiento jurídico, se le exige una contribución cualificada para la Justicia, que puede ser descompuesta en dos áreas de actuación fundamentales: la aplicación de las normas jurídicas, que interesa para el progreso del sistema jurídico, y la participación en la buena administración de Justicia, máxime a través de la colaboración de los órganos judiciales y de policía criminal. El deber de la Justicia ha de ser entendido y delineado como una necesidad de Justicia dentro del caso concreto, es decir, teniendo en consideración la posición y el interés del cliente, y debe incluso ser entendido dentro de la lógica del sistema deontológico como un todo, con diferentes compromisos del abogado como el sigilo profesional.

El sigilo profesional puede ser una situación jurídica complicada, próxima a la clase de los deberes prácticos, asentada en la dualidad de los intereses personales del cliente, en el ámbito de la confidencialidad y

6 Tratada en este trabajo.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

protección de su esfera privada, junto al interés público general en la confianza y en la función profesional del abogado.

La procedencia del deber de sigilo son, sobre todo, las normas del EOA[7], contenidas en el art. 92. En consonancia con los términos del nº 4 del art. 92 de la EOA, la exigencia del secreto profesional cesa cuando sea plenamente necesario para la defensa de la dignidad, derechos e intereses legítimos del propio abogado, del cliente o de sus representantes, mediante autorización previa del presidente de los varios Consejos Distritales, con recurso ante el presidente de la Orden de los abogados.

Las leyes procesales tienen también reglas relativas al sigilo que lo protegen, reconociéndolo, como justificación para el rechazo a unir fuerzas con los tribunales y el rechazo a renunciar al testimonio en tribuna, excepto en casos y por razones específicas.

La violación del sigilo es debidamente sancionada en el art. 195 del Código Penal y, adicionalmente, censurada disciplinarmente (art. 92 del EOA), pudiendo dar origen a una necesidad del abogado de indemnizar al perjudicado (art. 483 y 562 del Código Civil). La Orden de los abogados es oída por el tribunal en el caso de una situación de rechazo de testimonio, siendo la comprensión mayoritaria que no es vinculante para el tribunal. Aun así, si el abogado, en conciencia, decide desobedecer la orden judicial y no prestar testimonio, permaneciendo fiel al deber de secreto, surgirá necesariamente la cuestión de la práctica de un crimen de rechazo en deponer, al abrigo del art. 360 nº 2 del Código Penal pero, aun así, no debe dejar de apreciarse la pertinencia de una causa de exclusión de la ilicitud o una causa de exclusión de la culpa.

La tercera directiva europea contra el blanqueo[8] introdujo importantes alteraciones en el panorama del blanqueo de dinero y, así pues, amplió, específicamente, su ámbito de aplicación subjetivo para incorporar los abogados como profesionales forenses independientes. En consonancia con esta directiva, los abogados están asociados a un conjunto de deberes, como identificar el comprador, utilizando un documento válido comprovativo, determinar la situación del cliente, mantener una copia o referencia de documentos necesarios para funciones de identificación o documentos

7 Sin olvidar lo que hablaremos sobre el fundamento constitucional.

8 Directiva 60/2005/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de Octubre de 2005.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

relativos a las transacciones, por un periodo no inferior a cinco años desde el fin de las relaciones profesionales mantenidas y, sobre todo, deber de denuncia. El nº 3 del art. 6 de la cuarta Directiva[9] excluye los mismos deberes en determinadas circunstancias; pero, el alcance de esta excepción, una vez confrontada con el grado de protección del secreto profesional, es escaso, más allá de diversos aspectos que merecen críticas.

Las leyes crean contextos en que en la defensa los abogados deben tener cuidado para actuar adecuadamente bajo una ley de ética. Pero no debemos confundir complejidad y desventaja con dificultad ética[10]. Las leyes, a buen seguro, hacen la vida profesional de los abogados defensores más desagradable pero no fuerzan a los abogados a actuar con falta de ética. En realidad, las leyes no colocan a los abogados defensores en dilemas éticos. Esto no quiere decir que las leyes de blanqueo de dinero no tengan un impacto sobre la ética de los abogados. Ellas crean más ejemplos donde los abogados deben actuar con cautela para impedir violaciones éticas. Excepcionalmente, sin embargo, las leyes generan situaciones éticas familiares que presentan los tipos de presiones que los abogados deben resistir diariamente y que son comprendidas directamente en los artículos éticos.

La excepción es la cuestión de los honorarios del abogado, pero incluso esa materia ha tenido un tratamiento ético dentro de la ley y doctrina ya existente. El secreto profesional no está en peligro.

Por otro lado, se ha sacudido la paz pública, así entendida como la confianza depositada por la sociedad en el control estatal de la criminalidad, y la seguridad social, incluso con carácter internacional, una vez que el delito no está adstrito a las fronteras nacionales, cuando el Estado cruza los brazos y permanece inerte delante de la acción de criminales profesionales que sacan provecho del producto de delitos extremadamente perniciosos y que traen graves consecuencias sociales, como el tráfico de drogas, crímenes contra la administración pública, crímenes contra el sistema financiero nacional, entre tantos otros, ya que la actual ley de blanqueo de dinero los contempla como crímenes antecedentes

9 Directiva (UE) 4) 849/2015ª Directiva).

10 Críticos que afirman que las leyes fuerzan a los abogados a escoger entre las alternativas desagradables de actos ilegales y un estado de mal comportamiento ético analizan el caso erróneamente. Por lo tanto, argumentos contra las leyes con base en problemas éticos sin solución no son convincentes.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Estos delitos muchas veces se ejecutan con el auxilio de un profesional que posee conocimientos técnicos, como el abogado.

Así se comprende que, ponderados los intereses en conflicto, y pesada la dignidad de los principios subyacentes, el secreto profesional debe ceder ante la necesidad de Justicia.

Para solucionar la problemática nos basamos en el contenido de la Directiva 2001/97/CE, que, en su nº 6, determina que los abogados, los cuales están incumbidos por las obligaciones administrativas junto a los órganos fiscalizadores, sobre sus clientes, serían sólo aquellos que estén prestando servicio de consultoría jurídica, excluyendo, expresamente, los profesionales forenses que ejercen la defensa de un cliente en un proceso litigioso, en juicio, y aquel que esté con la misión de determinar la situación jurídica del cliente.

En el mismo sentido se manifiesta el FATF, pues la Nota Interpretativa de la Recomendación 23 es clara al establecer que a los abogados y profesionales jurídicos independientes, así como a los contables, no les será exigida la comunicación de operaciones sospechosas si hubieran sido obtenidas en circunstancias en que estén sujetos a secreto profesional o privilegio profesional de naturaleza legal.

La ley portuguesa retrata el mismo contenido dispuesto en las normas de la Unión Europea (Directivas del Parlamento y Consejo Europeo), además de las disposiciones del FATF. Así, el abogado que actúa con actos propios de la abogacía no está sujeto a la obligatoriedad de denuncia.

Alineándose con lo que se distinguen las Directivas de la Unión Europea previamente analizadas, entendemos que están protegidos los abogados que utilizan sus conocimientos en defensa de su cliente «y aquellos que ejercen un papel de consultoría sobre una concreta situación jurídica vinculada a un proceso judicial, como, por ejemplo, aquel que orienta la confesión.»

Sin embargo, en los servicios jurídicos en que el abogado actuaría como un gestor de bienes o administrador de negocios (como si él fuera una especie de agente de negocios, consultor financiero o jurista de una empresa, priorizando así sólo los intereses del cliente), la exigencia sería legítima, pues, como sabemos, el secreto profesional no es absoluto y

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

debe ser flexibilizado delante de un interés mayor. El secreto profesional puede ser quebrado cuando hay un interés social preminente.

Se adopta el principio del predominio del interés preponderante, siendo permitido también en situaciones en que sea imprescindible el testimonio para el descubrimiento de la verdad, por la gravedad del crimen y la necesidad de protección de bienes jurídicos.

En ese contexto, la doctrina y la jurisprudência entienden que la protección de la buena administración de la justicia prevalece en relación al clima de confianza y la protección del consumidor de servicios financieros.

En Portugal, para que respondan los abogados deben conocer la situación típica y actuar de forma consciente y voluntaria, de modo que su omisión tenga el ánimo de realizar el tipo.

Las acciones neutras son aquellas que generalmente son ejecutadas en consonancia con un rol social, por medio de acciones cotidianas que contribuyen a un hecho ilegal, pero que no son, a primera vista, punibles. Eso es porque la imposición indiscriminada hecha por la ley de blanqueo de dinero, en lo que concierne al abogado sobre comunicar actividades sospechosas, puede acabar con la relación de confianza con su cliente, y en consecuencia alcanzar también valores constitucionalmente garantizados como la defensa y el debido proceso legal.

Este análisis del impacto ético de las leyes de blanqueo sobre los abogados muestra que las críticas del impacto ético de las leyes son exageradas. Con pequeñas alteraciones, la deontología consigue responder a la presión para una mayor participación y movilización de la sociedad civil en la lucha contra el crimen organizado, sin el desvanecimiento de la esencia y manteniendo también el interés público de la profesión de abogado.

Pero más que problemas éticos, el hecho de que al Estado en la persona de la Acusación le sea dado así peso en la balanza de la Justicia, lleva por encima de todo a que se pueda poner en duda la justicia del sistema. No puedo aceptar que, para alcanzarse una necesidad colectiva, se ponga en crisis la piedra angular del sistema de justicia: la confianza ilimitada que el ciudadano debe tener en relación a su abogado, como salvaguarda fundamental de los derechos, libertades y garantías, constitucionalmente consagradas en su beneficio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

RESUMO GALEGO

Sempre houbo numerosas relacións de coincidencia entre a moral e a lei. En sociedades máis primitivas, a lei, a moral e a relixión son moitas veces indisociables: un atraco nese caso non é só un crime, é tamén un pecado. Unicamente co desenvolvemento da civilización comezaron a separarse as fronteiras.

Por exemplo, artigos como «non matar» ou non «roubar» son de fonte relixiosa e moral, pero son tamén legais porque son esenciais para a coexistencia social. A lei incorpora, en si mesma, artigos morais considerados vitais para a convivencia social, a xustiza, e proporciónalles forza de execución. Claro que hai relacións de indiferenza: a moral non está minimamente interesada, por exemplo, en normativas de tráfico ou nunha empresa comercial[11].

Hai tamén relacións conflitivas: en xeral, o ordenamento xurídico correspóndese nos seus requisitos co conxunto de artigos que se aplican nunha sociedade moral. Con todo, en caso de conflito, como o aborto, é a lei a que rexe e non a moral, nas sociedades democráticas.

A ética e a lei non son concepcións iguais nin responden a idénticos campos de actuación, aínda que ambas se atraian. A ética inflúe notablemente na lei .

Ao avogado dáselle un papel de extrema relevancia para a preservación da orde e dos dereitos asegurados constitucionalmente aos cidadáns.

Segundo indica Mateus: «*Antes de ser avogado, xa o que o pretenda debe ser unha persoa eticamente irreprochable, é dicir, honesta, observadora*

11 DINIS, Almerinda, Derecho - Manual do 12año, Texto Editora, 1989, pág. 8.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

dos deberes de xustiza, da verdade e da moral, honrada, recta, leal, cortés e sincera»[12].

Os avogados deben ser honestos mesmo na súa vida particular. Os actos da vida privada do avogado só poden provocar a reacción do poder disciplinario do colexio de avogados cando sexan escandalosos, impliquen escarnio público, afecten ao carácter de quen os practique e sexan susceptibles de lesionar o bo nome do colexio.

Noutras palabras, non existen avogados criminais; existen criminais que se fan avogados.

O avogado incorpora na súa persoa, mediante a súa actuación, o dereito fundamental á defensa. En el art. 55 del Estatuto General de la Abogacía Española se habla, en un sentido amplio, de que «*1. En su condición de garante de la efectividad del derecho constitucional de defensa y de colaborador con la Administración de Justicia, el profesional de la Abogacía está obligado a participar y cooperar con ella asesorando, conciliando y defendiendo en Derecho los intereses que le sean confiados.*

2. En su intervención ante los órganos *jurisdiccionales, el profesional de la Abogacía deberá atenerse en su conducta a la buena fe, prudencia y lealtad. La forma de su intervención deberá guardar el debido respeto a dichos* órganos *y a los profesionales de la Abogacía defensores de las demás partes.*» Nas denominadas «operacións» contra o branqueo de diñeiro, cada vez é máis habitual, con todo, a imputación de avogados en exercicio, como colaboradores nos supostos delitos de branqueo cometidos por terceiros, a quen asesorarían ilicitamente. En particular, adoita tratarse de avogados que prestan asistencia técnica en materia fiscal.

O avogado é, por tanto, en virtude do seu deber profesional, tanto servidor do seu cliente, como tamén, en razón da súa función social[13], servidor da sociedade e do Dereito. Para desempeño desa dobre función –vida privada e función pública– o avogado necesita ter unha formación ético-profesional sólida, subordinándose ás normas éticas rexistradas no código de deontoloxía .

12 MATEUS, Carlos, La Ética Deontológica y las varias formas de ejercicio de la profesión, pág. 2, in:
https://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/carlosMateus_eticadeontologica.pdf.

13 Ídem.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Os vínculos de comportamento dos avogados ao seu deber profesional transcenden á sociedade, os clientes en concreto, os compañeiros e os demais profesionais xurídicos e, mesmo, a terceiras persoas que tomen parte no exercicio da actividade xurídica, así como ao propio avogado.

O exercicio da profesión de avogado require o desenvolvemento dunha actividade cualificada que esixe unha capacitación legal para iso, pero, ademais, require unha actividade directa e persoal que implica un contacto humano que debe estar guiado polo servizo á xustiza e ao ben.

O avogado non só debe avogar pola defensa efectiva dos intereses do seu cliente, tamén o debe asesorar, aconsellar e prestarlle un servizo xurídico de advertencia.

De feito, non se pode descoñecer a función social á que está chamado o avogado na nosa sociedade democrática, onde se lle confía a defensa efectiva dos dereitos individuais e colectivos, cuxo recoñecemento e respecto constitúen os piares fundamentais do Estado de Dereito.

Pero o avogado unicamente pode desempeñar a súa profesión cando estea capacitado tanto para asesorar, como defender, de forma real e efectiva.

Dende este punto de vista, a avogacía debe estar ao servizo da xustiza e do Dereito porque, en definitiva, o avogado é o gardián do Estado de Dereito e, á vez, o conselleiro xurídico do cliente, sexa persoa física ou xurídica, cumprindo un papel esencial na prevención da criminalidade.

Desta forma, o avogado actúa en interese da sociedade; pero non podemos esquecer a función do avogado como conselleiro do xuíz, cando exercita a defensa dos intereses e dereitos do seu cliente ante un tribunal, expoñendo ante este os argumentos que lle permitirán, ao devandito xuíz, adoptar unha resolución xudicial nun ou outro sentido.

Para combater o branqueo de diñeiro e o financiamento do terrorismo o FATF[14] esixe que os avogados subministren informacións sobre

14 «*Financial Action Task Force: O Grupo de Acción Financeira* (FATF/GAFI) é a axencia global de vixiancia contra o branqueo de diñeiro e a financiamento do terrorismo. O órgano intergubernamental estabrece patróns internacionais para prevenir esas actividades ilegales e os danos que causan á sociedade. Como órgano de formulación de políticas, o GAFI traballa para xerar políticas para realizar reformas lexislativas e regulacións nacionais nesas áreas. Con máis de 200 países e xurisdiccións comprometidos en implementar as súas recomendacións. O GAFI monitoriza os países para garantir que implementen as súas recomendacións de maneira plena e eficaz e considera responsable aos países que non as cumpren». Fonte: www.fatf-gafi.org

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

certas transaccións. En particular, os avogados son obrigados a relatar operacións sospeitosas cando realicen transaccións financeiras en nome dos seus clientes.

A obrigación de denunciar negocios sospeitosos foi criticada e é criticada por asociacións de avogados por violar a ética xurídica e o comportamento profesional. Poucos casos responden á intención reflectida na decisión do FATF de prohibir aos avogados aconsellar ou auxiliar en violacións da lei.

Ao analizar os aspectos xurídicos do comportamento cuestionable e recomendar medios polos que a fraude pode ser cometida con impunidade, temos coidado de non fornecer asesoramento xurídico ou recomendar os medios polos que eses crimes e fraudes poderían comes terse con impunidade.

Excepcións son feitas nos casos en que un cliente solicita ou usa os servizos dun avogado para a planificación dun crime ou fraude, ou cando se trata de buscar asesoramento xurídico ou sobre as accións do avogado. O cliente que, en conexión cun ou máis actos criminais ou fraudulentos, cometidos ou non por el como parte do seu comportamento, debe buscar o consello dun avogado.

Existen excepcións nos casos en que un cliente usa os servizos dun avogado como proba legal para planear ou cometer un crime ou fraude, ou cando a cuestión xorde con base no avogado, o privilexio do cliente e os principios da lei da proba en relación aos dereitos dun avogado-cliente.

O dereito a un segredo profesional avogado-cliente desenvolvido ao longo de moitas décadas ofrece aos clientes a posibilidade de impedir certas comunicacións confidenciais baixo a coacción da lei.

Para evidenciar privilexios legais, varias excepcións razoables á confidencialidade foron desenvolvidas e o principio da confidencialidade foi aplicado en relación ao privilexio de cliente-avogado.

No ordenamento xurídico a lei protexe a relación profesional entre avogado e cliente, así como o dereito do cliente á privacidade e confidencialidade. Dende o punto de vista da protección dos dereitos humanos, as informacións obtidas no curso do asesoramento xurídico ou de procedementos legais non son unha carga, senón que promoven a protección do

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

dereito do cliente de non ser prexudicado, así como o dereito á privacidade e á confidencialidade.

Dependendo dos sistemas xurídicos adoptados por diferentes países, a protección de avogados e outros profesionais non financeiros en relación ao branqueo de diñeiro e o financiamento do terrorismo pode variar de país a país. Algúns son limitados na súa protección, como a lei de combate ao branqueo de diñeiro da Unión Europea e o Tribunal Penal Internacional (TPI).

En 2008, o FATF publicou o enfoque baseado no risco para previr o branqueo de diñeiro e o financiamento do terrorismo. Esas directrices forneceron unha estrutura ampla e deixaron para os avogados de diferentes países o desenvolvemento dos seus propios enfoques baseados no risco para o branqueo de diñeiro e o financiamento do terrorismo.

Durante as negociacións sobre o desenvolvemento de directrices para os avogados, representantes da profesión salientaron que este enfoque non debería prexudicar a protección legal do avogado e outros profesionais non financeiros na loita contra a criminalidade económica.

Ademais diso, as recomendacións do FATF non esixen que os avogados informen se sospeitan dunha transacción. Só terán que presentar un informe se teñen motivos razoables para sospeitar que o feito está relacionado co financiamento do terrorismo. Como medida de precaución, os avogados son incentivados polo FATF a realizar *due diligence* e manter rexistros de clientes e son fortemente animados a relatar transaccións sospeitosas cando fagan transaccións financeiras en nome dos seus clientes.

As leis de branqueo de diñeiro fan o exercicio da avogacía menos agradable para os avogados, especialmente os avogados defensores. As normas legais fan perder tempo aos profesionais do dereito, complican a súa carga de traballo, esixen que tomen accións opostas ás dos seus clientes e aos seus propios intereses, volven arriscado a cobranza de honorarios e expóñenos a un proceso criminal por aceptar algúns deles. É, por tanto, comprensible que os avogados defensores lamenten o impacto destas normas legais nas súas vidas.

Non quero con iso dicir que as leis de branqueo non teñan impacto na ética dos avogados, porque crean maior número de casos en que os avogados deben actuar con cautela para impedir violacións éticas.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Excepcionalmente, as leis xeran só situacións éticas familiares que presentan os tipos de presións que os avogados deben resistir diariamente e que son abordadas directamente nas regras éticas. Argumentos, pois, contra as leis baseadas principalmente en cuestións éticas, consecuentemente, non son convincentes.

A excepción é a situación de posible conflito no caso de recibir honorarios maculados[15].

As normas legais teñen varios efectos sensibles que poden ser preocupantes. É probable que as leis e a publicidade fagan que os clientes sexan máis cautelosos coas informacións divulgadas aos seus avogados, o que pode levar a que os avogados defensores sexan menos informados.

O avogado é un profesional forense ao que, polo coñecemento que posúe do ordenamento xurídico, esíxeselle unha contribución cualificada para a Xustiza, que pode ser descomposta en dúas áreas de actuación fundamentais: a aplicación das normas xurídicas, que interesa para o progreso do sistema xurídico, e a participación na boa administración de Xustiza, máxime a través da colaboración dos órganos xudiciais e de policía criminal. O deber da Xustiza ten que ser entendido e delineado como unha necesidade de Xustiza dentro do caso concreto, é dicir, tendo en consideración a posición e o interese do cliente, e debe mesmo ser entendido dentro da lóxica do sistema deontolóxico como un todo, con diferentes compromisos do avogado como o sixilo profesional

O sixilo profesional pode ser unha situación xurídica complicada, próxima á clase dos deberes prácticos, asentada na dualidade dos intereses persoais do cliente, no ámbito da confidencialidade e protección da súa esfera privada, xunto ao interese público xeral na confianza e na función profesional do avogado.

A procedencia do deber de sixilo son, sobre todo, as normas do EOA[16], contidas no art. 92. En consonancia cos termos do nº 4 do art. 92 da EOA, a esixencia do segredo profesional cesa cando sexa plenamente necesario para a defensa da dignidade, dereitos e intereses lexítimos do propio avogado, do cliente ou dos seus representantes, mediante autorización

15 Tratada neste traballo.

16 Sen esquecer o que falaremos sobre o fundamento constitucional.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

previa do presidente dos varios Consellos de Distritos, con recurso ante o presidente da Orde dos avogados.

As leis procesuais teñen tamén regras relativas ao sixilo que o protexen, recoñecéndoo, como xustificación para o rexeitamento a unir forzas cos tribunais e o rexeitamento a renunciar á testemuña na tribuna, excepto en casos e por razóns específicas.

A violación do sixilo é debidamente sancionada no art. 195 do Código Penal e, adicionalmente, censurada disciplinariamente (art. 92 do EOA), podendo dar orixe a unha necesidade do avogado de indemnizar ao prexudicado (art. 483 e 562 do Código Civil). A Orde dos avogados é oída polo tribunal no caso dunha situación de rexeitamento da testemuña, sendo a comprensión maioritaria que non é vinculante para o tribunal. Aínda así, se o avogado, en conciencia, decide desobedecer a orde xudicial e non prestar testemuña, permanecendo fiel ao deber de secreto, surxirá necesariamente a cuestión da práctica dun crime de rexeitamento en depoñer, ao abrigo do art. 360 nº 2 do Código Penal pero, aínda así, non debe deixar de apreciarse a pertinencia dunha causa de exclusión da ilicitude ou unha causa de exclusión da culpa.

A terceira directiva europea contra o branqueo[17] introduciu importantes alteracións no panorama do branqueo de diñeiro e, así pois, ampliou, especificamente, o seu ámbito de aplicación subxectivo para incorporar os avogados como profesionais forenses independentes. En consonancia con esta directiva, os avogados están asociados a un conxunto de deberes, como identificar o comprador, utilizando un documento válido comprobativo, determinar a situación do cliente, manter unha copia ou referencia de documentos necesarios para funcións de identificación ou documentos relativos ás transaccións, por un período non inferior a cinco anos dende o fin das relacións profesionais mantidas e, sobre todo, deber de denuncia. O nº 3 do art. 6 da cuarta Directiva[18] exclúe os mesmos deberes en determinadas circunstancias; pero, o alcance desta excepción, unha vez confrontada co grao de protección do segredo profesional, é escaso, máis aló de diversos aspectos que merecen críticas.

17 Directiva 60/2005/CE do Parlamento Europeo e do Consello, de 26 de outubro de 2005

18 Directiva (UE) 4) 849/2015ª Directiva).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

As leis crean contextos en que na defensa os avogados deben ter coidado para actuar adecuadamente baixo unha lei de ética. Pero non debemos confundir complexidade e desvantaxe con dificultade ética[19]. As leis fan a vida profesional dos avogados defensores máis desagradable, pero non forzan aos avogados para actuar con falta de ética. En realidade, as leis non colocan aos avogados defensores en dilemas éticos. Isto non quere dicir que as leis de branqueo de diñeiro non teña un impacto sobre a ética dos avogados. Elas crean máis exemplos onde os avogados deben actuar con cautela para impedir violacións éticas. Excepcionalmente, con todo, as leis xeran situacións éticas familiares que presentan os tipos de presións que os avogados deben resistir diariamente e que son comprendidas directamente nos artigos éticos.

A excepción é a cuestión dos honorarios do avogado, pero incluso esa materia tivo un tratamento ético dentro da lei e doutrina xa existente. O secreto profesional non está en perigo.

Doutra banda, sacudiuse a paz pública, así entendida como a confianza depositada pola sociedade no control estatal da criminalidade, e a seguridade social, mesmo con carácter internacional, xa que o delito non está adscrito ás fronteiras nacionais, cando o Estado cruza os brazos e permanece inerte diante da acción de criminais profesionais que sacan proveito do produto de delitos extremadamente perniciosos e que traen graves consecuencias sociais, como o tráfico de drogas, crimes contra a administración pública, crimes contra o sistema financeiro nacional, entre tantos outros, xa que a actual lei de branqueo de diñeiro contémplaos como crimes antecedentes.

Estes delitos moitas veces execútanse co auxilio dun profesional que posúe coñecementos técnicos, como o avogado.

Así se comprende que, ponderados os intereses en conflito, e pesada a dignidade dos principios subxacentes, o secreto profesional debe ceder ante a necesidade de Xustiza.

Para solucionar a problemática baseámonos no contido da Directiva 2001/97/CE, que, no seu nº 6, determina que os avogados, que están

19 Críticos que afirman que as leis forzan aos avogados a escoller entre as alternativas desagradables de actos ilegais e un estado de mal comportamento ético analizan o caso erroneamente. Polo tanto, argumentos contra as leis con base en problemas éticos sen solución no son convincentes.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

incumbidos polas obrigacións administrativas xunto aos órganos fiscalizadores, sobre os seus clientes, serían só aqueles que estean a prestar servizo de consultoría xurídica, excluíndo, expresamente, os profesionais forenses que exercen a defensa dun cliente nun proceso litixioso, en xuízo, e aquel que estea coa misión de determinar a situación xurídica do cliente.

No mesmo sentido maniféstase o FATF, pois a Nota Interpretativa da Recomendación 23 é clara ao establecer que aos avogados e profesionais xurídicos independentes, así como aos contables, non lles será esixida a comunicación de operacións sospeitosas se fosen obtidas en circunstancias en que estean suxeitos a secreto profesional ou privilexio profesional de natureza legal.

A lei portuguesa retrata o mesmo contido disposto nas normas da Unión Europea (Directivas do Parlamento e Consello Europeo), ademais das disposicións do FATF. Así, o avogado que actúa con actos propios da avogacía non está suxeito á obrigatoriedade de denuncia.

Aliñándose co que se distinguen as Directivas da Unión Europea previamente analizadas, entendemos que están protexidos os avogados que utilizan os seus coñecementos en defensa do seu cliente «e aqueles que exercen un papel de consultoría sobre unha concreta situación xurídica vinculada a un proceso xudicial, como, por exemplo, aquel que orienta a confesión.»

Con todo, nos servizos xurídicos en que o avogado actuaría como un xestor de bens ou administrador de negocios (coma se el fose unha especie de axente de negocios, consultor financeiro ou xurista dunha empresa, priorizando así só os intereses do cliente), a esixencia sería lexítima, pois, como sabemos, o secreto profesional non é absoluto e debe ser flexibilizado diante dun interese maior. O secreto profesional pode ser crebado cando hai un interese social preminente.

Adóptase o principio do predominio do interese preponderante, sendo permitido tamén en situacións en que sexa imprescindible o testemuño para o descubrimento da verdade, pola gravidade do crime e a necesidade de protección de bens xurídicos.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Nese contexto, a doutrina e a xurisprudencia entenden que a protección da boa administración da xustiza prevalece en relación ao clima de confianza e a protección do consumidor de servizos financeiros.

En Portugal, para que respondan os avogados deben coñecer a situación típica e actuar de forma consciente e voluntaria, de modo que a súa omisión teña o ánimo de realizar o tipo.

As accións neutras son aquelas que xeralmente son executadas en consonancia cun rol social, por medio de accións cotiás que contribúen a un feito ilegal, pero que non son, a primeira vista, punibles. Iso é porque a imposición indiscriminada feita pola lei de branqueo de diñeiro, no que concierne ao avogado sobre comunicar actividades sospeitosas, pode acabar coa relación de confianza co seu cliente, e en consecuencia alcanzar tamén valores constitucionalmente garantidos como a defensa e o debido proceso legal.

Esta análise do impacto ético das leis de branqueo sobre os avogados mostra que as críticas do impacto ético das leis son esaxeradas. Con pequenas alteracións, a deontoloxía consegue responder á presión para unha maior participación e mobilización da sociedade civil na loita contra o crime organizado, sen o desmaio da esencia e mantendo tamén o interese público da profesión de avogado.

Pero máis que problemas éticos, o feito de que ao Estado na persoa da Acusación se lle dea así peso na balanza da Xustiza, leva por encima de todo a que se poida poñer en dúbida a xustiza do sistema. Non podo aceptar que, para alcanzarse unha necesidade colectiva, se poña en crise a pedra angular do sistema de xustiza: a confianza ilimitada que o cidadán debe ter en relación ao seu avogado, como salvagarda fundamental dos dereitos, liberdades e garantías, constitucionalmente consagradas no seu beneficio.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

INTRODUÇÃO

O advogado incorpora na sua pessoa, mediante a sua atuação, o direito fundamental à defesa. No art. 55 do Estatuto Geral da Abogacía Espanhola fala-se, num sentido amplo, de que «*1. En su condición de garante de la efectividad del derecho constitucional de defensa y de colaborador con la Administración de Justicia, el profesional de la Abogacía está obligado a participar y cooperar con ella asesorando, conciliando y defendiendo en Derecho los intereses que le sean confiados.*

3. *En su intervención ante los* órganos *jurisdiccionales, el profesional de la Abogacía deberá atenerse en su conducta a la buena fe, prudencia y lealtad. La forma de su intervención deberá guardar el debido respeto a dichos* órganos *y a los profesionales de la Abogacía defensores de las demás partes.*».

Nas denominadas «operações» contra o branqueamento de dinheiro, cada vez é mais habitual, contudo, a imputação de advogados em exercício, como pretendidos colaboradores nos supostos delitos de branqueamento de dinheiro cometidos por terceiros, a quem assessoraria ilicitamente.

Designadamente, costuma tratar-se de advogados que prestam assistência técnica em matéria fiscal.

Para combater o branqueamento de dinheiro e o financiamento do terrorismo, o FATF exige que os advogados forneçam informações sobre certas transações. Em particular, os advogados são obrigados a relatar operações suspeitas quando conduzem transações financeiras em nome de seus clientes.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

A obrigação de denunciar negócios suspeitos foi criticada e é criticada por associações de advogados por violar a ética jurídica e o comportamento profissional. Poucos são os que correspondem à intenção refletida na decisão da FATF de proibir os advogados de aconselhar ou auxiliar em violações da lei.

Ao analisar os aspetos jurídicos do comportamento questionável e recomendar meios pelos quais a fraude pode ser cometida com impunidade, tomamos o cuidado de não fornecer aconselhamento jurídico ou aconselhamento sobre ou recomendar os meios pelos quais esses crimes e fraudes poderiam ter sido cometidos com impunidade.

Exceções são feitas nos casos em que um cliente solicita ou usa os serviços de um advogado como prova do planeamento de um crime ou fraude, ou quando se trata de buscar aconselhamento jurídico ou aconselhamento sobre as ações do advogado. O cliente que, em conexão com um ou mais atos criminosos ou fraudulentos, cometidos ou não por ele como parte de tal ato, deve procurar o conselho de um advogado.

Existem exceções nos casos em que um cliente usa os serviços de um advogado como prova legal para planear ou cometer um crime ou fraude, ou quando a questão surge com base no advogado - o privilégio do cliente e os princípios da lei da prova em relação aos direitos de um advogado-cliente.

O direito a um segredo profissional advogado-cliente desenvolvido ao longo de muitas décadas oferece aos clientes a possibilidade de impedir certas comunicações confidenciais sob a coação da lei.

Para evidências de privilégios legais, várias exceções razoáveis à confidencialidade foram desenvolvidas e o princípio da confidencialidade foi aplicado em relação ao privilégio de cliente de advogados.

No ordenamento jurídico, a lei protege a relação profissional entre advogado e cliente, bem como o direito do cliente à privacidade e confidencialidade. do ponto de vista da proteção dos direitos humanos, as informações obtidas no curso de aconselhamento jurídico ou de procedimentos legais não são um fardo, mas promovem a proteção do direito do cliente de não ser onerado, bem como o direito à privacidade e à confidencialidade.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Dependendo dos sistemas jurídicos adotados por diferentes países, a proteção de advogados e outros profissionais não financeiros em relação à branqueamento de dinheiro e financiamento do terrorismo pode variar de país para país. Alguns são limitados em sua proteção, como a Lei de Combate à branqueamento de Dinheiro da União Europeia (ELA) e o Tribunal Penal Internacional (TPI).

Em 2008, o FATF publicou a abordagem baseada no risco para prevenir o branqueamento de dinheiro e o financiamento do terrorismo. Essas diretrizes forneceram uma estrutura ampla e deixaram para os advogados de diferentes países o desenvolvimento de suas próprias abordagens baseadas em risco para o branqueamento de dinheiro e financiamento do terrorismo.

Durante as negociações sobre o desenvolvimento de diretrizes para advogados, representantes da profissão enfatizaram que esta abordagem não deveria prejudicar a proteção legal de advogados e outros profissionais não financeiros na luta contra o crime financeiro.

Além disso, as recomendações do FATF não exigem que advogados reportem se eles suspeitarem de uma transação. Eles só terão que apresentar um relatório se tiverem motivos razoáveis para suspeitar que está relacionado ao financiamento do terrorismo. Como medida de precaução, os advogados são incentivados pelo FATF a realizar *due diligence* e manutenção de registros de clientes e são fortemente encorajados a relatar transações suspeitas quando fazem transações financeiras em nome de seus clientes.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

OBJETIVOS

Os objetivos gerais são o estudo do impacto da lei de combate ao branqueamento de dinheiro e financiamento do terrorismo na atividade do advogado em Portugal e Espanha. Tendo em atenção em especial às suas repercussões no campo da ética e da defesa do segredo profissional. O objeto de estudo torna-se necessário devido à importância do papel do advogado na sociedade, como defensor dos direitos e garantias dos cidadãos numa sociedade democrática. Deve ser dada importância ao dever do advogado de colaborar com a Justiça. O presente trabalho pressupõe uma constante procura na sociedade pela harmonização de quaisquer conflitos que surjam entre o papel do advogado e o papel das Leis na sociedade, a proteção do segredo profissional e o combate ao branqueamento de dinheiro. Esta tese descreve o processo e etapas de branqueamento de dinheiro, quais as técnicas e meios utilizados para dissimular o dinheiro, obtido pela prática de crimes e faz uma abordagem ao seu impacto na atividade e papel do advogado em Espanha e Portugal.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

METODOLOGIA

Para alcançar os objetivos planeados, a metodologia empregue será qualitativa, através da observação e descrição, para poder compreender este objeto de estudo. Será utilizado o método lógico-abstrato, próprio das ciências jurídicas em geral, e do Direito Penal em particular, enriquecido com exemplos do mundo criminológico, tratados com o método causal-explicativo, próprio das ciências naturais.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

CAPÍTULO 1.
O ADVOGADO, A ÉTICA E O DIREITO

1.1. A MORAL E A LEI

Sempre existiram inúmeras relações de sobreposição entre a moralidade e o direito. Numa sociedade mais primitiva, o direito, a moralidade e a religião são frequentemente inseparáveis: neste caso, o ataque não é apenas um crime, mas também um pecado. Somente com o desenvolvimento da civilização começou-se a dividir a linha, especialmente no séc. XVIII, tal como demonstrado no exemplo da nota.[20]

Por exemplo, regras como «não matar» ou «não roubar» são de origem religiosa e moral, mas são legais porque têm origens religiosas e morais, mas também são legais porque são essenciais para a convivência social. A própria lei contém cláusulas morais consideradas essenciais para a coexistência social e a justiça, e prevê seu cumprimento.

Claro que também existem relações indiferentes: a moralidade não está interessada, por exemplo, nas regras de trânsito ou das empresas[21] e no Direito penal o princípio da ofensividade exige para o castigo lesões ou a colocação em perigo de bens jurídicos necessários para a convivência e descarta a sanção de meras imoralidades.[22]

20 ABEL SOUTO, Miguel, «Denominación y concepto de Derecho penal» in Colección de Derecho penal, nº11, Juris, Rosario, 2005, pág. 15.

21 DINIS, Almerinda, Direito - Manual do 12º ano, Texto Editora, 1989, pág. 8.

22 ABEL SOUTO, Miguel, Teorías de la pena y límites al *ius puniendi* desde el Estado democrático, Dilex, Madrid, 2006, pág.71.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Há também relações conflituantes: em geral, a ordem jurídica corresponde aos seus requisitos com o conjunto de artigos que se aplicam numa sociedade moral. No entanto, em caso de conflito, como o aborto, é a Lei que rege e não a moral, nas sociedades democráticas. A ética e a lei não são conceções iguais nem respondem a idênticos campos de atuação, embora ambas se atraiam. A ética influi notavelmente na lei.

No âmbito de uma abordagem do assunto de uma forma mais direcionada para a ética na profissão do advogado temos que embora o termo, ética, seja empregado, comummente, como sinónimo de moral, existem várias conceções de moral.

«*Ética seria a parte da moral (prática) que trata da moralidade dos atos humanos*.»[23]

A ética necessitaria de uma complementação do termo – profissional – porque ela se aplica a uma atividade particular da pessoa humana. Assim, ética profissional aplicada à advocacia é a parte da moral que trata dos artigos de comportamento do advogado.

Todo o estudo acerca da ética inicia-se sempre pela análise de suas fontes de proveniência e pela sua distinção [24] ou sinonímia com o termo «moral».[25] Não existe entre os estudiosos do tema uma conceção unânime sobre ética e moral, embora haja algumas semelhanças nas definições propostas. A palavra ética tem na sua origem duas palavras gregas: *éthos*, que significa «o caráter de alguém» e *êthos* que significa «*o conjunto de costumes instituídos por uma sociedade para formar, regular e controlar o comportamento de seus membros*»[26].

Portanto, originariamente, *éthos* e *mos*, «caráter» e «costume», assentam-se num modo de comportamento que não corresponde a uma disposição natural, mas que é adquirido ou conquistado por hábito[27]. É justamente esse caráter construído da maneira de ser do homem que, desde o início, lhe atribui a sua dimensão moral[28].

23 DANONE JÚNIOR, Sérgio. Ética profissional. [S.l.: s.n.]. apud FGV online.

24 DANONE JÚNIOR, Sérgio. Ética profissional. [S.l.: s.n.]. apud FGV online.

25 CHAUÍ, Marilena. Convite a Filosofia. São Paulo: Ática, 2012, pág. 65.

26 DINIS, Almerinda, Direito - Manual do 12º ano, Texto Editora, 1989, pág. 8.

27 DINIS, Almerinda, Direito - Manual do 12º ano, Texto Editora, 1989, pág. 8.

28 SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo, Ética, editor: Grupo Planeta; coleção: Crítica Bolsillo, 1999, pág. 23.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Podemos considerar a moral, como a forma como tratamos as pessoas que conhecemos. Por sua vez a ética é a forma como tratamos as pessoas que não conhecemos. Dito de outra maneira, a moral é o que nos faz um bom pai, um bom amigo ou vizinho. A ética por usa vez representa a forma como construímos uma sociedade. O Homem ético sabe que não deve trair a sua esposa. O Homem moral simplesmente não o faz, em nenhuma circunstância. Este é o nosso verdadeiro teste como seres humanos:

O que acontece quando nós aplicamos a nossa moral individual a situações éticas? Sem conhecer os fatos fazemos julgamentos que erodem o tecido social. Qual deve ser o papel do advogado então? Ser amoral? Não. Como vimos antes, a moral é interior. O que devemos é tratar todas as situações de forma semelhante. Além disso, convém referir que o advogado não é obrigado a aceitar nenhum caso e que pode sempre pedir escusa.

Não há, portanto, uma obrigação de ir contra qualquer moral individual. Só quero que tenham consciência de que realmente qualquer pessoa tem direito ao princípio da inocência e que uma acusação não é equivalente à culpabilidade.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

1.2. A ética e a advocacia

A ética profissional aplicada à advocacia é a parte da moral que trata das formas de comportamento do advogado, no exercício de suas atividades profissionais, tanto na sua vida privada, como na sua atuação pública. O comportamento ético tem a ver com a propriedade do caráter, o modo de ser de um indivíduo, aquele que é considerado bom.

Ao advogado é dado um papel de extrema relevância para a preservação da ordem e dos direitos assegurados constitucionalmente aos cidadãos. Como afirma Mateus: «*Antes de ser advogado, já o pretendente deve ser uma pessoa eticamente irrepreensível, isto é, honesta, observadora dos deveres de justiça, da verdade e da moral, honrada, reta, leal, cortês e sincera.*»[29]

Os advogados devem ser honestos mesmo na sua vida particular. Os atos da vida privada do advogado só podem provocar a reação do poder disciplinar da Ordem dos advogados quando forem escandalosos, impliquem o escárnio público, afetem o carácter de quem as pratique e sejam suscetíveis de lesar o bom nome da Ordem. Por outras palavras não existem advogados criminosos; existem criminosos que se tornam advogados.

A ética profissional é, pois, o conjunto de formas de comportamento do advogado no exercício de suas atividades profissionais, tanto na sua vida privada, como na sua atuação pública. Portanto, a ética profissional do advogado inclui transformar os princípios básicos dos valores culturais de seu comportamento, vida, missão e objetivos em um modelo duradouro em todas as suas áreas de atividades.

Os advogados têm o seu próprio código de ética profissional, que é um conjunto de normas de cumprimento obrigatório, derivadas essencialmente da ética, denominada deontologia[30] profissional, que por ter expressão normativa leva a que o seu incumprimento faça incorrer o infrator em sanções disciplinares.

29 MATEUS, Carlos, A Ética Deontológica e as várias formas de exercício da profissão, in: https://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/carlosMateus_eticadeontologica.pdf , pág. 2.

30 Por todos AZEVEDO FURTADO SOUSA, Vítor Manuel, in A Responsabilidade civil dos advogados pela violação de normas deontológicas. Tese de Mestrado.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Muitas pessoas negam a necessidade de estudar ética, alegando que a moral universal aprendida em casa é parte inseparável do cidadão comum e é suficiente para orientar os advogados em suas carreiras. No entanto, eles se esqueceram de uma particularidade:

Os advogados são livres e independentes. Ele deve apenas obedecer a sua consciência. Portanto, de acordo com suas atividades, as pessoas que trabalham acabarão por adotar uma certa moral. Se, para ser preciso, essa pessoa não precisa de outra moralidade além da moral que decide usar no campo do trabalho, independentemente de qualquer outro modelo moral ou divisão moral, como ele agirá? Portanto, se não estiver condicionado a um mínimo de comportamento ético, levando em consideração a flexibilidade moral de todos, permitirá distorção, engano, comportamento malicioso e fraudulento, reduzindo e degradando sobremaneira a profissão.

Para outros, é muito difícil inserir a mente na matéria. Aqueles que se opõem à pesquisa ética, por exemplo, dizem que os médicos têm interesse em curar os pacientes, e os advogados em ganhar as ações, por isso é importante que os advogados ganhem a ação.

Ou seja, não precisa entrar na investigação especulativa da ordem moral. A respeito destes, digo que o advogado é o intermediário entre o juiz e o cliente, pelo que nele se conciliam o interesse privado de chegar a uma decisão favorável e o interesse público de obter uma decisão justa. O seu objetivo é conquistar os interesses do cliente e defender a supremacia da lei como maior garantia de segurança jurídica e estabilidade social. Os advogados são os representantes de toda a comunidade e são os representantes legais. O advogado necessita, pois, de ter uma formação ético-profissional sólida.

O advogado é, em razão de sua função social[31], servidor da sociedade e do Direito. Por isso, o advogado desenvolve a sua atividade profissional como tal, exercendo não só a direção, a garantia e a defesa das partes em toda a classe de processos, dando cumprimento à tutela judicial efetiva que se prega no art. 24 da Constituição Espanhola, e art. 208 da Constituição Portuguesa, mas também tem uma intervenção e papel essencial, na própria Administração de Justiça, tanto na fase prévia ao processo, como quando o cidadão o consulta com as suas dúvidas, ou

31 Idem.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

procura obter informação de direitos e deveres, ou das consequências dos seus atos e de questões jurídicas que lhe pudessem afetar. Igualmente, da dita intervenção, salienta-se a função mediadora ou conciliadora e que, em definitivo, constituem os direitos dos cidadãos a aceder à informação jurídica e ao aconselhamento jurídico, assistindo na defesa dos seus direitos.

Por outro lado, observa-se que a função social da advocacia se vê imersa nas causas e efeitos da globalização[32], participando ativamente na mesma, já que a supressão de limites fronteiriços, a entrada de empresas e assinaturas estrangeiras no nosso país demandam prestações de serviços jurídicos, que originaram uma transformação, tanto na formação, como no exercício da advocacia[33]. Isto é, o exercício da profissão do advogado passou a ser global.

A preservação da função social da advocacia vem-se a realizar, por exemplo, não só desde o âmbito penal que regula a deslealdade profissional no tipo do art. 467 do Código Penal espanhol vigente, mas também num primeiro estádio sancionatório, mediante o exercício do poder disciplinar do colégio de advogados correspondente, a que pertença.

32 São três as principais causas da globalização: «a aceleração dos ritmos de abertura económica e dos intercâmbios de mercadorias e de serviços; a liberalização dos mercados de capitais e a revolução das comunicações e da informática, que proporciona o suporte tecnológico para que uma massa crescente de capitais navegue pelo ciberespaço à velocidade da luz, sem que seja preciso a intervenção de outros fatores de produção» [ABEL SOUTO, Miguel, El blanqueo de dinero en la normativa internacional. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2002, pág. 53]. É possível afirmar que «o pano de fundo desta nova realidade é a integração, globalização e abertura do sistema económico e financeiro global moderno, que torna extremamente fácil a movimentação internacional de fundos e como tal a dissimulação da sua verdadeira origem» (FERNANDES GODINHO, Jorge Alexandre, Do crime de branqueamento de capitais: introdução e tipicidade. Coimbra: Almedina, 2004, pág. 252).

33 Sobre a atualidade das importantes repercussões do tema, esta é a preleção de FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE: «A criminalidade económica, nas suas formas clássicas ou modernas, é um tema de marcada atualidade. Pela dimensão dos danos materiais e morais que provoca, pela sua capacidade de adaptação e sobrevivência às mutações sociais e políticas, pela sua aptidão para criar defesas frustrando as formas de luta que lhe são dirigidas, a criminalidade económica é uma ameaça séria a minar os alicerces de qualquer sociedade organizada. Daí que a invenção de formas eficazes de luta seja hoje preocupação das instâncias governamentais, judiciais, policiais, etc., de todos os países.» FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, COSTA ANDRADE, Manoel da. «Problemática geral das infrações contra a economia nacional». In Direito penal económico e europeu: textos doutrinários. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pág. 320/319.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

O advogado está obrigado a defender os direitos, liberdades e garantias, a pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça[34] e pelo aperfeiçoamento da cultura e instituições jurídicas.[35]

Os atos próprios dos advogados, nos termos definidos nos arts. 66 a 69 do EOA[36] e na Lei nº 49/2004, de 24 de agosto, podem ser exercidos através de consulta, mandato forense, representação e assistência.

Quem entende que a ética não deve ser objeto de pesquisa também tem um argumento muito forte. Alegam que o advogado ao obedecer a regras rígidas e inflexíveis, restringe a sua atividade profissional e é prejudicado financeiramente. A resposta é simples. A ética não limitará ou restringirá a atuação dos advogados, nem prejudicará o desenvolvimento económico de qualquer advogado. Se os advogados precisam deixar de lado a supremacia da lei, a segurança jurídica e a estabilidade social para proteger os

34 Segundo Orlando GUEDES DA COSTA, a conceção atual do advogado como participante na administração da justiça decorre do artigo constitucional 208 da CRP, *vide* GUEDES DA COSTA, Orlando, Direito profissional do advogado, pág. 57. A par da consagração constitucional anteriormente referida, é possível encontrar outras disposições legais que revelam a imprescindível função que estes profissionais desempenham. A nova Lei da Organização do Sistema Judiciário dedica, agora, o seu cap. III do Livro II - com especial destaque para os artigos 12 e 13 - a estes profissionais. Assim, para além da já referida concretização da consagração da profissão como elemento essencial à administração da justiça, enuncia-se agora no artigo 13 da referida Lei um conjunto de imunidades necessárias a um desempenho eficaz do exercício livre e independente do mandato forense.

35 Art. 90 do Estatuto da Ordem dos advogados Portugueses: 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 atos ilegais, nem promover diligências reconhecidamente dilatórias, inúteis ou prejudiciais para a correta 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 atuação jurídica em causa visa a obtenção de resultados ilegais e que o interessado não pretende abstenha-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 objetivos que não sejam profissionais;
h) Não solicitar clientes, por si ou por interposta pessoa.

36 Estatuto da Ordem dos advogados Portugueses.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

interesses de seus clientes e entrar em conflito direto com artigos morais, então enfrentamos uma causa que não vale a pena defender.

Talvez este seja o cerne das questões económicas levantadas pelos oponentes da pesquisa em ética profissional. Se todos os advogados administrarem suas profissões de forma ética, ou seja, não mentirem, trapacearem e distorcerem os fatos, alguns possíveis comportamentos não continuarão, o que realmente prejudicará economicamente esses profissionais. Sem moralidade, a criatividade dos advogados pode voar alto. Mesmo nas leis mais secas, um advogado habilidoso e astuto pode criar processos judiciais satisfatórios, mesmo que a árvore seja torta, pode dar frutos.[37].

A Advocacia é uma profissão prevista constitucionalmente, portanto, a atuação do advogado deve se basear na ética, fazendo-se necessário pautar o seu comportamento, com os princípios básicos dos valores humanos. Se queremos exigir mais da sociedade devemos começar por exigir mais de nós mesmos.

Nenhum país democrático do mundo, pelo que se sabe, quando o advogado funciona como defensor de um acusado ou quanto atua como consultor jurídico, o obriga a quebrar o segredo profissional, que não foi inventado para ele, mas sim para a sociedade. Situação diferente quando ele assessora uma transação comercial, bancaria, imobiliária, financeira, etc.

Nenhuma situação justifica ou pode fazer preponderar o interesse da investigação relacionada com o branqueamento de dinheiro (dever de comunicação das operações suspeitas), que é público, sobre o interesse, também da sociedade, de preservação do segredo profissional do advogado?

Uma vez que existem múltiplos meios de investigação dificilmente se poderia considerar automaticamente a quebra do segredo profissional do advogado no combate ao branqueamento de dinheiro como constitucional. Mas se é inconstitucional, na nossa opinião, a necessidade de denunciar o cliente, será que eticamente deve o advogado fazê-lo?

37 Para aqueles advogados que sentem que têm de seguir os advogados que prometem mundos e fundos eu digo: os advogados que prometem mundos e fundos, têm de cumprir, ou rapidamente passam de bestiais a bestas.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

1.3. Deontologia Profissional do Advogado

Deontologia tem como fonte o termo grego *deontos* (dever) e *logos* (estudo, ciência, tratado). É definida como a ética de uma profissão, que aponta o conjunto de artigos e princípios que organizam o comportamento de cada profissional. Há quem defenda que a deontologia profissional só tem um espaço, entre o direito e a moral.

A deontologia profissional do advogado é matéria vital, necessária e imprescindível no exercício profissional, mas também tem esta característica básica e está sujeita a normas vinculativas, úteis ao serviço da sociedade e do cidadão que garantem a qualidade dos serviços profissionais e a confiança social do profissional. As relações de confiança só podem existir se a honestidade, probidade, consciência, lealdade, cortesia e sinceridade do advogado forem inquestionáveis. Para o advogado, estas virtudes tradicionais são obrigações profissionais.[38] Os advogados-estagiários ficam, desde a sua inscrição, obrigados ao cumprimento do presente Estatuto e demais regulamentos.[39]

Há que se salientar que a boa e a má conceção do advogado na sociedade, diante da magistratura, diante dos seus colegas e clientes, não deriva apenas de sua bagagem cultural ou do lustro jurídico profissional. A bem da verdade, existem homens doutos que não seguem uma consciência moral e não têm escrúpulos de comportamento profissional. Daí a necessidade e a relevância do estudo e do conhecimento da Deontologia Jurídica, pois ela constitui, na verdade, a fonte da moralidade profissional.

Podemos simplesmente dizer que na nossa sociedade sempre existiu falta de ética, e esse fato torna-se cada dia mais percetível. Um bom exemplo é a forma errada e abusiva com que muitas pessoas em todo o mundo lidaram com as restrições impostas pela recente pandemia. Com as mudanças contínuas na sociedade humana, a profissão jurídica não pode deixar de experimentar essas mudanças que chocam toda a sociedade.

Podemos nos referir à deontologia profissional como aquele conjunto de normas jurídicas reguladoras do exercício de uma ou mais profissões, maioritariamente dotada de conteúdo ético. O seu cumprimento é uma

38 Art. 88 nº 2 do EOA e Ponto 2.2 do Código de Deontologia dos advogados Europeus (CDAE).

39 Art. 193 do EOA e arts. 18 e 24 do Regulamento Nacional de Estágio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

imposição pessoal a que ninguém pode ser obrigado. A norma moral, ou ética, passará a ser jurídica quando deva ser obrigatória para todos, assumindo relevância social, sendo sancionado o indivíduo que não a respeitar.

A Deontologia configura o conjunto dos comportamentos ético-jurídicos pelas quais o advogado deve pautar o seu comportamento profissional e cívico, comportamentos que servirão de limites à sua atuação, correta e adequada diante das presunções costumariamente estabelecidas para a classe profissional, sendo que tudo o que não se enquadrar, dentro de tais pressupostos, irá constituir uma falta, e a falta cometida por um, atinge-nos a todos, ameaçando assim o prestígio da classe, consequência desta ser alicerçada no prestígio dos seus membros.

Enquanto conjunto de normas para vincular o coletivo profissional de advogados, a deontologia é composta não apenas por obrigações, mas também por direitos, ultrapassando inclusive as obrigações e direitos de restrição exclusiva da relação entre advogados e clientes. Isto porque são estes direitos que sustentam a existência de deveres e obrigações, definem e identificam-nos, e observam esta correlação desta forma, porque a lei é obrigada a desempenhar tarefas importantes através da consulta ou informação jurídica protegendo a violação dos direitos e interesses de quem possa ser ameaçado, garante a defesa dos cidadãos, sejam do setor público ou privado, sejam pessoas singulares ou coletivas.

A deontologia jurídica portuguesa tem, no corpo da peça legislativa da Lei nº 145/2015, de 09 de setembro, um corpo positivo de disposições legais imperativas que regulam o exercício da advocacia, o Estatuto da Ordem dos advogados. O Estatuto da Ordem dos advogados estabelece o regime jurídico da Ordem dos advogados, enquanto associação pública representativa dos profissionais que exercem advocacia.

Na sua missão, a Ordem dos advogados, tem de zelar pela função social, dignidade e prestígio da profissão de advogado, promovendo a formação inicial e permanente dos advogados e o respeito pelos valores e princípios deontológicos.[40] Sabendo que a esposa de César não é suficientemente séria, deve-o ser o advogado, como um «órgão auxiliar» para

40 Art. 3 al. d) do E.O.A.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

a realização de justiça. Não deve ter um fim que seja realmente oposto à sua função social. Tudo isso está relacionado à etiqueta necessária à profissão, desde que não implique com o direito à preservação da vida privada e ao livre desenvolvimento da personalidade.

Em Portugal, não é polémico se a deontologia é um direito de supervisão profissional, porque existem todos os requisitos que nos permitem tirar conclusões de forma positiva. O ordenamento jurídico espanhol é mais aberto do que o português, amparado por disposições gerais, sem grandes particularidades e individualismos, e permite ocupações conformes com a Abogacia, como é o caso dos professores.

Em Espanha, Nielson SÁNCHEZ STEWART[41] refere que se confundiram os termos de deontologia e ética profissional, inclusive na legislação positiva. Este autor refere-se ao real Decreto 1331/2006, de 17 de novembro, que regula o relacionamento laboral de caráter especial dos advogados que continha no projeto, a expressão normas éticas ou deontológicas, que foi substituída por normas éticas e deontológicas para destacar que as normas éticas e deontológicas são de diferente caráter. Como indica Nielson Sanchéz, a norma moral ou ética pertence ao foro interno, ao caráter das pessoas, não exigindo a existência do outro para existir.

Nielson SÁNCHEZ STEWART define a deontologia do advogado como: «*o conjunto de normas jurídicas que regulam os seus relacionamentos com o cliente, com as partes adversa, com os seus colegas de profissão, com os órgãos e servidores públicos ante os que atua com o seu Colégio profissional, normas cuja fonte e tutela são corporativos*».[42] Mas a verdade é que, independentemente da sua fonte, a partir da altura em que as normas se apresentam como direito positivo, com o seu correspondente regime sancionador, estamos claramente no âmbito do direito.

O Tribunal Constitucional espanhol, em Sentença nº 219/1989, Sala 1ª, de 21 de dezembro de 1989, considera as normas deontológicas como normas jurídicas[43]. A Sentença refere que os artigos, legais ou regulamen-

41 SÁNCHEZ STEWART, Nielson, Manual de Deontología para abogados, 2019, Madrid, Wolters Kluwer, pág. 21.

42 SÁNCHEZ STEWART, Nielson, Manual..., *cit*., pág. 26.

43 Veja-se também no mesmo sentido, STC 1987/2, de 21 de janeiro, STC 1987/42 de 5 de março, STC 1989/42 de 16 de fevereiro, STC 1989/69 de 29 de abril.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

tares que qualifiquem as infrações, devem definir com a maior precisão possível os atos, omissões ou comportamentos sancionados devendo a sua concretização ser razoavelmente exequível em virtude de critérios lógicos, técnicos ou de experiência e que permitam prever, com suficiente segurança, a natureza e as características essenciais dos comportamentos constitutivos da infração qualificada. De facto, o Código Deontológico da Abogacía Espanhola que é, em termos legais, aprovado pelo Conselho Geral da Abogacía Espanhola, contém normas corporativas, que só obrigam os advogados, sendo que a sua não observância implica a aplicação de sanções disciplinares[44].

Os advogados, para exercer a sua profissão, têm que colegiar-se e submeterem-se às normas deontológicas adotadas pelo seu Colégio, de acordo com a política de autorregulação implementada em Espanha.

Não se pode afirmar que os advogados não conheçam o Código Deontológico, nem que não goze da publicidade necessária para quem o tem de cumprir obrigatoriamente[45].

Os seus destinatários, apesar de não ter sido consagrado como lei, conhecem o Código Deontológico, bem como os comportamentos reprováveis que aí estão descritas de forma clara e as sanções em que incorrem.

Existem normas deontológicas substantivas, adjetivas e penais:

As normas substantivas estabelecem os direitos e obrigações dos advogados, enquanto as adjetivas regulam os procedimentos (como o seja concorrência, formalidades, prazos) permitindo a implementação das normas.

Podemos, pois, concluir, que, igualmente como em Portugal, trata-se de normas jurídicas de regulação profissional, que vinculam os advogados e que incorrem em responsabilidade em caso de não as observar. Além disso é referência inevitável o Código de deontologia do Conselho de advogados da Europa (CCBE), de 28 de novembro de 1988.

44 Veja-se CARNICER DÍEZ, Carlos, «Normas Deontológicas», em Comentarios al Estatuto General de la Abogacía Española, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág.191.

45 Neste sentido STS de 8 de março de 1996. Veja-se também SUÁREZ PLANOS, Leonor, «Deontología do abogado. Descripción normativa y crítica», Ética de las profesiones jurídicas: estudios sobre deontología, Editores: Universidad Católica San Antonio de Murcia, Vol. 2003 ,2, págs. 1079-1033.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

De facto, o art. 1.1 do Código Deontológico aprovado pelo Pleno do Conselho Geral da Abogacía Espanhola de 27 de setembro de 2002 estipula que o advogado está obrigado a respeitar os princípios éticos e deontológicos da profissão estabelecidos no Estatuto Geral da Abogacía Espanhola, no Código Deontológico aprovado pelo Conselho de Colégios de advogados da Europa (CCBE), e no presente Código Deontológico aprovado pelo Conselho Geral da Abogacía Espanhola, e aos que se for o caso, tiverem aprovado o Conselho de Colégios da Autonomia, e os do concreto Colégio ao que esteja incorporado.

Também há que ter presente o Regulamento de Procedimento Disciplinário aprovado pelo pleno do Conselho Geral da Abogacía Espanhola do dia 25 de junho de 2004.

Quanto às normas emanadas do Parlamento, no que configurariam um regime normativo geral, temos:

1) A Constituição Espanhola de 1978, que como tal não contém normas positivas de caráter deontológico, mas «se refere a valores e princípios que inspiram o nosso ramo do direito» (nº 3 do art. 9, nº 3 do art. 17, art. 20, 24, 25, 36, nº 3 do art. 122 e nº 2 do art. 159);
2) O Código Penal Espanhol (arts. 199, 200, 465, 466 e 467);
3) A Lei Orgánica do Poder Judicial (art. 542 e seguintes);
4) Lei de Enjuiciamiento Criminal (arts. 262, 263 e 416);
5) A Lei de Enjuiciamiento Civil (arts. 247, 307, 371 e 591);
6) Lei 2/1974 de 13 de fevereiro de Colégios Profissionais;
7) Leis que regulam as comunidades Autónomas.

O Tribunal Constitucional e o Tribunal Supremo espanhol pronunciaram-se a esse respeito, que as normas contidas no Código Deontológico da Abogacía espanhola têm a deferência de autênticas normas jurídicas[46].

As normas deontológicas penais, contêm a tipificação dos comportamentos (muito graves, graves e leves), bem como as respetivas sanções, o seu cumprimento, execução e extinção. A infração de uma norma deontológica gera uma resposta disciplinar ou colegial, através da sanção

46 VILLA RAMOS, Beatriz., «Deontología profesional y enquadre jurídico normativo», em Deontologia profesional, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 14.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

interna por parte do próprio colégio correspondente demais tem uma resposta jurídica, que pode inserir-se no âmbito civil ou penal.

Efetivamente, o não-cumprimento dos deveres profissionais do advogado pode implicar sanções penais, por incorrer nas figuras criminosas, objeto de regulação no Título XX do Código penal espanhol. Dito Título qualifica os delitos contra a Administração de Justiça e outras figuras criminosas. São exemplos destes, a falta de comparência voluntária a julgamento, quando existem presos com pena de privação de liberdade de caráter preventivo, ou no caso da provocação da suspensão de um procedimento sem causa justificada, que determinaria uma pena de prisão para o acusado de até seis meses (ex. art. 463 CP espanhol). Outros exemplos poderiam ser o influir direta ou indiretamente com violência ou intimidação, nos intervenientes de um procedimento para modificar a sua atuação processual, sendo castigado com pena de prisão para o acusado, de até quatro anos (ex. art. 464 CP), ou a quebra da necessidade de guardar segredo profissional (ex. arts. 199.2 e 467 CP). Este tipo de condenações, à exceção da qualificada no art. 464 do CP, implica a incompatibilidade para o exercício da profissão e, portanto, a saída da profissão. Em qualquer caso, a sanção colegial será revista ante os órgãos judiciais da jurisdição contencioso-administrativa que irão revisar e avaliar o comportamento moral, tendo como referência a própria norma deontológica.

Centrando na responsabilidade disciplinar dos advogados, considera-se com caráter geral que tem a sua fonte nos comportamentos infratores das obrigações profissionais quando não revestem a entidade de infração penal. Segundo refere o art. 47 do Estatuto pelo que se rege o Ilustre Colégio de advogados de Madrid, todos os advogados estão sujeitos a responsabilidade disciplinar ante o incumprimento dos seus deveres profissionais ou deontológicos[47]. O Tribunal Constitucional, no seu STC 219/1989, de 21 de dezembro, estabeleceu que os Colégios profissionais são titulares de poderes públicos, entre os quais está a faculdade de ordenar a atividade dos profissionais.

47 Note-se que o procedimento para o exercício do poder sancionatório será o regulado pelo Decreto 2000/245 que aprova o Regulamento para o Exercício da Potestade Sancionadora pela Comunidade de Madrid.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

A relação entre o Colégio e os seus profissionais é uma relação de suporte especial, constituída sobre a base da delegação de poderes públicos em entes corporativos, dotados de ampla autonomia para a ordenação e controlo do exercício das atividades profissionais, com fundamento expresso no art. 36 da Constituição Espanhola. Além disso, pronuncia-se envolvendo a ordenação da atividade dos profissionais, estabelecendo que os deveres sociais, profissionais ou legais relacionados com a profissão, fazem-se frequentemente através de normas deontológicas.

Também se reconhece expressamente que, entre as faculdades dos Colégios profissionais está a faculdade disciplinar, cuja abrangência legal se acha no art. 5 i) da Lei 2/1974, de 13 de fevereiro, dos Colégios profissionais. Assim mesmo, considera-se que as infrações das obrigações estabelecidas nas normas deontológicas constituem o âmbito do exercício das faculdades disciplinares dos Colégios profissionais. Tais sanções não prejudicam o princípio de legalidade penal (art. 25.1 CE).

As faltas que impõe a normativa deontológica classificam-se em faltas muito graves, faltas graves e faltas leves. As mais graves em que pode incorrer o advogado, ao quebrar as normas deontológicas, podem levar à suspensão do exercício da advocacia de três meses a dois anos ou, inclusive, a expulsão do colégio de advogados. Note-se que no Estatuto da Abogacía Española se impõe como sanção a multa económica, ao contrário da generalidade dos outros países. A expulsão do Colégio de advogados está prevista, supondo que o exercício de profissões for incompatível ou o deliberado não-cumprimento das normas deontológicas essenciais.

As faltas graves preveem a suspensão por um prazo não superior a três meses. Estas faltas graves estão relacionadas com a falta de consideração devida de forma manifesta a um colega, ou com a concorrência desleal, com a habitual ou temerária impugnação de honorários, com a reiterada declaração de excessivos ou indevidos honorários ante a minuta de um colega.

As faltas leves sancionam-se com a repressão privada. Impõem-se ditas sanções por atitudes que suponham falta de respeito aos membros da Junta de Governo, quando não seja qualificada como grave ou muito

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

grave, ou nos casos de negligência no cumprimento das normas estatutárias, ou com motivo da infração leve dos deveres da profissão.

Em relação à advocacia, observamos como princípios essenciais deontológicos, não só o princípio do valor supremo da Justiça como virtude e como resultado do trabalho do advogado, mas também o princípio da independência profissional do advogado, tanto na defesa como na informação da posição jurídica do seu cliente, sem coações e de forma imparcial (art. 2 do E.G.A.E.).

Em função deste princípio, o advogado pode recusar instruções provenientes do seu cliente, de outros colegas e de outros profissionais, quando forem contra esta independência. Assim mesmo, também seria de destacar o princípio de liberdade de defesa e de eleição ex. art. 3 do E.G.A.E. e art. 542.1 da Lei Orgánica do Poder Judicial (em adiante LOPJ), no que o advogado é livre de assumir um assunto e de extinguir dita relação com o cliente, quando o considere conveniente.

Finalmente, invoca-se o princípio de honradez profissional ou probidade, que se constrói envolvendo o cumprimento dos deveres para consigo mesmo e com os demais.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

1.4. A Deontologia em Portugal

A advocacia adotada na Constituição portuguesa é conhecida como a função efectiva da justiça e é essencial para a sua gestão. Refere-se a um importante grupo que exerce a democracia, não é uma profissão moderna porque se desenvolveu no cumprimento da justiça e do direito desde os primórdios da sociedade.

A palavra advogado tem a sua origem no termo em latim «advocatus», uma conjugação de «ad» (para, perto) e «vocatus» (chamado), ou seja, a pessoa que é pretendida pelas partes para ajudar nas suas alegações, isto é, chamado a colaborar com a Justiça, de dar ao seu cliente conforme ao que corresponde a cada um, a sua lealdade e competência técnica para defender os interesses do cliente.

A deontologia dos advogados portugueses assenta no Código de Deontologia dos advogados Europeus, nos deveres consagrados no EOA e em algumas leis processuais e de organização judiciária. O EOA alicerça-se no Código de Deontologia dos advogados Europeus (CDAE[48]).

O advogado é um elemento essencial na administração da justiça, exerce uma atividade de interesse público[49], com dignidade (art. 88[50]) e independência (art. 89). A profissão de advogado é, pois, de interesse público com tratamento constitucional (art. 208 da CRP[51]). A atividade de

48 Sobre a função do advogado na sociedade, segundo o ponto 1.1 do Código de Deontologia dos advogados Europeus, diz: «Numa sociedade baseada no respeito pelo primado da lei, o advogado desempenha um papel especial. Os deveres do advogado não se esgotam no cumprimento rigoroso do seu mandato dentro dos limites da lei. O advogado deve servir o propósito de uma boa administração da justiça ao mesmo tempo que serve os interesses daqueles que lhe confiaram a defesa e afirmação dos seus direitos e liberdades. Um advogado não deve ser apenas um lutador de causas, mas também um conselheiro do cliente. O respeito pela função do advogado assume se como uma condição essencial para a garantia do Estado de Direito Democrático. Por isso, a função do advogado impõe-lhe uma diversidade de obrigações legais e morais, muitas vezes conflituantes diante de: O cliente; Os tribunais e outras autoridades junto das quais o advogado luta ou representa o seu cliente; A advocacia em geral ou qualquer Colega em particular; O público, para o qual a existência de uma profissão livre e independente, auto regulada por normas vinculativas, é um elemento essencial para a defesa dos direitos humanos face ao poder do Estado e a outros instalados na sociedade».

49 SOUSA MAGALHÃES, Fernando, Estatuto da Ordem dos advogados: Anotado e Comentado, Almedina, Coimbra, 6º E., pág. 725.

50 *Vide* arts. 88 e seguintes, todos do E.O.A.

51 C.R.P. - Constituição da República Portuguesa.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

advocacia está, pois, sujeita a princípios éticos, pois o advogado funciona como garantia dos direitos do cidadão[52] concretizando o princípio de livre acesso aos tribunais ao representar o cidadão, quando necessário[53]. O nº 3 do art. 188 do EOA afirma que «para os efeitos da alínea a) do nº 1, presumem-se não idóneos para o exercício da profissão, designadamente, os condenados por qualquer crime gravemente desonroso». O art. 88 do atual Estatuto consagra a mesma ideia ao impor «um comportamento público e profissional adequado à dignidade e responsabilidade da função que exerce». Ou seja, devemos agir eticamente na nossa vida profissional e pessoal. Isso não significa sermos moralmente perfeitos até porque o que é moral para uns pode não o ser para outros.

Como exemplos de disposições de caráter deontológico constantes de outros diplomas que não o EOA, devemos chamar a atenção para o Código de Processo Civil português, nomeadamente para o nº 2 do art. 150 que determina a licitude do uso das expressões e imputações indispensáveis à defesa da causa – acrescentamos a título exemplificativo o disposto no art. 9 do C.P.C. Português que estabelece um dever de recíproca correção a todos os intervenientes no processo, determinando, ainda, que as relações entre advogados e magistrados se pautam por um especial dever de urbanidade; bem como para o art. 326 do Código de Processo Penal português relativo ao comportamento dos advogados e defensores; para o nº 2 do art. 43 da Lei nº 34/2004, de 29 de julho, relativa ao acesso ao direito e que impõe ao defensor nomeado a impossibilidade de, no mesmo processo, aceitar mandato do mesmo arguido; para ou Decreto-Lei nº 229/2004, de 10 de dezembro, relativo às Sociedades de advogados; para a Lei nº 49/2004, de 24 de agosto, que estabelece os atos próprios dos advogados[54]; para a Lei nº

52 *Vide* arts. 32 ,20 nº 2 e 20 C.R.P., 12 e 13 da Lei da Organização do Sistema Judiciário, 40 nº 58 ,1 e 151 nº 1 do C.P.C. e 195 do Código Penal.

53 *Vide* arts. 2 e 20 da CRP.

54 Uma síntese dos actos próprios da profissão: A Lei n.º 2004/49, de 24 de Agosto (LAPAS), definiu os actos exclusivos dos Advogados (e solicitadores) e tipificou dois novos crimes relacionados com a violação desta reserva de competência: a procuradoria ilícita e a usurpação de funções.

I. Notas prévias – O regime da LAPAS

São actos próprios dos Advogados os actos (infra) previstos nos artigos 1.º a 3.º da Lei n.º 2004/49, de 24 de Agosto, praticados no interesse de terceiros e no âmbito de actividade profissional. Por seu turno, havendo violação desta reserva de competência, o agente estará a praticar actos de

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

procuradoria ilícita, incorrendo no crime respectivo. A este respeito vale a pena salientar que uma pessoa que haja no seu próprio interesse, ou um Advogado (ou solicitador), nunca, em circunstância alguma, pratica actos de procuradoria ilícita. Quando muito, os Advogados que auxiliem a prática destes actos por outros estarão a incorrer em infracção disciplinar, mas nunca na prática de um acto ilícito. Entretanto, a lei também excluiu deste universo de actos ilícitos todos os actos praticados pelos representantes legais, pelos empregados, pelos funcionários ou agentes de pessoas singulares ou colectivas, públicas ou privadas, enquanto nessa qualidade, não os considerando como actos praticados no interesse de terceiros (e como tal não sendo actos próprios de Advogados). Esta regra é válida excepto tratando-se de actividade de cobrança de dívidas, caso em que os actos praticados pelos funcionários de pessoa que tenha como principal actividade a cobrança de dívidas são considerados praticados no interesse de terceiros, passando assim estes funcionários a responder por actos ilícitos de procuradoria mesmo que a empresa empregadora seja a detentora dos créditos a recuperar (muitas vezes adquiridos em negócio simulado). Por último, resulta deste regime que os serviços prestados a terceiros que compreendam, ainda que isolada ou marginalmente, a prática de actos próprios dos Advogados e dos solicitadores só podem ser prestados em escritórios ou gabinetes compostos exclusivamente por Advogados, por Advogados e solicitadores, por sociedades de advogados ou nos gabinetes de consulta jurídica organizados pela Ordem dos Advogados e pela Câmara dos Solicitadores, sendo proibido o funcionamento de escritório ou gabinete constituído sob qualquer outra forma jurídica (nomeadamente aqueles constituídos agregando vários tipos de profissionais diferentes). Estão excluídos desta regra os sindicatos e as associações patronais, desde que os actos praticados o sejam para defesa exclusiva dos interesses comuns em causa e que estes sejam individualmente exercidos por Advogado ou Advogado estagiário, e ainda as entidades sem fins lucrativos que requeiram o estatuto de utilidade pública, desde que cumpram alguns outros requisitos. II. Os actos próprios dos Advogados

1. O exercício do mandato forense:

Considera-se mandato forense o mandato judicial conferido para ser exercido em qualquer Tribunal, incluindo os Tribunais ou comissões arbitrais e os julgados de paz. A lei explicita que é acto próprio de Advogado também o exercício do mandato no âmbito de reclamação ou impugnação de actos administrativos ou tributários. E, nos casos em que o processo penal determinar que o arguido seja assistido por defensor, esta função é obrigatoriamente exercida por Advogado, nos termos da lei.

2. A consulta jurídica:

Considera-se consulta jurídica a actividade de aconselhamento jurídico que consiste na interpretação e aplicação de normas jurídicas mediante solicitação de terceiro. Assim, a consulta jurídica consiste no esclarecimento técnico sobre o Direito aplicável a questões ou casos concretos nos quais avultem interesses pessoais legítimos ou direitos próprios lesados ou ameaçados de lesão, apreciando da existência ou não de fundamento legal para a pretensão do utente.

Integram-se na definição de consulta jurídica a realização de diligências extrajudiciais que decorram directamente do conselho jurídico prestado e que se mostrem essenciais para o esclarecimento da questão colocada.

3. A elaboração de contratos e negócios jurídicos:

Estão reservados aos Advogados a elaboração de contratos, a preparação de negócios jurídicos e também o acompanhamento e a prática dos actos preparatórios tendentes à constituição, alteração ou extinção de negócios jurídicos junto de conservatórias e cartórios notariais (v. g., actos societários, compras e vendas e respectivas promessas, partilhas, registos prediais, comerciais ou civis, etc.).

4. A negociação tendente à cobrança de créditos:

A jurisprudência portuguesa ultimamente tem entendido que esta «negociação tendente à

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

11/2004, de 27 de março, relativa ao regime de prevenção e repressão de branqueamento de vantagens de proveniência ilícita; referindo por último e com especial destaque o Código Deontológico do Conselho Consultivo dos advogados Europeus (CCBE), também denominado Código de Deontologia dos advogados Europeus (CDAE).

As normas que integram o Direito profissional do advogado, têm natureza jurídica. Neste sentido, impõe-se referir, que a competência para a elaboração destas normas pertence à Assembleia da República, que no uso da sua competência política e legislativa prevista na alínea c) do art. 161 da Constituição da República Portuguesa decretou o EOA.

Ora, torna-se, assim, evidente o valor jurídico das disposições deontológicas presentes no EOA em virtude de o mesmo ter sido estabelecido por uma Lei da Assembleia da República. Este fato permite, desde logo, superar as críticas apontadas pelos autores que negam a juridicidade das normas deontológicas em virtude de estas serem provenientes, não do Estado, mas da própria organização profissional.

O Estatuto da Ordem dos advogados interliga a profissão de advogado com a defesa da Constituição, do Estado de Direito e os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos (art. 3, 46 nº 1 e 90 nº 1). Os advogados devem cooperar com os magistrados, as restantes partes e mandatários judiciais, com brevidade e eficácia, para a justa composição do litígio

cobrança de créditos» não engloba as situações de «recuperação de créditos», aquelas que se resolvem de forma expedita após mera interpelação para pagamento. Com este entendimento, o tipo só será considerado preenchido caso existam negociações mais prolongadas, elaboração de planos de pagamento, etc. No entanto, importa referir que a Comissão Europeia, em 2011, numa resposta escrita (ref. E2011/001405-) a um pedido de esclarecimento que versava este assunto, confirmou que os serviços de recuperação de créditos («debt collection services») estão em Portugal reservados aos membros de profissões reguladas, os Advogados e os solicitadores, sendo que esse facto não contende com a Directiva n.º 2006/123/CE, relativa aos serviços no mercado interno (Directiva Serviços), e assim não configura qualquer situação prejudicial ou desequilíbrio à livre concorrência.

Nestes termos, e com esta confirmação do Direito Europeu, a expressão da LAPAS «negociação tendente à cobrança de créditos» deveria ser sempre interpretada como referindo-se a qualquer cobrança extrajudicial de dívidas. De relembrar que quando a actividade de cobrança de dívidas é o principal objecto ou actividade das sociedades, os actos dos seus funcionários são considerados actos praticados no interesse de terceiros, e assim passam a ser actos próprios de Advogados. Resulta desta regra que as empresas são obrigadas a utilizar funcionários com as necessárias habilitações, ou seja, Advogados ou solicitadores, mesmo nas situações em que supostamente detenham os créditos em causa. Texto Elsa Mariano in Boletim da Ordem dos Advogados, nº 15, set. 2018

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

(art. 7 nº 1 do Código de Processo Civil). O advogado é um elemento essencial na administração da justiça, pois está perto do povo. Sempre que alguém deseja o apoio de um advogado, ele é a força motora por detrás da condução do processo, independentemente da fase em que se encontrar, o que naturalmente dá origem a um acentuado interesse público da sua atividade, de onde emergem em primeira linha os deveres do advogado para com a comunidade e nas relações com o cliente (art. 90, 97 e 100 do EOA). Compete ao advogado perceber as razões do cliente. Este deve falar a verdade pois se mentir o trabalho do advogado é quase impossível.

A relação cliente-advogado, por sua vez, vai para além do simples contrato de prestação de serviços. O advogado não só representa o arguido em juízo como em atos normais da vida judicial e serve de baluarte de defesa dos seus direitos defendendo ao mesmo tempo a sociedade e o Estado Democrático[55] de Direito. Os serviços do advogado estão à venda, mas o advogado não deve estar. Não deve, por exemplo, ao seu cliente a sua assistência política. Não tem de promover a sua causa quando atua como cidadão.[56] O advogado está ao serviço da administração da justiça, ou ao serviço do cliente que lhe paga?

Porque o exercício da advocacia não é, nunca foi e nunca será, coincidente com o ganhar ações judiciais a qualquer preço e em quaisquer condições, quaisquer que sejam os meios que tenham de se utilizar. A parcialidade do advogado deve ter um limite, que será a própria legalidade, quando não a defesa da verdade. A parcialidade do advogado não pode confundir-se com obstrução ao exercício da justiça. Nem o advogado, em nome dessa parcialidade, deve ultrapassar a fronteira da legalidade.

Admitamos que um sujeito entra no escritório de um advogado e exclama:

«Doutor, assaltei um banco, a polícia anda traz de mim, defenda-me, não olhe a gastos, mas arranje-me um álibi».

Primeira questão: este sujeito procurou um advogado ou um cúmplice qualificado?

55 Neste sentido, *vide* GUEDES DA COSTA, Orlando, Direito Profissional do advogado: Noções elementares, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, pág. 8.

56 Situação essa lamentavelmente frequente nos E.U.A., por exemplo.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Obviamente procurou um cúmplice.

Segunda questão: A atividade do advogado no sentido de obter um álibi para este sujeito configura a atividade profissional do advogado, merecendo por isso estar acobertada pelo segredo profissional? Naturalmente que não. Se o fizer a sua atuação constitui a de um cúmplice qualificado.

Terceira questão: com ou sem álibi, enquadra-se no conceito de exercício profissional da advocacia a atividade do advogado que aceita defender tal sujeito e se esforça por o inocentar e obter a sua absolvição? Sim.

E em situações análogas a estas em que o criminoso não procura um advogado, mas um cúmplice, e em que se propõe pagar, não honorários pela prestação de um serviço, mas o preço de uma corrupção, justifica-se que o advogado se silencie porque está vinculado ao segredo profissional? Não.

Mas, afinal, em situações destas, qual é a profissão que goza de segredo profissional? A profissão «advocacia» não é, certamente.

Antes de começarmos a analisar a questão do branqueamento de dinheiro e o seu eventual conflito com o segredo profissional, e demais problemas nesta tese, será útil um breve resumo do que constitui a relação advogado-cliente, especialmente os deveres da relação advogado-cliente. Em princípio, o advogado tem a necessidade de guardar segredo rigoroso sobre tudo e qualquer coisa relacionada com ele na sua condição de advogado. Esta necessidade tem fonte nas obrigações da profissão de advogado e no caráter das relações entre advogado e cliente.

Para que o advogado consiga um perfeito conhecimento dos negócios e interesses de seu cliente e, portanto, seja capaz de aconselhar adequadamente o seu cliente e defendê-lo em juízo, é necessário que o cliente possa confiar completamente no seu advogado, para que ele possa ser mais recetivo ao conselho do advogado. É claro que, de tudo o que o advogado diz ao cliente, apenas uma parte pode ser relevante para a defesa do cliente e, portanto, está destinada a ser revelada. Todo o resto deve ser mantido em segredo. Não é fácil, portanto, decidir o que deve ser considerado segredo.

A decisão deve residir no fato de que serve mais o interesse do cliente, tornando-o público ou mantendo-o em segredo, a menos que o cliente autorize especificamente a revelação ou a exija. O advogado deve preferencialmente conferir com seu cliente sobre a informação. Existem

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

alguns segredos que são informações que podem ser incluídas na esfera da vida privada e cuja revelação seria mais penosa para o cliente e, portanto, ele pode preferir não a tornar pública, mesmo que seja prejudicial aos seus interesses. Vamos deixar claro: se o cliente não autoriza a revelação de qualquer fato contado por ele mesmo ao advogado, o advogado deve se abster de revelá-lo, mesmo que seja a melhor maneira de proteger e defender os interesses do cliente.

No entanto, há uma exceção: No caso de uma defesa criminal, nenhum fato ou informação que possa ajudar o cliente permanecerá secreto, mesmo contra a vontade do cliente, mas somente deve ser exercida essa hipótese, se houver uma necessidade real da revelação e não apenas uma determinação pelo advogado de sua existência. A nossa maior fidelidade como advogado deve ser à justiça e não apenas ao nosso cliente. O segredo constitui para o advogado tanto um direito quanto um dever. É um dever em relação aos seus clientes que não poderiam ser honestos e diretos com o advogado deles se eles não tivessem a certeza de sua total discrição. É um direito em relação às autoridades porque o advogado não é normalmente obrigado a revelar as confidências. A necessidade de segredo é, portanto, uma questão de ordem pública, uma necessidade legal cuja infração tem consequências cíveis e criminais. Não é, portanto, uma necessidade contratual, pelo que não é necessário que o cliente peça ao advogado para manter o que ele disse em segredo, nem que ele prometa mantê-lo.

Todo o contrato é um acordo entre duas ou mais pessoas para transferir entre eles um direito ou sujeito a uma necessidade. Como exemplo, quando o confidente desconectasse o confiante da necessidade de segredo profissional e este o aceitasse, não haveria responsabilidade penal, o que não é o caso. Nós dificilmente podemos considerar um segredo como um depósito, uma vez que implica que seria devolvido, o que obviamente não é possível. Da necessidade deriva que o cliente não pode impor ao advogado a sua revelação. O cliente pode autorizar a tornar públicas algumas confidências, mas o advogado pode se abster de revelá-las se a revelação delas for inconveniente ou desnecessária para o processo. Além disso, o advogado está proibido de revelar confidências, mesmo que autorizadas

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

pelo cliente, de fatos envolvendo um terceiro, se as informações vierem desse terceiro.

No entanto, vamos supor que a informação não veio diretamente do terceiro, mas em consequência do caso. Imagine que o advogado seja contactado pelo cliente para ir até a casa dele e avaliar um assalto que aconteceu lá. Ao chegar o advogado vê uma situação de adultério em ação. Nesta situação, estamos diante de uma situação não diretamente relacionada ao caso que o advogado pediu, mas o fato é conhecido como resultado de uma diligência relacionada com o caso. Se a pessoa envolvida é o cliente, obviamente, a situação está coberta pelo segredo profissional. Mas e se for uma terceira pessoa?

Então, o advogado ainda está em segredo profissional, mas os deveres de informação, lealdade e zelo devem se sobrepor ao segredo profissional, especialmente porque o segredo profissional é instituído em favor do cliente e não contra. No entanto, não é obrigatório que o advogado informe o cliente, isso dependerá da consciência ética do advogado.

Vamos considerar estas hipóteses:

- O advogado tem alguns fatos confidenciais, do seu cliente, que se tornaram públicos por qualquer outro meio.

Isso significa que eles não estão mais sob o guarda-chuva do segredo? Não.

E não é suficiente não confirmar o que constitui objeto do segredo, é preciso não o trair por qualquer meio direto ou indireto. O advogado deve abster- se de alusões, silêncios ou gestos de fácil interpretação, que possam significar o que não pode dizer. A necessidade do segredo subsiste, depois de terminada a causa, com relação a tudo o que nela e por ela se não tornou público. A desavença posterior entre o cliente e o advogado não autoriza este a revelar o segredo. A necessidade é mantida, não importa quanto tempo se passe desde o conhecimento dos fatos, mesmo que o advogado tenha suspendido ou cancelado a sua inscrição ou por quanto tempo tenha cessado as relações com o cliente, naturalmente ou em conflito[57].

57 Nestes idos do politicamente correto, em minha opinião, o perigo do sigilo profissional é maior. Isso acontece com frequência, principalmente para advogados que trabalham isoladamente, onde o advogado (homem) só se reúne com sua cliente em seu escritório. Devemos manter o

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

A escolha do advogado pelo cliente, quando este não esteja atribuído pelo sistema de assistência judiciária, está sujeito a algumas características subjetivas, como o conhecimento de um advogado pelo cliente, a perícia do advogado, anos de experiência, etc.

Respeitante à natureza da disposição principal do advogado, um advogado pode aconselhar e intervir numa variedade de assuntos em nome de seu cliente, logo deve-se distinguir entre a atividade processual e extraprocessual do advogado.

A) Atividades de um advogado no processo.

Um advogado pode agir de acordo com um contrato de serviço, um contrato de mandato ou um contrato atípico.

A diferença entre contrato de serviço e de mandato pode ser difícil de distinguir.

Por exemplo, o contrato de serviço é sempre pago, enquanto o mandato pode ser grátis, especialmente se o advogado agir com base na amizade ou laços familiares para aceitar a defesa de um cliente. Outro critério poderia ser a independência do advogado na relação com o cliente, o que acontece na prestação de serviços, mas não tanto no mandato.

B) O advogado leva em conta não só o dever principal para o qual foi contratado, mas também deveres acessórios como deveres de informar e aconselhar o seu cliente, mantendo segredo profissional, e os documentos entregues pelo cliente bem como seguir as instruções do seu cliente, dentro dos limites estabelecidos.

Note que informar e aconselhar não significa dar um curso intensivo de lei. Até porque em muitos casos, devido às condições culturais do cliente, isso seria irrelevante.

A informação deve ser completa e dada de tal forma que o cliente compreenda as fases do procedimento, os riscos da sua reclamação e uma previsão do possível resultado da sua intenção e dos passos intermédios,

escritório ou a porta do escritório entreaberta para evitar futuras alegações de má conduta? Se a resposta de alguém for sim, onde está o segredo profissional? Ou deveríamos gravar todas as conversas, de preferência até filmes, para evitar possíveis acusações impuras? Nesse caso, onde estão os segredos, quem pode ter acesso a essas gravações, quando as guardamos e quanto é o prazo?

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

bem como o papel do advogado para satisfazer a sua reivindicação. Esta informação deve continuar durante todo o processo, não é um único tiro. Em termos simples, se o cliente não demonstra interesse no seu próprio caso então porque deverá ser o advogado responsabilizado por isso?

Quanto à necessidade de seguir as instruções do seu cliente, temos que os advogados devem atuar com total liberdade e independência no exercício da sua profissão. Isso implica que o advogado seguirá as instruções do seu cliente quando estas instruções não contrariarem a sua independência técnica ou não violem a Lei ou os bons costumes. Quando houver divergência entre as instruções do cliente e a necessária atuação do cliente, este deverá esclarecer muito bem a sua posição ao seu cliente, enviando uma carta registada onde o informa dessa divergência detalhadamente antes dos passos a serem realizados. Se a divergência for fundamental ou violar a Lei, o advogado deverá pedir escusa.

O advogado não deve negligenciar a deontologia profissional no intuito de agradar ao seu cliente. A honestidade, probidade, consciência, lealdade, cortesia e sinceridade são obrigações profissionais. Ao advogado é exigido o dever de urbanidade, isto é, o dever do respeito à decência, à honradez, à probidade, expressões que se resumem na ética, substrato e componente imprescindíveis do comportamento profissional. A relação advogado-cliente pertence ao âmbito da confidencialidade e do segredo profissional. Mediante dita relação, o advogado recebe informação desse cliente com motivo da sua condição de advogado que de outra forma não obteria. Dita informação pertence ao direito à intimidade do cliente que, por razão de confiança, decide depositar no seu advogado com ideia de obter aconselhamento ou informação jurídica, ou assumir uma defesa dos direitos e interesses de dito cliente. Essa relação é inviolável.

O advogado assessora juridicamente ao seu cliente, devendo assumir a sua representação de forma correta dentro dos parâmetros de Direito.

O advogado não se substitui ao cliente no que fazer, salvo quando atue por conta do cliente e, nesse caso, poder-se-ia converter num mero mandatário com poder de representação. Por outro lado, é necessário separar e distinguir os atos do cliente dos atos de um advogado.

Os atos dos advogados devem cingir-se ao respeito do Direito, pois caso contrário o advogado perderia tal condição profissional e a sua

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

atribuição quando executasse atos ilegais ou não devidos, contrários às normas. Ficaria vazio do seu profissionalismo e do conteúdo da sua função profissional. O advogado desde a sua função de informação e aconselhamento jurídico, não se substitui à pessoa nem aos atos do seu cliente, dado que operam em realidades e momentos diferentes.

A esfera de atuação de um cliente é diferente da esfera de atuação do advogado. A pessoa do advogado é diferente da de um cliente, não o substitui. O advogado deve escutar o seu cliente para dar-lhe a resposta jurídica à sua consulta ou situação jurídica. Portanto, o advogado poderia pela sua função advogar, negociar, aconselhar e gerir, mas dentro dos parâmetros jurídicos, já que caso contrário deixaria de ser advogado como tal. Todas estas atuações fazem parte do serviço jurídico de um advogado.

Mas admitamos que um advogado foi solicitado por um cliente para lhe fazer a aplicação de determinadas verbas, e que, desconhecendo a proveniência ilícita do dinheiro aceitou tal patrocínio no exercício do qual fez vários investimentos. Posteriormente o advogado tem conhecimento da proveniência ilícita do dinheiro que estava a investir. Ao descobrir que foi usado para exercer uma atividade ilegal deve silenciar-se porque está obrigado a segredo profissional?

Entendamo-nos: nunca será no exercício da advocacia que o advogado exerce uma atividade ilegal. Por isso, se e quando exerce qualquer atividade ilegal, nunca o advogado pode invocar o segredo profissional para obstruir o exercício da justiça.

E se o branqueamento de dinheiro configura o exercício de uma atividade ilegal que não pode confundir-se com o exercício da advocacia, também configura uma atividade ilegal a tentativa de inocentar qualquer indivíduo quando se sabe ser ele o agente do crime.

Como atividade ilegal que não pode confundir-se com o exercício da advocacia será a preparação de testemunhas pelo advogado, prática que, infelizmente, parece ainda constituir uso entre alguns profissionais do foro. Mas ilegais, e que por isso não podem confundir-se com o exercício da advocacia, serão todas as práticas que visem obstruir o exercício da justiça, e que nenhuma parcialidade do advogado pode justificar. E aí se inclui o aconselhamento do cliente para que evite uma citação, para que

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

falte a uma diligência judicial, ou que proceda à ocultação dos seus bens para impedir uma penhora. Já se pôs, em tempos e mais a nível teórico, a questão de saber se o advogado deve avisar a polícia quando o seu cliente saiu do seu escritório com o claro propósito de ir matar o vizinho. Mas aqui tão pouco se nos afigura que haja lugar a qualquer segredo profissional, já que se não trata de um assunto profissional. Ninguém procura um advogado, enquanto profissional de advocacia, para lhe dizer que vai matar um vizinho. E também nenhum advogado apresenta uma nota de honorários a um sujeito que o procurou para lhe dizer que ia matar um vizinho. Se não estamos no domínio de uma relação puramente profissional, também não há lugar ao respetivo segredo.

Em qualquer dos casos numa situação semelhante cabe sempre ao advogado ajuizar da respetiva viabilidade da ameaça. Se num eventual caso em que um nosso cliente enfurecido nos diz que quando chegar a casa vai matar a esposa, devemos considerar vários aspetos: se é a primeira acusação de violência doméstica, por exemplo, ou se já tem logo cadastro, estado psicológico, atitude, frases, etc... Se consideramos que ele efetivamente tem intenção de cometer o ato em causa devemos naturalmente não só tentar demovê-lo do ato como avisar a possível vítima e as autoridades, logo que possível. Todavia, a questão do segredo profissional põe-se em muitas outras situações.

Desde logo, o disposto no art. 92 que estatui a necessidade de o advogado guardar segredo profissional, contende com o disposto no art. 90 nº 2, alínea c) que diz que o advogado deve «recusar o patrocínio a questões que considere injustas». O que parece significar que o advogado, sabendo que o seu cliente é o autor de determinado crime, se procura inocentá-lo em tribunal, está a violar quer o disposto no art. 92 —não está a pugnar pela aplicação da lei—, quer o disposto na al. c), já que está a aceitar um patrocínio que, claramente, é injusto.

Mas o problema maior, e que mais diretamente contenderá com o segredo de justiça, pôr-se-á quando o advogado que estava convencido da inocência do seu cliente, descobre em consequência da sua atividade profissional que ele é autor do crime. Todavia, e mercê da sua atuação, o advogado tem condições para inocentar o seu cliente. No entanto, se o fizer, as culpas passam a ser suportadas por outrem que o advogado sabe

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

estar inocente, mas sobre o qual recaem todas as evidências do crime em causa.[58]

O segredo profissional, é o dever mais importante de qualquer advogado para com o seu cliente, abrangendo não apenas os factos revelados pelo cliente como também aqueles que tem conhecimento no exercício do mandato. Algo completamente diferente é um cliente dizer ao advogado, durante uma visita deste ao estabelecimento prisional, que está a preparar a fuga da prisão e que o faria no dia seguinte à visita. Se o advogado além de aconselhar o seu cliente a não violar a lei, não comunicar o fato de que teve conhecimento às autoridades, não está a proteger o segredo profissional, pois tal informação não está protegida pelo segredo profissional, e inclusivamente poderia entender-se que se constitui como cúmplice da fuga da prisão e também devemos analizar a sua responsabilidade em quaisquer outros crimes que acontecerem no seu decorrer ou posteriormente realizados pelo fugitivo.

E o segredo profissional, com ou sem limites?

O Estatuto da OA diz que «o advogado é obrigado a segredo profissional no que respeita a fatos referentes a assuntos profissionais que lhe tenham sido revelados pelo cliente.»[59] Esses fatos só podem estar abrangidos pelo segredo profissional se disserem direta e imediatamente respeito ao próprio cliente, e nunca se disserem respeito à parte contrária ou a terceiros. A questão que aqui trazemos é a de saber se o segredo profissional deve, ou não, ter limites.

O advogado pode, no exercício da advocacia, chegar ao conhecimento de muitos fatos relativos à vida do cliente, sem que este lhos revele em confidência. Pode surpreendê-los diretamente e podem ser-lhe ditos por outra pessoa. Pode, por exemplo, em consequência de um exame

58 Nesta situação, deve o advogado, em nome do segredo profissional, silenciar a verdade e consentir na absolvição do criminoso, permitindo que um inocente seja condenado? Será esse o sentido do segredo profissional? Sentir-se-á bem com a sua consciência o advogado que, em nome de tal segredo profissional, consentiu e patrocinou a condenação de um inocente e a absolvição de um criminoso? Não haverá valores maiores a que o advogado deva obediência e respeito? A necessidade da boa aplicação da justiça não será, tantas vezes, incompatível com o segredo profissional? Será um servidor da justiça, o advogado que, em nome do segredo de justiça consente na condenação de um inocente? A dignidade da justiça ou a consciência do próprio advogado não devem funcionar como limites do segredo profissional?

59 Art. 92 do EOA.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

de documentos, pôr-se ao corrente do seu estado económico, saber, por outros modos, de desavenças familiares, desvendar escândalos, informar-se de um sem-número de coisas, as quais o cliente não lhe falou e que, portanto, não constituem propriamente confidências; não obstante, por todos os princípios, deverem manter-se secretas. O que se relaciona com a vida de família do cliente e com o estado da sua fortuna ou negócio, quer seja dito por ele, quer por terceiro, quer ainda sabido por outro modo, é segredo. O interesse do cliente em relação à causa, é o principal critério distintivo do que se deve conservar, ou não, em segredo.

É boa prática consultar o cliente antes da revelação da confidência ou do fato, que não tendo sido narrado confidencialmente, como confidência se deva considerar; porque pode suceder que o cliente prefira deixar de defender cabalmente os seus direitos e interesses, a desvendar a sua vida íntima, faltas de meios, escândalo de família, vergonhas que para a sua sensibilidade moral seja mais penoso tornar públicas, do que perder uma demanda. Na hipótese de isso acontecer, mesmo quando o seguimento da causa aconselhe a revelação, o advogado deve abstenha-se de la. São estes os chamados segredos privados, isto é, que respeitam à vida particular dos cidadãos. Fora destes casos, o advogado pode fazer uso do que o cliente lhe disse, quando entenda ser necessário à defesa da causa. Ainda nesta hipótese, para que tal procedimento se torne legal, é preciso que a necessidade seja evidente, não bastando que o advogado entenda sê-lo, pois, de outro modo, tornar-se-ia ilusória a necessidade do segredo.

O segredo constitui para o advogado um dever e, ao mesmo tempo, um direito. E um dever em relação aos clientes, que não poderiam dirigir-se-lhe utilmente, nem lhe fazer confidências, quási sempre necessárias, se não tivessem a certeza da sua discrição absoluta. E é um direito em relação à autoridade pública, pois o advogado não poderia receber confidências se não estivesse seguro de não ser obrigado a revelá-las. A obrigatoriedade do segredo é, portanto, uma questão de ordem pública, uma necessidade legal, cuja infração tem consequências criminais:

— Imposição de uma pena,

e civis:

— Indemnização de perdas e danos.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Nunca é uma necessidade de natureza contratual, pelo que se não torna preciso que o cliente peça ao advogado que guarde segredo, ou que este prometa guardá-lo.

Do carácter de obrigatoriedade de segredo deriva que o cliente não pode impor ao advogado a sua revelação. Pode autorizá-lo a tornar públicas as suas confidências, como, por exemplo, a dizer o que tiver sabido sobre as suas circunstâncias económicas, sobre a sua vida de família, etc.; mas o advogado, senhor absoluto na escolha dos meios a empregar na defesa do constituinte, pode negar-se, por seu turno, a fazer uso da autorização, quando entender que ela é desnecessária ou inconveniente, em face do processo. Se o cliente se achar ausente ou por outro modo impossibilitado de consentir na publicação da confidência, pode o advogado quebrar o segredo sem autorização, caso o julgue necessário à defesa do pleito?

Não é possível formular sobre o assunto uma regra geral. Tudo depende das circunstâncias, da oportunidade da altura para a revelação e da possibilidade ou impossibilidade do recorrer ao cliente sem prejuízo dos direitos dele. O que não é admissível é a revelação do segredo, mesmo consentida pelo cliente, se os fatos protegidos pelo segredo envolverem terceiros estranhos á causa, ou que por eles os soube o advogado.

A necessidade do segredo abrange também aqueles fatos, referidos pelo cliente ao advogado em confidência, que depois se tornaram públicos ou foram revelados, por outra via, pois o serem repetidos pelo advogado dá-lhes um cunho de certeza, que vai confirmar a voz pública, muitas vezes duvidosa. É que, antes de estar ao serviço de um qualquer cliente, o advogado deve estar ao serviço da justiça e da verdade[60]. De facto, é uma das mais repelentes características do sistema legal americano que muitos advogados realmente sentem que são totalmente comprados pelos seus clientes, que têm de se identificar com os interesses dos seus clientes muito para além do propósito especial de lhes aconselhar e operar o sistema legal para eles. Devemos entender que o cliente é sempre

60 As questões suscitadas originariam, por si só, um trabalho próprio. Em síntese, como resposta, devemos lembrar que o advogado não é um polícia ou um padre. Não é nosso o papel de investigar crimes ou salvar almas. O nosso único e extremamente importante papel é o de obrigar o Estado a provar que o nosso cliente é culpado para além de qualquer dúvida. Se as autoridades policiais ou judiciais são ineficazes, o problema não é nosso.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ética e moralmente proibido de mentir ao tribunal, obrigado a pagar uma dívida justa mesmo que já tenha corrido o tempo de prescrição, tratar a outra parte com civilidade e consideração com as suas necessidades e fragilidades, ou para ajudar o cumprimento de políticas que apostarem no bem comum.

O advogado e o advogado-estagiário estão, portanto, sujeitos a um conjunto de deveres deontológicos previstos no EOA, e, no seu pressuposto, devem exercer a sua atividade de forma integra (art. 88) e independente (art. 89), de modo a manter a confiança do cliente (art. 97) e a salvaguardar o segredo profissional (art. 92). É necessário diferenciar na vida privada dos advogados, os atos da sua vida íntima e os que assumem repercussão pública: só estes podem ser deontologicamente avaliados.

De mãos dadas com a integridade anda a independência do advogado. A boa e eficaz administração da justiça pressupõe que o advogado não tenha qualquer receio de atuar, seguindo a lei e o seu Estatuto. Segundo o Código de Deontologia dos advogados Europeus: «*A multiplicidade de deveres a que o advogado está sujeito, impõe-lhe uma independência absoluta, isenta de qualquer pressão, especialmente a que possa resultar dos seus próprios interesses ou de influências exteriores. Esta independência é tão necessária à confiança na justiça como a imparcialidade do juiz. O advogado deve, pois, impedir pôr em causa a sua independência e nunca negligenciar a ética profissional com a preocupação de agradar ao seu cliente, ao juiz ou a terceiros.*»[61]

Esta independência é necessária em toda e qualquer atividade do advogado, independentemente da existência ou não de um litígio concreto, não tendo qualquer valor o conselho dado ao cliente pelo advogado, se prestado apenas por complacência, por interesse pessoal ou sob o efeito de uma pressão exterior.

Por essa razão, o advogado está obrigado a defender a justiça e a boa aplicação do direito, não devendo incitar os intentos do consulente ou aceitar mandato para causas injustas ou quando suspeitar seriamente que a situação jurídica em causa visa a obtenção de resultados ilegais, conforme ao art. 90 do EOA[62]. Claro que podem existir alturas em que

61 Ponto 2 do Código de Deontologia dos advogados Europeus e art. 88 do EOA.

62 «Pode o advogado defender uma causa injusta? Naturalmente é ilícito cooperar na realização

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

os nossos valores éticos ou morais entram em conflito com determinada Lei. Nesse caso, na minha opinião, temos, como cidadãos, e não apenas como advogados o direito de desobediência, proposto originalmente por Henry David THOREAU e inscrito no art. 21 da C.R.P. Da mesma forma, o advogado tem o dever de agir de forma a defender os interesses legítimos do cliente, sem prejuízo do cumprimento das normas legais e deontológicas.[63]

O advogado subordinado a um contrato privado ou público, deve no exercício da atividade para que foi contratado ou provido salvaguardar sempre a sua autonomia técnica, a isenção, a independência e a responsabilidade, bem como os deveres deontológicos que constam do EOA (art. 73 e 81) e dos arts. 116 e 127, nº 1, al. e) do Código do Trabalho.

Aceitando o patrocínio ou a defesa da causa, o advogado, no exercício da sua atividade profissional forense, goza de discricionariedade técnica e encontra-se apenas vinculado a critérios de legalidade e aos artigos deontológicas próprios da profissão.[64] Também o Código de Deontologia dos advogados Europeus (CDAE) consigna o valor da independência

---

do mal, seja por conselho, seja por ajuda. O advogado auxilia e aconselha a pessoa cuja causa patrocina. Sendo assim:

-1 Se por ignorância defende uma causa injusta, crendo que é justa, desculpa-se a sua ignorância como for possível.

-2 Se sabe que a causa é injusta, há que distinguir:

a) Causa cível: Aqui entra em jogo a justiça comutativa, visto o ganho de uma das partes ser perda para a outra, e não é, portanto, lícito o advogado defender uma causa que sabe injusta;

b) Causa crime: a absolvição do acusado não implica dano para outrem. O advogado pode aceitar a defesa, mesmo estando convencido da culpabilidade do cliente: é sempre lícito velar pelos direitos de um acusado, demonstrar que a culpa não está juridicamente estabelecida ou que existem situações atenuantes, etc.…»

O que fazer se no princípio o advogado acreditou que a causa era justa e depois descobre a injustiça:

Deve seguir a opinião de S. Tomás de Aquino, (Suma Teológica, Parte II, cap. 71 a 73): «...não deve trair, quer dizer, ajudar a parte contrária, ou revelar-lhe os segredos do seu cliente. Não obstante, pode e deve abandonar a defesa da causa ou então induzir a pessoa cuja causa patrocina a que desista do litígio ou que chegue a uma transação, sem que produza dano à parte contrária.»

E deve o advogado obedecer a uma lei injusta? A Lei, mesmo injusta, deve ser obedecida, pois a Lei é a estrutura de base da sociedade. No entanto essa obediência tem como limite a Inconstitucionalidade (art. 207 C.R.P.). LUÍS, Alberto; A profissão de advogado e a Deontologia, Centro Distrital de Estágio do Porto; Porto, 1999, pág. 5.

63 *Vide* art. 97, nº 2 do EOA.

64 *Vide* art. 12, nº 3 da Lei da Organização do Sistema Judiciário (LOSJ), aprovada pela Lei nº 2013/62, de 26 de agosto.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

como um princípio geral, nomeadamente os Pontos 2.1, 2.5-1 e 3.2-2. O advogado deve saber resistir às influências exteriores, dos grupos de pressão e da comunicação (escrita e áudio visual).

Segundo dispõe o art. 542 da Lei Orgánica do Poder Judicial, um advogado é tal quando se dedica profissionalmente à defesa ou ao aconselhamento ou conselho jurídicos: advogado é o licenciado em Direito que exerça profissionalmente a direção e defesa das partes em toda a classe de processos, ou o aconselhamento e conselho jurídico, definição que se repete no art. 6 do Estatuto Geral da Abogacía Espanhola.

Segundo o art. 1.1 e 1.2 do E.G.A.E: «*La Abogacía es una profesión libre e independiente, que asegura la efectividad del derecho fundamental de defensa y asistencia letrada y se constituye en garantía de los derechos y libertades de las personas. Los profesionales de la Abogacía deben velar siempre por los intereses de aquellos cuyos derechos y libertades defienden con respeto a los principios del Estado social y democrático de Derecho constitucionalmente establecido.*

2. La profesión de la Abogacía se ejerce en régimen de libre y leal competencia. Su contenido consiste en la actividad de asesoramiento, consejo y defensa de derechos e intereses públicos y privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a la concordia, a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales.»

Não pode angariar clientes, por si ou por interposta pessoa. Por interposta pessoa pode entender-se o cônjuge do advogado, a pessoa de quem este seja herdeiro presumido ou outrem de acordo com o advogado.[65]

O advogado assume um papel determinante na garantia do Estado de Direito Democrático e na administração da justiça. Encontramos, indícios da função social no art. 208 da CRP, que determina que «*a lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça.*».

A par da consagração constitucional anteriormente referida, é possível encontrar outras disposições legais que revelam a imprescindível função que estes profissionais desempenham. Neste sentido, terá também especial relevância o disposto no art. 12 da LOSJ que determina, entre o mais,

65 *Vide* art. 579, nº 2 do Código Civil português.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

que o patrocínio forense por advogado constitui um elemento essencial na administração da justiça. A conceção atual do advogado como participante na administração da justiça decorre do art. 208 da C.R.P.[66]

Assim, para além da já referida concretização da consagração da profissão como elemento essencial à administração da justiça, enuncia-se agora no art. 13 da referida Lei um conjunto de imunidades necessárias a um desempenho eficaz do exercício livre e independente do mandato forense, administração da justiça e é admissível em qualquer processo, cabendo a este profissional, para defesa de direitos, «*interesses ou garantias individuais que lhe sejam confiados, requerer a intervenção dos órgãos jurisdicionais competentes e praticar os atos próprios previstos na lei, nomeadamente exercer o mandato forense e a consulta jurídica.*»

A profissão de advogado apresenta um acesso e exercício regulamentado em função do interesse público e com subordinação a um código deontológico. Saliento ainda a acentuação da vertente ética das referidas normas. Disso é exemplo o disposto no nº 2 do art. 83 do EOA que estabelece como obrigações profissionais a honestidade, probidade, consciência, lealdade, cortesia e sinceridade. A integridade e idoneidade moral do advogado são de tal ordem importantes que a alínea a), do nº 1 do art. 181 do EOA determina que não podem ser inscritos «*os que não possuam idoneidade moral para o exercício da profissão*». Da mesma forma, a imposição de deveres para com a comunidade, nos termos do art. 85 do EOA, «*releva da função ético-social da advocacia e constitui uma marca da nobreza da profissão*». Por outro lado, o âmbito das normas deontológicas não se circunscreve unicamente à atividade profissional dos advogados, pois, na verdade, estas regem também o seu comportamento cívico, o que também evidencia a acentuada vertente ética daquelas.

No que respeita ao dever da independência do advogado, constitui um ponto essencial no exercício da advocacia, sendo uma necessidade deontológica própria da função que realiza. Esta independência deve ser intelectual e moral para poder estar em disposição de exercer uma defesa,

66 No mesmo sentido daquela disposição constitucional, veja-se os arts.12 e 13 da LOSJ - e em especial o EOA – Lei nº 2005/15, de 26 de janeiro. A nova Lei da Organização do Sistema Judiciário dedica, agora, o seu cap. III do Livro II - com especial destaque para os arts. 12 e 13 - a estes profissionais.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ou um aconselhamento, ou conselho jurídico, da forma mais objetiva possível.

A independência encontra-se entroncada com o dever de lealdade ao que também está sujeito o advogado no exercício da prestação dos seus serviços. É objeto de regulação no art. 2 do Código Deontológico do advogado e consiste na necessidade que assume o advogado pela qual deve recusar em consciência toda a pressão ou interferência nas decisões técnicas que requeira a defesa dos direitos e interesses que lhe foram encomendados. O advogado deve dirigir a defesa do cliente sem ingerências de nenhum tipo.

Por sua vez, a Carta de Princípios Essenciais da advocacia Europeia ressalta no princípio a) em relação à independência do advogado e liberdade para exercer, que este deve ser livre política, económica e intelectualmente no exercício da sua atividade como assessor e representante do cliente, se pregando dita independência tanto do Estado como de outros grupos de poder.

Não deve ser comprometida essa independência, pelas pressões indevidas de interesses económicos ou dos seus próprios sócios, ou igualmente do cliente, dada a confiança que se deposita na figura do advogado, terceiras partes e tribunais. Sem esta independência dos seus clientes, não se poderia ter garantias sobre a qualidade do seu trabalho como advogado. O fato do advogado pertencer a uma profissão liberal e a autoridade derivada dessa pertença ajudam a conservar a sua independência. Os colégios de advogados devem velar, da mesma forma, pela independência dos seus membros. A autorregulação da profissão vê-se, então, como um apoio vital para manter esta condição essencial de independência no exercício da advocacia. O dever da liberdade no exercício da advocacia concretiza-se na possibilidade de utilizar qualquer meio de defesa legítimo e justo, sempre que seja obtido de forma legal. Neste sentido, o art. 6 do Estatuto Geral da Advocacia Espanhola dispõe que o advogado, antes de iniciar pela primeira vez a sua atividade profissional, deverá acatar a Constituição Espanhola e a organização jurídica, bem como o fiel cumprimento das normas deontológicas.

Pode-se definir-se o dever de lealdade como: O dever de assumir a defesa dos interesses que se lhe encomendam e o dever de recusar a

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

defesa de interesses contrapostos ou que atentem contra os princípios da profissão. O art. 3.2.3 do Código Deontológico de advogados Europeus estabelece que: «*O advogado não poderá aceitar o assunto de um novo cliente quando exista o risco de que o segredo das informações dadas por um antigo cliente possa ser violado, ou quando o conhecimento do advogado dos assuntos de um antigo cliente pudesse favorecer ao novo cliente de forma injustificada*»; O art. 13.4 do Código Deontológico da Advocacia Espanhola, determina o dever de não assumir o assunto quando se surge o conflito de interesses entre clientes que se assiste simultaneamente, o art. 13.6 do mesmo texto refere-se quando o conflito se propõe entre clientes que se assistem conjuntamente e o art. 13.5 do mesmo texto, especifica-o quando o conflito se propõe quando se assiste a clientes sucessivamente. Em conclusão, o conjunto de deveres e direitos são os que perfilam e definem o correto exercício da advocacia e, sobre os quais, o advogado é advogado como tal. A finalidade do reconhecimento destes direitos e deveres no exercício da advocacia resulta ser a de elevar a ética e a qualidade regular dos serviços jurídicos que se prestam à sociedade. Essa deontologia profissional do âmbito jurídico transcende, não só o âmbito do exercício da advocacia, mas também os labores de investigação jurídica e docência jurídica quando esta se dá de forma íntegra.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

1.5. Os atos dos advogados

O advogado pratica atos próprios de advogado para o cliente por força de um contrato ou nomeação, pelo qual se delineou a complexa organização das relações jurídicas entre os sujeitos privados. [67] O advogado deve obediência à lei ainda que a considere injusta e imoral, salvo nos casos de inconstitucionalidade, de injustiça aberrante face aos princípios fundamentais dos direitos humanos, ou de jurisprudência anterior nesse sentido, situações concretas em que se presume a sua boa-fé. Em qualquer outra circunstância o advogado não deve advogar contra lei expressa, sob pena de haver litigância de má-fé. Não basta a culpa para averiguarmos da má-fé do advogado é necessário haver a intenção, o dolo. [68] Compete à Ordem dos advogados exercer, em exclusivo, jurisdição disciplinar sobre os advogados e advogados estagiários.[69]

O advogado não é obrigado a aceitar o patrocínio. O advogado deve recusar patrocínios que considere injustos, quer seja numa relação contratual, quer numa nomeação oficiosa (art. 51 do C.P.C. Português) ou no decurso da lei do acesso ao Direito e aos Tribunais (arts. 34 e 42 da Lei nº 34/04, de 29 de julho, republicado pela Lei nº 47/2007, de 28 de agosto).[70] No âmbito do art. 51 do C.P.C. Português e da Lei do ao Direito e aos Tribunais, o advogado nomeado pode pedir escusa (art. 34) e dispensa (art. 42) logo no início, não chegando a iniciar o patrocínio. O advogado deve informar o cliente da possibilidade de recorrer ao apoio Judiciário (consulta e patrocínio), em caso de dificuldades e insuficiência económica, para resolver as suas questões (3.7-2 do CDAE).

---

67 MATEUS, Carlos, Parecer da Ordem dos advogados sobre «A limitação da responsabilidade civil profissional do advogado em prática isolada» in: http://www.oa.pt/upl/7%Bb7b024bb-0442-9-4911cd6-7b190b639bdd7%D.pdf
No ato de uma «relação jurídica com o cliente, o advogado fica adstrito à realização de uma prestação, com caracteres pessoal, instantânea ou de execução continuada, com vista à resolução de uma ou mais questões jurídicas, de modo a salvaguardar os direitos e interesses do primeiro, depositando aquele no advogado a defesa dos seus direitos e interesses, ainda que sobre a forma de conselhos ou informações.», pág. 4.

68 MATEUS, Carlos, Deontologia Profissional..., *cit.,* pág. 125.

69 *Vide* arts. 3, al. g, 114 nº 87 ,1e 121 do EOA.

70 *Vide* arts. 90, nº 2, al. b), e 100, nº 1, al. e), e 2 do EOA.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Quando nenhum advogado aceitar voluntariamente o patrocínio de um cidadão que tenha uma questão jurídica a ser dirimida pelos tribunais, o advogado deve esclarecer essa pessoa que a Ordem dos advogados, a pedido fundamentado dela pode nomear-lhe um advogado.[71] O advogado constituído, com procuração forense, ou nomeado ao abrigo da Lei de acesso ao direto e aos Tribunais não deve ter um comportamento diferente. O zelo, dedicação e responsabilidade devem ser iguais. Há uma diferença que apenas diz respeito à coleta de honorários e ao reembolso de despesas: no apoio Judiciário, o patrocinado ou o arguido não têm de pagar honorários ou despesas ao advogado nomeado. O advogado deve colaborar no acesso ao Direito e à Justiça, quer seja nomeado pelo juiz (ato jurisdicional), quer pela Ordem dos advogados (ato administrativo). O pedido de escusa e a dispensa do patrocínio oficioso é apresentado no Conselho Regional territorialmente competente, é decidido pelo respetivo Presidente, com recurso para o Bastonário.[72] Quando o advogado é nomeado nos termos do disposto nos arts. 51 do Código de Processo Civil e 54, nº 1, al. o) do EOA, compete ao Conselho Regional territorial julgar a escusa daquele, com recurso para o Bastonário. O acesso ao direito e aos tribunais pode ser ato no âmbito do art. 51 do Código do Processo Civil e, para quem goza de insuficiência económica, nos termos da Lei nº 34/04, de 29 de julho, republicado pela Lei nº 47/2007, de 28 de agosto (vulgo lei do apoio Judiciário), na modalidade de consulta jurídica e de apoio Judiciário.

71 *Vide* arts. 54, nº 1, al. o), do EOA e 51 do Código de Processo Civil.

72 *Vide* arts. 34 e 42 da Lei 2004/34, arts. 55, nº 1, al. m) e 40, nº 1, al. o) do EOA.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

1.6. Advocacia na cultura popular.

A traição de clientes malignos na cultura popular é um exemplo do que é considerado «coragem moral». Existem inúmeros exemplos na cultura popular de advogados que reduziram os limites éticos para fazer o que eles entendiam como o correto.

Para muitas pessoas, o cinema e a televisão são praticamente as suas únicas fontes de informações sobre esses assuntos e muitas vezes não levam em conta que as histórias são fictícias. Os meios de comunicação social apresentam uma versão idealizada do sistema judicial: somente o culpado confessa. E cada réu é verdadeiramente culpado. A cultura popular serve como um espelho do que as pessoas realmente creem, ou pelo menos o que os criadores da cultura pop acreditam que elas creem. Na cultura popular, a questão do que os bons advogados devem fazer quando tiverem certeza de que o cliente cometeu alguma forma de mau comportamento surgiu repetidamente no cinema, bem como em televisão e em livros populares. Claro, o espelho está distorcido, dado os vícios de cineastas e a sua necessidade de entreter as pessoas e obter lucro. Assim, cinema e televisão ensinaram consistentemente ao público que bons advogados devem trair as confidências dos clientes e vender os seus próprios clientes no interesse da justiça. Embora a ideia de proteger o público de um réu que seja factualmente culpado seja atraente para muitos, o pensamento é excessivamente simplista. Comummente, quando os réus ganham, os advogados já não são exaltados por reivindicar os direitos básicos dos cidadãos, mas são culpados por contribuir para um sistema no qual os aspetos técnicos legais triunfam sobre a substância.

O que raramente é levado em consideração é que os advogados de defesa têm o direito de colocar o processo de acusação em exame, e um arguido tem um direito constitucional de esperar que o seu advogado o faça. Quer tenha feito o que é acusado de fazer ou não, todos representados no julgamento são legalmente inocentes. Eles permanecem assim a menos que o governo consiga provar, além de qualquer dúvida razoável que são culpados.

Assim, esses filmes e programas de televisão de advogados e traições sugerem que as pessoas esperam que os bons advogados coloquem o

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

interesse público à frente do interesse dos seus clientes. A resposta é clara, para eles: um bom advogado deve trair o cliente, se este for culpado. O tema que um bom advogado trai o cliente mau aparece em romances, em alguns filmes e em episódios de programas de televisão sobre lei e advogados.[73] A maioria das pessoas não entende ou concorda com a visão do advogado de que a justiça consiste num conjunto de passos processuais consistentes com a defesa de posições adversárias e o respeito pela Lei. Em vez disso, eles autorizam que a justiça envolve uma busca pela verdade.

Para eles o dever do advogado é proteger o público do perigo de que um malfeitor possa ser absolvido. Em casos civis, o dever do advogado é garantir que o cliente não evite a desonra resultante do seu mau comportamento ou a necessidade de pagar generosamente pelos seus erros.

Às vezes, o bom advogado que deseja trair o cliente pode fazê-lo orientando a polícia para uma testemunha crítica que pode demolir um álibi, não fazendo um requerimento para excluir provas que são juridicamente excluíveis, não apresentando provas exculpatorias ou por meio de não conseguir contra examinar efetivamente uma testemunha da acusação.

Se o culpado já tiver sido absolvido, o bom advogado deve providenciar outra punição adequada, como arranjar para que o cliente seja preso e condenado por algum outro crime ou providenciando a morte do cliente ou, no mínimo, desonra.

Em casos civis, o advogado de defesa deve elaborar algum estratagema para certificar-se de que o autor ganhe e o réu não escape da responsabilidade por suas faltas.

Os advogados devem, com frequência, realizar um ato de malabarismo com o público, equilibrando ética pessoal, direitos do cliente, interesse público e ética judicial. A ética para esses advogados, não é simplesmente uma questão de deveres para a sociedade, mas sim de caráter e integridade pessoal.

73 *Vide* ABEL SOUTO, Miguel, «Desde la literatura, ópera, cine y televisión hasta las ciencias jurídicas y el Derecho penal mediante la nueva técnica pedagógica del aprendizaje basado en problemas», en *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, nº 2012 ,5, pág. 104-87.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Afinal, se os advogados se recusarem a representar os arguidos que autorizam serem culpados, o direito de um réu ser representado por um advogado é eliminado e com ele todo o julgamento criminal tradicional.

A sociedade decidiu que o réu deve ser livre para ser totalmente sincero com o seu advogado sem sofrer quaisquer consequências e essa culpa deve ser decidida no tribunal e não no escritório do advogado. Mas não podemos permitir que, sob a sombra do segredo profissional, o advogado seja cúmplice, coautor ou mesmo autor de um crime. Um advogado não deve, em nenhuma circunstância, obstruir o exercício da justiça mesmo contra seu próprio cliente, porque a ação final do advogado é defender a lei, a verdade e a justiça; mas não deixa de ser uma imprudência exigir que o advogado seja o denunciante do seu cliente.

Eu insisto: entendo que o segredo profissional é a marca distintiva de advocacia e condição «*sine qua non*» de sua plena dignidade e sua divulgação deve ser considerada apenas como «*ultima ratio*». Mas deve ser considerada.

Claro que o advogado deve escusar-se de qualquer causa injusta, mas não deve também usar o segredo profissional de forma a criar situações ou fatos para fazê-los cair no segredo profissional sob pena de se tornar um criminoso em vez de um advogado.

Compreendo verdadeiramente as preocupações sobre a lei forçar violações do segredo profissional, mas o segredo profissional tem um caráter social que vai além do dever do advogado para seus clientes. Nenhuma sociedade pode sobreviver sem combater o crime, mas pode sem segredo profissional, porque nenhuma sociedade pode estar à mercê de um profissional que, refugiando-se na sua qualidade e *status* confidencial, que o cobre, prejudica o interesse geral da defesa da sociedade e do Estado de Direito. Além disso, em quase todas as situações, ao advogado é proibido revelar as confidências sob pena de se comprometer. Mesmo as poucas exceções permitidas normalmente apenas permitem que o advogado revele as confidências se ele quiser, não é obrigatório.

Os valores éticos devem ser considerados pelo menos tão importantes quanto os valores materiais. Afinal, a única coisa necessária para que o mal triunfe é que as pessoas boas não fazem nada. Lembrem-se que as

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

pessoas são boas devido ao medo da punição. Essa é uma visão muito sombria da sociedade humana?

Algumas pessoas talvez considerem isso como tal. É verdade que as multas não fazem boas pessoas, mas, novamente, temos milhões de leis para cumprir os Dez Mandamentos e, no entanto... Como advogados, devemos ser capazes de equilibrar deveres ou direitos em conflito, como as obrigações de proteger o nosso cliente *versus* a aplicação da justiça. Há valores humanos superiores aos deveres inscritos nos códigos. O mundo é injusto. A única coisa que podemos esperar é que seja injusto a nosso favor. O advogado é o guardião do Direito, bem como depositário do Estado de Direito e da confiabilidade do seu cliente. O advogado deve tentar promover o cumprimento das normas jurídicas, a realizar a função preventiva para impedir a prática de atos ilegais através do seu aconselhamento e conselho jurídico.

Neste sentido, o advogado por ser tal, deve atuar, assessorar e aconselhar desde o prisma do absoluto respeito para com o Direito e dentro dos limites legais, contribuindo e colaborando com a Administração de Justiça, devendo observar o devido cumprimento das normas deontológicas do colégio profissional ao que pertence. Se não se ajusta a estas diretrizes, perde a sua condição de advogado e poderia ser considerado como mero colaborador, mandatário, representante, assistente ou assessor, mas não advogado ou jurista. Assim, o advogado, deve tentar o máximo benefício para a postura e interesses do seu cliente, mas sempre dentro do respeito ao Direito vigente, tratando de impedir o abuso do direito e o uso antissocial do mesmo. As principais características da relação advogado-cliente são a confiança que deve existir entre os dois e o encargo dado pelo cliente ao advogado.

Respeitante á confiança, ela é fundamental na relação advogado-cliente, pois é necessário que o cliente confie completamente no advogado e lhe confie todas as informações necessárias para que este o possa aconselhar e agir de forma eficaz e concreta. Como refere o EOA[74] a relação entre advogado e cliente deve centrar-se na confiança mútua. Tal é a

74 *Vide* art. 97 do EOA.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

relevância da confiança que o cliente pode desistir da relação com o seu advogado se perder a confiança neste.

No entanto uma vez que a confiança é mútua, também o advogado pode desistir da relação com o cliente se considerar que este não está a ser sincero ou que está a prejudicar a atuação do advogado. Mas deve fazê-lo de forma a não impossibilitar o cliente de obter, em tempo útil, a ajuda de outro advogado.[75]

Além da confiança que deve existir, a própria escolha do advogado pelo cliente, quando este não lhe é atribuído pelo sistema de apoio judiciário, está sujeita a algumas características subjetivas como conhecimento do advogado pelo cliente, especialização do advogado na matéria, anos de experiência, etc...

Além disso existe também a questão pessoal: o cliente escolhe aquele advogado específico e deve ser este a tratar do caso do cliente. Por isso a EOA insiste no art. 98 nº 2 que o advogado não deve aceitar o patrocínio de uma causa para a qual sabe não ter competência ou disponibilidade para cuidar. Tal situação só pode ser revertida se o advogado trabalhar com outro colega com a competência ou disponibilidade necessárias. Só que não podemos confundir a transparência que deve existir para o público com a reserva da intimidade privada que é um direito de cada um, e que pode obrigar ao silêncio, sendo como é, um fundamento essencial da liberdade individual. O advogado, vivendo da confiança do cliente, e desempenhando uma função pública ou no exercício de atividade privada está, mais do que qualquer outra profissão, sujeita ao cumprimento de deveres éticos que informam e orientam a advocacia.

Assim, o sentido ético deve predominar na relação de patrocínio, tendo em vista os elementos essenciais que figuram nesta relação, e que são a confiança e a consciência. A relação entre cliente e advogado, em que aquele entrega a este os seus bens, a sua liberdade ou sua honra, forja-se na base do princípio da confiança.

Quando um cliente confessa ao advogado que matou alguém, mas que não quer admitir o crime, o advogado não poderá quebrar o segredo, exceto para proteger terceiro indevidamente acusado do crime ou seja

75 *Vide* art. 100 nº 2 EOA.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

se o homicídio ainda não tiver ocorrido. Afinal a vida é o bem jurídico mais importante de todos.

E se o cliente nos disser é culpado de um crime, mas outra pessoa é presa e julgada?

No conflito entre o dever de procurar a verdade no caminho para a justiça e a manutenção do segredo profissional, é preponderante o primeiro dever. O que isso significa em termos práticos? Creio que podemos dividir o problema em três hipóteses:

A) O cliente diz-nos que é culpado quando há uma acusação contra ele e ele está em julgamento.

Nesta situação, acredito que o papel do advogado é defender o cliente com a melhor das nossas habilidades dentro da lei. Se o resultado for a absolvição do nosso cliente, pois que seja. Não creio que haja nenhuma necessidade ética para o advogado violar o segredo profissional. Mas eis duas situações, não tão óbvias: que fazer se o nosso cliente insistir em testemunhar falsamente, cometendo perjúrio?

Devemos usar esse testemunho na defesa do nosso cliente? Devemos apenas atacar a acusação? Devemos pedir escusa do processo?

Outra situação: sabendo que o cliente é culpado.

Imaginemos que ele nos confessou ter participado num assalto às 2 da manhã. Contudo a testemunha principal declara que o crime aconteceu à meia-noite (talvez por estar confusa visto ter sido agredida na cabeça durante o assalto).

Ora nós temos testemunhas honestas que a essa hora o nosso cliente estava numa festa com amigos.

De um lado temos que essa defesa deveria ser apresentada pois a defesa de um cliente não deve ser prejudicada pela confidência do cliente ao advogado.

Por outro o advogado sabe que a sua defesa está baseada em testemunho verdadeiro, mas erróneo. Será perjúrio[76]?

B) O cliente diz-nos que é culpado, mas não há acusação contra ele.

76 Se houver outros meios de prova que comprovem a hora correta do assalto, o problema fica resolvido. Em todo o caso, cabe ao Tribunal apreciar a validade das provas.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Mais uma vez, não há necessidade, ética ou de outra forma, de divulgar a confiança do nosso cliente. Afinal, o advogado não é um órgão de investigação criminal.

Só em circunstâncias extremas, como terrorismo, propagação de doença contagiosa, etc., em que outros valores se levantam deve o advogado fazer uma ponderação dos valores em causa para determinar se se justifica uma violação do segredo profissional.

O que isso significa em termos práticos? Exceto por qualquer outra razão, como a gravidade ou as circunstâncias gravosas do crime, acredito que o papel que podemos fazer é defender nosso cliente se ele vier a ser acusado do crime.

C) O cliente diz-nos que é culpado de um crime, mas outra pessoa é acusada.

Mais uma vez, não há necessidade legal para o advogado divulgar a confiança, mas só até o momento em que o acusado inocente se vir em risco de ser criminalmente punido por um fato que o advogado sabe que ele é inocente. Ora, nessa situação, violando ou não o sigilo, o advogado *tem* de falar e defender a justiça e não apenas o seu cliente.

O advogado, ao constituir uma relação jurídica com o cliente, não pode esquecer que está a praticar um ato de interesse público, devendo fazê-lo com urbanidade[77], e que, antes de tudo, está a sua independência e a obediência à lei.[78]

77 *Vide* art. 95.

78 *Vide* art. 89.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

CAPÍTULO 2.
O CRIME DE BRANQUEAMENTO DE DINHEIRO

2.1. Introdução

Afirma-se que a fonte da expressão «branqueamento[79] de dinheiro»[80] remonta à década de 1920, nos Estados Unidos da América, quando eram literalmente compradas lavandarias[81], com o intuito de facilitar o rápido movimento de benefícios financeiros originários como fruto do crime,

79 Nuno BRANDÃO afirma que o branqueamento é o «lado negro do processo de globalização, da liberalização das trocas internacionais e dos movimentos de capitais, da abertura dos mercados financeiros, da maciça informatização e do comércio eletrónico». BRANDÃO, Nuno, branqueamento de dinheiro: o sistema comunitário de prevenção, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pág. 16; em sentido semelhante PAZ FERREIRA, Eduardo, «O branqueamento de dinheiro», in AA. VV., Estudos em Direito Bancário, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pág. 308. Este autor defende ainda que o branqueamento coloca em causa todo o processo de mundialização da economia.

80 Ao contrário da expressão «branqueamento de capitais», por ser um «antitético híbrido de imprecisión y exactitud», *vide* ABEL SOUTO, Miguel, El blanqueo de dinero..., *cit*., pág. 40-23.

81 PEREIRA SILVA, Girlando: O Sigilo Profissional do advogado à luz das alterações da Lei de branqueamento de dinheiro pela Lei 12/12.683, in Mestrado em Direito - Universidade Estadual da Paraíba - 2012.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

principalmente tráfico de álcool, em virtude da Lei Seca[82], mas o branqueamento de dinheiro é tão antigo como o dinheiro em si.[83]

O branqueamento de dinheiro é a forma pela qual os benefícios financeiros que são fruto de atividades criminosas, incluem-se no sistema económico legal, com a fachada de terem origem em atos legais, ou a forma como o fruto do crime é aplicado em atos aparentemente legais (ou mesmo validamente legais), através de encobrimento da origem dessas operações. Naturalmente a ordem jurídica tem todo o interesse em punir o crime de branqueamento e obstar à sua intervenção na sociedade.

2.1.1. Enquadramento geral

2.1.1.1. Criminalidade económico-financeira

O conceito de Direito penal económico nasceu no início do século passado (portanto já velhinho), fruto do que podemos chamar de uma explosão de desenvolvimento industrial e tendo sofrido múltiplas evoluções, fruto das 2 grandes guerras e múltiplas crises financeiras. O Estado foi chamado a intervir mais profundamente no tecido social para proteção dos Direitos dos cidadãos e na economia para uma adaptação mais rápida às evoluções tecnológicas e proteção dos trabalhadores. A sociedade em geral só muito recentemente tem percebido a importância de censurar e punir atitudes e formas de agir contrários não só aos valores da sociedade em geral, mas principalmente detrimentais da ordem económica em concreto. Isso deveu-se ao fato de que o bem jurídico defendido pela

82 A chamada de Lei Seca teve origem num errónea interpretação da Constituição Americana em que a venda e consumo de álcool seria proibido, o que deu origem a que organizações criminosas se estabelecessem para contrabandear álcool e vender às massas deprivando o Governo de um alto valor de impostos e estabelecendo organizações e métodos de atuação que se prolongam até aos Dias de hoje e que se adaptaram ao longo dos anos ao tráfico de outras substâncias e à gestão de fortunas incalculáveis, causando prejuízo e sofrimento imenso, quer com o tráfico de droga, armas ou mesmo antiguidades, já para não falar de seres humanos, animais...

83 *Vide* ABEL SOUTO, Miguel, «Antecedentes europeos remotos de la receptación en Grecia, Roma y los pueblos germánicos», in *Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, (Vol. 3, nº 1 y 2 de 2000), pág. 74-43.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ordem económica não é imediatamente apreendido como algo essencial ao ser individual, mas sim à sociedade em geral.

2.1.1.2. Criminalidade organizada

O branqueamento é um meio essencial fundamental para as organizações criminosas[84] beneficiarem dos frutos dos seus crimes o que produz um efeito desestabilizador em todos as situações onde o crime e os seus frutos possam produzir influência, por isso normalmente agrava-se a pena do branqueamento que seja realizado por uma organização.[85] O branqueamento de dinheiro é a cola que une as diferentes modalidades de crime e a sua influência nas sociedades e economias internacionais.

No ordenamento penal espanhol não existe a definição jurídica de branqueamento de dinheiro ou de bens. Desde que se começa a analisar o delito de branqueamento de dinheiro, observamos que em toda altura o legislador está a fazer referência ao termo «*bens*», sem que em nenhum instante os defina, pelo que devemos dirigir ao regulamento internacional aplicável no nosso país para encontrar as seguintes definições:

- Convenção de Viena de 19-12-88: por «bens» *entende-se os ativos de qualquer tipo, substanciais ou insubstanciais, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos legais que comprovem a propriedade ou outros direitos sobre ditos ativos.*
- Convenção de Estrasburgo de 8-11-90*: «bens» entender-se-ão os bens de qualquer natureza, já sejam materiais ou imateriais, móveis*

84 Define-se a criminalidade organizada como sendo de «um grupo estruturado de três ou mais pessoas que exista durante um certo período de tempo e que atue em concordância com o propósito de praticar um ou mais delitos graves tipificados (...) com fim de obter, direta ou indiretamente, um benefício económico ou outro de ordem material», [Projeto de Convenção contra a delinquência organizada transnacional da ONU, de 2000, art. 2 bis a].

85 *Vide* NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, «El tipo agravado del blanqueo por pertenencia a una organización y el acceso de los grupos terroristas a las instituciones financieras internacionales según la directiva 2018/843», in ABEL SOUTO, Miguel/ LORENZO SALGADO, José Manuel/ SÁNCHEZ STEWART, Nielson, coords., VII Congresso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 294-273.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ou imóveis, e os documentos ou instrumentos legais que demonstrem algum título ou participação nesses bens.

- Diretiva 91/308/CEE, de 10 de junho de 1991*: «bens»: todo o tipo de ativos, tanto materiais como imateriais, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, bem como os atos jurídicos ou documentos que comprovem a propriedade de ditos ativos.*

Por tanto, o branqueamento de dinheiro atingiria a todos os bens móveis e imóveis, substanciais e insubstanciais, tangíveis e intangíveis, bem como o dinheiro metálico ou efetivo, incluído qualquer tipo de transformação que sofra. Como requisito essencial estes bens devem de ser suscetíveis de valoração económica, devendo poder incorporar ao sistema económico e financeiro legal.

Devemos citar uma Lei administrativa espanhola para encontrar uma definição do que se entende por «branqueamento de dinheiro». O nº 2 do art. 1 da Lei 19/1993, de 28 de dezembro, sobre determinadas medidas de prevenção do branqueamento de dinheiro, diz*: «Aos efeitos da presente Lei entender-se-á por branqueamento de dinheiro a aquisição, utilização, conversão ou transmissão de bens que procedem de alguma das atividades delitivas enumeradas na alínea anterior ou de participação nas mesmas, para ocultar ou encobrir a sua origem ou ajudar à pessoa que participe na atividade delitiva a eludir as consequências jurídicas dos seus atos, bem como a ocultação ou encobrimento da sua verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentos ou da propriedade ou direitos sobre os mesmos, ainda que as atividades que as gerem se desenvolvam no território de outro Estado»*. O nº 1 de dito artigo diz: «*Esta lei regula as obrigações, as atuações e os procedimentos para prevenir e impedir a utilização do sistema financeiro, bem como de outros setores de atividade económica, para o branqueamento de dinheiro procedentes de qualquer tipo de participação delitiva na comissão de um delito castigado com pena de prisão superior a três anos*»[86].

86 Artigo modificado pela Lei 2003/19, de 4 de julho, sobre regime jurídico dos movimentos de capitais e das transações económicas com o exterior e sobre determinadas medidas de prevenção do branqueamento de dinheiro, pelo qual se alarga as atividades delitivas sobre as que existe a obrigação de colaborar, a todos os delitos castigados com pena de prisão superior a três anos (entre outros o delito fiscal), transpondo com isso a Diretiva 97/2001/CE do Parlamento

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

A legislação espanhola, penal e administrativa, foi incorporando paug latinamente as «*recomendações e obrigações*» estabelecidas pelas iniciativas internacionais, às que se foi aderindo; e assim no campo do direito penal:

- A reforma do Código Penal, pela Lei Orgánica 1/1988, de 24 de março, incorporou o delito de branqueamento de dinheiro provenientes do tráfico de estupefacientes[87] castigando, as ações de receber, adquirir ou aproveitar de qualquer modo, para si ou para um terceiro, dos efeitos ou ganhos deste tráfico.
- A reforma do Código Penal, pela Lei Orgánica 8/1992, de 23 de dezembro, qualificou o branqueamento de dinheiro tal e como foi definido pela Convenção de Viena[88], mas aplicado exclusivamente aos ganhos obtidos do tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas.
- O Código Penal aprovado por Lei Orgánica 10/1995, de 23 de novembro, qualifica nos arts. 301 a 304 o branqueamento de dinheiro como um delito de recetação[89] especial, aplicando-o não só aos

Europeu e do Conselho, de 4 de dezembro de 2001, pela que se modifica a Diretiva 308/91/CEE do Conselho relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para o branqueamento de dinheiro ao nosso ordenamento jurídico.

87 *Vide* LORENZO SALGADO, José Manuel, «En torno a alguna de las innovaciones de la Ley Orgánica 1988/1, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas», in Drogodependencias y Sociedad, serie de estudios sectoriales 2, Fundación Caixa Galicia, Imparesa, Santiago de Compostela, 1990, pág. 240-223.

88 *Vide* LORENZO SALGADO, José Manuel, «El proyecto de Código Penal 1992 y los delitos relativos a drogas: una valoración crítica», in Drogodependencias / coords. SALAZAR BERNARD, Isabel, RODRÍGUEZ LÓPEZ, Antonio, BECOÑA IGLESIAS, Elisardo, Vol. 1, Santiago de Compostela, 1994, págs. 116-57.

89 Em Espanha o crime de branqueamento esteve durante muitas décadas tipificado como uma modalidade específica do crime de recetação, uma vez que ambos os crimes têm origem num delito anterior. Contudo as diferenças entre ambos são várias: na recetação, o agente visa obter uma vantagem económica, enquanto no branqueamento o agente visa conservar um ganho económico obtido anteriormente de forma ilícita; quanto ao bem jurídico, a ratio do delito de recetação é proteger o património, enquanto que no branqueamento pode ser a ordem socioeconómica, o funcionamento das estruturas políticas ou a administração da justiça... Normalmente o branqueamento traduz-se num descrédito jurídico específico que implica uma autonomia não só de forma mas também de conteúdo em relação ao delito precedente. Por todos: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., La «Emancipación» del delito de blanqueo de capitales en el Derecho Penal español, in Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 118.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ganhos do tráfico ilegal de drogas, senão também às provenientes de qualquer delito grave.[90]

- A reforma deste Código Penal, pela Lei Orgánica 15/2003, de 25 de novembro, alarga os arts. 301 e 302 ao branqueamento de dinheiro procedente de qualquer atividade delitiva, permitindo o confisco dos ganhos obtidos pelo culpado e, em casos de delito de tráfico de drogas ou pertence a organização dedicada ao branqueamento, o confisco dos bens objeto do delito e dos produtos e benefícios obtidos.
- Depois a reforma de 22 de junho de 2010 criou novos tipos agravados quando os bens provenham de alguns delitos contra a Administração Pública, a ordenação do território e o urbanismo[91]. A Lei Orgánica 1/2015, de 30 de março, expressa uma «profunda revisión»[92] do comiso e expande os feitos prévios às antigas faltas» e a LO 6/2021, de 28 de abril, acaba de criar novos tipos agravados que não se limitam a cumprir com a Diretiva 2018/1673, incumprimento que denunciou Lorenzo Salgado[93], mas sim que vai muito além desta.

  No campo do direito administrativo estas «*recomendações e obrigações*» ficaram refletidas em:

  - A Lei 19/1993, de 28 de dezembro, sobre determinadas medidas de prevenção do branqueamento de dinheiro, que transpõe

90 *Vide* VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina, Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

91 *Vide* NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, «El tipo agravado de blanqueo de dinero procedente de delitos urbanísticos», in III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, coords. ABEL SOUTO, Miguel, SÁNCHEZ STEWART, Nielson, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 279-267.

92 *Vide* LORENZO SALGADO, José Manuel, «Directiva 42/2014/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito y la extensión al blanqueo en 2015 del comiso ampliado, previsto inicialmente para la criminalidad organizada transnacional», in VI Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, coords. ABEL SOUTO, Miguel, SÁNCHEZ STEWART, Nielson, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 584.

93 *Vide* LORENZO SALGADO, José Manuel, «El blanqueo de dinero procedente de los delitos descritos en los arts. 368 a 372 del CP y las nuevas tendencias de financiación del terrorismo advertidas por las directivas de 2018», in VII Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, coords. ABEL SOUTO, Miguel, LORENZO SALGADO, José Manuel, SÁNCHEZ STEWART, Nielson, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 465.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

a Diretiva 91/308/CE, regula as obrigações, atuações e procedimentos para prevenir e impedir a utilização do sistema financeiro e outros setores da atividade económica no branqueamento de dinheiro procedentes do tráfico de drogas, o terrorismo e a delinquência organizada.

- O Real Decreto 925/1995, de 9 de junho aprova o Regulamento desta Lei.

Ambos foram reformados para os adaptar às novas diretrizes comunitárias recolhas na Diretiva 2001/97/CE pela seguinte Lei e Real Decreto, respetivamente.

- A Lei 19/2003, de 4 de julho, sobre regime jurídico dos movimentos de capitais e das transações económicas com o exterior e sobre determinadas medidas de prevenção do branqueamento de capitais.

A Lei 19/1993, alarga o branqueamento de dinheiro a todo delito castigado com pena de prisão superior a três anos (incluindo o delito fiscal) e os sujeitos obrigados àquelas atividades e profissões suscetíveis de ser utilizadas para o branqueamento definidas pela Diretiva 2001/97/CE, considerando como novos sujeitos obrigados, casinos de jogo, auditores externos, contabilistas externos, profissionais independentes do direito, assessores fiscais, aos que exerçam atividades de promoção imobiliária, agência, comissão ou intermediação na compra de imóveis, a notários, advogados e solicitadores quando participem ou atuem por conta de clientes em qualquer transação financeira ou imobiliária e a pessoas físicas e jurídicas que se possam determinar regulamente.

Estabelece a obrigação de declarar a origem, destino e posse dos fundos nos casos de saída ou entrada em território nacional de moeda, títulos e cheques bancários ao portador denominados em moeda nacional ou em qualquer outra moeda ou qualquer médio físico, incluídos os eletrónicos, concebidos para ser utilizados como médios de pagamento, por custo superior a 6.000 euros por pessoa e viagem e nos movimentos por território nacional destes meios de pagamento por custo superior a 80.500 euros.

Por sua vez, o real Decreto 54/2005, de 21 de janeiro, modifica o Regulamento da Lei 19/1993, aprovado pelo real Decreto 925/1995, de

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

9 de junho, adaptando às mudanças incluídos na Lei de prevenção pela Lei 19/2003.

Posteriormente a Lei 10/2010, de 28 de abril, de prevenção do blanqueo de capitais e prevenção do terrorismo, aprovada para transpor a Diretiva 2005/60/CE, amplia os atos prévios a qualquer atividade delitiva no campo administrativo e foi modificada pelo Real decreto-lei 11/2018, de 31 de agosto, para transpor a Diretiva 2015/849 e pelo Real decreto-lei 7/2021, de 27 de abril, para a necessária transposição da Diretiva 2018/843.

Como já se citou, com o objectivo de cumprir com os compromissos internacionais contraídos, Espanha desenvolveu diversas normas através do âmbito penal focadas na prevenção e perseguição do delito de branqueamento de dinheiro ou de bens, e ao confisco dos produtos derivados da atividade delitiva; encontrando-se qualificados de forma autónoma nos arts. 301 a 304 do Código Penal, dentro do cap. XIV, da recetação e outras condutas afins, do Título XIII, Delitos contra o património e contra a ordem socioeconómico, do Livro II, Delitos e as suas penas.

Nestes artigos condena-se o denominado branqueamento de bens procedente de qualquer tipo de delito qualificado no Código Penal, sem prejuízo do delito agravado de branqueamento de bens procedentes de algum dos delitos relacionados com o tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes ou substâncias psicotrópicas previstas nos arts. 368 a 372 do Código Penal.[94]

94 *Vide* LORENZO SALGADO, José Manuel, «El tipo agravado de blanqueo cuando los bienes tengan su origen en el delito de tráfico de drogas», in III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Santiago de Compostela, coords. ABEL SOUTO, Miguel, SÁNCHEZ STEWART, Nielson, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 249-223.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

2.2. As reformas penais de 2020 em Portugal e 2021 em Espanha

Com o intuito de manterem o compromisso com a União Europeia, tanto Portugal como Espanha procederam á implementação nos respetivos sistemas jurídicos da Diretiva 2018/1673, o que deu origem em Portugal á Lei nº 58/2020, de 31 de agosto e em Espanha á Ley Orgânica 6/2021, de 28 de abril.

No caso da Lei Portuguesa devemos salientar que as modificações introduzidas nos diferentes diplomas têm por finalidade a extensão dos deveres e obrigações previstas na lei geral a outras entidades obrigadas, com o intuito de obter um maior controlo e confiança, numa sociedade mais justa e transparente. Foram alterados:

- O Código Penal – art. 368-A
- O Código do Notariado
- O Código do Registo Comercial.
- Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras – D.L. nº 298/92, de 31 de Dezembro
- Medidas de Combate ao Branqueamento de Capitais e Financiamento do Terrorismo – Lei nº 83/2017
- Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo
- Lei nº 97/2017, referente á Aplicação e Execução de Medidas Restritivas Aprovadas pela ONU ou EU.
- Regime Geral das Infrações Aduaneiras.
- Lei nº 20/2008, referente à Responsabilidade Penal Por Crimes de Corrupção no Comércio Internacional e na Atividade Privada.
- Legislação de Combate à Droga – D.L. 15/93
- Regulamento Emolumentar dos Registos e Notariados.
- Número de Identificação Fiscal – D.L. nº 14/2013

As pessoas obrigadas correspondem agora a entidades financeiras e não financeiras descriminadas na Lei nº 83/2017, atualizada pela referida Lei nº 58/2020, entre as quais devemos salientar a extensão no âmbito das pessoas expostas politicamente.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

A generalidade das alterações introduzidas nos referidos diplomas visam a extensão dos deveres e obrigações previstos na lei geral a outras entidades obrigadas; comprovação documental minuciosa de qualquer negócio ou transação a que procedam; clareza nos participantes envolvidos assim como nos mecanismos e autoridades de controlo. O objetivo deste maior controlo é o objetivo de uma sociedade mais transparente e séria.

Salienta-se as alterações que visam combater os riscos inerentes à moeda virtual, a imposição de medidas de diligência reforçada a certas entidades e um maior esclarecimento do risco permitido, e nomeadamente a criação e regulação de mecanismos de controle de sistemas económicos alternativos como a moeda eletrónica e ativos virtuais, sistemas esses que poderão integrar-se a nível europeu e compartilhar informações.

Além de novas entidades financeiras obrigadas nos termos da Lei nº 83/2017, por aplicação da Lei nº 58/2020, a lei aplica-se também a auditores, contabilistas certificados e consultores fiscais, individuais ou coletivos, bem como qualquer pessoa que assista, ajude ou aconselhe em matéria fiscal como principal atividades comercial ou profissional. Também abrange as pessoas ligas ao negócio de arte, se o valor pago em numerário for superior a 3000€ ou 10000€ em qualquer outro meio, comerciantes de pedras preciosas e outros bens de valor unitário elevado.

A lei nº 58/2020 veio definir o conceito de ativo virtual, que consiste em representações digitais de valor, que não estejam necessariamente ligados a uma moeda estabelecida e que não sejam moeda fiduciária, mas que sejam aceites como meios de troca ou investimento, por pessoas individuais ou coletivas e que podem ser movimentadas por via eletrónica. Quanto a atividades com ativos virtuais são todas aquelas exercidas em nome ou por conta de um cliente em que se troca, transferem ou guardam ou administram esses ativos virtuais devidamente registados e autorizados pelo Banco de Portugal.

A referida Lei visou ainda o aumento da transparência com a identificação concreta do beneficiário efetivo, cujos registos podem ser acedidos pelos Estados-Membros através da plataforma central Europeia.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Em consideração final devemos destacar as alterações ao nível de crimes e contraordenações e que entidades estão sujeitas em caso de incumprimento dos deveres atribuídos pelos diplomas legais em causa.

No caso do art. 368-A do Código Penal, este foi reorganizado, contendo um conjunto de ilícitos típicos precedentes ao crime de branqueamento, com o sentido de que os bens que provenham da prática daqueles fatos típicos e ilícitos, são considerados vantagens que o autor visa branquear.

Esta lei na alteração que faz deste artigo do Código Penal, opta por indicação exaustiva dos ilícitos que se encontram fora do enquadramento delimitado pela moldura penal máxima e mínima, abandonando a anterior opção de enunciação de ilícitos por referência. Também se incorporam como novas condutas o "adquirir, detiver ou utilizar, com conhecimento, no momento da aquisição, ou no momento da detenção ou utilização" de que os bens provém dos fatos ilícitos prévios, salvo nos casos de autobranqueamento.

No mesmo artigo é determinado quem está sujeito á sua aplicação, sendo de relevo para esta análise o nº 8 do referido artigo, pois prevê um agravamento em 1/3 da moldura penal nos casos em que o infrator é uma entidade referida na Lei de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, e a infração foi cometida no exercício da sua atividade profissional.

No respeitante às contraordenações, temos uma enumeração taxativa no art. 169-A da Lei nº 83/2017, atualizada pela Lei nº 58/2020, sendo que o legislador exposto todos os deveres que as entidades obrigadas estão sujeitas, prevendo agora a extensão das coimas a pessoas coletivas, entidades equiparadas e pessoas singulares, que anteriormente não estariam compreendidas nas alíneas do nº 1 do art. 170.

Atenção que a responsabilidade contraordenacional das pessoas coletivas não esgota a responsabilidade individual das pessoas singulares que tenham responsabilidade no ato em causa.

De salientar também o dever de não divulgação constante do art. 54 da Lei nº 83/2017, que consiste em ser evitada qualquer atividade que possa dar azo à descoberta de que estão a ser averiguadas suspeitas de práticas relacionadas como branqueamento de capitais ou o financiamento

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

do terrorismo. Caso esse dever seja violado, essa violação está sujeita a punição.

Mas não foi apenas a Lei nº 58/2020 que foi introduzida no ordenamento jurídico português. Com o suposto intuito de adaptar o ordenamento às exigências europeias foi também aprovada a lei nº 26/2020 de 21 de Julho, que estabelece a obrigação de comunicação à Autoridade Tributária e Aduaneira de informações requeridas por esta. E aí é que surge o problema: A Ordem dos Advogados entende que a forma como a referida Lei está escrita permite ao Estado tentar obter, pela porta traseira, o que não lhe é permitido pela porta principal.

Aliás, a Ordem dos Advogados, através dos ofícios da Provedora da Justiça, requereu por parte do Tribunal Constitucional, a fiscalização abstrata da constitucionalidade dos art. 10 nº 2, 13 nº 4 e 14 nº 1 da Lei nº 26/2020, por constituírem uma restrição desproporcionada (art. 18 nº 2 C.R.P.), do direito a um processo justo e equitativo (20 nº 4 C.R.P.), do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e familiar do advogado (art. 26 nº 1 C.R.P.) e do sigilo de comunicações entre o advogado e os seus clientes (34 nº 1 C.R.P.).

As razões do pedido são que a Lei nº 26/2020 transpôs para a ordem jurídica nacional a Diretiva 2018/822, que veio alargar o âmbito das informações sujeitas a troca automática e obrigatória entre Estados-Membros a ser prestada inicialmente às autoridades pelo contribuinte ou intermediário[95] deste, não sujeito a sigilo profissional.

Pese embora a Diretiva conceda aos Estados-Membros margem de apreciação na transposição para resolver conflitos como o de sigilo o fato é que a transposição Portuguesa não coreu adequadamente.

Assim a Lei portuguesa 26/2020 prevê, no nº 2 do art. 10, a obrigação dos intermediários, ainda que sujeitos a dever contratual ou legal de sigilo, de comunicarem à Autoridade Tributária todas as informações que sejam do seu conhecimento ou estejam em sua posse ou controlo relativas a qualquer dos mecanismos previstos no art. 7 (interno) ou 3 (transfronteiriço), nos casos em que se verifique a obrigação subsidiária de comunicação, prevista no nº 4 do art. 13.

95 Art. 3, ponto 21 da Diretiva 2011/16/EU, aditado pela Diretiva 2018/822, estabelece a noção de intermediário.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

O art. 13 refere por um lado que a obrigação de comunicação à autoridade tributária recai sobre o contribuinte, mas caso este não o faça, é obrigação subsidiária do intermediário, prevista no nº 4, fazê-lo, independentemente de qualquer dever de sigilo.

Essa posição é assegurada pelo disposto no art. 14 nº 1 que afirma que esse dever de comunicação prevalece sobre qualquer dever de sigilo dos intermediários, e, de acordo com o disposto no art. 19, o incumprimento dessa obrigação pode acarretar uma coima até 80000€.

Ora, em primeiro lugar a Diretiva aplica-se a situações transfronteiriças, sendo que a Lei 26/2020, foi muito além do previsto da Diretiva ao estabelecer mecanismos internos.

Em segundo lugar, a Diretiva não prevê essa transferência de obrigação de comunicação do contribuinte para o intermediário, mas sim a hipótese de dispensa de obrigação de comunicação desses intermediários, que estejam debaixo de um dever de sigilo, situação em que a obrigação de comunicação se torna única e exclusivamente âmbito do contribuinte.

Em terceiro lugar, o sigilo profissional tem a natureza de um direito-dever, servindo os interesses do cliente, profissional e boa administração da justiça. O Tribunal Constitucional tem entendido que os segredos profissionais, como o bancário e fiscal, embora sujeitos a limitações, se inserem no âmbito de proteção do direito á reserva sobre a intimidade da vida privada e familiar, consagrado no art. 26 nº 1 da C.R.P.[96]

Ou seja, para um advogado, e mesmo fora do contexto de defesa do cliente em tribunal, a quebra, prevista nesta lei, do sigilo é suscetível de violar o direito do próprio à reserva sobre a intimidade da vida privada.

Portanto, sendo o sigilo profissional matéria de direitos fundamentais, a lei nº 26/2020 está sujeita às exigências do princípio da proporcionalidade (18 nº 2 C.R.P), que claramente não cumpre, quer por não assegurar um regime específico para o advogado ou pela exigência de prevalência absoluta do dever de comunicação ou pela amplitude das informações pretendidas.

Até porque a própria Diretiva procurou compatibilizar a obrigação de comunicação com o dever de sigilo profissional[97], o que pode ser

96 Acórdãos nº 278/95, 602/05, 442/2007, 145/2014, 517/15 e 740/2020.

97 Art. 8 -A e B, nº 5 e 6 da Diretiva 2011/16/EU, aditado pela Diretiva 2018/822, de 25 Maio de 2018.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

observado por exemplo no regime espanhol[98], em que se prevê que, nas situações descritas na Diretiva, o advogado que seja qualificado como intermediário, pode ficar dispensado por razões de sigilo profissional desde que se tenha limitado a prestar uma informação neutral, ou seja, informação com o objetivo de avaliar a adequação de um determinado mecanismo ao ordenamento jurídico aplicável, sem tentar facilitar a sua implementação.

Disposto tudo isto, qual a razão para o legislador português tentar ser mais papista do que o papa?

Os interesses públicos de transparência e combate à evasão fiscal são legítimos e relevantes mas não têm o mesmo peso que um Estado reconhece ao combate à alta criminalidade e terrorismo (que permitem e reconhecem o segredo profissional do advogado) e portanto muito menos peso têm em relação ao dever de sigilo profissional e demais direitos constitucionais em causa, em termos de justificar uma interferência nos direitos fundamentais pelo que existe uma clara violação do principio da proporcionalidade, que deve ser remediada o quanto antes.

Também em Espanha se procedeu à introdução da diretiva europeia através da Ley Orgânica 6/2021, de 28 de Abril[99]. Esta Lei veio alterar a Lei 20/2011, de 21 de julho, sobre o Registo Civil (INE 15320/2011), a Lei Orgânica 6/1985, de 1 de julho, sobre a Magistratura (LEI 1694/1985) e a Lei Orgânica 10/1995, de 23 de novembro, relativa ao Código Penal (LEI 3996/1995).

Modifica o LOPJ, adicionando um artigo 439. bis e modificando os artigos 445, 520 e 522 assim como modifica o último[100] parágrafo do nº 1 do artigo 301 do Código Penal e introduz um segundo parágrafo do nº 1 do artigo 302.

98 Ley 10/2020, de 29 de dezembro, BOE nº 340, 30 dezembro de 2020.

99 Vide BOE núm. 102, de 29 de abril de 2021, págs. 50883 a 50886.

100 REQUEJO, M.T., GONZÁLEZ, L.: "El nuevo tipo agravado del delito de blanqueo de capitales tras la Ley Orgánica 6/2021: la concurrencia en el sujeto activo de la condición de sujeto obligado. Especial referencia a la problemática suscitada respecto del sujeto obligado persona jurídica y del tipo de blanqueo de capitales imprudente", in *Diario La Ley*, Nº 9857, Sección Tribuna, 25 de mayo de 2021, Wolters Kluwer.
https://www.perezllorca.com/wp-content/uploads/2021/05/el-nuevo-tipo-agravado-del-delito-de-blanqueo-de-capitales.pdf

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Por outro lado, o Código Penal é alterado para concluir a transposição da Diretiva (UE) 2018/1673 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2018, sobre o combate ao branqueamento de capitais através do direito penal.

Assim, é introduzido um fator agravante explícito não incluído até agora no Código Penal, em referência à condição especial do sujeito ativo do crime, como "sujeito obrigatório".

Este nome refere-se a uma lista específica de pessoas singulares e jurídicas estabelecida pelo pacote regulamentar europeu sobre branqueamento de capitais.

Por todas estas razões, a regulamentação da qualificação por motivo de sujeito ativo do branqueamento é alterada de modo a incorporar uma descrição do tipo que, por um lado, abrange todos os casos exigidos pela norma e, por outro lado, confronta-se com uma forma de crime caracterizada pela sua tipologia muito variada e complexa.

Além disso, no âmbito dos fatores agravantes de natureza facultativa para os Estados-Membros, a diretiva permite aos Estados-Membros uma maior censura penal em consequência dos bens sujeitos ao branqueamento provenientes de determinados crimes, entre os quais se juntam os que já se encontram previstos no atual Código Penal (quando os bens tiverem origem em determinados crimes como o tráfico de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas ou especialmente relacionados com corrupção), os crimes de tráfico de seres humanos, crimes contra cidadãos estrangeiros, prostituição, exploração sexual e corrupção de menores, bem como os crimes ligados à corrupção nos negócios.

A reforma inclui estes tipos agravados, considerando estas sanções penais mais eficazes, proporcionadas e dissuasivas nos casos em que o crime anterior é de tal gravidade.

Especificamente, a alteração regulamentar ao Código Penal afeta:

Ao artigo 301.1, parágrafo terceiro, CP, que determina a aplicação da metade superior (pena de prisão de três anos e três meses a seis anos e multa do duplo ao triplo) do quadro penal estabelecido no primeiro parágrafo (pena de seis meses a seis anos e coima do tanto ao triplo) quando a infração antecedente for uma das incluídas.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

A alteração introduzida pela Lei Orgânica 6/2021 veio introduzir o agravamento do crime de lavagem de capitais quando o efetuam no âmbito da sua atividade profissional mas teria sido mais correto introduzir tal alteração no âmbito do disposto no art. 303 do C. Penal e não nos tipos agravados para as organizações, do art. 302.1.[101]

No que se refere a esta segunda modificação, em especial, é incorporado um parágrafo final no nº 1 dessa alteração ao artigo 302 do CP, que diz o seguinte: «*A sanção será igualmente imposta na sua metade superior àqueles que, sendo sujeitos vinculados pelas regras de prevenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, cometer qualquer uma das condutas descrito no artigo 301 do CP no exercício da sua atividade profissional* ».

O presente número relativo ao estatuto do sujeito ativo deve ser entendido como referindo-se às matérias obrigatórias enumeradas no Art. 2.1 da Lei 10/2010 e seu Regulamento [102].

Relativamente à lista de sujeitos obrigatórios do art. o 2.1 da Lei 10/2010, deve ser especificada que uma boa parte deles, na prática, pode ser constituída sob a forma de pessoas jurídicas.

Portanto, é importante ter em conta a prudência introduzida no artigo 2.2 da Lei 10/2010, de acordo com o qual: «*As pessoas singulares ou jurídicas que desempenham as atividades são consideradas as pessoas obrigadas. mencionadas no parágrafo anterior. No entanto, onde as pessoas singulares atuam como funcionários de uma pessoa jurídica, ou prestar serviços permanentes ou esporádicos, as obrigações impostas pela presente Lei recairão sobre essa pessoa jurídica relativamente aos serviços prestados. Os sujeitos obrigados estarão também sujeitos às obrigações estabelecidas*

101 *Vide* Lorenzo Salgado, José Manuel, "El blanqueo de dinero procedentede los delitos descritos en los arts. 368 a 372 del CP…", *cit*., p. 465, nota 73.

102 A lista de sujeitos obrigatórios foi recentemente alargada com a transposição para o direito espanhol da Diretiva (UE) 2018/843 do Parlamento Europeu e Conselho de 30 de maio de 2018, diretiva que altera a Diretiva (UE) 2015/849, prevenção da utilização do sistema financeiro para a utilização de branqueamento de capitais ou financiamento do terrorismo e as diretivas 2009/138/CE e 2013/36/UE («Quinta Diretiva»), através do Decreto-Lei Real 7/2021, de 27 de abril, sobre a transposição de diretivas da União Europeia em matéria de concorrência, prevenção do branqueamento de capitais, entidades crédito, telecomunicações, medidas fiscais, prevenção e reparação de danos ambientais, destacamento de trabalhadores, prestação de serviços transnacionais e de defesa do consumidor (BOE n.º 101, de 28 de abril de 2021).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

na presente Lei no que diz respeito a transações efetuadas através de agentes ou outras pessoas que atuam como mediadores ou intermediários aqueles».

Este parágrafo é extremamente importante para interpretar o tipo agravado introduzido por LO 6/2021, sendo o sujeito ativo do crime identificado com o *assunto vinculado pela normativa de prevenção do branqueamento de capitais*, que pode ser uma só pessoa natural como pessoa legal.

No caso da pessoa legal, sujeito obrigado, a conduta típica terá sido necessariamente realizada por pessoas singulares agindo na sua capacidade como funcionários, gestores ou agentes da pessoa legal.

No entanto, no n.º 2 do art. 2 a Lei 10/2010 é categórica ao estabelecer que nesse caso as obrigações impostas pelas regras da PBC continuarão a cair sobre a pessoa jurídica relativamente aos serviços prestados.

Portanto, quando o sujeito obrigado é uma pessoa legal, será necessário esclarecer a forma como funciona a nova circunstância de agravamento introduzida no artigo 302.1 do CP.

Em primeiro lugar, para a aplicação da taxa agravada do artigo 302.1 CP à entidade jurídica é necessário verificar o cumprimento dos requisitos previstos no artigo 31 *bis* CP para a atribuição de responsabilidade criminal para com a pessoa legal.

No primeiro nível do artigo 31 *bis*.1.a) CP), este conjunto é composto pelos seguintes três grupos de pessoas singulares:

I - representantes legais;

ii – os que, agindo individualmente ou como membros de um órgão da pessoa legais, estão autorizados a tomar decisões em nome da pessoa que é pessoa que o deve ser; e

iii - aqueles que detêm poderes de organização e controlo. Ao conjunto anterior são também adicionados, em conformidade com o art. 31 *bis*.1.b) CP, aqueles que, estando sujeito à autoridade de pessoas singulares do círculo de assuntos do art. 31 *bis*.1.a) CP, foram capazes de realizar os atos porque violaram gravemente os deveres de supervisão, vigilância e controlo da sua atividade, tendo em conta as circunstâncias específicas do caso.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Em segundo lugar, a nova circunstância agravante terá de ser interpretada de forma a permitir um aumento da sanção prevista no caso de o sujeito obrigatório ser uma pessoa de direito.

Não pode ser ignorado que o artigo 302.1 CP, na redação dada por LO 6/2021, exige em qualquer caso que a conduta típica seja realizada «*no exercício da sua atividade profissional*» pelo sujeito obrigado.

Portanto, deve ser entendido como referindo-se às atividades relacionadas com a PBC a que o elenco é obrigado das matérias enumeradas no artigo 2.1 da Lei 10/2010 — caso em que também será necessário determinar se os sujeitos qualificados para transferir a responsabilidade para a pessoa jurídica em nos termos do artigo 31.º *bis*.1 CP deve ter poderes em matéria de PBC ou não.

Lorenzo Salgado[103] considera acertadamente que deveriam ter sido eliminadas as referências a médicos, assistentes sociais, professores ou educadores, cuja origem está relacionada com o trafico de droga e que na sua opinião não fazem sentido incluídos no crime de lavagem de dinheiro.

A LO 6/2021 também aumenta a punição do branqueamento em que os bens provenham do tráfico de seres humanos, das infrações contra estrangeiros, das infrações relacionadas com a prostituição e exploração sexual, da corrupção de menores e de empresas.

No que concerne ao tipo imprudente do crime de branqueamento de capitais do art. 301.3 CP, deve ter-se em conta que a modificação operada pela LO 6/2021 refere-se à conduta típica do artigo 301 do CP no seu conjunto, *cometer qualquer um dos comportamentos descrito no artigo 301 do CP no exercício da sua atividade profissional*', mas não se inclui a modalidade imprudente do artigo 301.3 CP. O tipo agravado refere-se às "condutas" do art. 301, é dirigido aos comportamentos descritos nos apartados 301.1 e 301.2, onde não consta a realização negligente, pelo que o branqueamento imprudente cometido pelos obrigados pela normativa de prevenção punem-se segundo o art. 301.3.

103 *Vide* LORENZO SALGADO, José Manuel, "El blanqueo de dinero procedentede los delitos descritos en los arts. 368 a 372 del CP…", *cit*., p. 447; ABEL SOUTO, M., "Los nuevos tipos agravados de blanqueo de dinero introducidos en España por la Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril".

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Embora os tipos básicos de branqueamento de capitais dos artigos 301.1 e 2 CP estejam configurados como um crime intencional, o legislador expressamente sanciona no artigo 301.3 CP os atos cometidos por imprudência.

O tipo do artigo 301.3 CP incorpora a restrição de que tal imprudência deve ser séria, isto é, a omissão da diligência mais elementar e exigida ao homem, portanto, falha do dever mais elementar de cuidado [104] .

A imprudência não se enquadra no modo como o ato é executado, mas no conhecimento da natureza criminosa dos bens branqueados, de modo que devem e podem saber a origem criminosa das mercadorias, agir sobre elas, adotando uma conduta descrita pelo tipo e, portanto, objetivamente causando a ocultação da origem de tais bens com um benefício para os autores do crime de que procedem [105] .

Quanto ao sujeito ativo do crime de branqueamento de capitais imprudente, embora exista jurisprudência e vozes doutrinárias que consideram que o artigo 301.3 CP define um crime especial, a Suprema Corte tem afirmado repetidamente que o crime de Lavagem imprudente é um crime comum [106].

Na ausência de diferenciação expressa do legislador não parece congruente especificamente configurar a modalidade imprudente como um crime especial [107] .

Sem prejuízo do que precede, a verdade é que os pressupostos que melhor se encaixam no crime de branqueamento de capitais imprudente são os de sujeitos a que se impôs normativamente o dever de descobrir a origem das mercadorias ou abster-se de operar nelas[108]; especialmente os sujeitos sujeitos vinculados pela normativa de PBC[109].

104 *Vid* acórdãos do Supremo Tribunal n.º 421/2020, de 22 de julho, 54/2015, de 11 de fevereiro, n.º 171/2010, de 10 de março e 282/2005, de 4 de março .

105 *Vide* acórdãos do Supremo Tribunal (Secção 1) n.º 412/2014, de 20 de maio, 286/2015, de 19 de maio, 257/2016, de 1 de abril, e 226/2020, de 26 de maio.

106 *Vide* acórdãos do Supremo Tribunal (St. Criminal , Secção 1) n.º 506/2015, de 27 de julho, nº 749/2015, de 13 de novembro, 238/2016, de 29 de março, e 383/2019, de 23 de julho.

107 *Vide* acórdãos do Supremo Tribunal (St. Criminal , Secção 1) n.º 749/2015, de 13 de novembro, e 238/2016 de 29 março.

108 *Vide* acórdãos do Supremo Tribunal (St. Criminal , Secção 1) n.º 997/2013, de 19 de dezembro, 749/2015, de 13 de novembro, 1137/2011, de 2 de novembro.

109 *Vide* acórdãos do Supremo Tribunal (Secção 1) n.º 801/2010, de 23 de setembro, 1137/2011 de

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Neste sentido, a doutrina tem vindo a afirmar que os destinatários naturais desta disposição são todos aqueles que profissionais que, em razão da sua atividade, pertencem aos círculos legais e económicos que normalmente são empregados por branqueadores para o branqueamento dos seus lucros, e de quem um dever especial de cuidado nas operações em que estão envolvidos.

Sobre a grave imprudência que se exige, o Supremo Tribunal insistiu que a imprudência grave «*sempre exigiu a violação das mais elementares regras de cautela e diligência para exigir uma certa atividade*»; e que tal gravidade «*é determinada a partir de uma perspetiva objetiva ou externa, de acordo com a magnitude da violação do dever objetivo de cuidado ou diligência incorrida pelo autor, a magnitude da qual encontrar diretamente ligado* [...] *o grau de risco descontrolado quando tem o dever de neutralizar os riscos que afetam o bem legal devido à conduta de terceiros ou a circunstâncias realmente casuais* » [110] .

Sobre o dever objetivo de cuidar ou socialmente executável, o Supremo Tribunal estabeleceu que o injusto imprudente do crime de branqueamento de capitais alega identificar a violação de dois principais deveres regulamentares:

(i) o dever de evitar o resultado de favorecer uma atividade criminosa anterior através de qualquer uma das ações que são descritas no tipo-alvo do artigo 301.1 CP; e
(ii) o dever de ativar os mecanismos instrumentais para a verificação, inquirição e representação da origem do bem ou do dinheiro recebido [111]

2 novembro. Da mesma forma *vide* acórdão do Supremo Tribunal (Secção 1) n.º 960/2008, de 26 de dezembro, onde se afirma que a normativa administrativa de prevenção, «*cujos destinatários sejam especificados, não limita o âmbito do art. 301.3 do Código Penal (LEI 3996/1995), que tipifica a modalidade imprudente de branqueamento de capitais sem qualquer restrição quanto ao sujeito ativo de conduta criminosa, embora coincida normalmente em assuntos ou entidades cujas atividades estejam relacionadas com movimentos de capital*».

110 *Vide* Sentença do Supremo Tribunal (Secção 1) n.º 997/2013, de 19 de dezembro .

111 *Vide* Sentença do Supremo Tribunal (Secção 1) n.º 47/2021, de 21 de janeiro.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Em particular, o Supremo Tribunal declarou em vários acórdãos que: «*neste caso, não é exigido que o sujeito saiba a origem das mercadorias, mas pelas circunstâncias do caso estar em uma posição de conhecê-los apenas observando o normal funcionamento da sua atividade e ainda agiu fora de tais precauções e não observou os deveres de cuidado que lhe eram exigidos e daqueles que, mesmo, com formas de ação, impostas normativamente para descobrir a origem das mercadorias ou abster-se de operar neles, onde a sua origem não está claramente estabelecida o fizeram*» [112] .

O que nos leva aos sujeitos vinculados pela normativa da PBC, relativamente aos quais já foi afirmado que eles são os recetores naturais deste tipo imprudente.

O crime de branqueamento de capitais devido a imprudência (artigo 301.3 da CP) requer a concordância de dois elementos estruturais que são a produção de um resultado, e a violação de um padrão de cuidado.

A imprudência é determinada, portanto, de acordo com uma escala dupla: por um lado, deve-se perguntar que comportamento era objetivamente devido numa determinada situação de perigo de lesão do bem legal, e, por outro lado, se este comportamento pode ser exigido ao autor tomando em conta as suas características e capacidades individuais. Portanto, nem todos os sujeitos podem ser obrigados a ter o mesmo nível de cuidado. Deve ser identificado, com base nos elementos de prova em tribunal,

- quais as informações que o agente realmente tinha;
- quais as informações que poderia ter tido em termos de situações;
- que mecanismos de inquérito ou verificação sobre a origem do bem poderiam ter ativado;
- qual era o conteúdo objetivo da ação exigida;
- que elementos normativos de produção condicionaram a execução desta ação;
- em que máximas de experiência sociocultural o agente valorizou a informação recebida;

112 *Vide* acórdãos do Supremo Tribunal (Secção 1) nº 997/2013, de 19 de dezembro, 749/2015 de 13 novembro, 1137/2011 de 2 de novembro.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

- que tipo de precauções tomou ao levar a cabo a ação que introduziu o perigo;
- que tipo de relação mantinha ou manteve com a pessoa de quem vieram os bens de origem criminosa.

E, além disso, a gravidade deve ser medida porque só uma conduta seriamente imprudente é criminalmente relevante. Deve considerar-se como tal o que ignora um risco substancial de que o resultado proibido ocorra em consequência de tal conduta.

Este risco, pela sua natureza e grau, deixa claro que a indiferença do ator, tendo em conta as circunstâncias que conhece ou deveria ter sabido, supõe um grave desvio do padrão de conduta que uma pessoa respeitosa da norma iria observar na sua situação.

A reforma operada pela LO 6/2021, portanto, pode entender-se que supõe a tradução para o Direito Penal do objetivo da Lei 10/2010, modificada pelo Real decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, centrando a sua atenção no papel especial desempenhado pelos sujeitos obrigados pela Lei 10/2010 sobre a proteção da integridade do sistema financeiro e de outros sectores atividade económica.

- No que concerne a problemas levantados pela reforma, a nova circunstância agravante não se limita a mencionar o estatuto de sujeito obrigado, mas sim exige que, cumulativamente, a infração seja cometida pelo sujeito obrigado "no exercício da sua atividade profissional".

Em relação ao que precede, se for precisamente o dever objetivo de cuidado que recai sobre os sujeitos obrigados que é tomado em consideração para fundamentar a concordância de uma grave imprudência no crime de branqueamento de capital imprudente, retorno para atender à condição de obrigado sujeito a fundamentar a aplicação do circunstância agravante por causa do sujeito ativo constitui uma violação flagrante do princípio do princípio de *non bis in idem,* por isso esta agravação profissional não se aplica ao branqueamento imprudente.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Tal como se referiu anteriormente no regime espanhol[113], prevê-se que nas situações descritas na Diretiva, o advogado que seja qualificado como intermediário, pode ficar dispensado por razões de sigilo profissional, desde que se tenha limitado a prestar uma informação neutral, ou seja, informação com o objetivo de avaliar a adequação de um determinado mecanismo ao ordenamento jurídico aplicável, sem tentar facilitar a sua implementação.

Na ordem jurídica portuguesa, o sigilo profissional está inscrito no art. 92 do E.O.A. como elemento essencial da profissão de advogado, especialmente no foro deontológico, competindo à Ordem dos Advogados

113 Ley 10/2020 de 29 de Dezembro, BOE nº 340, 30 dezembro de 2020 in https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-17265
Artículo único. Modificación de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria queda modificada como sigue:
Uno. Se introduce una nueva disposición adicional vigésima tercera, con la siguiente redacción:
«Disposición adicional vigésima tercera. Obligación de información sobre mecanismos transfronterizos de planificación fiscal.
1. Las personas o entidades que tengan la consideración de intermediarios o de obligados tributarios interesados a los efectos de esta obligación, según el artículo 3, apartados 21 y 22, de la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE, deberán suministrar a la Administración tributaria, conforme a lo dispuesto en los artículos 29, 29 bis y 93 de esta Ley y en los términos que reglamentariamente se establezcan, la siguiente información:
a) Información de mecanismos transfronterizos definidos en el artículo 3.18 de la Directiva 2011/16/UE del Consejo en los que intervengan o participen cuando concurran alguna de las señas distintivas determinadas en el Anexo IV de la citada Directiva.
b) Información de actualización de los mecanismos transfronterizos comercializables a los que se refiere el artículo 3.24 de la Directiva 2011/16/UE del Consejo.
c) Información de la utilización en España de los mecanismos transfronterizos de planificación fiscal a que se refieren las letras a) y b) anteriores.
A los efectos de esta obligación de información, no tendrán la consideración de mecanismo transfronterizo de planificación fiscal objeto de declaración aquellos acuerdos, negocios jurídicos, esquemas u operaciones transfronterizas basadas en regímenes fiscales comunicados y expresamente autorizados por una decisión de la Comisión Europea.
2. Estarán dispensados de la obligación de información por el deber de secreto profesional al que se refiere el apartado 5 del artículo 8 bis ter de la Directiva 2011/16/UE del Consejo, los que tuvieran la consideración de intermediarios conforme a dicha Directiva, con independencia de la actividad desarrollada, y hayan asesorado con respecto al diseño, comercialización, organización, puesta a disposición para su ejecución o gestión de la ejecución de un mecanismo transfronterizo de los definidos en la Directiva, con el único objeto de evaluar la adecuación de dicho mecanismo a la normativa aplicable y sin procurar ni facilitar la implantación del mismo.
El intermediario obligado por el deber de secreto profesional podrá quedar liberado del mismo mediante autorización comunicada de forma fehaciente por el obligado tributario interesado.»

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

decisão sobre o levantamento, sendo portanto um direito-dever de fonte legal, decorrente do fundamento de ordem pública em que assenta, como o consagra a Constituição no seu art. 208 nº 2.

É isto que explica que em certos casos o segredo profissional possa sobrepor-se a outros deveres constitucionalmente e legalmente estabelecidos como o da realização da justiça.[114]

114 Art.47 nº 3 alínea c) e 497 nº 3 do C.P.C., 131 nº 1 e 135 nº 1 do CPP e acórdão do Tribunal Constitucional nº 176/2021, de 6 de abril, ponto 7: "Constituindo um atributo indispensável ao exercício de qualquer profissão que pressuponha uma relação de confiança, o segredo profissional define-se como a proibição de revelar factos ou documentos de que se teve conhecimento em razão e no exercício de uma determinada atividade profissional. O art. 135, n.º 1, do CPP contempla a faculdade de escusa de depor sobre factos cobertos por segredo profissional relativamente a determinados grupos, designadamente, ministros de religião ou confissão religiosa, advogados, médicos, jornalistas, membros de instituições de crédito e demais pessoas a quem norma legal permitir ou impuser que guardem segredo. Assim, ressalvados os casos em que uma norma legal afaste a oponibilidade da colaboração solicitada pelas autoridades judiciárias, o sigilo profissional só pode ser quebrado por decisão do tribunal, nas situações e nos termos previstos no art. 135, n.º 3, do CPP. Se excecionarmos o segredo religioso (art. 135, n.º 5, do CPP) e o segredo do jornalista (que tem especificidades próprias em comparação com os demais), o dever profissional de segredo pode, assim, nos termos da lei, cessar em situações em que interesses relevantes de ordem pública o imponham por força do princípio da concordância prática entre valores constitucionais conflituantes. O incidente da quebra do segredo processa-se em duas fases distintas, descritas, respetivamente, no nº 2 e no nº 3 do art. 135.º do CPP. Cabe ao tribunal da causa a apreciação da legitimidade da escusa da prestação de depoimento ou da informação visada, decisão que se limita a verificar se a situação está coberta pelo dever de segredo. No caso de o tribunal da causa concluir desde logo pela ilegitimidade da escusa, ordena de imediato a produção da informação. Na situação inversa, isto é, se o tribunal concluir pela legitimidade da escusa em prestar o depoimento ou a informação solicitada, designadamente por a informação visada estar protegida por segredo profissional, remete para o tribunal superior a decisão sobre a justificação da quebra do segredo. Assim, a decisão do tribunal da causa não contempla qualquer juízo de ponderação de interesses em ordem a determinar o interesse prevalecente. Esta ponderação pertence já ao tribunal superior. É a este que compete decidir se a obrigação de segredo (caso se confirme) deve ser quebrada, procedendo ao juízo de ponderação necessário entre os diversos direitos e interesses em confronto. Uma tal avaliação não dispensa, naturalmente, a confirmação da obrigação de segredo que, deste modo, é reapreciada pelo tribunal superior. Por conseguinte, no caso de se afigurar como legítima a escusa por o tribunal da causa proceder a uma apreciação positiva da verificação da obrigação de segredo, será o tribunal superior a decidir de forma definitiva se o interesse da descoberta da verdade deve prevalecer sobre o segredo. Ao atribuir competência para a decisão ao tribunal que, de acordo com a regra geral, seria o competente para apreciar o recurso dessa decisão, a estrutura deste incidente afasta-se das regras normais de competência jurisdicional, tendo suscitado dúvidas de aplicação que viriam a ser esclarecidas na jurisprudência. No acórdão n.º 2/2008, de 13 de fevereiro de 2008, o Supremo Tribunal de Justiça fixou a seguinte jurisprudência: «1) Requisitada a instituição bancária, no âmbito de inquérito criminal, informação referente a conta de depósito, a instituição interpelada só poderá legitimamente escusar-se a prestá-la com fundamento em segredo bancário; 2) Sendo ilegítima a escusa, por a informação não estar abrangida pelo segredo, ou por existir consentimento do titular da conta, o próprio tribunal em que a escusa for invocada, depois de ultrapas-

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

O sigilo profissional do advogado não corresponde apenas à tutela de interesses do patrocinado ou cliente. Mas também o da boa administração da justiça e o do profissional.

Especialmente tendo por consideração a boa administração da justiça o sigilo revela-se como um princípio de ordem pública, essencial á promoção do Estado de Direito, nos termos do art. 208 da CRP, reconhecendo este artigo que a advocacia desempenha uma função social relevante, pelo que é necessário que a lei assegure aos advogados as imunidades e condições essenciais ao exercício do seu mandato

Convém também lembrar que o sigilo profissional é não apenas um dever do advogado, como também um seu direito. O advogado não pode revelar informações sobre o seu mandante e o conteúdo do mandato que o mesmo lhe conferir, mas também lhe assiste o direito de o não fazer.

Quando se ignora o segredo profissional dos advogados em benefício de uma aplicação irrestrita do direito de informação, atenta-se não apenas contra o princípio do segredo profissional dos advogados mas contra um direito dos advogados abrangidos ao segredo profissional[115].

sadas eventuais dúvidas sobre a ilegitimidade da escusa, ordena a prestação da informação, nos termos do n.º 2 do art. 135.º do Código de Processo Penal; 3) Caso a escusa seja legítima, cabe ao tribunal imediatamente superior àquele em que o incidente se tiver suscitado ou, no caso de o incidente se suscitar perante o Supremo Tribunal de Justiça, ao pleno das secções criminais, decidir sobre a quebra do segredo, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo.»
Proferido embora no âmbito do processo criminal, a descrição das fases em que se desdobra o incidente feita neste acórdão n.º 2/2008 é válida para qualquer contexto processual." In http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210176.html

115 Parecer do Conselho Geral E 14/02 aprovado 12/04/2002, Relator: Dr. Jaime Medeiros: "O segredo profissional não é um direito mas uma obrigação legal do advogado. A obrigação de segredo profissional não é estabelecida em benefício direto de cada um dos clientes, pois vincula o advogado mesmo contra a vontade e o interesse do seu cliente. A obrigação de segredo profissional é um dever de ordem pública, só cedendo nos casos excecionalmente previstos na lei"

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

2.3. Bem jurídico do branqueamento de dinheiro

Portugal pune o crime de branqueamento de capitais como crime de acção autónoma no seu ordenamento interno, ainda que a atividade que originou o branqueamento de capitais se situe no território de outro país membro ou de um país terceiro, em virtude da autonomia do crime de branqueamento que é imposta pelo art. 9.º, n.º 5, da Convenção da Comissão Europeia contra o Branqueamento de Capitais, celebrada em Varsóvia a 16 de Maio de 2005, que entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa a 1 de Agosto de 2010. Estabelece que a possibilidade de condenação por branqueamento de capitais deve ser garantido, independentemente de condenado por crime potencial anterior ou simultâneo.[116]

O que decorre também do disposto no art. 1 da Diretiva nº 91/308/CEE, de 10 de Junho de 1991, baseado no art. 3 nº 3 da Convenção de Viena das Nações Unidas, e no art. 6 nº 2 alínea c) da Convenção de Estrasburgo do Conselho da Europa, resultando expressamente ressalvado do mesmo art. 1 da Diretiva nº 91/308/CEE, de 10 de Junho de 1991, que:

> «*Existe branqueamento de dinheiro mesmo que as atividades que estão na origem dos bens a branquear se localizem no território de outro Estado-membro ou de um país terceiro.*»

A existência do crime de branqueamento de dinheiro pressupõe, efetivamente, uma ilicitude prévia, mas não depende de uma condenação pelo crime anterior, nem sequer da sua perseguição criminal, no país de origem das produzidas vantagens, bens ou direitos, porque assim resulta o princípio da autonomia do crime de branqueamento de dinheiro previsto no art. 368-A do Código Penal.[117]

116 Por todos Ac. do TRL processo nº 13.9/208TELSB.G.L5-1 de 2017/06/06 in: http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2426087866527eed80258147003818ea?Opendocument

117 «Não se trata, por isso, de uma questão de competência internacional dos tribunais portugueses em matéria penal, mas tão só da competência dos tribunais portugueses para perseguir um crime perpetrado no território nacional, nos termos dos arts. 4 al. a) e -368A, ambos do Código Penal.» Por todos Ac. do TRL processo nº 13.9/208TELSB.G.L5-1 de 2017/06/06 in: http://www.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Em Portugal foi publicado recentemente a Lei nº 58/2020, de 31 de agosto que Transpõe a Diretiva (UE) 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2018, que altera a Diretiva (UE) 2015/849 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de dinheiro ou de financiamento do terrorismo e a Diretiva (UE) 2018/1673 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2018, relativa ao combate ao branqueamento de dinheiro através do direito penal, alterando diversas leis[118].

Com o intuito de ajudar os advogados a OA portuguesa publicou também o Regulamento sobre a Prevenção e Combate ao branqueamento de dinheiro e Financiamento do Terrorismo[119], tendo junto formulários de fichas de clientes para ajuda de cumprimento das regras estabelecidas, pelos advogados.[120]

O tipo legal está em Portugal inserido no cap. relativo aos crimes contra a realização da justiça. Existem quatro teses sobre o bem jurídico, uma minoritária e três principais.

A primeira, minoritária, segundo a qual o bem jurídico protegido pelo crime de branqueamento é o mesmo do crime precedente[121].

Partindo desta premissa o bem jurídico protegido seria a soma de todos os bens jurídicos protegidos por este catálogo. Obviamente esta solução não serviria para solucionar problemas interpretativos.

Também a doutrina espanhola critica esta tese: FABIÁN CAPARRÓS, considera que este entendimento pode dar lugar a uma política criminal desordenada, enquanto para ARIAS HOLGUÍN, o mesmo implica uma

dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2426087866527eed80258147003818ea?Opendocument

118 Diário da República. - Série I - nº 2020-08-31) 169), pág. 206 - 3.

119 https://portal.oa.pt/media/131680/deliberacao-2020-08-21-2020-822-regulamento-prevencao-branqueamento-capitais.pdf

120 https://portal.oa.pt/comunicacao/noticias/09/2020/regulamento-sobre-a-prevencao-e-combate-ao-branqueamento-de-capitais-e-financiamento-do-terrorismo-formularios/

121 Nesse sentido se incluem OLIVEIRA ASCENSÃO em PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2015, pág. 863; também FERNANDES GODINHO, Jorge Alexandre, Do crime de branqueamento de capitais, Coimbra: Almedina, maio 2001, pág. 128.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

resposta punitiva demasiado desproporcionada, uma vez que no âmbito da norma em causa cabem todos os bens jurídicos protegidos no C.P.[122].

Ocorre que no branqueamento de dinheiro o bem jurídico deverá se revelar e estar ligado de forma contemporânea ao comportamento em si e não a realidades ou crimes anteriores, pois o que se procura com essa violação da lei é manter uma benesse ilegal anteriormente obtida e que não podia ser justificada devido à sua dimensão, originando para o praticante um problema de gestão financeira dos lucros que ganhou com o cometimento da ação ilegal prévia.

Se entendermos que o bem jurídico subjacente ao crime de branqueamento é o do crime precedente, críamos um supertipo que funcionaria sempre que por qualquer razão o crime anterior não pudesse ser utilizado.

Existem três principais correntes doutrinárias: os que defendem que o bem jurídico protegido é a administração da justiça, a corrente que diz que o bem jurídico tutelado é a ordem socioeconómica e a que me parece ser mais correta para mim, a da pluriofensividade.

Alguns autores sustentam que o delito de branqueamento tutela a administração da justiça e outros defendem que a ordem socioeconómica é o bem jurídico merecedor da proteção pelo Direito Penal.

A tese da ordem socioeconómica tem como defensores LAMPE, FORTHAUSER e BOTTKE. Como afirma Isidoro BLANCO CORDERO, este é um conceito excessivamente vago e impreciso para constituir um bem jurídico. O facto é que a introdução de valores ilegais na economia acabaria com a concorrência normal de mercado, e a concorrência é essencial para o funcionamento da economia e a sua proteção constitui uma tarefa fundamental do Estado[123], pois este tem consequências no sistema financeiro, afetando quer a credibilidade, quer a confiança nas instituições que nele operam.

122 BLANCO CORDERO, Isidoro, El delito de blanqueo de capitales, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pág. 198-197

123 FERNANDES GODINHO, Jorge Alexandre, Do crime de branqueamento de capitais, Coimbra: Almedina, maio 2001, pág. 128; BLANCO CORDERO, Isidoro, El delito de blanqueo de capitales, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pág. 198-197; GOMES CANOTILHO, José Joaquim/MARTINS MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa, Vol. 1, Coimbra Editora, 2014, pág. 969.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Todavia, a maior crítica a quem defende esse pensamento é que desapareceria o fim limitador do *ius puniendi*, pois sob o fundamento de «administração da justiça» poder-se-ia criar um Direito penal submisso a qualquer tendência ideológica.[124]

O princípio da ofensividade ou lesividade possui quatro principais funções: proibir a incriminação de uma atitude interna, proibir a incriminação de um comportamento que não exceda o âmbito do próprio autor, proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais e proibir a incriminação de comportamentos desviados que não afetem qualquer bem jurídico.

Isso, porém, não significa que a administração da justiça ou outro bem jurídico não sejam incidentalmente lesados. Entende a maioria da doutrina que o bem jurídico tutelado é o da administração da justiça, na sua particular vertente, da perseguição e confisco pelos tribunais dos proventos da atividade criminosa. Visa-se tutelar o adequado funcionamento das estruturas políticas e a estabilidade, a transparência e a credibilidade da economia e do sistema financeiro.

Na questão do bem jurídico protegido pelo crime de branqueamento temos geralmente o ponto de vista de que visa tutelar a pretensão do Estado do confisco de vantagens do crime, ou seja, o interesse do aparelho judiciário na detenção e perda de vantagens de certos crimes:

Para que isso se concretize importa que, lado a lado, com a aplicação das penas criminais adequadas ao caso concreto, os condenados sintam o abalo económico resultante da perda em favor do Estado ou das vítimas dos bens ou produtos que hajam obtido[125].

Para isso o Ministério Publico terá de demonstrar que, para além desse crime se inserir numa determinada atividade criminosa continuada, dela resultaram um conjunto de bens que, por não serem consentâneos com o

124 Para um maior desenvolvimento acerca da relação de concurso efetivo (real) ou aparente (de normas) entre a prática de um crime de catálogo precedente e o crime de branqueamento *vide* FERNANDES GODINHO, Jorge Alexandre, «Sobre a punibilidade do autor de um crime de branqueamento das vantagens dele resultantes», in *ROA*, Ano 2011 ,71, pág. 71.

125 Essa «possibilidade» tem sido evidenciada, quer nos principais instrumentos internacionais produzidos no seio da O.N.U., quer nos que derivam do direito europeu, nomeadamente no art. 5, nº 7, da Convenção de Viena, art. 12, nº 7, da Convenção de Palermo, na Recomendação nº 3 do FATF, no art. 3 da Convenção de Varsóvia e na Decisão-quadro 212/2005/JAI do Conselho, de 24.02.2005.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

património do arguido anterior e posterior aos factos e a falta de ligação entre o rendimento legal e o património existente.

O branqueamento de dinheiro é, pois, para mim, um crime «pluriofensivo»[126] cuja tipificação visa a tutela de uma multiplicidade de bens jurídicos desde o funcionamento dos sistemas políticos e dos sistemas económico-financeiros global e de cada Estado, e a boa administração da justiça.

Vitalino CANAS[127] defende que também se visa tutelar o adequado funcionamento das estruturas políticas e a estabilidade, a transparência e a credibilidade da economia e do sistema financeiro, concluindo que se trata de um crime pluriofensivo cuja tipificação visa a tutela de uma multiplicidade de bens jurídicos, sendo também, mediata ou imediatamente, tutelado o bem jurídico da boa administração da justiça.

Ele entende que o branqueamento de dinheiro lesa bens jurídicos próprios que não se confundem com os bens jurídicos tutelados pelos crimes precedentes. «O branqueamento de dinheiro, conclui, é um crime «pluriofensivo» cuja tipificação visa a tutela de uma multiplicidade de bens jurídicos… que… são, à cabeça, o funcionamento dos sistemas políticos e dos sistemas económico-financeiros global e de cada Estado… [embora] a boa administração da justiça não se [tenha tornado] irrelevante neste contexto, sendo também mediata ou imediatamente tutelado». [128]

Na perspetiva do legislador de 2004, inserindo-se o art. 368-A do C. Penal no cap. dos crimes contra a realização da Justiça, a *boa administração de justiça* seria mesmo o bem jurídico tutelado.

Contudo o legislador espanhol inseriu o branqueamento dentro dos delitos contra a ordem socioeconómica. Tudo isto demonstra a pluriofensividade do branqueamento ao invés de o efetivamente concretizar. Por isso, o bem jurídico protegido será o da administração da justiça, na sua função de averiguação, prossecução e castigo dos delitos, e a ordem

126 CANAS, Vitalino O Crime de branqueamento: regime de prevenção e de repressão, Coimbra: Almedina, 2004, pág.146.

127 CANAS, Vitalino O Crime de branqueamento: regime de prevenção e de repressão, Coimbra: Almedina, 2004, pág.146.

128 Idem.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

socioeconómica, concretizada na licitude dos bens que são objeto do tráfico económico e financeiro.[129]

129 *Vide* ABEL SOUTO, Miguel, El delito de blanqueo en el Código penal español. Bien jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras da Ley orgánica 2003/15, de 25 de noviembre, Bosch, Barcelona, 2005, pág. 89-21.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

2.4. O Tipo do Crime

O crime de branqueamento previsto nos nº 2 e 3º do art. 368-A do Código Penal português visa proteger o Estado das organizações transnacionais que visam invadir, contaminar e corromper as estruturas do Estado, as atividades financeiras legítimas e a sociedade a todos os seus níveis, utilizando os seus lucros ilícitos.

Na lei espanhola o crime de branqueamento de dinheiro está no respetivo C.P., título XIII (Ley Orgánica nº 10/1995, de 23 de novembro) como um crime contra a propriedade e a ordem socioeconómica e está retratado do art. 301 ao 304, e é um crime que prescreve após decorridos 10 anos (art. 131 CP). O art. 301 do CP penaliza a compra, a conversão, possessão, utilização ou a transmissão de bens, sem importar a finalidade[130], quando se sabe da sua origem criminosa ou qualquer atividade quando se tem a finalidade de ocultar, dissimular ou ajudar o criminoso. A pena a aplicar é de 6 meses a 6 anos e uma multa até 3 vezes o valor dos bens. Em certos casos o arguido pode ser suspenso das suas atividades ou expulso (art. 302).

A realização de tal delito dá-se com a verdadeira mescla de atividades lícitas com ilícitas, no princípio, ocorrida por meio das lavandarias, e atualmente através do comércio, ou das mais variadas formas como o jogo. Contudo o simples ato do autor de o autor depositar dinheiro proveniente de atos criminosos por si praticados anteriormente, podem constituir o crime de branqueamento.[131]

O elemento objetivo do crime de branqueamento, reconduz-se nos termos do art. 368-A, nº 1, do CP, ás vantagens ou bens, incluindo os direitos e as coisas, alcançadas através de "um facto ilegal típico antecedente, que o artigo enumera especificamente, e bem assim, em nome de uma cláusula geral, dos factos ilegais puníveis com prisão por mais de 6 meses"[132] ou de duração máxima superior a 5 anos de prisão, operando

130 *Vide* VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina, "Blanqueo, ¿qué es blanqueo?", in *Revista General de Derecho Penal*, nº 8, 2012, pág. 11-13.

131 Ac. do TR Porto, processo nº 1551/19.9T9PRT.P1 in: http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/16869f9c8e97491680258534005626f1

132 Ac. do STJ, processo nº 7/10.0TELSB.L1.S1 in:

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

a nível instrumental, chamados de «crime precedente» ou «predicate offence» em concurso real com o de branqueamento, atenta a diversidade e autonomia de bens jurídicos protegidos.

No que respeita às fases, existem dois momentos no branqueamento de dinheiro: o primeiro, conhecido por *money laudering*, o outro chamado *recycling*.

O crime de branqueamento compreende as fases da colocação/conversão, da circulação/dissimulação e da integração. É comum falar-se pois em três etapas do percurso do branqueamento de dinheiro[133]:

- Em primeiro lugar temos a figura da colocação, em que introduzimos o dinheiro obtido de forma ilegal na economia normal, quer através de compra de bens, a invenção de empresas falsas, ou através de sistemas bancários que privilegiem o anonimato em alternativa à responsabilidade social.
- No momento seguinte, transformação, movimenta-se o dinheiro, dentro da mesma instituição ou para outra instituição financeira, outro país, a fim de baralhar a investigação (*follow the money*).
- Por último com a integração, o dinheiro de origem ilegal é introduzido na economia normal como se fosse fruto de atividades legais.

O tipo[134] consiste nas ações de:
(1) Converter,

http://www.gde.mj.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a7ea6ac09e68eeac80257c82004b4600

133 Nesse sentido: BRANDÃO, Nuno, branqueamento de dinheiro, *cit*., pág. 15; FERNANDES GODINHO, Jorge Alexandre, Do crime de "Branqueamento", *cit*., pág. 39-40.

134 Abordando os comportamentos básicos do delito, na alínea 1ª do art. 301 do C.P. espanhol citam-se as condutas de aquisição, conversão e transmissão, através das quais se introduzem os bens procedentes do delito no circuito financeiro legal, bem a título gratuito ou oneroso. O significado do vocábulo adquirir poderíamos igualar com o da obtenção de um bem para incorporar ao nosso património; por conversão, entenderíamos a transformação que faríamos de um bem em outro; e por transmissão, sacar os bens do nosso património para incorporar ao património de um terceiro. Cada uma destas condutas consumam-se no momento em que se produz a atividade ou a ação de adquirir, converter ou transmitir os bens sabendo que os mesmos procedem de um delito. A reforma de 22 de junho de 2010 incorporou o castigo da mera possessão e da simples utilização.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

(2) Transferir,

(3) Auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, direta ou indiretamente, ou

(4) Ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, fonte, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou os direitos a ela relativos.

Para se preencher o tipo do nº 3 não basta referir, por exemplo, o deposito em conta própria de vantagens provenientes de um crime de trafico estupefacientes, sendo necessário alegar factos que permitam extrair a conclusão de que, dessa forma, se esta a dissimular ou a ocultar a sua verdadeira fonte. É irrelevante o local da prática do crime precedente, pois a punição tem lugar mesmo que o facto precedente tenha sido cometido fora do território nacional ou se desconheça o local da sua prática segundo o nº 4 do art. 368-A. Os comportamentos subjacentes ao tipo do crime de branqueamento são os previstos nos nº 2 e 3º do art. 368-A do Código Penal[135].

135 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 comparticipação, 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 infrações referidas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, e no artigo 324.º do Código da Propriedade Industrial, 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.
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 se ignore o local da prática do facto ou a identidade dos seus autores, ou ainda que os factos que integram a infração subjacente tenham sido praticados fora do território nacional, salvo se se tratar de factos lícitos perante a lei do local onde foram praticados e aos quais não seja aplicável a lei portuguesa nos termos do artigo 5.º
5 - O facto é punível ainda que o procedimento criminal relativo aos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens depender de queixa e esta não tiver sido apresentada.
6 - A pena prevista nos n.os 2 e 3 é agravada de um terço se o agente praticar as condutas de

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

O tipo previsto no nº 2 inclui um elemento subjetivo específico: a intenção de dissimular a fonte ilícita da vantagem ou a intenção de impedir que o autor ou participante das infrações previstas no nº 1 seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação criminal. Aqui revela-se suficiente que o agente saiba, à data da prática da operação de branqueamento, que a vantagem provém de um dos crimes previstos no nº 1.

A prática do crime em referência, exigindo que o agente conheça a proveniência ilegítima da vantagem, no comportamento típico previsto, tanto no nº 2 como no nº 3 é compatível com a mera representação como possível do resultado proibido, sendo admissível o dolo eventual, onde o elemento da vontade não se perfila frontalmente[136]. Pode assim o agente representar como possível, que os bens provem da prática de factos típicos ilegais e mesmo assim praticar os comportamentos típicos, conformando-se com tal possibilidade.

De qualquer maneira, parece mais coerente centralizar a análise jurídico-penal na figura típica dolosa. Ou seja, apenas o conhecimento da procedência ilícita do bem pode justificar a intervenção penal, devendo se excluir a incriminação da modalidade negligente. Para Jorge GODINHO, o conhecimento da origem ilícita dos bens constitui o elemento intelectual do dolo-de-tipo[137]. Seguindo a mesma linha, Paulo PINTO 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.. (esta redação é anterior á reforma de 2020).

136 Contra Vitalino CANAS, que entende que o desaparecimento da expressão "quem, sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática, sob qualquer forma de comparticipação", significa que passa a ser possível o dolo eventual sobre a proveniência dos bens. Pode assim o agente representar como possível, que os bens provem da prática de factos típicos ilícitos e mesmo assim praticar as condutas típicas, conformando-se com tal possibilidade. In: Crime de Branqueamento: Regime de Prevenção e de Repressão, Coimbra: Almedina, 2004, pág. 21.

137 FERNANDES GODINHO, Jorge Alexandre, Do crime de branqueamento de capitais, Coimbra:

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ALBUQUERQUE defende que é suficiente que o agente conheça que a vantagem tem na sua origem crime regulado pelo art. 368-A do C.P., e que esse comportamento seja atual face à operação de branqueamento[138]. Entendo que se a pessoa tem dúvidas sobre a origem dos bens e mesmo assim colabora com o esconder ou disfarçar da sua origem então isto vai para além do dolo eventual pois é, para mim, uma decisão consciente[139].

Só se deduz responsabilidade penal por um resultado proibido se, em 1º lugar, foi criado pelo advogado um "risco juridicamente desaprovado", e se esse risco se concretiza num resultado proibido pelo Direito Penal.

Trata-se de imputação objetiva; os conhecimentos – imputação subjetiva – que queiram atribuir ao advogado ("dolo" ou "dolo eventual"), ou uma pretendida necessidade de dever conhecer ("negligência"), são irrelevantes, desde que não seja estabelecida previamente (sem ter em conta esses conhecimentos ou esse suposto dever conhecer) a imputação objetiva com o resultado proibido. Ou seja, a imputação (objetiva) não se estabelece com base em supostos conhecimentos (subjetivos).

A Lei nº 58/2020, de 31 de agosto, modificou o art. 368-A, para incluir as novas condutas de "adquirir, detiver ou utilizar", salvo os casos de autobranqueamento, e incorporou um tipo agravado de branqueamento no exercício da atividade profissional, além de modificar o disposto nos apartados do art. 368-A.[140]

Almedina, 2001, pág. 207.

138 PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, Comentário do Código Penal, pág. 869; da mesma opinião, FERNANDES GODINHO, Jorge Alexandre, Do crime de branqueamento de capitais, *cit.*, pág. 209 e BLANCO CORDERO, Isidoro, El delito de blanqueo de capitais, *cit.*, pág. 912; Eduardo PAZ FERREIRA não exige um conhecimento perfeito do crime antecedente in PAZ FERREIRA, Eduardo, O branqueamento de capitais, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pág. 305 enquanto para José António VELOSO é suficiente que o agente conheça, previamente ou simultaneamente com a ação, mesmo que forma marginal, a origem ilícita dos bens. VELOSO, José António, Erro em Direito Penal, 2ed., Lisboa, Associação Académica da Faculdade Direito Lisboa, 1999, pág. 9. OLIVEIRA ASCENSÃO contrariamente defende que a lei exige o "conhecimento do crime concreto", in OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, "Branqueamento de capitais: reacção criminal", in AA. VV., Estudos de Direito Bancário, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pág. 349.

139 Nesse sentido, PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, Comentário do Código Penal, pág. 869; FERNANDES GODINHO, Jorge Alexandre, Do crime de branqueamento de capitais, *cit.*, pág. 215; OLIVEIRA ASCENSÃO, José de Oliveira, "Branqueamento de capitais: reacção criminal", in AA. VV., Estudos de Direito Bancário, Coimbra, *cit.*, pág. 349, embora este autor defenda também que é difícil provar o conhecimento.

140 Artigo 368.º-A

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Branqueamento

1 - Para efeitos do disposto nos números seguintes, consideram-se vantagens os bens provenientes da prática, sob qualquer forma de comparticipação, de factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos ou, independentemente das penas aplicáveis, de factos ilícitos típicos de:
   a) Lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, ou pornografia de menores;
   b) Burla informática e nas comunicações, extorsão, abuso de cartão de garantia ou de crédito, contrafação de moeda ou de títulos equiparados, depreciação do valor de moeda metálica ou de títulos equiparados, passagem de moeda falsa de concerto com o falsificador ou de títulos equiparados, passagem de moeda falsa ou de títulos equiparados, ou aquisição de moeda falsa para ser posta em circulação ou de títulos equiparados;
   c) Falsidade informática, dano relativo a programas ou outros dados informáticos, sabotagem informática, acesso ilegítimo, interceção ilegítima ou reprodução ilegítima de programa protegido;
   d) Associação criminosa;
   e) Terrorismo;
   f) Tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas;
   g) Tráfico de armas;
   h) Tráfico de pessoas, auxílio à imigração ilegal ou tráfico de órgãos ou tecidos humanos;
   i) Danos contra a natureza, poluição, atividades perigosas para o ambiente, ou perigo relativo a animais ou vegetais;
   j) Fraude fiscal ou fraude contra a segurança social;
   k) Tráfico de influência, recebimento indevido de vantagem, corrupção, peculato, participação económica em negócio, administração danosa em unidade económica do setor público, fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito, ou corrupção com prejuízo do comércio internacional ou no setor privado;
   l) Abuso de informação privilegiada ou manipulação de mercado;
   m) Violação do exclusivo da patente, do modelo de utilidade ou da topografia de produtos semicondutores, violação dos direitos exclusivos relativos a desenhos ou modelos, contrafação, imitação e uso ilegal de marca, venda ou ocultação de produtos ou fraude sobre mercadorias.
2 - Consideram-se igualmente vantagens os bens obtidos através dos bens referidos no número anterior.
3 - Quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, direta ou indiretamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infrações seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação criminal, é punido com pena de prisão até 12 anos.
4 - 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.
5 - Incorre ainda na mesma pena quem, não sendo autor do facto ilícito típico de onde provêm as vantagens, as adquirir, detiver ou utilizar, com conhecimento, no momento da aquisição ou no momento inicial da detenção ou utilização, dessa qualidade.
6 - A punição pelos crimes previstos nos n.os 3 a 5 tem lugar ainda que se ignore o local da prática dos factos ilícitos típicos de onde provenham as vantagens ou a identidade dos seus autores, ou ainda que tais factos tenham sido praticados fora do território nacional, salvo se se tratar de factos lícitos perante a lei do local onde foram praticados e aos quais não seja

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Se o advogado se manteve dentro dos limites do risco permitido, isto é, se não ultrapassou o "risco proibido" configurado pela normativa anti branqueamento, não terá responsabilidade jurídico-penal.

Assim, o dolo no delito de branqueamento reside no prévio conhecimento, por parte do sujeito ativo, da fonte e natureza criminosa dos valores, bens ou direitos envolvidos e no querer realizar a ocultação ou a dissimulação da fonte ilícita que englobe a criação de um risco não permitido para o bem jurídico.

Seguindo a sugestão de regulação originada na Convenção de Viena, a intencionalidade é destinada a adquirir, ocultar ou dissimular o património ilegal proveniente direta ou indiretamente de crime.

O jurista não irá dar valor se quem assim se comporta teve "conhecimento" de estar a intervir instrumentalizado num crime alheio, ou se dito "conhecimento" não se teve mas deveria se ter adquirido – com um mínimo de diligência –, etc., porque nestes casos, uma vez mais, acontece que não existe tipicidade por faltar o risco juridicamente desaprovado, de forma que tal nem tão sequer é necessário analisar em termos de uma participação criminosa.

A jurisprudência do Tribunal Supremo, em diversas e muito valiosas resoluções ditadas ultimamente, ocupou-se da problemática, sendo algumas das sentenças relativas precisamente a este campo de frutífera

---

aplicável a lei portuguesa nos termos do artigo 5.º

7 - O facto é punível ainda que o procedimento criminal relativo aos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens depender de queixa e esta não tiver sido apresentada.

8 - A pena prevista nos n.os 3 a 5 é agravada em um terço se o agente praticar as condutas de forma habitual ou se for uma das entidades referidas no artigo 3.º ou no artigo 4.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, e a infração tiver sido cometida no exercício das suas atividades profissionais.

9 - 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.

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

11 - 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.

12 - 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.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

experimentação dogmática que resultou ser o delito de branqueamento de dinheiro[141].

Por exemplo se o devedor financia atividades ilícitas com o dinheiro, o credor não responde por tal resultado, embora o conheça (coisa diferente é o dever de impedir determinados delitos); se o devedor financia atos de caridade com o dinheiro, ao credor obviamente também não é-lhe imputável tal misericórdia; o "sentido social da ação", não se modifica pelo conhecimento que possa ter o credor, em nenhum dos dois casos.

"Ato neutro" é a ausência de imputação objetiva, quando o comportamento não representa perigo algum, *per se*, de realização do tipo. A imputação só existe quando exista "sentido *per se* delitivo" ou unívoco e não ambivalente, sentido pois, que não fique – em viável e plausível explicação alternativa – coberto pelo papel social no que se interaja, por exemplo pelo papel de advogado.

Neste sentido atribui-se relevância penal, que justifica a punibilidade da cooperação, a toda a realização de uma ação que favoreça o facto principal no que o autor exteriorize um fim delitivo manifesto, ou que lhe revê um relacionamento de sentido delitivo, ou que supere os limites do papel social profissional de cooperante, de tal forma que já não possam ser consideradas como profissionalmente adequadas, ou que se adapte ao plano delitivo do autor, ou que implique um aumento do risco.

Respeitante às condutas ou ações típicas do delito, depois de ler atenciosamente o art. 301 do C.P. espanhol, observamos que o delito de branqueamento de dinheiro está estabelecido por uma série de comportamentos, atos ou condutas, alguns de favorecimento real e outros de tipo pessoal, que integram o tipo básico do delito:

1) Adquirir, possuir, utilizar, converter ou transmitir bens, sabendo que estes têm a sua origem num delito.
2) realizar qualquer outro ato para ocultar ou encobrir a origem ilícita de ditos bens.
3) realizar qualquer outro ato para ajudar à pessoa que participe na infração ou o delito a eludir as consequências legais dos seus atos.

141 Assim também, CÓRDOBA RODA, Juan, Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales, Editora Marcial Pons, 2006, págs. 61 e séc.;

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

4) Ocultar ou encobrir a verdadeira natureza, origem, localização, destino, movimento ou direitos sobre os bens ou propriedade dos mesmos, sabendo que procedem de algum delito ou de um ato de participação.

Estas condutas são encaminhadas a castigar não o autor do facto delitis vo prévio mas as pessoas que, conhecendo a existência do delito, realizam qualquer das ações descritas com o objeto de que o delinquente possa dar entrada no sistema financeiro aos bens obtidos com o delito e desfrutar deles ou eludir as consequências dos seus atos, mas também se admite o castigo do autobranqueamento.[142]

Na conduta típica do delito de branqueamento de dinheiro o legislador espanhol introduziu a expressão *"ou realizar qualquer outro ato"* com o objeto de encubrir ou ocultar; expressão que como uma janela aberta incorpora a possibilidade de contemplar qualquer outro tipo de operação que se realize com objeto de aproveitar dos bens procedentes do ilegal penal e que não se encontre expressamente contemplada na tipificação do delito. Dentro da mesma alínea encontramos um suposto ato de favorecimento real: *"para ocultar ou encubrir a sua origem ilícita"*, até que se puniu, especificadamente em 2010, a posse ou uso de bens que se aproveite a um terceiro ainda que o que os tem ou usa, não obtenha nenhum benefício, sempre que através de tal comportamento se esteja a assegurar o benefício do terceiro. Nestes casos encontramos bens cuja propriedade formal é ostentada por uma pessoa ou sociedade diferente do imputado.

Neste contexto adquirem especial importância as figuras do testa de ferro, que gramaticalmente se define como aquele que empresta o seu nome em contrato, prestação ou negócio, que em realidade corresponde a outra pessoa, e as sociedades instrumentais, que são sociedades vazias de conteúdo, cujo único objeto constitui a utilização de atividades ou negócios nos que se tenta ocultar a identidade dos verdadeiros participantes. O ato consuma-se quando se verifica a ocultação ou o encobrimento.

142 *Vide* MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, "El «autoblanqueo» de capitales", *Revista General de Derecho Penal*, nº 20, 2013.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Para finalizar com o tipo básico, no art. 301.1. observa-se um claro favorecimento pessoal com a expressão: "*realizar qualquer outro ato para ajudar à pessoa que participe na infração a eludir as consequências legais dos seus atos*". Com dita conduta se pune o auxílio que se preste aos culpados do delito prévio, bem como autores ou participantes no mesmo.

O tipo requer um elemento específico de conhecimento por parte do autor, que conheça que os bens têm a sua origem num delito ou que procedem de um delito (exigível em todo o caso exceto no suposto de imprudência grave), ao se empregar as expressões *"sabendo"* que estes têm a sua origem num delito, ou "atividade delitiva"[143] desde a reforma de 2010, e *"sabendo"* de que procedem de alguns dos delitos. O conhecimento deve existir no momento em que se levam a cabo as condutas típicas e não se exige ânimo de lucro, ao contrário da recetação (arts. 298 e 299 do Código Penal espanhol). Não será necessário um conhecimento exato da procedência ilícita dos bens, nem que se tenha cometido um delito concreto; bastará o conhecimento que provem de um delito como o do tráfico ilegal de drogas[144].

A determinação da procedência criminosa dos bens que são objeto dos atos típicos de branqueamento, que se circunscreve a qualquer delito, não requererá outras exigências que a presença de antecedentes de uma atividade delitiva de modo genérico, que permita, em atenção às circunstâncias do caso concreto, a exclusão de outras possíveis origens, sem que seja necessária nem a demonstração plena de um ato delitivo específico nem dos concretos participantes no mesmo. A Sentença da Audiência

143 FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, "El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales", en *Diario La Ley*, nº 7657, 2011, pág. 6.

144 A sentença do Tribunal Supremo espanhol 33/2005, de 19 de janeiro, diz que na prova de conhecimento do delito não se exige o dolo direto, bastando o eventual, ou inclusive é suficiente situar na posição de ignorância deliberada, isto é, quem podendo e devendo conhecer a natureza do ato ou colaboração que se lhe pede, se mantém em situação de não querer saber, mas não obstante presta a sua colaboração. A este respeito, *v.g.* sentença do Tribunal Supremo espanhol de 29 de maio de 2003, de 5 de novembro de 2003 e de 27 de dezembro de 2004 (relator: Giménez García) - distinguindo-se esta última sentença pelo facto de já não constar a "obtenção de um benefício" como requisito de aplicação da cegueira deliberada. Por sentença do Tribunal Supremo de 3 de maio de 2006 (relator: Martínez Arrieta), o tribunal, contraditoriamente ao seu comum entendimento, admitiu como procedente a alegação (do acusado) do "desconhecimento" (de que transportara explosivos), num caso que seguia as mesmas premissas pelas quais o tribunal já havia aplicado a doutrina da cegueira deliberada como equiparação ao conhecimento.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Nacional nº 17/00[145] diz que a convicção judicial pode se formar e descansar em prova de carácter indiciário com a consequência de preservar a presunção de inocência sempre que aquela, convicção, satisfaça, ao menos, duas exigências básicas:

1. Que a base ou indícios estejam plenamente confirmados, não podendo se tratar de meras suspeitas; que sejam plurais ou excecionalmente únicos mas de singular importância; que sejam concomitantes ao feito com que se trata de provar; e que não se excluam uns a outros senão que se apoiem se reforçando mutuamente (Sentenças 515/96, de 12 de julho ou 1026/96, de 16 de dezembro)..
2. Que na sentença se explique o raciocínio através do qual, partindo dos indícios, se chega à convicção sobre a ocorrência do facto punível e a participação no mesmo dos arguidos; raciocínio que deve de responder às regras da lógica e do critério humano (dedução ou inferência).

Esta dedução ou inferência é necessária que seja razoável no duplo sentido de não ser arbitrária, absurda ou infundada e, além disso, que responda às regras da lógica e da experiência, de maneira que os factos confirmados conduzam sem esforço algum ao dado precisado de

145 Sentença da Audiência Nacional número 17/00, descendo ao caso concreto, temos múltiplos dados e indícios de toda a índole que conduzem à afirmação, sem embargos, vacilações ou dúvidas, de que existia uma organização destinada ao branqueamento de dinheiro procedente do narcotráfico; a saber:
O manejo inusitado de grandes quantidades de dinheiro e divisas, com contínuas mudanças de moeda e envios de dinheiro às estrangeiro -operações que se faziam mediante pessoas interpostas, que chegavam a atingir mais de 330.000.000 de pesetas em mudanças de divisas (mais de 280 milhões de dólares a pesetas e mais de 50 milhões de liras italianas a pesetas) e mais de 15 milhões em envios, só pelo que se refere a atividades das que temos prova documental mediante os correspondentes resguardos e comprovantes que intervieram no registo da morada sita na rua Nuria de Madrid (estes últimos de compra de divisas por custo superior aos 70 milhões de pesetas). O modo de operar, tendente a ocultar não só a procedência real do dinheiro senão quem o possuía em cada momento e quem é o verdadeiro titular do mesmo, produzindo-se dentro desta dinâmica ao menos quatro transportes pessoais de dinheiro por diferentes imputados que estão perfeitamente confirmados (viagens a Itália; dois a Tenerife e um a Colômbia), bem como o facto de não exceder nunca o limite de dinheiro a partir do qual tem de se dar conta ao Banco de Espanha, para o que tiveram que utilizar a múltiplas pessoas alheias a estes factos às que remuneravam com umas 10.000 pesetas.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

acreditar, existindo entre ambos um "enlace preciso e direto segundo as regras do critério humano" (art. 386 da Lei Enjuiciamiento Civil)[146]. Pelo que ao branqueamento de dinheiro procedentes do tráfico ilegal de drogas se refere, como reiteradamente tem estabelecido na sua jurisprudência o Tribunal Supremo, os indícios mais determinantes baseiam-se em três pilares fundamentalmente:

- O incremento incomum do património ou o manejo de quantidades de dinheiro que, pela sua elevada quantidade, dinâmica das transmissões, e se tratar de dinheiro físico, evidenciem operações estranhas às práticas comerciais ordinárias.
- A inexistência de negócios legais que justifiquem esse incremento patrimonial ou as transações monetárias.
- A ausência de atividade lícita que justifique esse manejo de dinheiro.

A comissão do delito de branqueamento de bens por imprudência encontra-se qualificada no art. 301.3 do Código Penal espanhol, que em todo o caso deve ser imprudência grave. Esta imprudência refere-se tanto ao conhecimento da procedência delitiva dos bens, como ao próprio comportamento de branqueamento e exige-se uma indesculpável falta de diligência do sujeito ativo na ação de branqueamento típica ou na verificação da origem ilícita dos bens[147].

Os sujeitos ativos podem ser aquelas pessoas que, pela sua profissão ou atividade consideradas particularmente suscetíveis de ser utilizadas pelas organizações delitivas para o branqueamento de dinheiro, devem guardar as cautelas e prevenções reguladas por normas nacionais que lhes exijam deveres e obrigações.

146 Sobre o modo em que deve se analisar a prova indiciaria nesta modalidade delitiva e os parâmetros e indícios que devem ser considerados, existe uma doutrina já consolidada na Sala do Tribunal Supremo, que se origina na sentencia número 755/1997, de 23 de maio, e se reitera nas de 15 de abril de 1998 número 356/1998 e 9 de maio de 2001 número 774/2001.

147 A sentença do Tribunal Supremo espanhol 1746/2003, de 23 de dezembro, considera que deve ser condenado, ao menos por imprudência, quem se nega a responder à acusação, pois isso equivale, segundo dita o sentido comum, a que não existe explicação possível dos factos imputados (manejar em poucos meses mais de cem milhões de pesetas sem que se justifique a sua origem).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Entre os deveres e obrigações mais relevantes que a sua omissão ou falta de diligência pudessem conformar a figura imprudente, quer individualmente ou em conjunto, estariam as recolhidas nas Leis 19/93 e 10/2010 e os seus regulamentos[148]: dever de identificação de os clientes

148 Real Decreto 925/1995, de 9 de junho, Regulamento da Lei 19/1993, de 28 de dezembro, sobre determinadas medidas de prevenção do branqueamento de dinheiro. Modificado por Real Decreto 54/2005, de 21 de janeiro, modificado posteriormente pelo Real Decreto 304/2014 de 5 de março. Segundo o disposto na Ley 10/2010 de 29 de abril temos que
«Artículo 2. Sujetos obligados.
1. La presente Ley será de aplicación a los siguientes sujetos obligados:
a) Las entidades de crédito.
b) Las entidades aseguradoras autorizadas para operar en el ramo de vida u otros seguros relacionados con inversiones y los corredores de seguros cuando actúen en relación con seguros de vida u otros servicios relacionados con inversiones, con las excepciones que se establezcan reglamentariamente.
c) Las empresas de servicios de inversión.
d) Las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y las sociedades de inversión cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora.
e) Las entidades gestoras de fondos de pensiones.
f) Las sociedades gestoras de entidades de capital-riesgo y las sociedades de capital-riesgo cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora.
g) Las sociedades de garantía recíproca.
h) Las entidades de dinero electrónico, las entidades de pago y las personas físicas y jurídicas a las que se refieren los artículos 14 y 15 del Real Decreto Ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera.
i) Las personas que ejerzan profesionalmente actividades de cambio de moneda.
j) Los servicios postales respecto de las actividades de giro o transferencia.
k) Las personas dedicadas profesionalmente a la intermediación en la concesión de préstamos o créditos, así como aquellas que, sin haber obtenido la autorización como establecimientos financieros de crédito, desarrollen profesionalmente alguna actividad prevista en el artículo 6.1 de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, o desarrollen actividades de concesión de préstamos previstas en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, así como las personas dedicadas profesionalmente a la intermediación en la concesión de préstamos o créditos.
l) Los promotores inmobiliarios y quienes ejerzan profesionalmente actividades de agência, comisión o intermediación en la compraventa de bienes inmuebles o en arrendamientos de bienes inmuebles que impliquen una transacción por una renta total anual igual o superior a 120.000 euros o una renta mensual igual o superior a 10.000 euros.
m) Los auditores de cuentas, contables externos, asesores fiscales y cualquier otra persona que se comprometa a prestar de manera directa o a través de otras personas relacionadas, ayuda material, asistencia o asesoramiento en cuestiones fiscales como actividad empresarial o profesional principal.
n) Los notarios y los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles.
ñ) Los abogados, procuradores u otros profesionales independientes cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ahorros o cuentas de valores, la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos («trusts»), sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria.

o) Las personas que con carácter profesional y con arreglo a la normativa específica que en cada caso sea aplicable presten los siguientes servicios por cuenta de terceros: constituir sociedades u otras personas jurídicas; ejercer funciones de dirección o de secretarios no consejeros de consejo de administración o de asesoría externa de una sociedad, socio de una asociación o funciones similares en relación con otras personas jurídicas o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; facilitar un domicilio social o una dirección comercial, postal, administrativa y otros servicios afines a una sociedad, una asociación o cualquier otro instrumento o persona jurídicos; ejercer funciones de fiduciario en un fideicomiso (trust) o instrumento jurídico similar o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; o ejercer funciones de accionista por cuenta de otra persona, exceptuando las sociedades que coticen en un mercado regulado de la Unión Europea y que estén sujetas a requisitos de información acordes con el Derecho de la Unión o a normas internacionales equivalentes que garanticen la adecuada transparencia de la información sobre la propiedad, o disponer que otra persona ejerza dichas funciones.

p) Los casinos de juego.

q) Las personas que comercien profesionalmente con joyas, piedras o metales preciosos.

r) Las personas que comercien profesionalmente con objetos de arte o antigüedades o actúen como intermediarios en el comercio de objetos de arte o antigüedades, y las personas que almacenen o comercien con objetos de arte o antigüedades o actúen como intermediarios en el comercio de objetos de arte o antigüedades cuando lo lleven a cabo en puertos francos.

s) Las personas que ejerzan profesionalmente las actividades a que se refiere el artículo 1 de la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio.

t) Las personas que ejerzan actividades de depósito, custodia o transporte profesional de fondos o medios de pago.

u) Las personas responsables de la gestión, explotación y comercialización de loterías u otros juegos de azar presenciales o por medios electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos. En el caso de loterías, apuestas mutuas deportivo-benéficas, concursos, bingos y máquinas recreativas tipo "B" únicamente respecto de las operaciones de pago de premios.

v) Las personas físicas que realicen movimientos de medios de pago, en los términos establecidos en el artículo 34.

w) Las personas que comercien profesionalmente con bienes, en los términos establecidos en el artículo 38.

x) Las fundaciones y asociaciones, en los términos establecidos en el artículo 39.

y) Los gestores de sistemas de pago y de compensación y liquidación de valores y productos financieros derivados, así como los gestores de tarjetas de crédito o debito emitidas por otras entidades, en los términos establecidos en el artículo 40.

z) Los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos.

Se entenderán sujetas a la presente Ley las personas o entidades no residentes que, a través de sucursales o agentes o mediante prestación de servicios sin establecimiento permanente, desarrollen en España actividades de igual naturaleza a las de las personas o entidades citadas en los

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

(art. 4.1 Regulamento); exame especial de determinadas operações suscetíveis de estar particularmente vinculadas com o branqueamento de dinheiro, em especial quando a natureza ou o volume das operações ativas ou passivas dos clientes não corresponda com a sua atividade ou antecedentes operativos; quando uma mesma conta, sem causa que o justifique, venha sendo abonada mediante rendimentos em dinheiro vivo por um número elevado de pessoas; atenção a toda operação complexa, incomum ou que não tenha um propósito económico ou legal aparente (art. 19 do Regulamento); conservação de documentos (art. 28 do Regulamento); comunicação de operações ao Serviço Executivo (art. 23 do Regulamento); abstenção de execução de operações (art. 34 do Regulamento); e, de soma importância, é o dever de confidencialidade ao não poderem revelar ao cliente nem a terceiros as atuações que estão a realizar em relacionamento com as suas obrigações derivadas das Leis 19/1993 e 10/2010 (art. 12 do Regulamento).

Tanto as Leis 19/1993 e 10/2010, bem como os seus regulamentos indicam que as comunicações de boa-fé efetuadas por parte dos sujeitos obrigados ou, excecionalmente, pelos seus diretores ou empregados, não constituirão violação das restrições sobre revelação de informação impostas por via contratual ou por qualquer disposição legal ou regulamentar, e não implicarão para os sujeitos obrigados, os seus diretores ou empregados nenhum tipo de responsabilidade.

Com esta figura tenta-se envolver na perseguição do delito de branqueamento de dinheiro ao sistema financeiro e de crédito em geral, bem como todas as pessoas que trabalham em atividades denominadas sensíveis em matéria de branqueamento de dinheiro e que se encontram sujeitas ao regulamento sobre prevenção de branqueamento. Além disso, também pode ser sujeito ativo uma pessoa que, embora não desenvolva

párrafos anteriores.

2. Tienen la consideración de sujetos obligados las personas físicas o jurídicas que desarrollen las actividades mencionadas en el apartado precedente. No obstante, cuando las personas físicas actúen en calidad de empleados de una persona jurídica, o le presten servicios permanentes o esporádicos, las obligaciones impuestas por esta Ley recaerán sobre dicha persona jurídica respecto de los servicios prestados.

Los sujetos obligados quedarán, asimismo, sometidos a las obligaciones establecidas en la presente Ley respecto de las operaciones realizadas a través de agentes u otras personas que actúen como mediadores o intermediarios de aquéllos.»

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

uma atividade sensível especialmente regulada e controlada, realize uma infração da norma objetiva de cuidado, em todo o caso grave, devendo atender às circunstâncias especiais que rodeiem a cada caso[149].

No Código Penal invoca-se o princípio de universalidade na alínea 4 do art. 301*: "O culpado será igualmente castigado embora o delito do que provirem os bens, ou os atos penados nos apartados anteriores fosse cometidos, total ou parcialmente, no estrangeiro*".

Em dita alínea regula-se uma manifestação de concorrência internacional, seguindo o critério refletido nos Convenções internacionais subscritos por Espanha na sua política de luta contra a delinquência organizada, ao enfatizar que a conduta de branqueamento de dinheiro sancionar-se-á em Espanha embora o delito base de que provêm os bens, ou os atos qualificados no art. 301 do C.P., fosse cometidos, total ou parcialmente, no estrangeiro. Em todo o caso terá que ligar os bens com o delito prévio gerador destes. Dito artigo vem transpor as recomendações e diretivas internacionais que se deram a esse respeito:

- Diretiva 91/308/CEE, de 10 de junho de 1991, no seu art. 1: *"Há branqueamento de dinheiro ainda que as atividades que gerem os bens que se vão branquear se desenvolvam no território de outro Estado membro ou no de um país terceiro"*.

149 A Sentença 01-06-99 ditada pela Sala do Penal da Audiência Nacional (Secção 1ª) no sumário 17/94 do Julgado Central de Instrução 1, condenou entre outras várias pessoas como autores de um delito de branqueamento de dinheiro procedente do tráfico ilícito de drogas por imprudência grave. Ditas pessoas intervieram em várias operações, as quais consistiam em receber dinheiro e o depositar imediatamente depois em entidades financeiras em contas tituladas por eles, e solicitavam o reembolso em cheques bancários a nome de terceiras pessoas desconhecidas. No fundamento jurídico da sentença se conclui que, conquanto não se acredite que conhecessem a origem ilícita do dinheiro, nem sequer que chegassem a considerar seriamente a sua origem ilícita como razoável, em todos os supostos foram conscientes da irregularidade, anomalia e legalidade duvidosa das operações que lhes foram propostas. O dever de cuidado socialmente exigível ante operações como as de aquisição de cheques que lhes foram propostas lhes impunha advertir a presença de um risco de lesão a um bem jurídico, quando uma das possíveis finalidades de operações desse tipo é a ocultação da origem do dinheiro, simplesmente subtraído ao controlo da Fazenda ou procedente de atuações delitivas - entre elas o tráfico de drogas - e, em consideração ao perigo que das operações podia derivar, deveram se abster das realizar. A lesão era previsível, e a infração do dever objetivo de cuidado por parte dos processados citados determinou um resultado de branqueamento de dinheiro. A imprudência se reputa grave e indesculpável, porque qualquer pessoa minimamente cuidadosa evita o risco e a atividade constitui um alto nível de omissão da diligência devida.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

- Convenção de Estrasburgo: *"Aos efeitos da execução ou aplicação da alínea 1 do presente artigo: será irrelevante que o delito principal fique submetido à jurisdição penal da Parte"*.

No delito de branqueamento de dinheiro também se encontram previstos os atos preparatórios de provocação, conspiração e proposição para cometer o delito, definidos nos arts. 17 e 18 do Código Penal espanhol, condutas que se encontram inscritas no art. 304 do mesmo.

O sujeito ativo do delito de branqueamento de dinheiro pode ser qualquer pessoa; no entanto, o art. 303 do Código Penal espanhol castiga com mais rigor aquelas pessoas pertencentes a profissões ou ordens que, pelas suas qualidades específicas, lhes é mais repreensível a comissão deste delito, distinguindo os cometidos por:

- Empresário, intermediário no setor financeiro, facultativo (médicos, psicólogos, possuidores de títulos médicos, veterinários, farmacêuticos e os seus dependentes)[150], funcionário do serviço público e trabalhador social, docente ou educador.
- Autoridade ou agente da mesma.
- Para que dita agravante seja aplicada o delito deverá ser cometido no exercício do seu cargo, profissão ou ofício, em cujo caso à parte da pena correspondente impor-se-lhe-á outra acrescentada, privativa de direitos.

Com objeto de combater eficazmente o tráfico ilegal de drogas em todos os trechos do circuito económico gerado por dita atividade delitiva, na alínea 2 do art. 301, o Código Penal qualifica de forma específica, agravando a pena quando o delito prévio gerador do branqueamento de dinheiro é o tráfico ilegal de drogas; tendo também dita conduta uma comissão específica.

Pertence a organização.

O art. 302.1 do C.P. agrava as penas do delito de branqueamento de dinheiro quando os autores que realizem os comportamentos básicos,

150 Sobre a incoerência no branqueamento destas menções procedentes dos delitos de narcotráfico *vide* LORENZO SALGADO, José Manuel, "El blanqueo de dinero...", *cit*., pág. 447 e 465, nota 73.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

contidos no art. 301, pertençam a uma organização dedicada em todo ou em parte a branquear bens procedentes de ilegais penais.

Que entendemos por organização? A definição de delinquência organizada estabelece-a a Lei de Enjuiciamiento Criminosa, no seu art. 282 bis, ao considerar como delinquência organizada a associação de três ou mais pessoas para realizar, de forma permanente ou reiterada, condutas que tenham como fim cometer algum ou alguns dos delitos que cita, entre os que se encontra o art. 301(branqueamento de dinheiro) do C.P.[151]

Toda a organização será composta por várias pessoas, dentro da qual existe uma estrutura hierarquizada. Para castigar os dirigentes das organizações branqueadoras com mais dureza, o Código Penal dispôs um agravante específico dentro do tipo agravado de organização. Dito agravante castiga com pena superior em grau aos Chefes, Administradores ou encarregados destas organizações.

---

151 Atendendo ao acordo do Grupo de drogas e delinquência organizada do Comité Diretivo II do Conselho da Europa, a definição de delinquência organizada teria os seguintes requisitos:
obrigatórios:
1. Colaboração entre mais de duas pessoas.
2. Atuação prolongada ou indefinida no tempo.
3. Suspeita de que cometa delitos graves.
4. Busca de benefício ou poder.

Facultativos para Espanha:
5. Partilha específica de tarefas entre os seus membros.
6. Existência de hierarquia, disciplina ou controlo.

Facultativos:
7. Uso de violência ou intimidação.
8. Uso de estruturas comerciais ou empresariais.
9. Branqueamento de dinheiro.
10. Uso de influência ou corrupção.
11. Atividade a nível internacional ou regional.

Seguindo outro entendimento as Nações Unidas entendem por organização quando se dêem os seguintes pressupostos:

- Atividade coletiva de três ou mais pessoas.
- Vínculos hierárquicos ou de relacionamento pessoal.
- Obtenção de benefícios.
- Partilha de um determinado território ou mercado.
- Uso de violência, intimidação ou corrupção.

A jurisprudência espanhola vem exigindo para a apreciação de organização: existência de pluralidade de pessoas, distribuição de cometidos entre elas, estrutura hierarquizada, plano predeterminado em cujo desenvolvimento se atua, dotação de meios e estabilidade ou vocação de permanência (STS 19 de 19 de janeiro de 1995). Por exigência do legislador, a organização deve dedicar-se efetivamente ao branqueamento de dinheiro, embora esta não seja a sua única finalidade.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

A reforma de 22 de junho de 2010 criou novos tipos agravados para o branqueamento de dinheiro procedente de delitos contra a Administração Pública, a ordenação do território e o urbanismo, aos que a LO 6/2021, de 28 de abril, adicionou o tráfico de seres humanos, os delitos contra os cidadãos estrangeiros, a prostituição, a exploração sexual, a corrupção de menores e a corrupção nos negócios, junto com a agravação para os obrigados pelo motivo de prevenção do branqueamento no exercício da sua atividade profissional.

O delito de branqueamento de dinheiro leva acompanhada uma pena privativa de liberdade para o autor do mesmo, e ao não ser este um delito acessório, a pena não depende da atribuída ao autor do delito prévio, podendo esta ser superior ou inferior segundo as circunstâncias. Além da pena privativa de liberdade, o delito de branqueamento de dinheiro pode levar acompanhada outra restritiva de direitos, ocupando um local especial a inabilitação especial para o exercício da sua profissão ou indústria por tempo de três a seis anos. Esta impor-se-á com mais rigor atendendo à qualidade pessoal ou profissional dos autores do delito de branqueamento (art. 303 C.P.), estabelecendo duas categorias:

1. O empresário, intermediário no setor financeiro, facultativo, servidor público, trabalhador social, docente ou educador, que impor-se-lhe-á além da que lhe corresponda, a de inabilitação especial para emprego ou cargo público, profissão ou ofício, indústria ou comércio de três a dez anos[152].

152 Na Lei Orgánica 15/2003, de 25 de novembro, pela que se modifica o Código Penal, se estabelece que quando se imponha uma pena de multa ao administrador de facto ou de direito de uma pessoa jurídica por factos relacionados com a sua atividade, esta será responsável pelo pagamento de maneira direta e solidaria. Prevê-se que nos delitos de branqueamento de dinheiro que sejam cometidos através de uma sociedade ou organização, além de poder ser esta fechada, suspendida na sua atividade, dissolvida ou intervencionada, possa ser privada do direito a obter benefícios fiscais e possam ser os seus bens objeto de apreensão. Ditas penas encontram-se ajustadas à realidade, se temos em conta que as organizações delitivas se servem de sociedades ou organizações para introduzir no sistema financeiro legal os seus benefícios ilícitos. Esta regulação foi derrogada no ano 2010 ao introduzir-se a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas. *Vide* FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (*compliance*), Navarra, Editorial Aranzadi, 2020.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

2. A autoridade ou agentes da mesma, que além da pena correspondentes, levará acompanhada a pena de inabilitação absoluta de dez a vinte anos.

O valor da multa na pena do delito de branqueamento de dinheiro não é uma quantidade determinada, senão que esta virá dada pela valoração que se faça dos bens branqueados, que em nenhum caso poderá ser inferior ao valor mesmo dos bens branqueados, variando segundo a gravidade da infração, podendo chegar até o triplo do valor dos mesmos.

Respeitante á apreensão é a perda dos efeitos e instrumentos da infração e disposição dos mesmos ao dispor do Estado. Só poder-se-á realizar o apreensão em virtude de sentença[153].

O tribunal, para poder confiscar os bens do imputado, tem que demonstrar que procedem direta ou indiretamente do delito de branqueamento ou do delito de tráfico de drogas. Seguindo com a linha doutrinal deveremos dirigir à prova de presunções sobre a origem ilícita desses bens, pelo que o raciocínio natural que deverá se dar para poder adotar tal medida pelos tribunais poderia ser:

153 Com a reforma do Código Penal pela Lei Orgánica 15/2003, estende-se a apreensão aos bens, meios ou instrumentos com os que se tenha preparado o delito. Nos tratados internacionais encontramos definições do que se entende por "apreensão, produto, embargo preventivo e apreensão", que como sempre serão ponto de referência para um melhor entendimento da norma legal:

- Convenção de Viena: articulo 1 apartado f) Por apreensão "entende-se a privação com carácter definitivo de algum bem por decisão de um tribunal ou de outra autoridade competente; apartado l) Por embargo "preventivo" ou "apreensão" entende-se a proibição temporária de transferir, converter, descartar ou mover bens, ou custodia-a ou o controlo temporários de bens por mandamento expedido por um tribunal ou por uma autoridade competente; p) Por produto "entende-se os bens obtidos ou derivados direta ou indiretamente da comissão de um delito qualificado de conformidade com a alínea 1 do art. 3.
- Convenção de Nações Unidas de 20 de dezembro de 1988, que no seu art. 5 (apreensão), apartado 2, estabelece: "A cada uma das Partes adotará também as medidas que sejam necessárias para permitir às suas autoridades competentes a identificação, a deteção e o embargo preventivo ou a apreensão do produto que se refere a alínea 1 do presente artigo, tendo em vista o seu eventual apreensão" (se entendendo convencionalmente por "embargo preventivo" ou "apreensão", segundo o art. 1 "a proibição temporária de transferir, converter, descartar ou mover bens, ou a custodia ou controlo temporários de bens por ordem expedida por um Tribunal ou por uma autoridade competente".
- A Convenção de Estrasburgo assinala: "Aos efeitos do presente Convenção: Por "produto" entender-se-á todo proveito económico derivado de um delito".

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

1. Vinculação ou conexão com atividades de tráfico ilegal de drogas, ou com pessoas ou grupos relacionados com as mesmas (pessoas inculpadas, processadas - adoção medidas cautelares - ou condenações - para o apreensão definitivo dos bens-).
2. Incremento do património durante o período de tempo ao que se refere essa vinculação, tanto do património direto como indireto (aquele património que embora não esteja ao seu nome se demonstre que é seu).
3. Inexistência de negócios legais que justifiquem esse incremento patrimonial.

Para evitar que os autores do delito de branqueamento de dinheiro possam aproveitar dos bens, produtos ou ganhos derivados da sua atividade ilícita, aparece a figura do apreensão. Poderíamos diferenciar dois tipos de apreensão:

1. Um tipo geral, para os autores do delito de branqueamento de dinheiro provenientes de qualquer delito (art. 301.5), aos quais aplicar-se-lhes-ão as regras estabelecidas em art. 127 do Código Penal.
2. Outro específico, introduzido pelo L.O. 15/2003, de 25 de novembro, que estabelece que quando os bens tenham a sua origem em algum dos delitos relacionados com o tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes ou substâncias psicotrópicas descritos nos arts. 368 a 372 do Código Penal, aplicar-se-ão as disposições do art. 374 do C.P., comissão singular do delito de tráfico ilegal de drogas.

O art. 127.1 autoriza a confiscar, em caso de delito doloso, os efeitos que deles provam, os bens, meios ou instrumentos com que se tenha preparado ou executado e os ganhos que deles provam, independentemente das transformações que possa experimentar. Para poder levar a efeito o previsto neste artigo terá que demonstrar que os bens provem de um ilegal penal, que foram utilizados pelos criminosos ou que pertencem às pessoas responsáveis do facto delitivo. Antes da reforma de 30 de março de 2015 não procedia a apreensão daqueles bens cuja titularidade

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

corresponda a terceiro de boa-fé[154] que os tenha adquirido legalmente e não seja responsável pelo delito, mas essa reforma veio eliminar a menção a terceiros de boa-fé.

Portanto, devería decretar-se o apreensão quando se davam as circunse tâncias legalmente establecidas, que unicamente podería se deter ante a titularidade efetiva e material dos bens por uma terceira pessoa alheia ao facto delitivo ou, quando sendo de legal comércio, não guarde proporção o seu valor com a natureza e gravidade da infração penal.

Neste caso devemos ter em conta as referências aos bens comuns, recordando que o art. 1361 do Código Civil espanhol diz que *se presumem comuns os bens existentes no casal, enquanto não se prove que pertencerem privativamente ao marido ou à mulher.*

Esta alínea 1 do art. 127 permite o apreensão de todos os bens que tenham um relacionamento direto com um delito doloso, mas algumas vezes não é possível o apreensão dos bens ou instrumentos derivados do delito, quer porque o delinquente os usou, gastado ou feito desaparecer, ou porque ante uma possível detenção ou imputação dos factos optou por abandonar ou os registar favor de um terceiro, desconhecedor dos factos puníveis.

Para que estas práticas não surtam o efeito pretendido pelo delinquente se introduz por L.O. 15/2003 a alínea 2º do art. 127, que outorga ao Juiz a faculdade de ordenar o apreensão de bens de comércio legal pertencentes aos responsáveis pelo facto por custo similar ou equivalente ao valor dos bens ou instrumentos derivados do delito que não se possam confiscar, que a reforma de 30 de março de 2015 leva ao art. 127.3.

Nos casos em que não se imponha pena por isenção de responsabilidade criminosa ou por se ter esta extinguido, o Juiz ou Tribunal poderá exercer o apreensão dos bens sempre que a existência da situação patrimonial ilícita fique demonstrada (art. 127.3, que a L.O. 1/2015

154 A expressão "terceiros de boa-fé" vem refletida no Código Civil, que proclama como princípio geral do direito que "os direitos deverão exercitar-se conforme às exigências da boa-fé" (art. 762 C.C. português/ art. 7.1 C.C. espanhol), entendendo por boa-fé que o facto tem de se comportar com sustentação às normas da ética no exercício de tais direitos. A sentença do Tribunal Supremo espanhol 198/03 de 10 de fevereiro, diz que a apreensão dos ganhos procedentes do delito terá de se decretar parcialmente nos casos de titularidade partilhada com pessoa alheia ao facto delitivo.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

transformou no art. 127 ter com ampliação dos pressupostos[155]). Para provar o ilegal patrimonial terá que analisar a criação do património e demonstrar que todo ou parte do mesmo não tem a sua origem nos negócios ou atividades lícitas geradoras de recursos para o delinquente.

Na primeira alínea do art. 374 C.P., estabelecem-se um conjunto de normas especiais relativas ao apreensão quando o delito cometido foi o de tráfico ilegal de drogas (art. 368 a 372 C.P.) ou o de branqueamento de dinheiro procedente deste tráfico (art. 301.1). Em dito artigo participa-se os elementos que são suscetíveis de apreensão:

Primeiro, *o objeto material do delito*, onde se integram as drogas tóxicas, substâncias psicotrópicas e estupefacientes.

Segundo, *os instrumentos do delito, (bens, meios, etc.)* onde poderíamos estender a apreensão até os bens imóveis consequência do delito.

Terceiro, *o produto do delito (os ganhos)*, ficando sujeito às regras gerais da apreensão do art. 127 e 128 onde nos marca os limites do mesmo.

A alínea 1.2 recolhia uma medida destinada a assegurar a eficácia da apreensão, permitindo-o antes da imposição da pena, e por isso nos diz que desde o momento das primeiras diligências poderão ser presos ou embargados e postos em depósito pela autoridade judicial os bens, meios, instrumentos e ganhos do delito. Esta referência foi eliminada na reforma de 2015.

Também dizia o art. 374 antes da reforma de 2015 que no caso de que não fosse possível o apreensão destes poderá se lembrar o apreensão de outros por valor equivalente (apartado 1.4) e, ainda mais, se desaparecesse do património dos supostos responsáveis, poderá se lembrar o apreensão do seu valor sobre outros bens diferentes inclusive de origem legal que lhes pertençam (alínea 1.5). Para os casos em que os bens desapareçam do património dos supostos responsáveis, dissimulando e ocultando a sua verdadeira titularidade, com o fim de evitar o seu apreensão, a alínea 3 deste artigo reforça as faculdades de juízes e tribunais autorizando-lhes expressamente que, em delitos de tráfico de drogas,

155 *Vide* FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, "Adaptación de la normativa penal española a la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea", en ABEL SOUTO, Miguel, SÁNCHEZ STEWART, Nielson (coords.), V Congreso..., *cit*., págs. 262-279.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

possam declarar a nulidade de atos e negócios jurídicos em virtude dos quais se tenha transmitido, registado ou modificado a titularidade real ou direitos relativos aos bens e efeitos dos responsáveis pelo delito. Esta regulação foi modificada em 2015 e levada á normal geral do confisco.

Por último, establecia-se no art. 374.4, regulação que se mantém agora na norma especial 2ª do art. 374, que os bens, meios, instrumentos e ganhos definitivamente confiscados por sentença, serão adjudicados integralmente ao Estado para uns fins determinados. A adjudicação dos mesmos deverá ajustar-se ao disposto nos arts. 3 a 5 da Lei 17/2003, de 29 de maio, sobre a criação de um fundo procedente dos bens confiscados por tráfico de drogas e outros delitos relacionados, não podendo desviar do mesmo o dinheiro para ser aplicado à satisfação das responsabilidades civis derivadas do delito nem das custas processuais.

O art. 302 do C.P. continha umas normas especiais comuns para o delito de branqueamento de dinheiro, independentemente do delito prévio cometido (qualquer delito ou o qualificado de tráfico ilegal de drogas), normas introduzidas por Lei Orgánica 15/2003 com uma cláusula de encaminhamento ao art. 129 do C.P., sempre que o delito de branqueamento de dinheiro se cometa por meio de organizações dedicadas em todo ou em parte a branquear bens de origem ilegal, os Juízes ou Tribunais poderão decretar alguma das medidas seguintes:

1. A apreensão dos bens objeto do delito e dos produtos e benefícios obtidos direta ou indiretamente do delito.
2. Qualquer das medidas previstas no art. 129 do C.P.; entre outras se encontravam o fecho da empresa, os seus locais ou estabelecimentos, dissolução da sociedade ou empresa, e intervenção na mesma; proibição de realizar atividades no futuro, operações mercantis ou negócios da classe daqueles em cujo exercício se tenha cometido, favorecido ou encoberto o delito. No pressuposto de intervenção na empresa, esta só se poderia adotar com a finalidade de salvaguardar os direitos dos trabalhadores ou o crédito aos credores. Como novidade introduzida por Lei 15/2003, o art. 129 nos remetia ao art. 31 do C.P., que estabelecia que a pessoa jurídica, em nome de quem atuou o autor do delito de branqueamento de

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

dinheiro, responderia direta e solidariamente da possível multa que se puna pela comissão do delito. Como ficava refletido na alínea 3 do art. 129, as medidas de intervenção por parte do Juiz ou Tribunal estavam orientadas a prevenir a continuidade da atividade delitiva e os efeitos da mesma.

3. Por último, dizia-se que os tribunais e juízes poderiam decretar a perda da possibilidade de obter subvenções ou ajudas públicas e do direito a gozar de benefícios ou incentivos fiscais ou da Segurança Social durante o tempo que dure a maior das penas privativas de liberdade imposta. (art. 302.2b do C.P. introduzido por L.O. 15/2003).

Esta regulação foi derrogada pela L. O. 5/2010, que incorporou a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas, sendo que o art. 302.2 passou a contemplar as penas para as pessoas jurídicas que branquearem.[156]

Com estas medidas legais tenta-se atacar a estrutura das organizações, sociedades e empresas dedicadas ao branqueamento de dinheiro procedente de qualquer delito, tanto das que sendo formalmente legais foram utilizadas no processo de branqueamento pelos criminosos, como daquelas que são só sociedades ou negócios de fachada sem atividade comercial, dedicadas e formadas unicamente para o branqueamento de dinheiro em qualquer das suas modalidades (ocultação, transformação, etc.) de bens procedentes de atividades delitivas.

Para permitir e facilitar o branqueamento de dinheiro ocultando a verdadeira identidade do delinquente ou o verdadeiro titular dos bens ou direitos, utilizam-se a terceiras pessoas que não têm relacionamento com o delito, conhecidas como "testa de ferro", ou se criam e utilizam sociedades e empresas, conhecidas como "fachadas", através das quais se canaliza a entrada do dinheiro no circuito financeiro e a cujos nomes se registam todos aqueles bens adquiridos com este dinheiro.

Depois das primeiras detenções, os responsáveis pelo delito ou pessoas alegadas, para impedir as medidas cautelares de comissão do dinheiro ou dos bens ou efeitos branqueados ou em processo de branqueamento,

156 *Vide* VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina, "Blanqueo, responsabilidad de las personas jurídicas y programas de cumplimiento", in GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.), Tratado sobre *Compliance* Penal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 409-436.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

"*esvaziam*" as contas bancárias de presos, testa de ferro, sociedades e empresas ecrã e mudam a titularidade de propriedades e direitos. A realização destas operações costuma levar acompanhada a comissão de outras infrações, muitas delas administrativas, mas que em alguns casos podem chegar a ser penais. As mais frequentes são:

A) Falsificação de contas anuais ou delito contabilístico.

No estudo das contas anuais apresentadas no Registo comercial por sociedades utilizadas para o branqueamento de dinheiro ou para outras operações ilícitas observa-se que as mesmas não são reflexo da realidade contabilística da sociedade, e que em essas contas não refletem, ou refletem com verbete diferentes às reais, muitas das operações com que se encobriu o branqueamento ou a operação delitiva. Estes factos, quando se efetuam com o requisito de "causar *um prejuízo económico*" a, entre outros, um terceiro, entre os quais encontrar-se-ia a Administração do Estado em qualquer das suas formas, podem ser constitutivos do delito societário de falsificação de contas anuais, recolhido no art. 290 do C.P. ou do delito contra a Fazenda Pública conhecido como delito contabilístico ou tributário, recolhido no art. 310 do Código Penal.

O art. 290 C.P. castiga aos administradores, de facto ou de direito, de uma sociedade constituída ou em formação, que falsificaram as contas anuais ou outros documentos que devam refletir a situação jurídica ou económica da entidade, de forma idónea para causar um prejuízo económico à mesma, a algum dos seus sócios, ou a um terceiro.

Enquanto, o art. 310 C.P. castiga ao que obrigado por Lei tributária a levar contabilidade mercantil, livros ou registos fiscais viole absolutamente esta obrigação em regime de estimativa direta, leve contabilidades diferentes que ocultem ou simulem a verdadeira situação da empresa, ou nos livros obrigatórios não verbete, ou verbete com cifras diferentes às reais, transações económicas ou pratique verbete contabilistas fictícias.

Para considerar delito a falta de verbete, as anotações com valores diferentes às reais e as fictícias nos livros obrigatórios requerer-se-á que *se tenham ignorado as declarações tributárias ou que as apresentadas forem reflexo da sua falsa contabilidade* e que a quantia, em mais ou menos, dos cargos ou abonos ignorados ou falseados exceda, sem compensação

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

aritmética entre eles, inicialmente de 180.000 € por cada exercício económico, e desde a L.O. 15/2003 de 240 000€.

B) Fraude à Fazenda Pública, das Comunidades ou à Segurança Social.

As sociedades utilizadas para o branqueamento de dinheiro não costumam efetuar os pagamentos de impostos à Fazenda Pública e à Segurança Social que corresponder-lhes-ia em razão da atividade "*supostamente legal*" que desenvolvem, quando desenvolvem alguma. Esta fraude no pagamento de tributos, normalmente infração administrativa, pode chegar a ser delito no caso de que a quota defraudada por ano de cotação excedesse de 120.000 €, incorrendo no chamado delito fiscal. Castiga-se, no art. 305, ao que defrauda à Fazenda Pública estatal, autonómica, foral ou local excedendo este custo, ou à Fazenda das Comunidades excedendo de 50.000 euros, e no art. 307 castiga-se ao que defrauda à Segurança Social.

Nestes dois artigos, se um intermediário for utilizado para cometer fraude, considera-se agravado. Devido ao custo do defraudado, ou à existência de estrutura organizacional que afeta ou pode afetar múltiplas pessoas, há uma transcendência e seriedade especiais.

No delito fiscal propõe-se o problema da tributação de rendas ou rendimentos ilicitamente obtidos.[157]

A sentença da Audiência Nacional de 27 de setembro de 1994 (Caso Nécora), confirmada pelo Tribunal Supremo em sentença de 7 de dezembro de 1996, apreciou a participação do delito contra a Fazenda Pública.

C) Insolvência punível.

Alguns delinquentes, ao ver próxima a sua imputação ou detenção no facto delitivo, realizam atos de disposição ou contraem obrigações que diminuem o seu património, com o fim de se fazer insolventes e eludir as responsabilidades civis da sua participação no facto delitivo. Esta conduta é castigada como delito pelo art. 258 do Código Penal.

D) Ocultação.

157 *Vide* GONZÁLEZ URIEL, Daniel, Relaciones entre el blanqueo de dinero y el delito fiscal, Tesis doctoral, Universidad de Santiago de Compostela, 2021.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Qualificado no art. 451 do C.P. castiga a quem conhecendo a comissão do delito, sem ter intervindo nele, auxilia aos autores ou cúmplices do delito, para que se beneficiem do produto do mesmo, sem ânimo de lucro, ou ocultando, alterando ou inutilizando o corpo, os efeitos ou os instrumentos de um delito, para impedir a sua descoberta. Existe concurso de normas com o delito de branqueamento. Ambos punem o favoritismo real e pessoal, que deve ser resolvido de acordo com padrões alternativos.

E) Adulteração de documentos

O art. 392 do C.P. castiga ao particular que em documento público, oficial ou mercantil, cometa alguma das adulterações descritas nos três primeiros números do apartado 1 do art. 390. Ditas adulterações são:

- Alterar um documento em algum dos seus elementos ou requisitos de carácter essencial.
- Simular um documento em todo ou em parte, de maneira que induza a erro sobre a sua autenticidade.
- Supor num ato a intervenção de pessoas que não a tiveram, ou atribuir às que intervieram nele declarações ou manifestações diferentes das que fizesse.

F) Tráfico ilegal de drogas:

Quando os ganhos do tráfico se reinvestem na aquisição de novas remessas de drogas a conduta já não é de branqueamento senão que constitui um novo delito contra a Saúde Pública.

Se existe condenação por um delito de tráfico de drogas e completa identidade entre o objeto económico do mesmo e o branqueamento produzido, não deve se sancionar por duas vezes ao autor do tráfico. Não é possível a penalização autónoma da ocultação ou transformação dos efeitos do delito a quem à sua vez foi castigado como autor do primeiro delito, pois o art. 368 já contempla atos de tráfico nos que vão implícitos

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

os ganhos que, num afã de esgotamento do delito, o sujeito agente trata de aproveitar e ocultar[158].

Mas se um narcotraficante investe no sistema económico os seus lucros então, deve considerar-se um concurso e castiga-se o narcotráfico primeiro e o branqueamento posteriormente.

158 STS 389/03, 14-4

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

2.5. O DOLO NO CRIME DE BRANQUEAMENTO

A) O comportamento exclusivamente doloso:

Em Portugal, o crime de branqueamento de capitais configura-se como crime totalmente doloso, pois teve a sua origem na prática de anteriores factos ilegais, dos quais emergiram vantagens que viriam a ser objeto de crimes de branqueamento de capitais, atos que pretendem evitar a perda da vantagem da fonte do crime, conversão, transferência ou ocultação dessas vantagens.

Numa interpretação da alínea a) do nº 2 do art. 3 da Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Deteção, Apreensão e Perda dos Produtos do crime e ao Financiamento do Terrorismo de 16 de maio de 2005, configurar-se-á como uma «conversão o transferência de bens, sabendo o seu autor que esses bens constituem produtos do crime, com o objetivo de dissimular ou ocultar a fonte ilícita dos referidos bens ou de auxiliar qualquer pessoa implicada na prática da infração subjacente a furtar -se às consequências jurídicas dos seus atos», sendo que a intenção de criar dificuldades à deteção da fonte criminosa das vantagens obtidas na perspetiva do seu confisco, com plena consciência do efeito das suas ações e da fonte dos produtos é eminentemente dolosa, já que quem não tiver consciência da fonte do produto nunca poderia incorrer na prática de um crime de branqueamento de dinheiro, visto que não existe, para o comum dos cidadãos, uma exigência de verificar a fonte do produto ou a identidade da pessoa com a qual contrata.

Vamos fazer uma análise introdutória dos tipos dolosos para estabelecer a base para a discussão entre modalidades de dolo, direto e eventual: Por meio da estruturação da intenção, na forma de saber e querer executar, quando o agente manifestar uma posição ou atitude em relação a ela deve ser um fato ou desprezá-la nos fatos, a desonestidade jurídica resultará em punição de fatos intencionais ao direito penal.

Existem dois momentos constitutivos da intenção, o momento da inteligência, do conhecimento, a expressão correta e a consciência da situação factual e o momento da vontade. A necessária consciência psicológica do agente da ilegalidade dos elementos factuais, bem como a sua atitude contrária ou indiferente aos interesses legítimos prejudicados

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

pelas suas ações, são um dos principais elementos que permitem que os crimes do agente sejam inseridos na organização. Se age deliberadamente, não vigora o instituto negligente previsto no art. 15 do CP, onde o agente executa por omissão de acordo com a prudência por ele exigida, um ato típico ilegal, podendo até nunca ter representado a «possibilidade de realização do facto».

No que se constitui numa factualidade típica, o conhecimento é necessário, destacando-se o conhecimento dos elementos normativos, na perspetiva da compreensão do sentido e do conteúdo valorativo do seu comportamento, como a ilegalidade do quadro jurídico completo. Na verdade, o conhecimento do proibido por lei também é essencial para estabelecer a orientação adequada da consciência moral do agente.

O segundo elemento é o conteúdo da vontade, e seu conteúdo é a vontade do ator, ou seja, a intenção de apontar fatos práticos antes valorizados. Aqui, teremos que limitar a decisão do agente de executar o ato e sua intenção de executá-lo, bem como a possibilidade de moldar sua realização em decorrência de seu ato. A vontade momentânea se divide em dolo direto e dolo indireto.

1: dolo

O dolo[159] do agente, tem de abranger não só os comportamentos tipificados no art. 368-A nº 2 e 3 do Código Penal, como a proveniência ilícita das vantagens, isto é, o fato de elas provirem de um dos ilegais típicos, previstos no nº 1 do mesmo artigo.

No que concerne ao agente, o crime de branqueamento de dinheiro pode ser cometido por pessoas singulares e por pessoas coletivas, nos moldes estabelecidos no art. 11, nº 1, 2 e 3, do C.P.

Relativamente às modalidades de ação, os comportamentos típicos, salienta-se que as operações de conversão, transferência, ocultação e

159 Na Alemanha por exemplo, punem-se os comportamentos de branqueamento em que o agente não representa, com negligência grosseira, a proveniência ilícita das vantagens, coisa que entre nós, em Portugal, não é possível, porque é necessário, pelo menos, que o agente represente a possibilidade da fonte ilícita das vantagens, mas que com ela se conforme, a agir na mesma (teoria da conformação, consagrada no art. 14 nº 3 do Código Penal), isto para quem admita como possível o dolo eventual. Por todos, a Sentença do Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 17 de junho de 2005, palestrante senhor Berdugo e Gómez da Torre, Aranzadi 4743/2007.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

dissimulação são crimes de resultado e as operações de auxílio e facilitação são crimes de mera atividade[160]. Estamos diante de um crime de perigo abstrato, na medida em que pode não haver lesão efetiva do bem jurídico protegido e não se exige a verificação concreta de um perigo real para o bem jurídico.

2: dolo direto

O dolo direto é enquadrado pelo nº 1 do art. 14 do CP, no qual a representação do tipo surge como o verdadeiro fim do comportamento. Para a intenção direta, mais especificamente a finalidade de imputação da intenção específica, visto que é necessário conhecer a origem dos bens que serão posteriormente lavados, é necessário que o advogado entenda suas obrigações, pois se você pode se desfazer dos por simples desconhecimento, conheça a origem da mercadoria ou a intenção ilegal do cliente. Aqui, o advogado violará conscientemente qualquer das obrigações acima mencionadas, estando ciente dos fatos e do quadro normativo, e assim estar ciente das vedações legais em que se baseiam os fatos que foram avaliados.

Examinada a situação do cliente como um possível facto típico de branqueamento de dinheiro, deve o advogado nos termos do dever de comunicação, previsto no art. 16 da Lei do Combate ao branqueamento de dinheiro, informar as autoridades aí dispostas «sempre que saibam, suspeitem ou tenham razões suficientes para suspeitar que teve local, está em curso o foi tentada uma operação suscetível de configurar a pratica do crime de branqueamento (…)», sendo ainda «prescrito» um dever de abstenção previsto no número seguinte; contudo, nem sempre tais deveres são cumpridos.

Já foi levantada a questão do incumprimento deliberado dos advogados com base em intenções específicas, ou seja, a questão do incumprimento

160 Relativamente as modalidades de ação, Vitalino CANAS entende tratar-se de um crime de mera atividade e não de resultado, por isso só cometido por via de ação. PINTO ALBUQUERQUE distingue as condutas típicas salientando que as operações de conversão, transferência, ocultação e dissimulação são crimes de resultado e as operações de auxílio e facilitação são crimes de mera atividade. Estamos perante um crime de perigo abstrato, na medida em que pode não haver lesão efetiva do bem jurídico protegido e não se exige a verificação concreta de um perigo real para o bem jurídico. Neste sentido Vitalino CANAS e Paulo PINTO ALBUQUERQUE (*op. cit.*).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

deliberado de suas obrigações para fins de dissimulação de atos ilícitos, ou mesmo para efeito de retirada dos benefícios da situação do crime.

Aqui, vemos a configuração da situação de conluio formada pelo advogado prestador de assistência material, que se concretiza realizando as necessárias etapas de conversão, transferência ou ocultação, cujo escopo é ocultar sua origem ilegal, caso este tenha realizado a identificação e responsabilidades de fiscalização, e compreender o caráter ilegal da operação solicitada pelo cliente. Conforme descrito na alínea g), de acordo com o artigo 4.º da Lei n.º 25/2008, em caso de violação total das suas obrigações legais e funções sociais, bem como da intenção do Estado de prevenir tais crimes económicos, os seus interesses são compatíveis com a credibilidade dos infratores que irá transportar, as ações tomadas pelo advogado para o efeito refletem a intenção do agente.

Cumprido o momento de inteligência e o momento de vontade, a intenção será preenchida. Se a realização do tipo de prova for o fim real do comportamento, ela assumirá a forma de intenção direta, mas ainda é necessário analisar o momento em que se conhece a origem do produto ilícito aconteceu concomitantemente ao momento em que o crime foi consumado pela lei, pois ele tinha que saber que o bem provinha da imputação do art. 368-A C.P. Em suma, os autores dos fatos devem ter conhecimento absoluto da origem dos bens, sabendo exatamente que sua origem é um crime claramente definido pela lei, e além disso, suas ações devem ser direcionadas para esse fim. Se a pessoa envolvida no crime não tiver certeza, pois apenas indica que o bem pode ter origem criminosa, não há como condená-lo.

No entanto, é difícil determinar a vontade de um agente que violou a decisão do tribunal, ou seja, não cumprindo as funções que lhe são atribuídas e ignorando o âmbito de prevenção nela contido.

A exigência de determinar a intenção direta, por exemplo, em vista das responsabilidades de inspeção e identificação, para entender a origem das mercadorias que serão alvo de medidas legais tomadas em nome do cliente, e até mesmo a identidade do cliente, é difícil de completar pelo facto de que este tipo de enquadramento ter de ser cumprido, mas as operações necessárias ao cumprimento destes deveres podem ser deliberadamente efetuadas de forma defeituosa, o que os impede de descobrir efetivamente

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

os possíveis factos típicos. Se não veja o exemplo do advogado, que não perguntou sobre a entrega de dinheiro ao cliente e a fonte da quantidade de dinheiro para comprar um imóvel, quando surge uma das obrigações, onde emerge um dever, de identificação do, de identificação do cliente, é precisamente essa, a realização de «(…) transações ocasionais de montante igual o superior a (euro) 15 000 (…)», e podemos dizer que, geralmente, o preço médio uma propriedade imóvel é superior ao valor definido pelo art. 7 da Lei 25/2008.

É através da obrigatoriedade de distribuição, do âmbito da prevenção e da distribuição a determinadas entidades, legalmente nos artigos 3 e 4 da Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro, que podemos nos defender de não culpar um advogado por violações das mesmas obrigações por dolo direto, pois a dificuldade de determinar esse método sempre levanta dúvidas, ou mais precisamente, não haverá certeza suficiente na mente do juiz para determinar a negligência do advogado em violar seus deveres, seja porque o revisor deixou de cumprir suas funções, seja porque o advogado «confiou» na boa vontade de seu cliente, ou mesmo porque ele não perguntou nada sobre o negócio jurídico, não estudou a verdadeira origem dos bens, de modo que não pôde determinar a caracterização ilegal do fato.

3 - O dolo eventual e a teoria da cegueira deliberada

O dolo eventual, enquanto modalidade do dolo indireto, preceitua que a realização do tipo seja representada pelo agente, mas como consequência possível do comportamento, conformando-se com a hipotética realização.

O advogado que atua em nome do cliente, por meio de procuração para legalizar a autorização pericial, trata e executa todas as operações necessárias às transações judiciais com o advogado da outra parte, e estabelece a assessoria empresarial por meio de seus «materiais», como o regras de convicção do requisito art. 368-A C.P. Configurando este negócio jurídico como crime de lavagem de dinheiro, nos deparamos com a situação que embora todas as obrigações decorrentes da Lei nº 25/2008 de 5 de junho tenham sido cumpridas perante seus clientes, o crime de lavagem de dinheiro já ocorreu e nós podemos argumentam

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

que, por exemplo, se o valor do empreendimento for superior ao valor estipulado pela presunção estabelecida no art. 7.º da Lei n.º 25/2008, é pois necessário cumprir a obrigação de identificação do cliente, existindo motivos para suspeitar da operação e do seu eventual carácter ilegal, que podem levar ao abandono da atuação.

Porém, quando nos deparamos com o âmbito do cumprimento subjetivo da obrigação de identidade, surge uma questão prejudicial, ou seja, o advogado tem de cumprir todas as obrigações que lhe são impostas perante outra parte do seu negócio? Acreditamos que não, pois iria invadir a sua privacidade ao procurar informações transmitidas em ambiente de confiança, independentemente de o representante da outra parte ser advogado ou não, mesmo que tais informações sejam protegidas e mantidas em sigilo por profissionais.

Estender essas responsabilidades a todas as partes do negócio levará a advogados que suspeitem da ocorrência de crimes de lavagem de dinheiro pelos exemplos acima, aproximam-se do mesmo valor e evitam quaisquer outros esforços. Portanto, o negócio realizado trará valores económicos e jurídicos de grande valor. mas como consequências, levando ao fracasso de negócios importantes e prejudicando as expectativas pessoais de conclusão do negócio, suporte determinado de acordo com os padrões de responsabilidade aqui envolvidos.

Para além do novo âmbito autorizado, a prática de advogados fora do âmbito da consulta e defesa jurídica implicará a retirada de profissionais deste ramo de atividade, o que irá assegurar que os advogados tenham uma maior carga de trabalho na prática empresarial e que os clientes ficam mais seguros em importantes instrumentos financeiros.

Sendo verdade que se observam inconvenientes, virtudes também se encontram nesta modalidade de dolo, sendo um deles o combate ao «desconhecimento intencional ou construído (…) (d)aquele que, podendo e devendo conhecer, opta pela ignorância».[161]

De acordo com a teoria da cegueira intencional que se originou em Inglaterra, aqueles que têm conhecimento efetivo dos elementos objetivos

161 DE CARLI, Carla Veríssimo e RODRIGUEZ GARCIA, Nicolás (org.), Lavagem de Capitais e Sistema Penal, Contribuições hispano-brasileiras a questões controvertidas, 2014, Verbo Jurídico Editora, pág.156.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

do comportamento ilegal são equivalentes àqueles que não conhecem os fatos, mas podem ser capazes de conhecer os fatos. Eles escolhem ser ignorantes, que é, embora possam obedecer à lei na forma, eles violam a lei, a essência da lei. Mas esta construção deve ser rejeitada ao tentar «evitar a motivação essencial dos elementos fundadores da prova de conhecimento».[162]

A teoria da cegueira deliberada (*willful blindness*), também conhecida como doutrina das instruções da avestruz (*ostrich instructions*) e doutrina da não tomada consciente da consciência (*conscious avoidance doctrine*), consiste na construção jurisprudencial semelhante à formulação do dolo eventual e por meio da qual se afigura possível o enquadramento, por branqueamento de dinheiro, daquele que, mesmo ciente da elevada probabilidade da procedência ilícita dos recursos, assume o risco de produzir o resultado ao agir, ainda assim, de modo indiferente a este conhecimento.

Pela teoria da cegueira deliberada, afirma-se que quando há o alto risco de conhecimento da existência de um fato elementar de crime e o sujeito age de forma deliberada para impedir esse conhecimento condenador, ele deve responder da mesma forma pelo delito. «Cegueira intencional» é uma doutrina que permite que para provar o conhecimento culposo do advogado, mostre desconhecimento consciente da informação, ou comportamento de «avestruz», ou seja enterrando a cabeça para não ver o perigo. Em bom português, o garante ou quem se encontre nesta posição faz «vista grossa» e «ouvidos de mercador», viabilizando, dessarte, a ocultação de património ilegal pelo que responderá por branqueamento de dinheiro, ainda que com base em dolo eventual. Considerando a posição do advogado, a descoberta deve ocorrer no curso do exercício da atividade profissional.[163] A tese existe mesmo em países que adotam o sistema de lei civil e consagram legalmente a possibilidade de punição por dolo eventual, como é o caso da Espanha, a qual, a partir do ano 2000,

162 LORENZO SALGADO, José Manuel, «El tipo agravado de blanqueo...», *cit.*, pág. 244 e 245.

163 Por exemplo, se a informação constar num almoço social que o seu cliente participa em atividades de lavagem de dinheiro, o advogado não é obrigado a comunicar, nem é necessário que o advogado desista da cooperação com o cliente.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

foram emitidas dezenas de decisões pelo Tribunal Supremo acolhendo a teoria da cegueira deliberada.

A teoria da cegueira deliberada ou «*willful blindness*» traz a responsabilidade do agente baseada no seu conhecimento. É um meio de condenar acusados de delitos de tipos penais que precisam do conhecimento. Retira-se a necessidade de conhecimento do tipo com o intuito de realizar a imputação. A teoria é aplicada para indivíduos que, ao invés de assumir o risco da ocorrência de um resultado, optam por não saber do fato. Assim, o sujeito provoca intencionalmente a sua própria cegueira, por ser de maior interesse e comodidade moral. É a situação de criação de um fato criminoso de forma intencionalmente deliberada. Ou seja, em circunstâncias em que é possível que o agente identifique o crime e não o faz, pode ele ser punido da mesma forma. A *willful blindness* foi o meio que a doutrina encontrou para punir, de forma igual, aquele que tem pleno conhecimento e o sujeito que se coloca em situação de desconhecimento. Isso porque o grau de culpabilidade de quem conhece o fato não é diferente de quem, podendo e devendo conhecer, prefere não o fazer. Mas, não se pode arbitrariamente aplicar a teoria; para a efetiva punição acredita-se que o agente deve agir de forma a deliberadamente impedir o conhecimento de fatos, de forma consciente, tendo como principal objetivo burlar a sua responsabilização por conhecer tal fato delituoso.

Portanto, como elementos essenciais para a teoria da cegueira deliberada temos:

1) A grande probabilidade de conhecimento da existência de um fato elementar de crime e
2) que o autor deliberadamente aja de forma a impedir obter esse conhecimento condenador.

Deve haver provas que o agente tinha o conhecimento da elevada probabilidade de que os valores eram objeto de crime, e que esse fato foi indiferente. Ou seja, não basta simplesmente ignorar a existência de fato possível. Para fins de melhor caracterização da *willful blindness*, porém, deve-se comparar a diferença do mero comportamento negligente. Isso porque a teoria da cegueira deliberada requer a intenção de persistir no

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

desconhecimento. Tal ideia retira a responsabilidade de estados mentais de descuido ou negligencia.

Para o uso da figura de cegueira deliberada é necessário que o arguido esteja consciente da circunstância ou fato criminal, isto é, deveria possuir mais do que um simples pensamento hipotético do chamado «homem medio» que poderia ou deveria saber do fato. A afirmação de que o sujeito poderia conhecer o fato ou circunstância então, é insuficiente para sustentar a convicção para ofensa a um bem jurídico que requeira no seu tipo penal o conhecimento. E o mesmo vale para o segundo requisito, o indivíduo deve agir de forma deliberada para impedir a culpa pelo seu conhecimento.

Na profissão do advogado, para compreender adequadamente em que consiste a noção de risco permitido, vale a preocupação das Diretivas Comunitárias e do legislador de cada Estado-membro com a problemática do branqueamento é transparente, adquirindo relevância social o risco em decorrência de inúmeras práticas legais e comerciais que possam se desviar do profissionalmente adequado. Com esse fim, o legislador cria normas nas quais são determinados os limites do risco permitido.

Contudo os casos de cegueira deliberada não envolvem uma perspetiva em retrospetiva dos factos, mas sim envolvem uma informação contemporânea que estava disponível, mas foi, de forma deliberada, ignorada, não podendo assim afastar-se o possível conhecimento contemporâneo do facto à altura da consumação do comportamento em caso de existirem meios de averiguar do real estado dos factos através de diligências de correção e probidade no exercício da sua profissão.

Uma possibilidade de também responsabilizar os advogados seriam quando estes caem dentro dos termos de uma teoria de cegueira voluntária.

Um advogado que recebe uma grande quantia do seu cliente, que está a defender por crimes que lhe geraram enormes quantias em dinheiro, deveria por essa teoria ser responsabilizado por «fechar os olhos à realidade», recebendo proveito de crime antecedente. Contudo para que

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

exista *willful blindness* é necessário que, o advogado, aja de forma consciente em não querer conhecer a origem do dinheiro.[164]

164 Usemos um exemplo para mais concretamente averiguarmos o papel do advogado no cumprimento da lei do branqueamento de dinheiro em Portugal. Suponha que, «recebe no seu escritório um cidadão estrangeiro, e compreende, em plena consulta, que ele lhe vinha solicitar, no interesse de um terceiro não identificado, aconselhamento e ajuda para a colocação, em Portugal, de uma quantia de USD 500.000,00, de que era portador em dinheiro vivo, alegando que não conhecia as instituições financeiras portuguesas. Considerando estar indiciada uma eventual operação de branqueamento de dinheiro: Como reagiria e que atitudes tomaria em face dos deveres constantes do EOA? O caso descrito indica a suspeita de que se trataria de operação de branqueamento de dinheiro. O primeiro ponto a ser destacado é que o art. 90, nº 2, c, do Estatuto da OA, impõe ao advogado o dever de verificar a identidade daquele que lhe contrata, bem como seus representantes. Assim, logo de início, não poderia ser aceito o patrocínio nos moldes obscuros evidenciados pelo enunciado, ou seja, diante de uma pessoa que se diz representante de um terceiro desconhecido. O art. 98 nº 1 do Estatuto dispõe que o advogado não pode aceitar a prestação de serviços profissionais se para tal não tiver sido livremente mandatado pelo cliente. Em igual sentido, o mandato forense não pode ser objeto, por qualquer forma, de medida ou acordo que impeça ou limite a escolha pessoal e livre do mandatário pelo mandante (art. 67 nº 2). Também por este motivo não seria legal ao advogado aceitar intermediar uma transação sem com que antes houvesse a efetiva garantia de que o titular dos valores de fato o contratou. Não obstante, o art. 90 nº 2, d) do Estatuto, estabelece que o advogado deve abstenção a prestação de serviços quando suspeitar seriamente que a operação ou atuação jurídica em causa visa a obtenção de resultados ilegais e que o interessado não pretende abstenha-se de tal operação. No caso em apreço, a aceitação implicaria para o advogado eventual prática de um crime de branqueamento, previsto e punido pelo art. -368A nº 2, do Código Penal. À luz das premissas deontológicas, e tendo em vista ainda que o art. 88 do Estatuto consagra o dever de integridade e seus irmãos – dever de agir com honestidade, probidade, consciência, lealdade, cortesia e sinceridade – caberia ao advogado consultado rejeitar a proposta, sem prejuízo de guardar o segredo profissional. Com efeito, o Estatuto exige do advogado que guarde segredo profissional no que respeita aos fatos conhecidos no exercício das suas funções, quer o serviço envolva ou não representação judicial ou extrajudicial, e mais: tal dever engloba documentos e informações relacionados direta ou indiretamente aos fatos sujeitos a segredo, mesmo em consultas (art. 92 nº 1, e nº 1, a). Vale lembrar ainda que os atos praticados pelo advogado com violação de segredo profissional não podem fazer prova em juízo (nº 5 do art. 92), de modo que o testemunho do advogado de nada valeria. Conforme dispõe o art. 135 do Código de Processo Penal, os advogados podem escusar-se a depor sobre fatos abrangidos pelo segredo profissional. Assim, a revelação a terceiros dos indícios constatados na consulta, somente poderia ter validade se previamente autorizada pelo bastonário (art. 92, nº 4, do Estatuto da OA), sob pena de nulidade. A Lei nº 2008/25 (Lei de Combate ao branqueamento de dinheiro e Financiamento do Terrorismo) no seu art. 35, dedicou aos advogados o dever de comunicar ao bastonário as operações suspeitas que lhes sejam confiadas. Contudo, as controvérsias acerca do papel dos advogados no combate ao branqueamento de dinheiro, levantadas pela Lei nº 2008/25, pela Diretiva 60/2005/CE (que trata da prevenção do branqueamento de dinheiro através do sistema financeiro, e impõe o chamado dever de vigilância de clientela, mesmo aos advogados), pela Diretiva 70/2006/CE (que trata dos procedimentos relacionados à vigilância da clientela) e pela Diretiva 849/2015/CE, devem ser compatibilizadas com os deveres constantes do Estatuto. Em suma, caberia ao advogado resolver a contratação e manter o segredo profissional, ressalvada a possibilidade do art. 92 nº 4, do Estatuto e a observância dos deveres éticos no cumprimento à necessidade do art. 35 da Lei de Combate ao branqueamento de dinheiro.» Este exemplo saiu

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

A «cegueira voluntária» é a ignorância deliberada do conhecimento de um crime, especialmente ao não fazer uma indagação razoável sob suspeita de irregularidades, apesar de ter consciência de que é altamente provável.

A cegueira voluntária ocorre em situações em que um advogado está ciente de fatos que levariam a suspeita de uma pessoa razoável a ser despertada, mas um inquérito adicional é deliberadamente omitido porque se deseja ignorar os fatos verdadeiros. É o corte intencional da curiosidade normal por um esforço da vontade. Uma pessoa não pode escapar à responsabilidade criminal ao implorar a ignorância se ele suspeita firmemente que ele está envolvido com negócios criminosos, mas evita

---

numa prova de Deontologia no exame da Ordem dos advogados Portugueses em 28 outubro de 2016. Acessível in: https://www.direitocomparado.pt/enaa

«Veja-se a simples hipótese da compra de um imóvel, em país estrangeiro, através da transmissão direta do dinheiro vivo, preço do objeto do contrato compra e venda, ao vendedor. Apesar de o negócio não estar enfermado de ilegalidade direta quanto ao conteúdo e forma jurídica, surge uma questão de bom senso: quem é que se faz acompanhar no seu dia a dia de uma quantidade de dinheiro adequada à aquisição de uma propriedade imóvel? Ora uma pessoa normal, não tem capacidade financeira de aquisição de tal bem a «pronto» e que não é normal, até à mais rica das pessoas, andar com grandes quantidades de dinheiro «no saco», em virtude da virtualização do património pecuniário causada pelo desenvolvimento do sistema bancário (para isso existem cheques e cartões de crédito) de forma que, é possível desconfiar da fonte de tão avultada de dinheiro. É por isso que o dever de Identificação estabelece uma exigência de verificação dos clientes, pelas entidades sujeitas, aquando de «transações ocasionais de montante igual ou superior a (euro) 000 15», determinando-se assim o patamar em que se pode, legitimamente, presumir uma fonte ilícita do dinheiro. Este dever de identificação tem uma natureza preventiva, criando um registo do cliente para facilitar a imputação de algum ilícito que possa ter tido fonte na transação enquadrada nos artigos legais acima referidos, este é, em sede de juízo próprio, ou objetivo prático da identificação dos agentes que pratiquem atos enquadrados nas várias alíneas do art. 7 da Lei 2008/25, de 05 de junho, servindo de base à matéria indiciária utilizada pelos institutos de prossecução penal na fase de inquérito, remetendo para o nº 2 do art. 16 da Lei de Combate ao branqueamento de dinheiro *cfr*. nº 1 do art. 7 da Lei 2008/25 e para o art. 262 do Código de Processo Penal, reproduzindo a disposição do primeiro, no seu nº 2, para efeitos de legitimação desta «prova» como indício de uma incriminação, «as informações fornecidas nos termos do número anterior mal podem ser utilizadas em processo penal(…)». A imperatividade deste dever, em face quer do dever de auxiliar a realização da Justiça, quer em face da sujeição à Lei de branqueamento de dinheiro, do advogado não derroga um dos mais prementes deveres da prática forense, o segredo profissional, previsto no Estatuto da Ordem dos advogados, diploma que encabeça a regulação da atividade forense, no seu art. 92, dispondo que «o advogado é obrigado a guardar segredo profissional no que respeita a todos os factos cujo conhecimento lhe advenha do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços.» in FERREIRA MENDES, Rafael José, Os deveres deontológicos dos advogados. O cumprimento de deveres comunitariamente impostos em face do crime de branqueamento de dinheiro, Dissertação de Mestrado em Direito: Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses janeiro/2017.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

deliberadamente aprender informações mais exatas sobre a natureza ou extensão dessas negociações.

Não se pode fechar os olhos para a verdade, ou ignorar «bandeiras vermelhas» que indicam que fundos ou propriedades são derivadas de alguma atividade ilegal, simplesmente para impedir aprender a verdade. Colocar a cabeça de uma avestruz na areia não dará uma desculpa mais tarde porque ninguém viu nada.

A cegueira voluntária cria uma inferência do conhecimento real do elemento fatual em questão. Se a lei concluir que uma pessoa deliberadamente ignorou os sinais de alerta ou «bandeiras vermelhas» que os fundos ou bens envolvidos numa transação foram derivados de alguma forma de atividade ilegal, a lei permitirá inferir que a pessoa realmente sabia disso, e os fundos ou a propriedade foram obtidos criminalmente.

Se o advogado se presta a colaborar na prática de fatos ilegais, especialmente de natureza criminosa, provavelmente haverá que ajuizar da participação do mesmo no crime, como coautor ou cúmplice do seu cliente porque o comportamento do advogado infringe muitos outros deveres deontológicos a que está vinculado (*cfr*. arts. 76 e 78 EOA), nomeadamente os deveres deontológicos de integridade (previstos no art. 83 do EOA)[165].

1) O primeiro requisito diz respeito à suspeita justificada do advogado sobre a ilicitude do seu comportamento. Aqui podemos denotar que apesar da inexistência de uma representação concreta do facto, este abstém-se de adquirir, voluntariamente, concreto conhecimento, observando-se mesmo a criação de barreiras ao conhecimento, estas levantadas pelo próprio agente, objetivando a não obtenção do pleno conhecimento do

165 Princípio da Integridade: Quer seja no sistema de recurso à lei e aos tribunais, quer ao nível do entendimento, exercício ou defesa dos seus direitos, o advogado desempenha as suas funções sociais no âmbito da obtenção de justiça e do direito de recurso efetivo à justiça. Como vimos nas disposições legais, o conceito atual de advogado como participante da administração judicial decorre das disposições artísticas da Constituição. O artigo 208 da CRP, trata os advogados como participantes judiciais, que assumem total responsabilidade pelas garantias das partes, têm discrição técnica, força vinculativa exclusiva nas normas de legalidade e de ética profissional, e gozam de direitos protegidos de sigilo profissional. O advogado, embora deva ser benéfico para o cliente, é sempre assistente judicial e assume obrigações.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

que suspeita que seja o verdadeiro estado dos factos, fazendo emergir uma linha consciente de cegueira deliberada.

2) O segundo requisito refere-se á disponibilidade da informação que pudesse auxiliar no processo de construção do conhecimento do advogado. Aqui não se pode falar propriamente de uma facilidade de acesso à informação relevante para a consciência da ilicitude, uma vez que o advogado precisa de se manter informado e atualizado diante do dispositivo legal que mobiliza para o exercício da prática forense, pelo que tal requisito apesar de não ser indispensável, não tem a devida eficácia diante dos advogados.

3) O terceiro e último requisito refere-se à intenção da manutenção do estado de ignorância para proteger-se de uma eventual descoberta do delito e futura condenação, de modo que sempre poderá alegar que nada sabia a respeito.

Obviamente em função dos deveres impostos pela Lei de Combate ao branqueamento de dinheiro, o advogado não pode afirmar desconhecer as intenções do cliente ou proveniência dos bens «transformados», quanto ao seu enquadramento legal, uma vez que pode estar em causa o cumprimento do dever de identificação em face do valor do negócio, e aqui sim residir a ignorância deliberada, não inquirindo o cliente sobre este valor, sendo tal «despreocupação» suficiente para dar-se como provado o incumprimento de um dos deveres e envolve o advogado fazer recair as devidas sanções.

Naturalmente é necessário distinguir dolo eventual de negligência consciente, pois tais institutos, podem ser confundidos.

Tomando em consideração a legislação penal portuguesa, o art. 15 do CP tem como fundamento a inobservância de um dever de cuidado, exigido segundo certas circunstâncias, dividindo-se em duas modalidades nas suas alíneas, a negligência consciente e a inconsciente.

Sobre a possibilidade do dolo eventual presente na teoria da cegueira deliberada se confundir com a negligência:

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Tal não é possível pois, em primeiro existe a crença do agente acerca da grande possibilidade do incumprimento de algum dos deveres e consequente inércia diante de o crime de branqueamento de dinheiro e em segundo, a ação deliberada e positiva do agente para impedir o conhecimento de tal ocorrência.

Na cegueira deliberada exige-se a firme convicção da possibilidade de crime, havendo, contudo, uma ação positiva do agente para impedir chegar ao conhecimento. No erro do tipo, não há sequer representação do elemento típico do delito, excluindo o dolo.

B) Tentativa

Nas situações de operações de conversão, transferência, ocultação e dissimulação a tentativa é punível; quanto aos comportamentos de auxílio ou facilitação de operações de conversão ou transferência não é admissível a punição por tentativa[166]. Caso haja hipóteses, em que, da prática de atos preparatórios do facto ilegal típico subjacente resultem já vantagens, poderá haver branqueamento, não sendo essencial que o facto ilegal típico subjacente tenha atingido o estádio da consumação.

C) Negligência

O branqueamento de dinheiro é, em Portugal, um crime doloso, não existindo qualquer previsão especial quanto à comissão negligente. Daqui resulta que qualquer violação do dever de cuidado não releva a título de responsabilidade criminal. Pelo contrário, a negligência releva no que diz respeito aos ilegais de mera ordenação social para aferição da responsabilidade contraordenacional.

166 Vitalino CANAS entende que a tentativa é punível nos termos do ordenado no art. 23 do Código Penal. Paulo PINTO ALBUQUERQUE distingue as situações de operações de conversão, transferência, ocultação e dissimulação em que a tentativa é punível, das condutas de auxílio ou facilitação de operações de conversão ou transferência em que defende não ser admissível a punição por tentativa. Jorge FERNANDES GODINHO, citado por Vitalino CANAS, sustenta que se houver hipóteses, em que, da prática de atos preparatórios do facto ilícito típico subjacente resultem já vantagens, poderá haver branqueamento, não sendo essencial que o facto ilícito típico subjacente tenha atingido o estádio da consumação. In: Crime de branqueamento: regime de prevenção e de repressão; PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *op. cit*.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

D) Outras questões

No respeitante á comparticipação do nº 1 do artigo 368- A do Código Penal resulta a possibilidade de comissão do facto ilegal subjacente «sob qualquer forma de comparticipação». Por sua vez, o crime de branqueamento admite as várias formas de autoria do crime, material (autoria imediata e coautoria) e moral (autoria mediata e instigação).

Também se discute a admissibilidade da cumplicidade.

No nº 2 do artigo 368-A do Código Penal faz-se referência ao «auxílio ou facilitação» de operações de conversão ou de transferência de vantagens. Como já foi referido anteriormente, deve operar-se uma distinção entre o auxílio ou facilitação causais e o auxílio ou facilitação não causais.

No primeiro caso, estaremos perante uma forma de autoria, enquanto no segundo estaremos face a uma situação de cumplicidade. Ora, o nº 2 apenas enuncia formas de autoria, sendo tais atos de auxílio e facilitação necessariamente causais, na medida em que configuram atos de execução do crime (auxílio ou facilitação materiais) ou de instigação (auxílio ou facilitação morais). Por seu lado, a cumplicidade será punível nos termos gerais (artigo 27.do Código Penal).

Sobre o concurso de crimes, a doutrina não é unânime. Parte desta[167] rejeita a possibilidade de concurso efetivo ou real entre os crimes precedentes e de branqueamento, seja porque se está perante um mero concurso de normas, seja porque se trata de um facto posterior co-punido ou não punível.

Por outro lado, larga é a parte da doutrina[168] que defende a possibilidade de um mesmo agente ser punido, em concurso efetivo, pela prática do crime precedente e do crime de branqueamento.

Existem aqueles que defendem a impossibilidade de existir um concurso de crimes no branqueamento, quando praticado pelo próprio agente do crime subjacente, pois representa um facto posterior ao crime principal que não deve ser autonomamente punido. Ou seja, para estes autores

167 Por todos: Jorge FERNANDES GODINHO em FERNANDES GODINHO, Jorge Alexandre - Do crime de «Branqueamento» de Capitais: Introdução e Tipicidade, *cit.*, págs. 240-235.

168 Por todos: Vitalino CANAS em CANAS, Vitalino - O Crime de branqueamento: regime de prevenção e de repressão, *cit.*, pág. 158-156.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

a punição de um agente configura uma indevida dupla punição, violadora do princípio *ne bis in idem*.[169]

Outros autores defendem a possibilidade de um mesmo agente ser punido, em concurso efetivo, pela prática dos crimes precedentes e de branqueamento. Para estes autores, os crimes precedentes e o branqueamento devem ser considerados como sendo estruturalmente autónomos, fazendo parte de tipos diversos e integrando vários factos e ações distintos. Para além disso, os bens jurídicos protegidos pelas incriminações em causa são distintos e autónomos.

A servir de apoio a esta opinião encontra-se o art. 6, nº 2 da Convenção nº 141 do Conselho da Europa, que refere que as partes podem prever que o autor do crime de branqueamento de dinheiro não coincida com o autor da infração precedente. Ou seja, o autor do crime subjacente pode, tendo em conta a natureza autónoma dos crimes apreciados e a variedade dos bens protegidos pelas respetivas normas também incorrer na prática do crime de branqueamento, devendo ser punido por tal, nos termos dos artigos 368- A, 30 nº 1 e 77 do Código Penal.

169 O princípio non bis in idem ou ne bis in idem significa que ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime. Trata-se de um princípio de Direito Constitucional Penal que configura um direito subjetivo fundamental, enunciado no n.º 5 do art.º 29.º da Constituição da República Portuguesa (CRP). Consta, igualmente, do art.º 47º7-. do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e do artigo 4.º do protocolo nº 7 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 22 de novembro de 1984, que conheceu a sua redação definitiva com o Protocolo nº 11, a partir de 1 de novembro de 1998. Daqui resulta que um cidadão vê garantido o seu direito a não ser julgado mais de uma vez pela prática do mesmo facto punível, defendendo-se contenciosamente contra atos públicos violadores desse direito. Resulta, igualmente, que o legislador deve impedir a possibilidade de as mesmas pessoas serem submetidas a mais do que um julgamento pelo mesmo facto. O direito comporta alguma indeterminação no seu enunciado, cabendo à lei concretizar o que entende pela prática do mesmo crime. Importa referir que este princípio não inibe que um arguido possa ser sujeito a uma dupla sanção pela prática do mesmo crime, já que uma conduta ilícita pode envolver quer a aplicação de uma pena principal e outra acessória, quer a cominação simultânea de uma pena e de uma sanção administrativa, por exemplo, de ordem disciplinar ou contraordenacional. O princípio ne bis in idem não configura um direito absoluto. Ao nível do efeito negativo do caso julgado existem exceções a esse suposto caráter absoluto. É o caso do nº 2 do art. 79 do Código Penal, nos termos do qual: «se, depois de uma condenação transitada em julgado, for conhecida uma conduta mais grave que integre a continuação, a pena que lhe for aplicada substitui a anterior». Não seria compreensível que situações incluídas na continuação da conduta punível (crimes continuados) ficassem sem pena pela mera e eventual circunstância de não serem conhecidos ao tempo da formulação da acusação. Fonte: https://dre.pt/web/guest/lexionario/-/dj/117357327/view. *Vide* MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, «Blanqueo de capitales y principios penales» in Teoría *y Derecho*, nº. ,24 2018, págs. 300-273.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Nesse sentido temos, o Acórdão de Fixação de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça nº 13/2007[170] e o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 566/04[171] que determinam a possibilidade de punição do mesmo agente pela prática dos crimes precedentes e de branqueamento em concurso efetivo, sem violação do princípio *ne bis in idem*.

Por outras palavras, pode cometer o crime de branqueamento em concurso real quem é autor ou participante do facto ilegal típico subjacente, pois não há violação do princípio *ne bis in idem* na punição do mesmo agente pelos dois crimes em concurso efetivo, por serem distintos os bens jurídicos[172]. Trata-se de um crime de mera atividade e não de um crime

170 Ac. STJ, nº 2007/13, Proc. nº 05/220 (João Manuel de Sousa Fonte), DR 240 Série I de 2007/12/13.

171 Ac. TC, nº 04/566, Proc. nº 1 ,04/675.ª Secção, (Artur Maurício) in: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040566.html

172 Vitalino CANAS refere a propósito daquela expressão que, com a sua inserção, pretende-se significar que «pode cometer o crime de branqueamento em concurso real quem é autor ou participante do facto ilícito típico subjacente». In: O crime de branqueamento: regime de prevenção e de repressão. Também Paulo PINTO ALBUQUERQUE (*op. cit.*) entende que há uma relação de concurso efetivo (real) entre o crime de branqueamento e o crime precedente, quando o crime de branqueamento tenha sido cometido pelo autor ou comparticipante no crime precedente. Jorge GODINHO (*op. cit.*) apesar de concordar que a redação de 2004 tem o significado de que o agente do crime de branqueamento pode e deve ser punido em concurso efetivo com o crime precedente, defende que deve ser rejeitada a pretensão de resolver o problema atentando apenas na diferenciação de bens jurídicos, porque essa e uma postura de exacerbado normativismo e propugna que a questão a colocar e a de saber se, o facto principal em consideração abrange o facto posterior, de modo que este se deva considerar já compreendido na pena daquele e, neste sentido, punido, em nome de considerações que variam de caso para caso e que não são de fácil generalização. Paulo SOUSA MENDES e outros, defendem que o concurso que intercede entre o branqueamento e o crime subjacente só pode ser aparente ou de normas, nunca efetivo ou de infrações porque, in casu, o concurso aparente e imposto pela circunstância de o branqueamento ser um crime de conexão, o que faz, no seu entender, com que seja consumido pelo crime subjacente praticado pelo mesmo agente. SOUSA MENDES, Paulo de in A problemática da punição do autobranqueamento e as finalidades de prevenção e repressão do branqueamento de dinheiro no contexto da harmonização europeia, *cit*. Na jurisprudência, o Acórdão nº 04/566, processo nº 04/675, do Tribunal Constitucional, abordou a questão num aresto relativo ao concurso entre trafico de droga e branqueamento de dinheiro, tendo decidido que não há violação do princípio *ne bis in idem* na punição do mesmo agente pelos dois crimes em concurso efetivo, por serem distintos os bens jurídicos. Analisando a menção a concurso real efetuada no Ac. STJ nº 2007/13, conclui que aquela referencia deve ser entendida como referindo concurso de crimes (e não um fenómeno de unidade de lei), cabendo ao juiz do caso avaliar se se trata, em concreto, de um «concurso de crimes efetivo», punível segundo as regras do art. 77 CP ou de um «concurso de crimes aparente», por forca de uma relação de consumpção que leva a condenação por um único crime, servindo o crime dominado como fator de agravação da pena concreta. FERNANDES GODINHO, Jorge Alexandre, Branqueamento de capitais e crime principal, concurso efetivo ou aparente? in Formação Jurídica e Judiciária – Coletânea Tomo

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

de resultado, pelo que o branqueamento se esgota, como tal, na própria ação, não sendo possível a comissão por ação, ou a comissão por omissão, em conformidade com o art. 10 do C.P.[173]

A pena aplicada ao crime de branqueamento, não pode ser superior ao limite máximo da pena mais elevada de entre as previstas para os factos ilegais típicos de onde provêm as vantagens, pelo que, se num mesmo processo se julga o crime de branqueamento e um dos crimes do catálogo, o chamado «crime precedente», o crime branqueamento não é o crime mais grave[174].

O crime de branqueamento levado a cabo por pessoa coletiva é punível com pena menos grave que o cometido por pessoa singular, já que aquela apenas pode ser punida com pena de multa.

O advogado, portanto, só responde se se adapta ao plano delitivo do autor ou o seu comportamento implica um aumento do risco, extravasando a sua atividade profissional.

No que respeita á configuração do risco permitido[175] por parte do legislador, toda a atuação que respeite a Lei normativa, cai dentro do risco

VI, 2001, pág. 341 ss, desenvolve a problemática «de saber se um agente pode ser condenado pela prática de um crime principal ou precedente e, em acumulação ou concurso efetivo, pelo crime de branqueamento das vantagens resultantes dessa mesma infração.» O autor sublinha ainda que a principal problemática incide no concurso de crimes e não na unidade de norma ou de lei. Neste sentido, *cfr*. FERNANDES GODINHO, Jorge Alexandre, Branqueamento de Capitais e crime Principal, …, *cit*., concluiu que «a rejeição do concurso efetivo não conduz a um juízo de irrelevância das condutas de autobranqueamento: as mesmas podem ser consideradas na determinação da medida da pena, já que o Código Penal manda ter em conta «(a) conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime» (art. 65 CP). Sublinhando a importância do crime de branqueamento, continua o mesmo autor dizendo que «O branqueador terá, pois, de ser pessoa diversa da que cometeu a infração geradora das vantagens, pelo que não é punível o branqueamento de capitais obtidos pelo próprio através das infrações precedentes. A solução contrária levaria a uma dupla punição destituída de fundamento material.» Atualmente esta questão perdeu interesse com a tipificação no C.P. do crime de branqueamento, porque o legislador esclarece que o autor do facto precedente pode igualmente ser autor do crime de branqueamento.

173 Assim Vitalino CANAS, *op. cit.,* pág. 20 e 148, apelando aos ensinamentos de Germano MARQUES DA SILVA, refere que «o crime de branqueamento não é um crime de dano, mas sim um crime de perigo, na medida em que pode não haver lesão efetiva do bem jurídico protegido, antes havendo o perigo dessa lesão. Além disso é um crime de perigo abstrato, uma vez que não se exige, caso a caso, a verificação de um perigo real para o bem jurídico protegido. Por outro lado, é um crime de mera atividade e não de resultado.»

174 Ac. do TRP de 17/06/21.

175 *Cfr.*, por todos, JAKOBS, Günther, na sua tradução ao espanhol: Direito Penal, Parte Geral,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

permitido, ainda que possa dar lugar a um delito de branqueamento de dinheiro; e, toda a atuação do advogado que não respeite tais postulados, acha-se fora do risco permitido. Contudo tal não implica já de forma direta responsabilidade: ter-se-á cumprido a primeira premissa da fórmula da imputação objetiva –a criação de um risco juridicamente desaprovado–, mas terá que comprovar ainda que tal risco juridicamente desaprovado se tem concretizado, se for o caso, no resultado proibido.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos consagra no seu art. 6 (Direito a um processo equitativo), assegurando, dentre os direitos do acusado, no item 3 (c), ou de «Defender-se a si próprio ou ter uma assistência de um defensor da sua escolha».

Em termos comparativos, a Constituição Portuguesa vigente, no seu art. 32 (Garantias do Processo Criminal), estampa no paragrafo 3: «*O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os atos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória*».

Tal direito de escolha, justifica-se, com base na ideia de que o arguido não é objeto de um expediente, mas sujeito do processo, com direito a organizar a sua própria defesa[176]

A respeito da normativa de prevenção em relação à legislação espanhola, não deixa dúvidas a conclusão de que as obrigações legais se aplicam aos advogados apenas quando participarem nas transações por conta do cliente relativas a operações descritas no art. 2 de la ley.

Fundamentos e teoria da imputação, Madrid, 1995, págs. 243 e ss.

176 O art. 32 C.R.P., onde está previsto o princípio da presunção de inocência, significa fundamentalmente que o arguido não é objeto nem meio de prova. É um sujeito livre e tem, nos termos do art. 20 C.R.P., direito a constituir mandatário. O problema com que lidamos mais atualmente é o fato de parecer que só os casos que obtêm repercussão social e tempo noticioso são alvo de uma aplicação criteriosa de justiça.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

2.6. Os atos neutros

Normalmente, os negócios do dia-a-dia, como a prestação de serviços (incluindo leis) ou a venda de mercadorias, obviamente não constituem crime de lavagem de dinheiro. O mesmo princípio é totalmente aplicável ao comportamento neutro dos advogados, sem quaisquer restrições.

Obviamente, é impossível impor abstratamente à universalidade dos cidadãos, especialmente dos advogados, em sua massa quotidiana e no contato anonimo, obrigações de controle absoluto, porque a interação social baseia-se na manutenção desse anonimato, não se pode inferir que participem de crimes de lavagem de dinheiro pelo que é um comportamento padronizado e inofensivo.

Em alguns casos, os legisladores percebem que certas atividades diárias são utilizadas por criminosos para lavagem de dinheiro e, portanto, impõem obrigações de informação e cooperação àqueles envolvidos em tais atividades, mesmo que essas atividades sejam atividades diárias. Portanto, para casinos, instituições imobiliárias, como notários e advogados. Nessas circunstâncias, o sujeito não pode contar com o fato de que os que branqueiam realizam transações diárias - jogando em casinos, comprando casas, etc. - para negar a imputação, porque o legislador impõe obrigações adicionais ao acusado.

Neste sentido, é o próprio Legislador, com as suas normas anti branqueamento específicas para advogados, que substituiu outros possíveis critérios de valoração da suposta «neutralidade» de uma atuação, como a pauta de comprovar se o comportamento alegado como «ato neutro» se acha ou não dentro do âmbito de adequação profissional[177]; desta forma, a cobrança de honorários[178] por parte de um advogado nunca pode dar local ao delito de branqueamento de dinheiro (deve se reiterar que

177 Sobre a discussão, em detalhe, PÉREZ MANZANO, Mercedes. Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las «conductas neutrales». La Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004. In: BARREIRO, Agustín Jorge (coords.). Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Navarra: Civitas, 2005., págs. 815 e ss.

178 ROBLES PLANAS, Ricardo, Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria (Dir.). ¿Libertad económica o fraudes punibles? Madrid: Marcial Pons, 2003., págs. 43.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

nem sequer é necessário analisar os possíveis conhecimentos especiais do advogado[179]).

A palavra «honorário» deriva de «honra», partindo da base de que é muito difícil quantificar o valor do serviço profissional do advogado especialmente quando um dos deveres fundamentais do exercício da sua atividade é o de guardar segredo profissional, com motivo do assunto que lhe confia o seu cliente, não tem prazo de validade e vincula-lhe com caráter geral para toda a vida[180].

Para além das obrigações decorrentes da relação contratual com o cliente, os advogados estão obrigados a cumprir a defesa estipulada no contrato e respeitar o sigilo profissional com a devida diligência. O advogado também é responsável por manter as conversas e correspondência com o advogado adversário como itens reservados, e não deve divulgar ou mostrar em tribunal sem o consentimento prévio da outra parte.

No entanto, por motivos graves, a Ordem pode, a seu critério, autorizá-lo a divulgar ou exibir em tribunal sem tal consentimento prévio.[181].

179 *Cfr.* também CORDOBA RODA, Juan, Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales, 2006, *cit.*, págs. 62 e seg.; o Tribunal Constitucional Alemão em 2004 estabeleceu que sim existe possível delito de branqueamento para o advogado, quando conheça com certeza a procedência ilícita do dinheiro; em todo o caso, não há uma obrigação de indagar dita procedência, não sendo suficiente um eventual conhecimento (redução teleológica do tipo): BVerfGE ,226 ,110 267.

180 Segundo o art. 20 da Constituição espanhola, reconhece-se e protege-se o direito a «comunicar ou receber livremente informação verdadeira por qualquer meio de difusão». Além disso, segundo dispõe o art. 24 da Constituição, a lei regulamentará os casos em que, por relação de parentesco ou de segredo profissional, não é obrigado a fazer declarações sobre factos presuntivamente criminosos. O Código Penal espanhol considera delito a divulgação de segredos. Assim, o art. 199 estabelece que:

«1. Quem revelar segredos alheios, de que tenha conhecimento em função do seu ofício ou das suas relações laborais, será punido com pena de prisão de um até três anos e coima de seis até doze meses.

2. O profissional que, em incumprimento de sua obrigação de sigilo ou reserva, divulgue os segredos de outra pessoa, será castigado com a pena de prisão de um até quatro anos, coima de doze até vinte e quatro meses e inabilitação especial para a dita profissão por um período de dois até seis anos.»

O Estatuto Geral da Advocacia Espanhola, aprovado por real Decreto 2001/658 de 22 de junho, estabelece que - em conformidade com o disposto pela Ley Orgánica del Poder Judicial - os advogados devem guardar segredo de todos os factos ou notícias que conheçam em função de qualquer das modalidades da sua atuação profissional, não podendo ser obrigados a fazer declarações sobre os mesmos.

181 Segundo o art. 32 do Estatuto Geral da Advocacia Espanhola, na eventualidade de o Bastonário duma Ordem (ou o seu representante), ser requerido em virtude da aplicação duma norma legal

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Resumindo e de acordo com a teoria da imputação objetiva, segundo a qual só se deduz responsabilidade penal por um resultado proibido – neste caso, o branqueamento – se, em primeiro lugar, foi criado pelo advogado um «*risco juridicamente desaprovado*», e, em segundo termo –para o caso de que esta primeira premissa obtenha resposta afirmativa–, se «*esse risco juridicamente desaprovado se tem concretizado no resultado proibido pelo Direito Penal*».

Trata-se de imputação *objetiva*; os conhecimentos – imputação *subjetiva* – que queiram atribuir ao advogado («dolo» ou «dolo eventual»), ou uma pretendida obrigação de dever conhecer («imprudência»), são irrelevantes, desde que não seja estabelecida previamente (sem ter em

ou notificado pela autoridade judicial ou governamental competente, para realização de uma busca no escritório dum advogado, deverá apresentar-se em dito lugar e assistir às diligências velando pela salvaguarda do segredo profissional.

Em relação ao segredo profissional do advogado o Código Deontológico da Advocacia Espanhola assinala que a confiança e a confidencialidade nas relações entre cliente e advogado - incluída dentro do direito do cliente à intimidade e a não fazer declarações contra o seu interesse – assim como os direitos fundamentais de terceiros, «impõem ao advogado o dever e atribuem-lhe o direito de guardar segredo no que diz respeito a todos os factos ou notícias que conheça em função da sua atuação profissional, sem que possa ser obrigado a fazer declarações sobre os mesmos», como reconhece o art. 542 da Ley Orgánica del Poder Judicial.

O Código Deontológico igualmente dispõe que:

- O segredo profissional compreende as confidências e propostas do cliente, as da parte contrária, as dos colegas e todos os factos e documentos de que tenha tido notícia ou tenha recebido em função de qualquer das modalidades de sua atividade profissional;
- Os advogados não podem entregar em juízo, nem facilitar aos seus clientes, as cartas ou comunicações que receba do advogado da parte contrária, salvo expressa autorização deste;
- As conversações com os clientes, com a parte contrária ou com os seus advogados – em pessoa ou por qualquer meio telefónico ou telemático-, não podem ser gravadas sem prévia advertência e com o acordo de todos os intervenientes e, em qualquer caso ficaram sujeitos ao segredo profissional
- No caso de exercício da advocacia em forma coletiva, o dever de segredo estende-se aos demais integrantes do coletivo. Desta forma, o advogado deve assegurar que o segredo profissional é respeitado pelo seu pessoal e por outra pessoa que colabore com ele na sua atividade profissional;
- O dever de manter o segredo profissional existe inclusivamente depois da prestação de serviços ao cliente ter terminado, sem que esteja limitado no tempo.

Finalmente, o Código Deontológico assinala que, em casos excecionais de muita gravidade em que a preservação do segredo profissional pudesse causar «prejuízos irreparáveis ou flagrantes injustiças», o Bastonário da Ordem aconselhará o advogado com a finalidade exclusiva de o orientar e, se for possível, determinar meios ou procedimentos alternativos de solução do problema, ponderando os bens jurídicos em conflito. Isto não afeta a liberdade do cliente, que não está sujeito ao segredo profissional, mas cujo consentimento por si só não libera ao advogado da preservação do mesmo.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

conta esses conhecimentos ou esse suposto dever conhecer) a imputação objetiva com o resultado proibido.

Se o advogado se manteve dentro dos limites do risco permitido, isto é, se não ultrapassou o «risco proibido» configurado pela normativa anti branqueamento, não terá responsabilidade jurídico-penal.

A legislação de combate à lavagem de dinheiro define as responsabilidades dos advogados de maneira detalhada. Não há aplicação retrospetiva adversa a esta configuração, e não há explicação extensa para atender a outras posições de garante que não sejam claramente especificadas (por exemplo, se um estado não for um paraíso fiscal), os advogados que trabalham com empresas nelas registadas estão agindo dentro da faixa de risco admissível; não é apropriado fazer analogia com o réu de forma como «parece um paraíso fiscal» e «é assim que funciona».

Os legisladores de direito não podem impor obrigações cada vez mais positivas aos advogados (advogados, notários, comerciantes, empresários, etc.) e outros profissionais para prevenir a lavagem de dinheiro por tempo indeterminado, porque sua profissão não está relacionada ao processo de investigação criminal no país. O princípio de confiança habilita ao advogado para poder confiar normativamente em que os seus clientes se comportam conforme o Direito, embora faticamente se saiba que há clientes que defraudam tais expectativas normativas.

A relação advogado-cliente é pessoal e a consulta jurídica é um serviço pessoal. Naturalmente, quando um advogado assina um contrato com um cliente, existe o conceito de cliente. Podemos entender que clientes são pessoas que precisam dos serviços profissionais de advogados em qualquer das suas expressões, pessoa que estabelece relação com o profissional através de outro advogado que confia ou representa o cliente ou mediante consulta informal. Este conceito também é usado num sentido mais amplo para definir como alguém protegido ou guardado por outros.

Mas podemos pensar num cliente como alguém que solicita informações jurídicas sobre um problema ou situação específica? Para tratar um advogado como cliente, é necessário compensar o advogado pelas informações jurídicas prestadas?

Os advogados, como advogados, devem ser honestos e leais, e os compromissos entre eles e os clientes geralmente ocorrem bilateralmente e

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

por acordo. O cliente, como cliente, não é obrigado a ser honesto ou sincero com o seu advogado, embora o advogado deva exigir que o seu cliente seja honesto, leal e sincero, caso o faça será punido com a rescisão imediata da relação entre eles. O advogado deve receber formação suficiente para determinar que os interesses do cliente requerem sua defesa, conselho ou consulta. Se os interesses especiais do cliente não forem reconhecidos, é difícil estabelecer uma relação de confiança.

O principal interesse do cliente pode residir na informação correta que o advogado deve fornecer-lhe, sobre a sua defesa ou as questões a consultar e o impacto final sobre os seus interesses, direitos e obrigações, que se limitam ao domínio jurídico. Os advogados devem informar cabalmente os seus clientes e, para serem considerados na sua atividade profissional e no âmbito dos serviços que prestam, devem fazê-lo com absoluto respeito pelas sua lex artis. Isso significa compromisso total com as normas deontológicas. Para informar o cliente corretamente, devemos primeiro ouvir as opiniões do cliente e verificar cuidadosamente a versão do cliente.

O advogado não deve nunca garantir quaisquer resultados um parecer sobre a questão do seu cliente, mas tão só o resultado mais provável, fruto de uma apreciação conscienciosa do mérito da causa do cliente.

As informações que o advogado deve fornecer devem ser oportunas e atualizadas. Não devem ser dadas apenas quando solicitadas mas sim em todos os momentos em que se justifique. Claro, também incluem informações sobre as consequências do seu comportamento, incluindo o comportamento que foi realizado e o comportamento que o cliente planeia realizar. Ao disponibilizar toda esta informação aos clientes, trata-se de serviços de apoio judiciário, garantindo-se assim o direito ao apoio judiciário a que todo cidadão em sociedade democrática tem direito. Este dever tem como contrapartida o dever de o cliente informar o advogado, sobretudo quanto á matéria de facto, designadamente quanto à organização e produção da prova, tratando-se de um verdadeiro dever do cliente e não apenas um ónus, pelo que o advogado pode responsabilizar o seu cliente por falta da informação necessária ou por informação incorreta que lhe acarretou a perda da questão e diminuição da clientela. Esta troca de informações, não se destina a transferir responsabilidades

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

de tomada de decisões do advogado para o cliente mas tão somente possibilitar ao cliente o exercício esclarecido do seu direito de dar instruções não técnicas ao seu advogado.

Porque os advogados estão sujeitos à parcialidade, os advogados têm o direito de aceitar ou abandonar a liderança do assunto depois de se darem conta dos interesses afetados, sem ter que assumir qualquer responsabilidade mas só comum motivo justificado. Os advogados têm o dever de exigir civilidade dos seus cliente para com a parte contrária e outros intervenientes processuais. No entanto, o advogado não terá qualquer relação com o seu cliente ou com a causa deste em razão do exercício das suas funções. Este é um núcleo importante para o correto desempenho dos interesses do cliente.

Todo cidadão tem a mesma obrigação de trabalhar duro para estabelecer uma instituição imparcial, e os advogados não têm responsabilidades morais especiais a esse respeito. A cobrança de honorários é um dos direitos do advogado, mas o advogado pode negociar com a pessoa para concordar ou discordar dos honorários com base nas circunstâncias específicas da consulta ou nas informações jurídicas exigidas. Se a pessoa além de solicitar informações jurídicas sobre o conteúdo das normas, também pede ao profissional que lhe dê conselhos, ou que defenda os interesses e direitos da pessoa que acredita estarem ameaçados ou vulneráveis. Portanto, na verdade, seja qual for a sua remuneração, é um cliente.

Não obstante, note-se que o CCBE emite uma definição de cliente, considerando toda a pessoa que tem uma relação profissional por meio de um mandato determinado ou uma prestação de serviços. Um passo mais na delimitação de dito binómio, obtemo-lo na afirmação de que a relação entre advogado-cliente é *intuitu personae*, não podendo intervir um terceiro, salvo que assim o consinta esse mesmo cliente.

No entanto, a relação advogado-cliente deveria ser recíproca, lembremo-nos que o advogado tem plena liberdade para aceitar ou abstenção a sua intervenção, num determinado assunto[182].

182 Neste mesmo sentido pronuncia-se o art. 26 do Estatuto Geral da Advocacia Espanhola, habilitando a renúncia em qualquer fase do procedimento e sempre que não se produza falta de defesa.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

É por isso que os advogados devem contar com certos mecanismos de proteção, como a independência e a liberdade de exercício profissional, desde que o método de contencioso do advogado seja correto e suficiente. Por sua vez, a fidelidade à prática jurídica exige que o profissional se mantenha independente dos seus clientes. Se o cliente discordar do método do advogado de enfocar sua defesa, se achar conveniente, ele pode procurar outra pessoa, e a relação entre eles será rompida. Do mesmo modo, se o cliente pressionar indevidamente o advogado e pretender exercer o seu direito de defesa, o advogado também pode destruir a relação acima referida. Trata-se de liberdade de defesa.

Só se a confiança já foi defraudada – a analisar *ex ante* e nunca *ex post* –, terá um dever de denúncia. O advogado só responde se existe uma inequívoca ação que supera de forma alheia o seu papel social profissional ou o seu comportamento implica um aumento do risco.

De acordo com o Instituto, todo cidadão, por viver sob o estado de direito, poderá normativamente acreditar que o desempenho de outros cidadãos, que também fazem parte do mesmo estado de direito se desenvolverá sem afetar as infrações penais - escopo típico.

Esta é uma confiança normativa, não apenas uma confiança factual. Isso significa que o sujeito pode e deve acreditar na lei e não será culpado por não tomar precauções para evitar resultados prejudiciais, mesmo que na verdade todos saibam que existe crime e que um terceiro use a situação para fins ilegais.

De um modo geral, um advogado deve ser capaz de aceitar plenamente o princípio da confiança no seu cliente, embora seja sabido que poderão existir clientes que violem essa confiança. Isso, ao menos quando não tenha outro tipo de dados suplementares, *v. gr.*, que a pretendida confiança não tenha já sido defraudada. Pode-se acreditar pela norma que a atuação do cliente também está de acordo com a lei, ao invés de estabelecer deveres específicos de controle além dos deveres impostos pela própria legislação de lavagem de dinheiro aos advogados. Em outras palavras, os advogados devem parar de confiar apenas quando um evento que viole a norma realmente ocorra, não antes.

Efetivamente, o princípio de confiança impõe um dever de cautela no dever geral de comunicação que foi imposto ao advogado, de modo tal

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

que o atual regulamento de branqueamento não deve ser interpretado no sentido de um dever de comunicação *imediato*[183].

Pense-se que tais deveres anti branqueamento devem se conjugar com as próprias obrigações do advogado, e assim, conquanto os mesmos existem *ex lege*, não é menos verdadeiro que o advogado não é plenamente livre de comunicar os dados dos seus clientes, sem que se trate uma causa de atipicidade para isso, e essa causa é a legislação que estabelece as operações que devem ser comunicadas.

Uma comunicação de dados do cliente, a pessoas alheias ao relacionamento de confiança advogado/cliente, pode infringir tanto o art. 18.1 CE (direito à intimidade), como o art. 24.2 *in* fine CE (segredo profissional), como, inclusive, o próprio direito de defesa do art. 24.2 CE.

E mais: se posteriormente não se confirma suspeita fundada[184] da existência de uma operação de branqueamento, é claro que o cliente poderia inclusive iniciar ações civis contra o advogado, e, em todo o caso, o que é mais relevante desde um ponto de vista prático: poucos clientes confiariam num advogado que denuncia «alegremente» os seus próprios clientes como suspeitos de branqueamento, sem uns indícios mais do que suficientes para isso, o qual implica, necessariamente, que a comunicação não se produza de forma imediata (sempre debaixo do amparo do princípio de confiança).

A falta de comunicação envolvendo lavagem de dinheiro - na verdade, qualquer comunicação - criará uma atmosfera de desconfiança entre outros clientes ou clientes em potencial e presumirá que haja um corpo estranho na sub-instituição do princípio de confiança.

Nesse sentido, o princípio da confiança parece ser uma limitação importante do critério causal de atribuição na ampliação das responsabilidades

183 CORDOBA RODA, Juan, Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales, 2006, *cit.*, págs. 25 e ss., 46 e ss.

184 *Cfr.* por exemplo, neste sentido, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, El delito de blanqueo de capitales, Madrid, 2000, pág. 263: «No caso de que se trate suspeita infundada e posteriormente não se confirme a existência de uma operação de branqueamento: Então terá que analisar se a exigência de boa-fé pode fazer com que se exima à entidade ou pessoa que violou o seu segredo profissional com ânimo de colaborar na perseguição do branqueamento de dinheiro. Apesar de que a Lei só exija boa-fé, achamos necessário interpretar que esse requisito inclui a diligência que deve respeitar todo profissional (…). Por tanto, quem violou o segredo deveria responder pelos eventuais prejuízos que a sua ação provocará».

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

dos coautores ou afiliados. Por exemplo, se um advogado constituiu várias empresas estrangeiras, com o objetivo de realizar negócios imobiliários, ele pode contar com o fato de o dinheiro ter passado pelo «filtro» do banco para evitar a lavagem de dinheiro, ou seja, ele pode confiar no princípio de confiança e, portanto, não causará nenhum risco não permitido por lei.

Na verdade, ele não é o mais adequado - por seus meios - para rastrear os vestígios de fundos de bancos económicos. Por que não poderia o advogado trazer a colação na sua defesa a regulação bancária do branqueamento de dinheiro a qual se pode resumir na consagração do princípio conhecido em âmbitos bancários como «conheça ao seu cliente»[185]?

Além disso se sei fizessem comunicações em massa elas teriam cada vez menos relevância por falta de meios para as investigar, fazendo tabela rasa não só do princípio de confiança em concreto, senão também, em geral, da completa fórmula da imputação objetiva.

Podemos imaginar problemas vários originando na pretensão de impor ao advogado o dever de vigilância e de comunicação de operações suspeitas:

Será que a relação entre o advogado e o cliente resistirá quando se descobrir que o advogado foi a fonte da denúncia de uma atividade suspeita por parte do cliente? Poderá ele ser processado pelo mesmo, caso as suspeitas não se confirmem? No final o advogado poderá, além de perder o cliente, ser processado[186]?

Quem vai querer consultar um advogado se não puder ser «transparente» e revelar a ele as razões de seu infortúnio?

O advogado é escolhido, como assistente, devido à sua imparcialidade. O que acontece a partir da altura em que ele tiver a obrigação de ser parcial em favor das autoridades?

185 Declaração de princípios de Basileia de 1988, do Comité sobre regulação e práticas de controlo das operações bancárias.

186 No caso de o advogado ter agido de boa-fé a própria lei não permite que seja alvo de abertura de processo. No entanto o que está aqui em causa é justamente esse conceito indeterminado que é a boa-fé. A expressão «terceiros de boa-fé» vem refletida no Código Civil, que proclama como princípio geral do direito que «os direitos deverão exercitar-se conforme às exigências da boa-fé», entendendo por boa-fé que o facto tem de se comportar com sustentação às normas da ética no exercício de tais direitos.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Nas hipóteses em que a atuação do profissional teria possibilitado ou facilitado um comportamento criminoso alheio, não se pode se negar um sentido criminoso ao seu comportamento, ao incrementar o risco para o bem jurídico tutelado. Para os casos do efetivo exercício da profissão dentro do risco permitido, em que se atesta a inexistência de conexão com o delito antecedente, por exemplo, na coleta de honorários manchados em função dos serviços prestados pela defesa, não se afigura dimensão de perigo ao bem jurídico tutelado pela norma em decorrência dessa atividade profissional (quer seja a Administração da Justiça, quer seja a ordem socioeconómica), ao não se identificar, aí, qualquer sentido criminoso no comportamento.

Estar-se-ia diante de comportamentos socialmente adequados, comportamentos neutros impeditivos da imputação objetiva do resultado. De uma atividade adequada socialmente, não pode derivar-se um comportamento típico de branqueamento.

Nos últimos anos, a doutrina discutiu como lidar com casos de cumplicidade por meio de ações neutras. Essas ações geralmente envolvem ações de terceiros que danificam ativos legítimos, promovendo ou apoiando atividades criminosas de terceiros.

Do ponto de vista académico, o conceito de comportamento neutro é aberto e é considerada como sendo a contribuição aos fatos ilegais de outra pessoa, e que à primeira vista pareçam completamente normais.

Diversos exemplos analisados identificam-se com a modalidade de delitos comuns: é o caso da compra do machado, da venda da chave e do pãozinho integral usado para fins de envenenamento, da consulta ao advogado ou o taxista que transporta repetidas vezes os corréus. Outras hipóteses podem ser inseridas na categoria dos delitos económicos, expondo uma nítida especificidade fraudulenta na descrição típica.[187]

Eis os exemplos: o funcionário do banco ao efetuar uma transferência para uma instituição financeira estrangeira tendo conhecimento da intenção do cliente de defraudar o pagamento dos impostos devidos; ou o contabilista ao lançar como despesas determinados gastos do seu cliente; o fornecedor de carne de uma empresa distribuidora ciente de que seu

187 As hipóteses são retiradas de GRECO, Luís, Cumplicidade através de Ações Neutras..., *cit.*, pág. 3.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

produto será comercializado sob procedência falsa de qualidade superior; e do advogado ao aconselhar o seu cliente em operações bancárias, dentre outras.[188]

Todos esses exemplos indicados apresentam características comuns: todos estão inseridos no marco da legalidade e são executados dentro do papel social desempenhado (comerciante, particulares, funcionário, profissional liberal, etc.). Portanto, as atividades realizadas são lícitas e, no caso específico do advogado, chegam a ser natural decorrência do desempenho de suas prerrogativas. Ao mesmo tempo, depara-se com um fator similar e determinante a todas elas: acabam favorecendo o comportamento criminoso de outrem.

Obviamente, no tratamento da figura típica do branqueamento de dinheiro, esse entendimento também seria válido para o caso do cirurgião plástico ao prestar os seus serviços ao acusado de tráfico de estupefacientes; do vendedor de concessionária automóvel ao efetuar venda irregular; do taxista ao transportar o acusado de branqueamento, e, finalmente, da coleta de dinheiro manchado, a título de honorários, por parte do defensor. O fundamento dessas atividades do comerciante, do padeiro, do vendedor de veículos, do advogado, entre outros, encontra-se na proteção da liberdade de iniciativa garantida pela Constituição.[189]

As possíveis sanções para essas ações constituirão um fator de insegurança jurídica e terão um impacto adverso nas atividades sociais e económicas que cumprem o estado de direito. Para esse fim, a doutrina do direito penal não mede esforços para fornecer padrões doutrinários para limitar o alcance das penalidades para cúmplices em face de comportamento neutro e para determinar quem é cúmplice ou participante.

Exemplificativamente, quando o advogado recebe honorários manchados atuando na defesa do agente ao qual se lhe imputa a prática de

188 As hipóteses são retiradas do estudo de ROBLES PLANAS, Ricardo, Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos, in: SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria (Dir.). ¿Libertad económica o fraudes punibles? Madrid: Marcial Pons, 2003, pág. 17 e s. O exemplo do funcionário do banco e da transferência de uma grande soma de capital também é divulgado no texto de GRECO, Luís, Cumplicidade através de Ações Neutras..., *op. cit.*, pág. 3.

189 As hipóteses são retiradas do estudo de ROBLES PLANAS, Ricardo. Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos, in: SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria (Dir.). ¿Libertad económica o fraudes punibles? Madrid: Marcial Pons, 2003, pág. 17 e s.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

um delito antecedente ao branqueamento, esse profissional não revela com o seu comportamento nenhum sentido objetivamente criminoso, situando-se dentro dos limites do risco permitido. Inúmeros exemplos poderão ser aventados para demonstrar as condições nas quais o profissional supera essa delimitação: nas hipóteses de contratos simulados, na expressa ocultação do dinheiro ilegal recebido na condição de «testa de ferro» do autor principal.[190]

Nesse caso, o comportamento será claramente voltado para facilitar ou promover o comportamento criminoso de outrem, não sendo mais possível dizer um comportamento neutro, nem há necessidade de considerar a perspetiva subjetiva da constituição penal de tal comportamento. Portanto, no caso de exclusão de atividades neutras, a hipótese da teoria da imputação objetiva tem obtido resultados mais satisfatórios nos casos de reciclagem de dinheiro e atuação de advogado.

Como mencionado anteriormente, vivemos em uma sociedade de risco e as atitudes profissionais são muito semelhantes ao comportamento criminoso. Deve ser analisado caso a caso, por exemplo, se essas contribuições podem ser obtidas em outro lugar, se podem ser obtidas por qualquer outra pessoa que haja licitamente, não causará dificuldades para o autor principal, e se são adequadas para medidas de proteção criminal.

Nota-se que, mesmo que o sujeito não contratasse um advogado, mas recorresse a um defensor público, por exemplo, o resultado, ou seja, a sua defesa, seria exercida da mesma forma.

Portanto, os advogados têm medo de praticar porque têm medo de serem acusados de cometer crimes e tais sanções são totalmente inadequadas para proteger os interesses legítimos. Quem comete o crime predicado jamais deixará de praticar, somente recorrerá a outra instituição em busca de ajuda. Como às vezes argumentado, não há nada para falar sobre «qualquer benefício» da prevenção do crime. A contratação de um advogado para a defesa de um indivíduo não constitui um benefício, mas uma garantia de seus direitos. Lembramos que o direito de defesa está previsto na Constituição, e o direito de ser defendido por profissional habilitado também inclui a possibilidade de escolha de quem ele é.

190 As hipóteses são retiradas do estudo de BITTENCOURT, Cézar, MONTEIRO, Luciana de Oliveira, Lavagem de Dinheiro..., *cit*., págs. 204 e 205.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Então, as regras que tratam os advogados como participantes do crime serão completamente desproporcionais. Todos os ramos da lei podem estar sujeitos a condenações criminais devido ao pressuposto de falta de cuidado. Aqui, o direito à defesa do cliente, a liberdade do advogado e a proteção dos direitos legais estão em conflito. A proibição de exercer livremente a profissão de advogado constituiria um perigo constitucional.

O advogado é um profissional como tantos outros e muitas vezes lida com riscos, mas não pode assumir funções de polícia judiciária ou de órgãos de controle. Além disso, um dos principais argumentos é a necessidade de manter a obrigação moral exigida para suas atividades: o sigilo profissional. Portanto, é possível acreditar que, quando o advogado exerce sua profissão livremente, não pode ser o único responsável pela cobrança de honorários ilegais. Isso porque essa atitude será considerada um comportamento neutro e será removida da lista de crimes. É importante enfatizar que o conhecimento ou intenção é irrelevante no contexto de avaliação de práticas comportamentais neutras.

O advogado, recebe o dinheiro com o intuito de ser pago pelos seus serviços.

O risco aqui de imputações arbitrarias é evidente. Portanto para averiguar se a atividade de um advogado constitui ou um crime de branqueamento deve-se verificar a existência do dolo. O advogado, então, que atua no livre exercício de sua profissão e recebe valores (ou bens) como forma de honorários do serviço prestado, não atua com dolo de branquear dinheiro e, por isso, não deve ser responsabilizado pela coleta de honorários manchados.

Ou seja, qualquer tendência para um dos lados da balança, dever de justiça *vs.* outros deveres deontológicos, *v.g.* deveres para com o cliente e para com a comunidade, deve ser cuidadosamente considerada, sob pena de destruirmos a função social do advogado.

Segundo a sentença de 5 de julho de 2007: «*O crime de branqueamento de dinheiro não surge pelo gastar dinheiro do crime, mas pela sua transformação falsa em dinheiro legal. Daí o legislador classificar como comportamentos típicos o ocultar ou o transformar, seja pela dissimulação de sua natureza, fonte ou movimentação.*

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Também pode a aparência de dinheiro legal dar-se pela dissimulação de propriedade (tem o dinheiro e o usa para compras de bens que não assume serem seus). Nem seria razoável ou proporcional tornar típico o comportamento de gastar o dinheiro do crime, porque é uma consequência normal e objetivada desde o início pelo comportamento criminoso. Ou seja, o agente pratica o crime de roubo para gastar o dinheiro obtido com esse comportamento; absurdo seria pretender que o agente roubasse e não gastasse o dinheiro do crime.

Por exemplo, se o agente rouba e, para legitimar o dinheiro obtido, compra um bilhete de loterias premiado, está então a realizar novo descrédito, de dar ao dinheiro do crime a aparência de legal pela prova falsificada de que obteve um prémio. Não se pune o gastar dinheiro do crime, pós-fato impunível e natural ao agir desde o início planeado pelo criminoso. Pune-se o comportamento de branqueamento, a transformação dissimulada do ilegal dinheiro em legal.»[191]

Pelo contrário todos os valores pagos pelo réu diretamente, sem subterfúgios, não constituem crime de branqueamento, mas um gastar de dinheiro, legal ou ilegal, e isso não é crime. E aí podem incluir-se os honorários de advogados.

Existem outras situações quotidianas as quais facilitam a prática de um crime por um terceiro. É o caso do taxista que conduz repetidamente os delinquentes até o local onde eles praticam crimes[192], a venda de remédio abortivo à mulher que finge não estar grávida, ou empréstimo de um machado para que outrem, posteriormente, cometa crime com o instrumento, ou o padeiro que vende um pão e em seguida o alimento é envenenado por terceiro e este utiliza-o para matar alguém.

A segunda pergunta importante seria: qual o critério dogmático a utilizar-se para definir a imputação do participante e a punibilidade (ou não) de determinadas ações neutras?

191 TRF4 – APELAÇÃO CRIMINAL N. 3-1999.70.00.013518/PR – Rel. Des. Fed. Néfi Cordeiro – 7ª Turma – D.E. 2007-7-5 *apud* Sánchez Rios, Rodrigo, Advocacia; a lavagem de dinheiro, série Gvlaw, Editora Saraiva, 2010, pág. 135.

192 As hipóteses são retiradas do estudo de ROBLES PLANAS, Ricardo. Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos, in: SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria (Dir.). ¿Libertad económica o fraudes punibles? Madrid: Marcial Pons, 2003, pág. 17 e s. Nesse caso, dúvida não há com relação ao comportamento criminoso do taxista.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Verificam-se duas posições principais, quais sejam, a proposta inserida no âmbito do tipo objetivo e as direcionadas à relevância da limitação no plano do elemento subjetivo.

A utilização do risco permitido como critério delimitador da cumplicidade que acabe por ultrapassar o filtro da imputação objetiva receberá explicação de natureza objetiva e subjetiva. A primeira buscará identificar quais ações facilitam ou favorecem a ação de terceiro, existindo ou não uma finalidade autónoma naquelas. Já a segunda buscará o prévio conhecimento do plano criminoso do autor em detrimento do risco permitido.

Basicamente os critérios apresentados são os seguintes:

A teoria da adequação social

O primeiro critério citado na maioria das pesquisas até o momento desenvolvidas sobre o tema é o da «adequação social»[193]. Consiste num modelo auxiliar de interpretação apto a restringir o alcance do tipo, abarcando ocasionalmente comportamentos rececionados pela ordem social[194]. Se o tipo criminoso estabelece um modelo de comportamento proibido, este não poderá englobar na sua interpretação, situações aparentes, comportamentos legais e socialmente adequados. A matéria de

193 Desenvolvida por WELZEL, Hans. El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução e notas de José Cerezo Mir. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2001., pág. 86-85.

194 Aos olhos de FIGUEIREDO DIAS, a cláusula da adequação social seria nada mais que um critério hermenêutico, pois os mesmos resultados que se chegam a denominada teoria são obtidos por meio de uma interpretação correta (sobretudo a interpretação teleológico-funcional) de «singulares elementos do tipo». Sua utilidade em si não comporta nenhum elemento especial, mas é tida como relevante para delimitar o «risco permitido» na teoria da imputação objetiva. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, Direito Penal: Parte Geral...., *cit.*, pág. 293.). HASSERMER desenvolveu a teoria da adequação profissional sob um ponto de vista mais específico: se determinadas profissões possuem regras e as condutas dos profissionais são realizadas de acordo com essas regras estabelecidas, então, sua ação estaria dentro de uma adequação e não constitui uma conduta típica. (PÉREZ MANZANO, Mercedes. Neutralidad delictiva y blanqueo de diñeiro…, *cit.*, pág. 176.) Tanto é que as próprias diretivas da União Europeia não projetam deveres específicos em relação aos honorários sobre informação ou outro dever preventivo, além disso exclui os deveres e responsabilidade dos advogados que atuam em juízo na defesa de um cliente ou que define situação jurídica com o intuito de garantir o direito de escolha do advogado, por meio de todos os instrumentos legais do devido processo legal, garantindo a confidencialidade essencial que perpetua a profissão. (PÉREZ MANZANO, Mercedes. Neutralidad delictiva y blanqueo de diñeiro…, *cit.*, pág. 181.).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

proibição dos tipos penais diz respeito apenas a ações que se afastam gravemente da norma social historicamente estabelecida.

Exemplos: o primeiro diz respeito ao ferimento resultante de um pontapé durante um jogo de futebol.[195]

Embora possa ocasionar um dano físico grave, trata-se de uma atividade socialmente aceite pelo que a sua ação estará excluída do tipo, estando situada entre os comportamentos normalmente permitidos, desde que obviamente se encontre dentro da normal ocorrência e, portanto, de boa-fé.

O segundo exemplo trata dos pequenos presentes de fim de ano, habituais em países como o Reino Unido, propagados no meio social, oferecidos aos carteiros e a outros funcionários prestadores de serviços à comunidade (por exemplo, os homens do lixo).[196]

Essa prática, socialmente aceita, não poderia ser considerada como crime contra a Administração Pública.

Inúmeros são os casos: o tráfego viário e a utilização de tecnologias modernas, entre outras, deveriam ser suprimidos caso se pretendesse abolir qualquer tipo de perigo. Por isso, segundo a doutrina, somente seria possível restringir a mínima parte do perigo que não pode ser excluído caso a atividade correspondente seja permitida.

Para a criação do perigo subsistente tem-se adotado, já há algum tempo, a conceção de «risco permitido», não existindo motivo para se limitar essa figura jurídica ao comportamento negligente. Saliente-se que a ideia do critério da adequação social abrangeria também as situações de resultado doloso nas quais o autor tenha cumprido o dever de cuidado dele exigido.[197]

---

195 Exemplo referido em TOLEDO, Francisco de Assis, Princípios básicos de direito penal: de acordo, com a lei 84/7.209 e a Constituição Federal de 4 .1988. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, pág. 162.

196 *Vide* WELZEL, Hans, Derecho penal alemán, Editorial Jurídica de Chile, 1993, Santiago de Chile, Chile, p. 84. Ainda, por exemplo, ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general, Fundamentos. La estrutura de la teoria del delito, in: PEÑA, Diego-Manuel Luzón; CONLLEDO, Miguel Díaz y García, REMESAL, Javier de Vicente (Trad.), Madrid: Civitas, 1997, p. 293. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, Direito penal, Parte geral, *cit*., p. 29.

197 «O marido que abandona a sua família mantém-se dentro de uma atuação adequada socialmente, ainda que saiba que poderá provocar o suicídio de sua esposa. O barman de um hotel que tenha servido álcool a um condutor de veículo automotor deverá impedir que este prossiga

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

A discussão não reside no fato de um comportamento ser socialmente inadequado para ser punível, mas, sim, sob quais condições possa afirmar-se que uma ação se orienta dentro de valorações sociais positivas.

Tanto o critério do risco permitido quanto o princípio da insignificância são mais precisos do que o método interpretativo da adequação social. [198]

No segundo grupo trata-se da exclusão do tipo das ações insignificantes e socialmente toleradas (por exemplo, pequenas ofertas ao funcionário público pelas festas de fim de ano). Nesse caso, não existe figura típica em decorrência da não lesão do bem jurídico protegido, e não pelo critério da adequação social, o qual seria assaz impreciso. Essa discussão, desenvolvida na esfera dos delitos comuns, é extensiva para os delitos de branqueamento de dinheiro: Se um conhecido criminoso cuja foto[199] sai continuamente nos jornais e tem vários casos penais abertos se aproxima para comprar um pão na padaria, constitui branqueamento a aceitação de dinheiro com a suspeita de que procede do crime? Parece óbvio que o fato de receber o dinheiro é sinal da venda do produto, constituindo genericamente um comportamento socialmente adequado pois está assente em garantias constitucionais como as da ampla defesa e do livre exercício da profissão, valores estes revestidos de legitimidade constitucional. Por força do princípio da presunção de inocência, o simples fato de que o cliente está a responder a um processo não leva à conclusão de que o advogado esteja praticando o comportamento de branqueamento de dinheiro[200].

---

sua viagem se a embriaguez do cliente tiver alcançado um nível elevado que o impeça de atuar responsavelmente.» WELZEL, *op. cit.*, pág. 86-85.

198 «No primeiro grupo do risco permitido ou juridicamente irrelevante (tráfego viário, por exemplo), ao se observarem os artigos correspondentes, mantêm-se a comportamento dentro do risco comum no tráfego, desse modo, não se preencheria o tipo de lesão não obstante a produção de um resultado. Por princípio, a imputação ao tipo objetivo pressupõe que o resultado seja decorrente de um risco criado pelo autor, e não permitido. Dessa forma, a tipicidade seria excluída com os critérios gerais de interpretação da teoria da imputação objetiva.» SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo, Advocacia a Lavagem de dinheiro, série GVLAW, Editora Saraiva, 2010.

199 Exemplo retirado de PÉREZ MANZANO, Mercedes, Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales. In: FERNANDEZ, Miguel Bajo; BACIGALUPO, Silvina (Ed.). Política criminal y blanqueo de capitales. Madrid: Marcial Pons, 2009, págs. 816 e 817.

200 A presunção de inocência: No ordenamento jurídico português, desde 1976, encontra-se

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Ou seja, o advogado extrapola os limites do direito fundamental quando recebe dinheiro sabendo de sua fonte ilícita.

Portanto, se o cliente possui ativos de uma fonte legal, a cobrança estará dentro da faixa permitida, a menos que haja outras circunstâncias que possam ser consideradas ilegais. Se o cliente não tiver ativos de origem legal, a mesma situação não acontecerá. Por este motivo, se o advogado

consagrado o princípio da presunção de inocência do arguido, constitucionalmente previsto no art. 32, nº 2 da Constituição da República Portuguesa com a seguinte redação: «Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação. Neste mesmo sentido o art. 11, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, dispõe: «Toda a pessoa acusada de um fato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.» No art. 14, nº 2 do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos diz: «Qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida.» E ainda, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, onde no art. 6, nº 2 estabelece: «Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada». Do princípio da presunção de inocência do arguido decorre a inexistência de um ónus probatório do arguido em processo penal, no sentido que o arguido não tem de provar a sua inocência para ser absolvido e um princípio *in dúbio pro reo*. O princípio da presunção de inocência dispensa a defesa da necessidade de provar a inocência do arguido, para obter uma absolvição, concentrando na acusação o esforço probatório no sentido da prova da culpa do arguido. A presunção de inocência é no ordenamento jurídico nacional mais do que uma presunção no sentido técnico jurídico, é um direito do arguido, que se traduz num comando dirigido ao legislador ordinário, impondo-lhe que as normas penais não consagrem presunções de culpa e que não façam decorrer a responsabilidade penal dos factos apenas presumidos. O direito de cada pessoa ser tratada e considerada como inocente ao longo de todo o processo, de modo que a contenção, a restrição e a negação dos seus direitos de cidadão sejam limitados qualitativa e quantitativamente ao estritamente necessário, impõe que se legisle no sentido de que não saia diminuído, direta ou indiretamente, o princípio da presunção de inocência do arguido. O regime da Diretiva viola diretamente este princípio. Isto porque, a Diretiva vem impor ao cidadão o ónus de provar «*ab initio*» as suas inocências quando estejam em causa atividades na mesma prevista: O cliente à partida é suspeito. Cabe-lhe assim, uma nova preocupação a de convencer o seu advogado que não tem participação em nenhuma atividade ilícita de branqueamento de dinheiro. Permita-se a conclusão sobre o exposto de que um cliente acusado é considerado inocente até ao transito em julgado da condenação, pela Constituição e por Convenções Internacionais. Mas, um cliente que de nada foi acusado, tem agora sobre ele o peso de provar que é inocente, porque presume-se culpado, requerendo-se a sua identificação, informando e fiscalizando, sem nada lhe dar conta. A Exposição de motivos do atual Código Deontológico da advocacia parte da premissa de que a Constituição reconhece a toda a pessoa o direito a não testemunhar contra si mesma, e também o direito à intimidade. Refere em dita Exposição de motivos que o cidadão precisa do advogado para conhecer o alcance, a transcendência dos seus atos e, para isso, deve lhe confessar as suas circunstâncias mais íntimas, de forma que o advogado se converte em custódio da intimidade pessoal do seu cliente e do seu inalienável direito a não declarar contra si mesmo.» CASTRO, Paula de, Branqueamento das virtudes. Último acesso – 2020/10/22:
https://portal.oa.pt/upl/7%B8adc-6872aa49-07cc9-ebd52-c63628bf7%80D.pdf

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

conhecer a origem ilegal dos fundos utilizados para pagar o valor acordado, deve recusar-se a aceitá-lo.

Se o valor não for pago ou não puder ser pago com receita legal, os profissionais sempre podem cobrar através de execução judicial. A questão que agora se coloca é como determinar a cobrança dos honorários quando o advogado sabe ou especula sobre a origem ilegal dos honorários.

O sistema de prevenção do branqueamento de dinheiro constitui uma fonte de informação em virtude da qual o Estado assegura a integridade do sistema financeiro, dispondo de dados e colaborando com o sistema judicial para um maior exercício dissuasório em relação às operações que pudessem estar relacionadas com o branqueamento.

Devem se contemplar também aqueles pressupostos em que o advogado comete um delito de branqueamento de dinheiro em regime de comissão por omissão, isto é, quando não existe um dolo específico e, preservando o segredo profissional, não dá conhecimento à autoridade competente uns atos que deveria ter informado.

Tomemos como exemplo um advogado criminal 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, que não tem nenhuma outra fonte de rendimento para além das vantagens do próprio crime, e que inclusivamente lhe paga os honorários em dinheiro vivo.

Atendendo, portanto, ao tom literal do art. 301 do Código Penal, devemos destacar que o comportamento consistente em possuir os bens consciente da sua procedência de uma atividade ilícita será a ação que mais deve preocupar os advogados.

Isso poderia, a *priori*, não parecer realmente transcendente, mas o é, mais ainda quando a satisfação dos honorários do advogado por parte do seu cliente pode ter uma fonte criminosa, constituindo uma forma branqueadora sancionada pelo código penal espanhol.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

2.7. Critérios para restringir o âmbito de aplicação do delito de branqueamento de dinheiro

A) Teorias subjetivas:

A solução pelo dolo:

Alguns autores decidem resolver o problema pela análise da existência do dolo e demais elementos como a «convicção ou segurança sobre o cometimento do fato futuro, finalidade, relevância de conhecimentos especiais[201]», levando em consideração o estado de espírito do agente. Optar pela solução por meio de uma teoria subjetiva não quer dizer que, para a delimitação, não sejam utilizados critérios objetivos, mas sim que a apreciação essencial será realizada no plano do tipo. Sendo assim, somente seria punível a conduta do advogado que sabe[202] da origem ilícita dos honorários no momento da receção[203]. Alguns autores defendem a punição somente pelo dolo direto[204], enquanto outros criticam essa posição[205]. Para Miguel REALE JÚNIOR[206], pune-se uma ação neutra quando há pelo menos uma vontade comum entre o autor e o participante.

Imaginemos o caso de um padeiro que vende o pão a um indivíduo, sabendo que este utilizará para envenenar outrem num jantar. Como neste caso não houve um «acordo de vontades[207]» e houve uma «adesão a um fato futuro e incerto[208]», deve o padeiro, todavia, não ser condenado por cumplicidade, pois caso contrário seria desfigurar o tipo da coautoria e efetuar uma imputação objetiva sujeita às casualidades da vida. Diferente

201 ROBLES PLANAS, Ricardo, Las condutas neutrales en el ámbito…, *cit.*, pág. 21.

202 Para a lei alemã, o dolo eventual seria suficiente, como se pode analisar o artigo 261, inciso 5, embora exija o conhecimento da origem ilícita no momento em que se adquire o poder de disposição dos valores manchados (inciso 2, nº 2).

203 GRUNER, Gerhard/WASSERBURG, Klaus, «Geldwäsche durch die Annahme des Verteidigerhonorars?», en *Goltdammers Archivfür Strafrecht*, 2000 ,9, págs. 447-430, pg. 439, apud BLANCO CORDERO, Isidoro, El delito de blanqueo…, *cit*., pág. 609.

204 BLANCO CORDERO, Isidoro, El delito de blanqueo…, *cit.*, pág. 608.

205 GRECO, Luís, Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, *cit*., pág. 68.

206 REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal: Parte Geral, 3a. ed., Coimbra Editora, 2009, *cit*., pág. 319.

207 REALE JÚNIOR, Miguel. Idem.

208 REALE JÚNIOR, Miguel. Idem.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

seria se o indivíduo perguntasse ao padeiro qual seria o pão favorito da vítima, dando-lhe a segurança e certeza que este pão seria envenenado e posteriormente servido, respondendo nessa hipótese por dolo eventual.

É decisivo para a configuração da participação ou cumplicidade criminosa que haja uma união de desígnios entre o advogado e o seu cliente[209].

O autor exemplifica o caso de um padeiro que vende o pão a um indivíduo, sabendo que este utilizará para envenenar outrem num jantar. Como neste caso não houve um «acordo de vontades» e houve uma «adesão a um fato futuro e incerto», devendo o padeiro, todavia, não ser condenado por cumplicidade, pois caso contrário seria desfigurar o tipo da coautoria e efetuar uma imputação objetiva sujeita aos casualidades dá vida».[210] Diferente seria se o indivíduo perguntasse ao padeiro qual seria ou pão favorito da vítima, dando-lhe a segurança e certeza que este pão seria envenenado e posteriormente servido, respondendo nessa hipótese por dolo eventual.

Na realidade, a crítica principal à teoria subjetiva deve-se ao fato de se adotar de primeira instância um julgamento por meio de uma perspetiva subjetiva, o que designaria um «defeito metodológico»[211].

Seria uma «inversão automática da análise e a colocação do problema em sede de tipicidade subjetiva sem ter-se concedido o devido fundamento à perigosidade objetiva da conduta[212]».

E, não havendo a imputação ao autor pelo seu resultado, ou seja, excluindo-se o tipo objetivo nem sequer chega a ser analisado o tipo subjetivo[213].

209 O efeito limitado das leis sobre a ética dos advogados, no entanto, não descreve totalmente o seu impacto sobre os advogados, clientes e o sistema judicial. Os efeitos práticos das leis também devem ser avaliados. Embora as leis sejam constitucionais há questões que talvez devam ser consideradas.

210 REALE JÚNIOR, Miguel. Idem.

211 ROBLES PLANAS, Ricardo, Las condutas neutrales en el ámbito…, *cit*., pág. 39.

212 SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo, Advocacia e branqueamento de Dinheiro..., *cit*., pág. 112.

213 GRECO, Luís. Cumplicidade através de Ações Neutras..., *cit*., pág. 115.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

B - Teorias objetivas:

Iremos nos valer de teorias manifestamente desenvolvidas por autores alemães, mas que seus princípios são perfeitamente aplicáveis a outros ordenamentos jurídicos. A propósito, optam pela solução objetiva do tipo países como a Espanha[214] (assim como na Alemanha, utiliza-se a redução constitucional pela livre escolha do advogado).

A cumplicidade por meio das ações neutras e os princípios da imputação objetiva na participação.

Interpretação conforme a Constituição:

A solução pela interpretação conforme a Constituição baseia-se na própria Constituição e nos direitos por ela previstos, ou seja, procura-se a melhor interpretação conforme o texto constitucional. Em específico, no caso de recolhimento dos honorários manchados estamos nos referindo ao direito de defesa previsto em diversas constituições, mormente naquelas como a espanhola e a portuguesa.

A questão do branqueamento de dinheiro e dos honorários ao ser interpretada à luz desses direitos constitucionais levar-nos-ia a um cenário em que a punibilidade da coleta dos honorários manchados pelos advogados violaria os Direitos fundamentais como a liberdade do exercício profissional, a ampla defesa, bem como o direito do acusado de eleger o seu advogado defensor[215]. O advogado, isso sim, teria a confiança com o seu cliente abalada pela restrição na sua atuação de forma livre[216] e independente.

Esta teoria enfrenta críticas. Em primeiro lugar há uma grande possibilidade da eficácia judicial ficar às margens da decisão de cada juiz e, dessa forma, seria necessária uma decisão do Tribunal Constitucional para que houvesse uma vinculação de todas as instâncias do judiciário no tocante à essa interpretação.

Já a segunda crítica concerne sobre a interpretação conforme a constituição abarcar somente os advogados que atuem administrativamente ou

214 BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo…, *cit*., pág. 456.

215 AMBOS, Kai, La aceptación por el abogado defensor de honorários «maculados», Editorial: Universidad del Externado de Colombia, Colección: Cuadernos de Conferencias y Artículos, Bogotá. Colombia 2004, pág. 19.

216 BLANCO CORDERO, Isidoro, El delito de blanqueo…, *cit*., pág. 646-641.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

judicialmente, ficando excluídos aqueles que trabalham na área consultiva. Dessa forma, estes últimos poderiam ser responsabilizados criminalmente pelo ato de receber honorários manchados, não sendo admissível a interpretação dos direitos fundamentais previstos na constituição[217] em seu favor[218].

Esses direitos fundamentais colidem com a finalidade do crime de branqueamento, que seria isolar economicamente o criminoso que pratica branqueamento de dinheiro.

Apenas os advogados que exercem a defesa penal são o objeto direto deste entendimento, ficando excluídos as outras atividades quotidianas do profissional, como serviços de aconselhamento. Além disso, criminalizar o comportamento de acolhimento de honorários não contribui em nada para o combate à criminalidade que envolve o branqueamento de

217 DIAS, Fernando Gardinali Caetano, Recebimento de honorários manchados e os crimes de branqueamento de dinheiro e recetação: análise sob a perspetiva das ações neutras. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, RBCRIM, ano 110 ,22, setembro-outubro, 2014, pág. 159.

218 A teoria de WOHLERS: WOHLERS traz uma teoria que restringe o âmbito de aplicação do tipo penal do branqueamento por meio da ideia de que somente estão dentro de um comportamento punível os advogados que recebem os honorários fictícios (*Scheinhonorierung*). Estes seriam os honorários, como o próprio nome diz, falsos, ou seja, apenas para mascarar a origem do dinheiro, retornando-o novamente ao branqueador ou a outro indivíduo relacionado com o autor do branqueamento. (WOHLERS, Wolfgang, Geldwäscherei durch die Annahme von Verteidigerhonoraren – art. 305 bis StGB als Gefahr für das Institut der Wahlverteidigung. In: ZStrR 2002 ,120, pág. 216 e 217). Caso os honorários sejam provenientes da defesa de um acusado, atuando o profissional forense dentro das suas funções de defensor, não configura como um tipo punível o recebimento dos pagamentos de seu serviço. E ainda, pelo fato dos advogados não ter um limite do valor recebido pela sua profissão, então pouco importaria a quantidade. Se o recebimento do dinheiro foi fora do âmbito de seu papel como profissional forense, certamente este seria tratado como um indivíduo qualquer, perdendo seu «*status* privilegiado de advogado». (WOHLERS, Wolfgang, *op. cit., loc. cit., Geldwäscherei durch die Annahme von Verteidigerhonoraren – art. 305 bis StGB als Gefahr für das Institut der Wahlverteidigung. In: ZStrR 2002 ,120, pág. 216 e 217*). BLANCO CORDERO também defende a opinião da não condenação do advogado que recebe honorários manchados decorrente da atuação de defesa de um cliente se, com isso, não teve a intenção de ocultar e encobrir, porque o próprio tipo determina suas limitações e por isso não é necessário se recorrer aos critérios da adequação social. Isso não quer dizer que o «exercício da advocacia se situe numa zona livre e que concedam privilégios injustificados», sendo ele perfeitamente punível quando realiza contratos simulados e tenha comportamentos manipulativos sobre os bens origens do ilícito, por exemplo. (BLANCO CORDERO, Isidoro, Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de diñeiro, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Vol. L, 1997, pág. 287-286.) Essa teoria é comummente criticada pelo fato de ser demasiadamente vaga, no que concerne a ausência de concretização sobre o critério utilizado para excluir do âmbito da punibilidade do comportamento do advogado. (BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo…, *cit*., pág. 608).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

dinheiro. O pagamento de honorários não se mostra eficiente para combater o branqueamento ou sequer a criminalidade organizada, e mais, na realidade, o pagamento do acusado constitui um ónus e não contribui para o seu escopo de lucro; pelo contrário, faz com que o delinquente tenha perdas económicas pelo pagamento do serviço.

O tipo do delito de branqueamento, o qual prevê o risco de ser castigado penalmente por branqueamento de dinheiro, o advogado que recebe honorários manchados fere direitos fundamentais, sendo eles: o direito a livre eleição do advogado, ampla defesa e o livre exercício da profissão. No entanto, é perfeitamente possível a punibilidade pelo crime de branqueamento no caso de contratos simulados pelo advogado[219].

Além disso, em casos em que a vítima do delito anterior é identificada (pagamento do advogado por meio de dinheiro obtido pelo resgate de um sequestro) o comportamento do advogado pode ser objetivamente criminoso, uma vez que de forma direta contribui para o empobrecimento da vítima, violando direitos constitucionais.

Teoria da justificação:

Uma parte da doutrina busca resolver a problemática da receção dos honorários manchados por meio da teoria da justificação (*Rechtfertigunglösung*).[220]

BERNSMANN propõe o princípio da presunção de inocência como causa de justificação da receção de honorários manchados pelo advogado, de modo que prevalece o interesse voltado a garantir uma apreciação clara sob o interesse da perseguição penal do advogado[221].

219 No caso de um advogado que recebe os honorários manchados por defender seu cliente acusado de branqueamento de dinheiro, ainda que saiba da origem ilícita, pode-se afirmar que este não comete nenhuma conduta que denote um sentido objetivamente delitivo, encontrando-se dentro dos limites do risco não proibido. Diferente seria o caso de um advogado que realizou um contrato simulado com o escopo de ocultar os proventos do autor do branqueamento. Consideremos que nesse caso a conduta do advogado está direcionada para um auxílio de forma a facilitar a conduta do criminoso, não constituindo uma ação neutra. (SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo, Advocacia e branqueamento de dinheiro..., *cit*., pág. 111 e 112.).

220 BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo…, *cit*., pág. 608.

221 BERNSMANN, Das Grundrecht auf Strafverteidigung und die Geldwäsche, *cit*., págs. 43 ss., apud BLANCO CORDERO, Isidoro, El delito de blanqueo…, *op. cit*., pág. 610.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Isso ocorre através de uma dedução de uma «justificação processualmente cimentada», uma vez que se as autoridades podem adotar medidas de coação no processo penal por meio de suspeitas de culpabilidade, então poder-se-ia, por meio da presunção de inocência, justificar a aceitação típica dos honorários manchados.

Assim sendo, o princípio da inocência deve ser considerado pelo advogado ao aceitar defender os interesses de um indivíduo acusado de branqueamento[222].

Kai AMBOS é defensor da teoria da justificação por argumentar que esta tem uma melhor fundamentação do que a solução pela exclusão do tipo. Isto porque, pela justificação obtém-se a vantagem de deixar «intacto o tipo penal de aquisição e, com ele, vem ao encontro dos partidários da criminalização, e ao mesmo tempo sossega, além disso, os adversários desta, através da retirada da censura do injusto»[223].

Explica o autor que os casos de pagamento de honorários ao advogado que defende seu cliente em juízo podem se acobertar pela exclusão do tipo, suscitando o direito à livre eleição de seu advogado defensor, a presunção de inocência e boa-fé, além do direito a um processo justo[224]. Entretanto, a mesma regra não se aplica a outras situações em que o advogado recebe os honorários manchados numa situação em que não atua

222 AMBOS, Kai. La acepctación por el abogado…, *cit*., pág. 27.

223 AMBOS, Kai. La acepctación por el abogado…, *cit*., pág. 48.

224 Foi decidido no Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia que o disposto no nº 1 do artigo 6.da Diretiva nº 97/2001/CE está conforme com o artigo 6.da Convenção Europeia dos Direitos do Homem onde se prevê o direito a um processo justo e equitativo, e tendo em consideração que «the concept of a fair trial referred to in article 6 of the ECHR consists of various elements, which include, inter alia, the rights of the defence, the principal of equality of arms, the right of access to the courts, and the right of access to a lawyer both in civil and criminal proceedings […]», concluiu que, por força das ressalvas previstas no nº 2 do artigo 6.da diretiva, designadamente na parte em que nelas se aludia à inexistência de deveres de comunicação e de colaboração sempre que estivessem em causa a defesa de interesses de clientes conexos com processos de natureza judicial, a norma em questão não violava o princípio do processo justo e equitativo, na medida em que o patrocínio forense, em qualquer das suas vertentes e qualquer que fosse a fonte do conhecimento do advogado que nesse âmbito fosse chamado a atuar, estava excluído daqueles deveres. Evidentemente que uma tal ressalva, constante do artigo 6, nº 2, da Diretiva nº 97/2001/EC, e reafirmada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, visava a proteção do segredo profissional do advogado. In A nova Lei de prevenção do branqueamento de dinheiro e financiamento do terrorismo – os deveres específicos do advogado. BARBOSA, Bheatriz, Dissertação de Mestrado Forense sobre orientação do Sr. Professor Doutor Germano MARQUES DA SILVA, maio, 2018.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

na defesa penal e outros casos de aquisição de bens ilegais. Veja-se que, excluir o injusto deve ser uma exceção e não regra, operando, assim, sob uma ótica dogmática, considerações mais favoráveis[225] à justificação[226].

Ambos opta pela «solução subjetivada da justificação» e desenvolve uma explicação tanto sob o ponto de vista objetivo quanto subjetivo, quando se trata do conhecimento do advogado sobre os honorários ilegais [227].

Do âmbito objetivo se deleita o argumento sobre a ideia do interesse preponderante geral, aos que suscitam a preferência da proteção do direito de eleger seu defensor do que ao interesse de perseguir o advogado[228]. Desta forma a conduta será justificada pela prevalência deste direito sobre os honorários ilegais, ainda que o advogado conhece desta proveniência ilícita, pois este conhecimento seria tão «*inócuo como o conhecimento de aquele que atua em legítima defesa de que com sua ação de defesa comete um fato penal típico*»[229].

O ponto de vista subjetivo vem à tona por meio da conceção de que o advogado está convencido - ou deve estar - da inocência e credibilidade do cliente. E tal convicção se dá pelo momento da aceitação dos honorários - devendo ser feito um juízo *ex ante* -, na medida em que caso ele não reporte a origem ilícita, não será ele punido, mesmo que este conhecimento venha a ocorrer posteriormente da altura da receção.

De qualquer forma o conhecimento posterior da licitude dos honorários tem uma ligação direta sobre a condenação do acusado, ao passo que se ele for condenado, conclui-se que ele tenha pago o advogado por sua defesa com uma remuneração antijurídica, com exceção do caso de

225 AMBOS, Kai. La acepctación por el abogado…, *cit.*, pág. 48.

226 O autor ainda faz uma interessante comparação sobre o crime de recetação, explicando que o advogado que recebe o honorário como «coisa», em especial em dinheiro em espécie obtido por meio de um crime patrimonial, responderá por recetação a princípio. Se o delito prévio fosse um crime de roubo, cumpriria-se ao mesmo tempo o tipo objetivo do crime de branqueamento de dinheiro. Conclui AMBOS, que optar pela solução do tipo nesse caso seria entrar numa «contradição valorativa», na medida que teria que negar o tipo objetivo do branqueamento de dinheiro, mas em contrapartida afirmar no crime de recetação. Com efeito, esclarece que «segundo a solução de justificação, se aceita sempre a equivalência típica do comportamento, e somente no plano da justificação se confronta a especial extensão do tipo do branqueamento de dinheiro «.

227 AMBOS, Kai. La acepctación por el abogado…, *cit.*, pág. 41.

228 AMBOS, Kai. La acepctación por el abogado…, *cit.*, pág. 41.

229 AMBOS, Kai. La acepctación por el abogado…, *cit.*, pág. 41.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ele possuir capital limpo excedente em relação ao valor supostamente ilegal pago ao advogado.

Segundo Ambos, caso o advogado saiba da origem ilícita dos honorários, a presunção de inocência e a credibilidade são rejeitadas frente a ele e cai por terra o fundamento da justificação. Sendo assim, o autor sugere que o advogado deve partir de uma base da culpabilidade de seu cliente no lugar da credibilidade e inocência. Afirma ainda que não se constitui um conhecimento seguro a representação provável da origem ilícita dos honorários e somente se rejeita a presunção de inocência quando haja o «saber seguro» acerca da culpabilidade do acusado.

Para que esse conhecimento seguro seja estabelecido há determinados limites que devem ser respeitados. Não se pode averiguar sobre a legitimidade dos meios que fornecem os honorários dos advogados através da violação das comunicações protegidas por segredo, entre advogado e cliente, durante o processo de defesa, afetando de maneira direta a defesa adequada do acusado. O advogado defensor em juízo não pode ter um papel de policial encoberto sob o manto de uma profissão e virar um delator das autoridades competentes. Além disso, a presunção de boa-fé não pode ser obtida por meio da «ignorância deliberada». A «solução subjetivada da justificação» corresponde à solução do dolo, uma vez que é por meio da boa-fé que se condiciona a justificação[230] do advogado crucialmente no momento que ele aceita os honorários [231].

Outra situação seria quando o advogado aja de forma manipulativa no processo, modificando o objeto do processo em favor de seu cliente, prejudicando, assim, a administração da justiça. E não se refere somente à relação advogado-cliente, sobre a quebra da relação de confiança entre eles e o segredo que deve ser mantido, mas afeta diretamente a administração da justiça, uma vez que o advogado é parte dela e é instrumento crucial

230 AMBOS, Kai. La acepctación por el abogado…, *cit*., pág. 48.

231 Critica-se a teoria da justificação por ser uma teoria pouco clara. Segundo Georg WIRTZ e Mateo G. BERMEJO, não há limites e pressupostos claros nesta teoria e por isso seria preferível solucionar a questão dos honorários manchados por meio de uma ponderação direta dos interesses relacionados com a problemática. (WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo), Honorarios de los abogados defensores de las causas penales y blanqueo de dineiro desde una perspetiva europea: ¿ un mismo problema, una misma solución? In: *Zeitschrift für Internationale Strafrehtsdogmatik*, 2007 ,11, pág. 455.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

para a realização de uma defesa efetiva. Ou seja, para efeitos práticos, os advogados, podem ser condenados por recolhimento de honorários manchados, mas só aqueles que sabem da fonte ilícita, ficando impunes os que agem com dolo eventual ou por imprudência.

Imagine que durante a defesa criminal o advogado, por indícios julgados como suficientes pela procuradoria, passa a ser perseguido penalmente e prejudicado o seu aconselhamento jurídico.

Tal ameaça de perseguição ao advogado não pode ser motivo para que ele deixe de aceitar ser defensor de um indivíduo acusado e que este tenha de procurar um advogado oficioso. Este último, como se sabe, somente é requisitado quando o acusado não possui recursos financeiros suficientes para contratar um defensor. Pois bem, os riscos gerados pelo tipo penal do branqueamento não se procedem somente sobre a relação advogado-cliente, ou seja, de tipo objetivo, mas também ocorre no âmbito subjetivo.

Por mim considero que não há condenação do advogado que recebe honorários manchados decorrente da atuação de defesa de um cliente se, com isso, não lesiona ou põe em perigo a Administração de Justiça e a licitude dos bens que são objeto do tráfego económico e por isso não é necessário recorrer aos critérios da adequação social.

Por outras palavras, o advogado, ao prestar seu serviço tem o direito legítimo de receber a sua remuneração, preponderando o legítimo exercício de uma profissão. O advogado está convencido - ou deve estar - da inocência e credibilidade do cliente.

Assim sendo, o princípio da inocência deve ser considerado pelo advogado ao aceitar defender os interesses de um indivíduo acusado de branqueamento.

Isso quer dizer que o exercício da advocacia é punível, sendo ele perfeitamente punível quando realiza contratos simulados e tenha comportamentos manipulativos sobre os bens que sabe serem de origem ilícita.

Todavia a possibilidade da criminalização por branqueamento de dinheiro não impede por si só que o advogado receba honorários ou que patrocine a defesa de alguém, exceto se o profissional não estiver a promover a defesa gratuitamente e conhecer ou tiver fundadas razões para saber da fonte ilícita dos honorários pagos.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Antes do trânsito em julgado não se pode equiparar o acusado sem recursos económicos com o acusado apenas possuidor de bens de fonte duvidosa. Assim sendo, a proporcionalidade não recomenda que sejam excluídos totalmente os honorários de advogado da esfera do tipo de branqueamento de dinheiro de capitais.

A aceitação livre da defesa penal não tem apenas um componente individual (no interesse do advogado), mas também tem um componente institucional no seu interesse geral. Se os honorários fossem excluídos totalmente absolutamente da hipótese de prática do crime de branqueamento de dinheiro de capitais, existiria uma quebra de confiança das pessoas em relação à integridade pessoal e profissional do advogado, prejudicando o instituto de defesa penal.

O advogado abusa de sua situação privilegiada quando recebe os honorários com o intuito de colaborar com o seu cliente no branqueamento, mesmo tendo conhecimento de sua fonte ilícita, não cabendo à Constituição proteger tais situações. E mais, o conhecimento da fonte ilícita dos honorários não depende exclusivamente da confissão do cliente ou do trânsito em julgado da sentença condenatória do cliente.

A descoberta, caso aconteça, deve ocorrer no curso do exercício da atividade profissional. Se, por exemplo, surgir, num almoço social, a informação de que um cliente a quem assiste está envolvido em operações de branqueamento, não está o advogado obrigado a comunicar, não se exigindo também que o advogado abandone a colaboração com o cliente, apenas que possivelmente realize a comunicação.

As leis de combate ao fenómeno do branqueamento de dinheiro foram criticadas pelo seu impacto na defesa criminal dos arguidos pelos advogados. Os críticos têm três amplas objeções:

A primeira objeção é constitucional:

A advocacia é uma profissão de interesse público, arts. 20, 32 nº 2 e 208 da CRP, 12 e 13 da Lei da Organização do Sistemas Judiciário, 1 e 85 do EOA e 40 nº 1, 58 e 151 nº 1 do C.P.C. Português e 195 do CP, uma vez que funciona como garantia dos direitos do cidadão. Na organização jurídica espanhola, além do art. 24 da Constituição, devemos referir também o art. 542 da Lei Orgánica de Poder Judicial e o art. 199 do Código Penal,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

a título de exemplo. Desde logo, por exemplo, o art. 20 da Constituição reconhece a todos o «direito à informação e à proteção jurídica» (nº 1), e garante a todos «o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos.» (nº 2).[232]

A Constituição garante o devido processo legal, que inclui o direito do cliente a uma eficaz representação por um advogado, e essa lei de branqueamento de dinheiro pode interferir com a assistência efetiva por danificar a relação advogado-cliente. Além disso se o cliente não pode ser compelido a produzir as informações (proibição de autoincriminação), o advogado não pode ser compelido a produzir as informações também. Caso contrário, poderia fazer-se uma finta em torno da Constituição fazendo com que o advogado divulgasse informações que não poderiam ser compelidas do cliente.

A todos é assegurado o acesso aos tribunais para a defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados.

Os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo, com independência e segundo a lei, e no exercício das suas funções têm direito à coadjuvação das outras autoridades. As decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas – arts. 20, 110 e 202 e ss. da Constituição da República Portuguesa.

232 «Não é possível a plena garantia do direito à informação jurídica sem que existam juristas especialmente capacitados para dar essa informação. A advocacia é, por conseguinte, condição necessária do gozo da garantia de acesso aos tribunais. Também o acesso aos tribunais está quase sempre associado à necessidade de constituir advogado, que resulta das próprias leis processuais. O direito a ter e escolher defensor é, ele próprio, uma garantia fundamental em Processo Penal: é inquestionável o alcance (substancial e não apenas processual) do art. 32, nº 3, da Constituição Portuguesa, que reconhece claramente não só o direito a «escolher defensor», mas também ou de «ser por ele assistido em todos os atos do processo». Há «casos» e «fases» em que a assistência do advogado é obrigatória. Segundo o art. 78 da Lei Orgánica dos Tribunais Judiciais (Lei nº 77/82, de 6 de dezembro), «os advogados colaboram na administração da justiça, competindo-lhes, de forma exclusiva e com as exceções previstas na lei, a defesa jurídica das partes» (nº 7). O nº 2 da mesma disposição reconhece a «função de defesa dos direitos e garantias individuais» e reafirma o papel do advogado no acesso aos órgãos jurisdicionais. O advogado representa o cidadão judicial e extrajudicialmente, desenvolvendo toda a sua atividade no interesse daquele, o que concretiza o princípio do livre acesso aos tribunais, o qual é uma das dimensões do Estado de Direito democrático, consagrados nos arts. 2 e 20 CRP.» SILVA CAMPOS, Carlos, O sigilo profissional do advogado e os seus limites, *cit*., pág. 474.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

A nível constitucional a limitação de pagamento em dinheiro de valores superiores a 3000€ pode-se entender como capaz de interferir na capacidade do cliente para reter um advogado por medo de que se investigue o pagamento feito em dinheiro. Em virtude disso, irá também desencorajar a comunicação livre e aberta que é necessário entre advogado e cliente. O cliente não estará disposto a comunicar-se totalmente com o advogado, quando o cliente sabe que as autoridades receberão detalhadas informações sobre ele mesmo.

Finalmente, destrói a relação[233] advogado-cliente através da desqualificação da escolha de um advogado, pois não só existem menos advogados disponíveis para correr o risco em certos processos, como as pessoas podem ficar convencidas de que é mais fácil ao Estado bloquear uma efetiva atuação por parte dos advogados na defesa dos seus clientes. O público pode ver as leis como uma extensão apropriada de deveres dos advogados como oficiais do tribunal. Membros do público podem legitimamente perguntar se mais deve ser esperado de advogados em termos de ética e não menos.

Está ferido o sistema acusatório; a defesa independente é importante para o sistema judiciário, por isso o fim da defesa privada independente significaria uma grave diminuição do sistema acusatório e, portanto, de um poder judicial independente. Se os melhores e mais experientes advogados de defesa decidirem abandonar a lei criminal o sistema, sem dúvida, irá sofrer. Certamente os réus e o nosso senso de Justiça não são mais bem servidos por uma incompatibilidade contraditória persistente nos casos criminais mais complexos. Os clientes são privados dos advogados que querem e podem pagar. Os advogados perdem o negócio e as oportunidades para ajudar os clientes a quem eles podem ser cometidos. Mas por que devemos nos preocupar? Qual é o mal se alguns advogados são desencorajados a aceitar os tipos de casos onde estas questões de branqueamento de dinheiro aparecem?

233 Sobre esta matéria e seguintes considerações, deve-se referir o excelente trabalho de GAETKE, Eugene R., WELLING, Sarah N., Money Laundering and Lawyers, Syracuse Law Review, Vol. 43, nº 1992) 4), pp. 1245-1165
https://uknowledge.uky.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1404&context=law_facpub

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Um dano óbvio é com os próprios advogados de defesa. Para eles as leis significam que agora há menos clientes no mundo para quem eles estão dispostos a trabalhar, pelo que a sua carga de trabalho e rendimento pode diminuir. Este impacto será duro para os advogados de defesa, mas provavelmente não é o tipo de dano que seria aceitável para uma rejeição das leis de combate ao branqueamento de dinheiro.

O efeito das leis na escolha dos clientes de um advogado não deve ser exagerado. As forças de mercado normal podem funcionar bem para manter alguns dos melhores advogados de defesa criminal no campo ou encorajar outros advogados para inseri-lo, apesar das dificuldades apresentadas pelas leis de branqueamento de dinheiro. O sistema precisa de defensores fortes e independentes.

E o segundo mal que resulta da condução de advogados para fora desta área criminal é que vai prejudicar os clientes porque a sua escolha do advogado é limitada como um efeito prático. Eles podem não conseguir contratar o advogado que mais preferem.

Assim, a lei de branqueamento de dinheiro tem algumas práticas prejudiciais, impactos nos clientes, advogados e o sistema acusatório. Embora os advogados provavelmente não vão ser dissuadidos de fazer perguntas, os clientes bem podem ser dissuadidos de falar abertamente por medo que os advogados terão de divulgar informações. Além disso, os advogados podem ficar relutantes em dar aos clientes de boa-fé, conselhos legais em assuntos complexos devido à capacidade dessas leis de exercer um grau intolerável de poder sobre qualquer advogado particular, que assume a tarefa de representar um arguido num processo de branqueamento de dinheiro. Certos críticos objetaram ao efeito das leis do branqueamento nos advogados, alegando que as leis levantam problemas éticos para defesa dos clientes.

Podemos e devemos levantar questões de ética, em várias situações como por exemplo a representação competente. Uma das preocupações éticas sobre o impacto das leis de branqueamento de dinheiro é que as leis impedem o dever dos advogados para representar clientes com competência. Especificamente, é dito que as leis premeiam a ignorância e não incentivam os advogados a uma boa investigação do caso, para impedirem descobrir que os honorários que receberam ou podem receber são

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

fruto de atos criminosos e que, portanto, poderia levar a responsabilidade criminal dos advogados ao abrigo dessa disposição.

Segundo estes críticos, para proteger os seus honorários os advogados podem ser inclinados a impedir a informação que daria a eles causa razoável para acreditar que os seus honorários têm fonte nos proveitos de um crime.

A lei da ética legal, claro, requer que os advogados forneçam aos seus clientes uma representação competente. Essa representação inclui investigação adequada e minuciosa preparação, incluindo o inquérito sobre todos os fatos relevantes conhecidos para o cliente. As leis, assim, geram, sem dúvida, um conflito entre o interesse dos clientes em informarem completamente os seus advogados e o interesse dos advogados em impedir a sua própria responsabilidade penal e em manter os seus honorários. Teme-se que alguns advogados podem ceder a estes desincentivos e aos seus interesses pessoais não se informando adequadamente sobre todas as matérias e desse modo fornecer representação menos competente para com os seus clientes:

Em primeiro lugar os Advogados desconfiados dessas disposições poderiam reagir evitando perguntas sobre a fonte dos honorários. Se essa ausência de conhecimento diminuiria a competente representação do cliente, no entanto, não está claro. A falta de informação sobre a legitimidade da fonte de honorários apenas reduziria a competência do advogado se isso afetasse a defesa substantiva do cliente.

Segundo, sobre a investigação em geral, alguns críticos alegaram que as leis mais amplamente desencorajam advogados de investigar quaisquer fatos, sugerindo culpa dos seus clientes com o intuito de impedir o conhecimento, o que impediria uma posterior defesa de boa-fé ou que criaria um problema para o advogado.

Em terceiro temos a questão da manipulação de *mens rea*:[234]

234 «A *mens rea* é classificada em quatro estágios. O primeiro deles é chamado de *intent*, ou seja, a intenção, a qual é marcada pela vontade consciente em praticar ato perigoso ou ilegal, exemplificada pelo desejo em agredir outrem para lhe causar dano, constitui a intenção. A segunda é o *knowledge*, cujo teor consiste na ciência do agente sobre possíveis resultados ao praticar certas ações, mas que não aparenta dar importância a esses riscos prováveis. Sob a linha do *knowledge*, cumpre relembrar uma breve abordagem realizada nos artigos sobre a teoria da cegueira deliberada, haja vista o agente ter a probabilidade de conhecer a pratica delituosa e, buscando eximir-se de responsabilidades ou puramente por questões de desinteresse, nada

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

O argumento de que as leis de branqueamento de dinheiro incentivam a ignorância é baseada no pressuposto de que os advogados tentarão impedir o impacto das leis, manipulando a sua *mens rea*. Mas a manipulação da *mens rea*, «razoavelmente sem motivos para crer,» soa como um padrão de negligência. Com efeito, cegueira voluntária também estabeleceria uma *mens rea* do conhecimento.

Quando um advogado se torna suspeito e então deliberadamente evita perguntas que iriam iluminar a situação, o comportamento é cegueira deliberada. A doutrina tradicional afirma que com a *mens rea*, cegueira intencional é mais do que suficiente para estabelecer a imprudência ou negligência.

Também devemos considerar o papel da presunção de inocência e direito de escolha do defensor. Uma das justificações apresentadas pela doutrina para defender a impossibilidade de responsabilização do advogado pela coleta de honorários com fonte criminosa é a aplicação do princípio da inocência ao réu até que este confesse o crime ou seja condenado de forma definitiva.

Isso porque, da mesma forma que basta ao Estado a mera suspeita de prática do crime para a instauração de um processo criminal, ao defensor

faz. Contextualizando: o agente incorre-se em *knowledge* em casos onde há o risco de existir práticas de lavagem de dinheiro no interior de certa empresa e, com isso, um de seus dirigentes, temendo responsabilizações ou não possui interesse em ter seu tempo tomado por uma desconfiança provável, ignora a probabilidade. Desse modo, incorre-se em delito por deter *mens rea* na modalidade *knowledge*, sendo responsabilizado criminalmente por ter o conhecimento criminoso. A terceira é a *recklessness,* conhecida no Brasil pela Imprudência, consiste na prática de ato mesmo ciente dos riscos associados a prática. Um exemplo típico brasileiro consiste na direção em excesso de velocidade, onde o condutor possui consciência do risco de acidente. A última parte da *mens rea* é a *negligence*… não é forçoso perceber que se trata da negligência. No caso americano ela é tida como uma forma menos gravosa da modalidade, consiste na não obtenção do zelo razoável, de um padrão esperado por certa prática. A título de exemplo elenca-se a criança que se afoga porque o cuidador não atendeu seu dever se impedir afogamentos, podendo ser culpada no direito americano por negligência criminosa. Partindo a análise para o segundo conceito, denominado de *actus reus*, possui origem latina e significa «ato de culpabilidade» e ela representa a antijuricidade, através de elementos externos (ou objetivos) de um delito. Sob linhas mais definidas, o *actus reus* se consubstancia na ação e, nas palavras de Luiz Vicente CERNINCHIARO, consiste na junção da conduta propriamente dita com o resultado, proveniente da conduta delituosa. Sendo assim, se reunirmos a *actus reus* com a *mens rea*, obteremos os requisitos necessários para que haja a responsabilização criminal em países de *common Law*, como Estados Unidos, Canadá, Índia, Colômbia e Inglaterra. Sob o âmbito do direito penal norte-americano, em alguns casos exigem-se provas acerca das circunstâncias.» https://canalcienciascriminais.com.br/mens-rea-e-actus-reus/

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

deveria poder bastar apenas a presunção de inocência do acusado para poder aceitar os seus honorários e assim conduzir a defesa do seu cliente.

Dessa forma, isso permitiria um equilíbrio de dois princípios que são essenciais à administração da justiça: a garantia de um processo com base na suspeita e a garantia de uma defesa com base na presunção de inocência do cliente. Haveria então uma igualdade de armas que se coaduna com os princípios inerentes ao Estado democrático de Direito.

A presunção da inocência, enquanto princípio orientador do processo penal, deve ser maximizada em todas as suas nuances, especialmente no que se refere a carga de prova (in dúbio pro réu) e aos artigos de tratamento do arguido (medida que exige que o acusado seja tratado como inocente).

Sendo assim, o advogado poderia partir do pressuposto de que o seu cliente é inocente quando fosse elaborar e promover a defesa do mesmo, e, uma vez existindo um contrato de prestação de serviços, são devidos os honorários, neutralizando dessa forma qualquer que fosse a fonte dos recursos empregados para o pagamento.

Além disso, o Estado democrático de direito assegura o direito de defesa aos acusados, bem como lhes atribui o direito de escolher os seus defensores e lhes garante que, caso não disponham de recursos para arcar com os honorários de advogados livremente contratados, a sua defesa será realizada por um defensor público nomeado para o caso.

O direito de escolha do defensor deriva do princípio da ampla defesa, de forma que é necessário a defesa efetiva do acusado para que se cumpra com o direito previsto constitucionalmente.

A defesa é considerada como indispensável, pois além de uma garantia do sujeito passivo, é necessária também para que haja uma correta apuração dos fatos, atendendo assim ao interesse coletivo. A necessidade de defesa está expressamente consagrada no art. 261 do Código de Processo Penal (CPP), onde está disposto que «nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor».

Que fazer nos casos em que o arguido só tem bens de origem ilícita?

Há ainda quem alegue que as leis forçam os advogados a agir com falta de ética, oque é um óbvio contrassenso.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Conforme observado acima, as leis anti branqueamento de dinheiro fornecem incentivos para os advogados de defesa alterarem os seus acordos de honorários com clientes. A lei de branqueamento de dinheiro tem três prováveis efeitos sobre os seus honorários.

Primeiro, eles pressionam os advogados a aumentar o valor dos seus honorários para compensar o risco adicional e complicação apresentada pelas leis de branqueamento de dinheiro, o que em todo o caso faz aumentar a concorrência entre advogados.

Em segundo lugar, as leis anti branqueamento de dinheiro pressionam os advogados de defesa para obter o pagamento integral no início da representação. Esta abordagem permitiria aos advogados envolverem-se numa transação monetária como a de honorários antes da obtenção de conhecimento que os capitais usados para pagar a defesa foram derivados especificadamente de atividade ilegal. O risco decorre da possibilidade de perda de honorários e o risco de responsabilidade é reduzido porque o Estado terá mais dificuldade em provar que os honorários foram de fato derivados especificadamente de atividade ilícita se o cliente é absolvido. Em todo o caso, mesmo se declarado culpado, o Estado tem de demonstrar que aquele valor pago teve como origem valores sujos e que estávamos conscientes do fato. E se a mãe de um arguido nos pagar?

A lei da ética legal exige que os seus honorários sejam razoáveis. Assim, o simples fato de que as leis fazem com que os advogados de defesa cobrem os seus honorários mais elevados não é um problema ético, assumindo que os seus honorários permanecem dentro dos limites da razão. Pela mesma lógica, o fato de que os advogados de defesa mudarem o pagamento dos honorários para um ponto inicial na representação não sugerem qualquer problema ético. Embora as leis anti branqueamento de dinheiro forneçam aos advogados de defesa incentivos para ajustar as suas práticas de honorários, elas não representam algum problema ético em relação aos seus honorários.

Vários efeitos prejudiciais práticos são possíveis:

No que respeita á comunicação prejudicada, as leis anti branqueamento de dinheiro podem reduzir a comunicação advogado-cliente de várias maneiras:

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

- Os Advogados podem não perguntar aos seus clientes tudo o que devem, o que seria um grande erro. Antes preso por leão do que por cordeiro.
- Os clientes podem não revelar tudo o que deviam para os advogados, o que na realidade não é nada de novo, uma vez que por múltiplas razões (válidas para eles), os clientes raramente dizem tudo aos advogados.
- Finalmente, os advogados podem não se sentir tão livres para assessorar os seus clientes em casos de possível violação da lei, o que irá depender do caso em concreto e da relação advogado-cliente.

As leis talvez condicionem a aceitação por parte de advogados de certo tipo de casos por receio de complicações, mas acho essa opinião inconsistente pois o trabalho do advogado é justamente lidar com as leis e respetivas alterações e consequências.

Pode realmente acontecer que alguns advogados se afastem, diminuindo a oferta, mas a pior consequência é dar um poder desmedido ao Estado na questão da acusação, abalando a equidade da justiça. A lei condiciona o advogado a desconfiar do seu cliente, o que contribui para que o cliente não seja inteiramente aberto com o seu advogado

O problema fundamental que enfrentamos é a conjugação de duas normas legais aparentemente antiéticas: a que nos obriga a comunicar à unidade financeira a certeza ou indícios de branqueamento dos nossos clientes e a necessidade de guardar segredo de todos os factos ou notícias que conheçamos no nosso exercício profissional.

O advogado deve informar o cliente da possibilidade de recorrer ao apoio judiciário (consulta e patrocínio), em caso de dificuldades e insuficiência económica, para resolver as suas questões – 3.7-2 do CDAE.

O advogado constituído, com procuração forense, ou nomeado ao abrigo da Lei de acesso ao direto e aos Tribunais não deve ter um comportamento diferente. O zelo, dedicação e responsabilidade devem ser iguais.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Há uma diferença apenas que diz respeito à coleta de honorários e ao reembolso de despesas: no apoio judiciário, o patrocinado ou o arguido não têm de pagar honorários ou despesas ao advogado nomeado[235].

De qualquer forma, o conhecimento posterior da licitude dos honorários tem uma ligação direta sobre a condenação do arguido, ao passo que se ele for condenado, conclui-se que ele tenha pago o advogado pela sua defesa com uma remuneração antijurídica, com exceção do caso dele possuir capital limpo excedente em relação ao valor supostamente ilegal pago ao advogado.

Não constitui um conhecimento seguro a representação provável da fonte ilícita dos honorários e somente se rejeita a presunção de inocência quando haja o «saber seguro» acerca da culpabilidade do arguido. Para que esse conhecimento seguro seja estabelecido há determinados limites que devem ser respeitados.

Não se pode obter a informação da licitude dos fundos de onde provém os honorários por meio da violação das comunicações sigilosas entre advogado e cliente durante o curso do processo de defesa, pois isso iria afetar de maneira direta a defesa adequada do acusado.

O advogado defensor em juízo não pode ter um papel de policial encoberto sob o manto de uma profissão e virar um delator das autoridades competentes. Devemos distinguir aqueles atos em que o advogado atua por conta própria, daqueles em que atua por conta alheia no interesse de um cliente.

235 O acesso ao direito e aos tribunais pode ser feito no âmbito do art. 51 do Código do Processo Civil e, para quem goza de insuficiência económica, nos termos da Lei nº 04/34, de 29 de julho, republicado pela Lei nº 2007/47, de 28 de agosto (vulgo lei do apoio judiciário), na modalidade de consulta jurídica e de apoio judiciário. O acesso à Justiça nos litígios transfronteiriços é nos termos do Decreto-Lei nº 2005/75, de 17 de março. A colaboração do advogado à sombra do art. 51 do Código de Processo Civil é paga normalmente, de acordo com a regra dos honorários, numa relação privatística, ao passo que a que for efetuada ao abrigo da lei do apoio judiciário é paga de acordo com a tabela de honorários dos advogados, advogados estagiários e dos solicitadores – Portaria nº 2004/1386, de 10 de novembro (revogada pela Portaria nº 2008/10, de 3 de janeiro, e repristinada com alterações pela Portaria nº 2008/210, de 29 de fevereiro. O Conselho Geral regulamentou a organização e funcionamento do sistema de acesso ao direito e aos tribunais na Ordem dos advogados pelo Regulamento nº -330A/2008, de 24 de junho, publicado na 2ª Série, DR n 120, Suplemento de 24-06-2008, pág. 2)27648) a 4)27648), alterado pela Deliberação nº 2010/1733, publicada no Diário da República, 2.ª Série - nº 188, de 27 de setembro de 2010. Alterado pela deliberação n 2015/1551, publicada no Diário da República, 2.ª Série – nº 152, de 6 de agosto de 2015.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Se atuasse por conta própria e realizasse atuações de aquisição, possessão, utilização, conversão ou transmissão de bens que procedem das atividades criminosas sem finalidades adicionais mas conhecendo a origem delituosa dos bens, ou realiza-se outros atos, para ocultar ou encobrir a sua fonte ou ajudar a pessoa que participasse a eludir as suas consequências jurídicas, bem como a ocultação ou encobrimento da sua verdadeira natureza, indubitavelmente, o dito profissional será autor de um delito de branqueamento de dinheiro.

Se além disso, o dito advogado não cumpre as obrigações que estabelece o regulamento do branqueamento de dinheiro, será também autor de uma infração administrativa, segundo o regulamento de branqueamento de dinheiro. Pelo contrário, se o advogado atua por conta alheia em nome e interesse de um cliente, é necessário distinguir se o advogado atua exercendo funções de assessor e defensor jurídico ou se atua exercendo funções de operador económico.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

2.8. Os honorários dos advogados

A cobrança de honorários do advogado, quando este tenha conhecimento de que os fundos procedem de um delito precedente, poderia se contemplar como uma das formas criminosas previstas no art. 301 CP, embora como é óbvio, tal comportamento deveria reunir todos os elementos que integram o ilegal penal, de modo que qualquer operação remuneratória não pode, per se, constituir um delito de branqueamento de dinheiro.

O advogado que recebe honorários do seu cliente devia ser considerado, por definição, terceiro de boa-fé não responsável pelo delito que os tenha adquirido legalmente.

Pelo contrário, se chegasse a demonstrar-se que o pagamento desses honorários supõe uma das maneiras de branquear dinheiro às que alude o art. 301 CP, com cumprimento de todos os seus elementos típicos e com demonstrada conivência entre advogado e cliente, procede a sanção do letrado.

Uma vez que a sentença seja firme, e se o cliente é declarado culpado, não poder-se-ia abonar a minuta com os fundos que conformam o objeto material do delito cuja pena se impõe, salvo naquela quantidade suficiente para assegurar o mínimo previsto nas Normas Orientadoras de honorários do correspondente Colégio.[236]

236 Remete-se aqui para referência e apreciação a excelente análise no trabalho de Mestrado de Isabel Maria FERNANDES BRANCO sobre: «O caso alemão»:
O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 2007/13 de 22 de março fixou jurisprudência segundo a qual «na vigência do artigo 23 do DL 93/15 de 22 de janeiro, o agente do crime previsto e punido pelo artigo 21, nº 1 do mesmo diploma cuja conduta posterior preenchesse o tipo de ilegal da alínea a) do seu nº 1, cometeria 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. [CAEIRO, Pedro, A consunção do branqueamento pelo facto precedente, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de FIGUEIREDO DIAS, Boletim da FDUC.] 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 ato de receber honorários, quando o advogado sabe, ou presume da origem ilícita desse dinheiro: Deixando de lado a questão da atuação a título de dolo direto 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 dinheiro vivo. 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

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Portanto, o advogado não pode, ou melhor não deve, sob pena de denunciá-lo (por estar na pendência de um processo judicial); sabemos também que a Constituição Portuguesa garante o direito à defesa de todo o cidadão no artigo 20, nº 2. Pode este advogado receber os honorários, correspondentes à ação que patrocina sem cometer o crime do artigo -368 A, nº 2 do Código Penal? Na Alemanha o acórdão do Bundesgerichthof - BGH, de 4 de julho de 2001 condenou dois advogados pelo crime de branqueamento, depois destes terem patrocinado uma causa relativa a um crime financeiro, e de terem recebido os respetivos honorários, pagos com o produto desse crime.

[Disponível:http://juris.bundesgerichtshof.de/cgibin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&art=en &Datum=7-2001&Seite=7&nr=21352&pos=218&anz=237>] 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 (Bundesverfassunsgericht – BverfG) de 30 de abril de 2004 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 atuação o advogado que deve prestar assistência ao cliente, e não receber os respetivos 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.» in FERNANDES GODINHO, Jorge Alexandre, 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, vol. 3, Manuel da Costa Andrade (coords.), Maria João Antunes (coords.), Susana Aires de Sousa (coords.), Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009, pág. 400-363]. Não se confunde com uma causa de justificação, porque com esta, a ação só não é crime, apesar de socialmente inadequada, em razão de uma autorização especial para a realização da ação 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.» [FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, 2004, pág. 27]. 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.» - Tese de Mestrado de FERNANDES BRANCO, Isabel Maria,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

incorrer em possível responsabilidade penal, receber os seus honorários com a consciência de que os fundos de procedência têm a sua fonte numa atividade criminosa.

Nestes casos, em que não conhece a origem verdadeira, a fonte da procedência dos mesmos com os que se vai proceder a satisfazer economicamente os seus serviços prestados, a perceção dos seus honorários não pode integrar o tipo penal do branqueamento de dinheiro, devendo prevalecer o direito à defesa, o direito do cliente à livre eleição de advogado e o livre exercício da profissão.

A essência do delito será a participação do elemento intelectual e elemento da vontade, salvaguardando o disposto no art. 301.3 CP, relativo à imprudência grave.

Nestes casos é tolerado o risco de realização do tipo; não constitui um risco juridicamente desaprovado a cobrança dos honorários pois deve-se favorecer a assunção da defesa, ante a dúvida, se excluindo, desta maneira, a tipicidade da ação.

Por outro lado, observamos que o legislador confunde a conceção de dinheiro «negro» – o procedente das atividades ilícitas –, com o dinheiro opaco a atos fiscais, que numa fonte lícita, e se gera, desta maneira, uma situação de insegurança jurídica e profissional desprezando-se o direito à defesa constitucional.

O delito de branqueamento de dinheiro não é um delito especial, mas um delito comum, pelo que qualquer pessoa pode-o cometer, incluindo os advogados. A responsabilidade penal de um advogado, no exercício da sua profissão, pode sê-lo em conceção de autor, coautor, cúmplice, … de forma que se admitem todas as formas de comissão criminosa, sempre que coincidam os pressupostos.

Embora a expressão «conscientemente» faça referência ao dolo em todas as suas formas, no art. 301.1 e apartado 2 do CP poderia estar incluída a comissão do delito com dolo eventual, já que nesta categoria de dolo, o sujeito tem interiorizado o resultado como provável e, embora não o queira produzir, segue atuando, admitindo a sua eventual possível

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

realização. Nestes casos o sujeito tem a certeza da procedência criminosa dos bens.

No entanto, neste delito contempla-se a possível comissão negligente, conquanto de forma grave, tal e como se recolhe no art. 301.3 do CP, ao prescrever que «se os factos se realizassem por imprudência grave, a pena será de prisão de seis meses a dois anos e multa do tanto ao triplo».

Assim, neste tipo criminoso não é exigível que o sujeito saiba a procedência dos bens, a não ser que pelas circunstâncias do caso esteja em condições de as conhecer, cumprindo as cautelas próprias da sua atividade e, no entanto, atue à margem de tais cautelas ou falhando os deveres de cuidado que lhe eram exigíveis e os que, inclusive, em certas formas de atuação, se lhe impõem normativamente, como o facto de averiguar a procedência dos bens ou se abster de operar quando a procedência destes não estiver claramente definida.

Dita imprudência grave requererá, em todo o caso, a omissão de todas ou a maior parte das cautelas devidas, e terá de se entender que qualquer pessoa na sua mesma situação chegaria com facilidade a atingir esse conhecimento da fonte criminoso dos bens.

Certamente, poderia propor-se que quando o advogado defende um cliente que se encontra imerso num processo judicial tem consciência de que o juiz instrutor tem o poder de adotar uma medida cautelar que bem poderia deixar numa situação de insolvência o suposto responsável por um delito de branqueamento de dinheiro, de maneira que este dificilmente pudesse fazer frente ao pagamento dos honorários do advogado.

Nestes casos, seria proporcionada a medida cautelar que parecesse assegurar o resultado de um processo penal por adiante do respeito a um direito fundamental como o é o de defesa jurídica?

Em todo o caso, o juiz deveria garantir uma parte do capital – no caso de um embargo patrimonial universal – para assegurar o pagamento dos honorários do advogado que presta livremente os seus serviços. Caso contrário, estar-se-ia a atentar aos já referidos direitos de livre eleição de advogado e de defesa.

Diferente seria a situação em que o advogado realiza uma simulação na faturação dos seus honorários como meio para encobrir a fonte ilícita dos bens, encobrindo o dinheiro de forma conjunta com o seu cliente, em

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

cujo caso estar-se-ia a cometer um delito de branqueamento de dinheiro, e isso porque, entre outras razões, ter-se-ia transformado um bem ilegal num bem legal.

Na realidade, a participação num negócio jurídico simulado, em princípio, não é por si um facto típico nem penalmente relevante, embora possa-se considerar um ato neutro desde o ponto de vista penal. Nestes pressupostos é necessário comprovar que a ação de colaboração tenha um sentido objetivamente criminoso e que isso seja conhecido pelo que realiza uma ação que, em princípio, é socialmente adequada.

Na jurisprudência espanhola segue-se, em diversos precedentes, a teoria da imputação objetiva, que requer para a tipicidade da ação que esta constitua um perigo juridicamente desaprovado.

Isto é, a relação causal do comportamento com o resultado não é suficiente para a realização do tipo, é preciso que o autor atue acima do limite do risco permitido. Na realidade, os indícios mais frequentes na prática desta modalidade criminosa, segundo a doutrina espanhola, são:

a) O surgimento de quantidades de dinheiro de certa importância, a respeito das quais não se oferece suficiente justificação.
b) A utilização do mesmo em operações que oferecem certas irregularidades, alheias à prática comum no mercado, tais como manejo de grandes quantidades de dinheiro, utilização de testa de ferros, aberturas de contas ou depósitos em entidades bancárias localizadas em país diferente do de residência de um titular, etc.
c) E, por último, a existência de algum dado objetivo que relacione a quem dispõe desse dinheiro com o tráfico de substâncias proibidas, de maneira que permita afiançar a imprescindível vinculação entre dois delitos.

O delito de branqueamento de dinheiro é um delito autónomo e independente dos delitos precedentes, não tendo interesse conhecer nem os concretos delitos anteriores, nem as condenações. O único dolo exigível ao autor e que deve preocupar o tribunal é precisamente a existência de dados ou indícios bastantes para poder afirmar tal conhecimento; isso se pode obter tanto mediante prova direta, que praticamente será de

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

impossível existência, dada a capacidade de camuflagem e hermetismo com que atuam as redes clandestinas de fabricação, distribuição e branqueamento do dinheiro procedente das drogas, como por prova indireta, que será a mais comum.

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, por estar na pendência de um processo judicial; sabemos também que a Constituição garante o direito à defesa de todo o cidadão[237]. Pode este advogado receber os honorários, correspondentes à ação que patrocina sem cometer o crime do art. 368-A nº 2 do Código Penal?

Todo o acusado tem direito a ser assistido por defensor técnico, também lhe sendo assegurado o direito ao silêncio. Será, portanto, que se viola o livre exercício da profissão, o direito da livre escolha do defensor por parte do cliente e a presunção de inocência impedindo que ele duvidasse da fonte do dinheiro dos honorários?

Da garantia do livre exercício profissional decorre o direito de receber os honorários, mas o exercício da advocacia não está livre de controles; se o advogado conhece a fonte ilícita do dinheiro destinado ao pagamento dos seus honorários, e ainda assim os recebe, comete o crime de branqueamento de dinheiro. O advogado deve prestar assistência ao cliente, e não receber os respetivos honorários, entendendo-se que o dever de assistência se sobrepõe a esse pagamento. Assim, o advogado deve cumprir o seu dever de assistência, mas retornar a coleta dos honorários, que sabem ser pagos com dinheiro de proveniência ilícita. Deve o advogado defender o seu cliente de forma gratuita?

Caso não se trate de um defensor oficioso como os nomeados pelo sistema em Portugal, então devemos devolver os honorários a menos que outra pessoa, da família, por exemplo, os assegure, e essa pessoa não esteja envolvida diretamente no caso criminal. A não ser assim - até porque alguém que embora habitualmente se dedique à prática de crimes, pode estar inocente no caso concreto – estaremos a negar o direito à escolha do advogado, constitucionalmente consagrado e por outro lado a negar

237 Art. 20, nº 2 da C.R.P.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ao advogado o direito ao livre exercício da profissão, na medida em que se impede a coleta dos honorários, devidos pelos serviços prestados.

O dinheiro recebido por profissional liberal, em contraprestação a serviços realmente efetuados, com a regular emissão de nota fiscal, não contribui para mascarar o bem, uma vez que seu destino é conhecido. Não há fato objetivo de branqueamento de dinheiro.

Na situação em que o advogado receba honorários e devolva parte deles como fictício empréstimo ou pagamento de serviços inexistentes ao cliente, contribuindo para a sua ocultação, o comportamento do profissional corresponde à fase de reciclagem, caracterizando-se tipicamente como branqueamento de dinheiro.

A coleta de honorários manchados tem inúmeras implicações jurídicas, mas não configura expediente de branqueamento de dinheiro, a não ser que o profissional use a aparência da prestação de serviços para reciclar valores sujos.

Se o advogado, tendo prestado um serviço de consulta jurídica ou de patrocino judiciário ou qualquer outro serviço no exercício da sua profissão, tenha ou não o dever de comunicar, de colaborar ou de se abster, concluir que o seu cliente pretende pagar os seus honorários com meios financeiros provenientes da prática de crimes subjacentes ao branqueamento, poderá aceitar ou deve abstenção -se a receber sob pena de poder ser acusado de branqueamento?

Não se vê que essa factualidade possa caber nos nº 2 e 3 do art. 368-A do Código Penal, particularmente se os honorários se destinarem a pagar os serviços prestados no âmbito do direito de defesa do cliente ou do seu direito de acesso á consulta jurídica. A investigação e perseguição do crime não cabem aos advogados, e é este um dos fundamentos e alicerces da independência da profissão. Coloca-se aqui também uma questão interessante:

No caso da nomeação de um defensor oficioso em Portugal o Estado responsabiliza-se pelo pagamento dos honorários ao advogado nomeado, através do Instituto de Gestão Financeira e Infraestruturas da Justiça. O arguido, por sua vez terá direito ou não a apoio jurídico conforme determinação da Segurança Social. Caso tenha, poderá ser pedido que Pague as despesas jurídicas ao Estado em prestações mensais.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Tudo isto para fazer a seguinte pergunta: Uma vez que sabemos que determinado sujeito não tem outra fonte de rendimentos que não seja o crime, se ele pagar os valores mensais à Segurança Social, está o Estado a ser culpado do crime de branqueamento de dinheiro?

No respeitante á redução teleológica do tipo de branqueamento de dinheiro, o segundo critério pelo qual se busca restringir a aplicabilidade do tipo penal de branqueamento é o chamado «fim de proteção da norma». Os representantes da solução do tipo apoiam-se nos postulados da teoria da imputação objetiva em sentido amplo, desenvolvendo reflexões teleológico-normativas[238].

Neste contexto estabeleceu o Tribunal Constitucional alemão[239] que o parágrafo correspondente ao delito de branqueamento de dinheiro deve ser aplicado restritivamente no caso do advogado (redução teleológica do artigo), numa «*interpretação conforme à Constituição*».

É sabido que a finalidade do legislador com as normas de reciclagem é impedir o ingresso oculto dos ganhos ilegais no âmbito legal, visando com isso isolar economicamente aos autores dessa prática criminosa. Com esse intuito, são concedidos às autoridades de investigação mecanismos processuais para reconstruir o percurso financeiro cumprido pelos bens de fonte ilícita, e ao mesmo tempo ter mais conhecimento. A receção de dinheiro de fonte criminosa por parte de um advogado em razão dos serviços comuns não caracteriza a modalidade do delito de branqueamento, inexistindo na aceitação de honorários infiltração no marco económico legal[240].

238 A matriz teórica desse entendimento tem sua fonte na análise da normativa alemã referente ao branqueamento de dinheiro, parágrafo 261 do Strafgesetzbuch (StGB).

239 Ver nota sobre o caso alemão.

240 Cabe mencionar que, independentemente de o advogado ter conhecimento do ilícito ou não, o simples pagamento do serviço não supõe o cometimento de atos como aquisição, transmissão ou conversão de bens. (CORDOBA RODA, Juan, Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales, 2006, *cit*., pág. 63.). O indivíduo que não transforma e nem dissimula dinheiro ilegal, mas tão somente consome e desfruta os proventos de crime prévio, ou ainda, se limita a auxiliar outrem a realizar essa consumação, não estaria precisamente a branquear o capital, constituindo uma conduta atípica (poderia no máximo responder por recetação ou favorecimento). (BITENCOURT, Cézar Roberto; OLIVIERA MONTEIRO, Luciana de, Lavagem de dinheiro segundo a legislação atual. Direito penal e processual penal: leis penais especiais. São Paulo: RT, 2015, *cit*., pág. 176.). Portanto, o advogado que recebe os honorários pela atuação da defesa de seu cliente em juízo não estaria cometendo uma conduta criminosa de branqueamento. Além

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Afinal os advogados gozam de um estatuto jurídico especial nas suas relações com os cidadãos, devendo manter discrição sobre os fatos que eventualmente tomem conhecimento em razão do exercício da sua atividade profissional (segredo profissional). Esse *status* jurídico especial teria inclusão na proteção legal da relação de confiança imprescindível a permear a necessária aproximação entre os advogados e os clientes, demandantes da prestação dos serviços.[241]

Sob esse prisma, o advogado, considerado no nosso sistema legal como indispensável à administração da justiça, resguardaria os interesses dos denunciados em prol de uma conceção abrangente do bem jurídico a ser protegido. Obviamente, a interpretação da norma deve considerar a Administração da Justiça no seu sentido amplo, incluindo-se, nesse ponto, a assistência técnica legal.

disso, o ato de receber honorários manchados seria irrelevante sob o ponto de vista político-criminal do crime de branqueamento em relação ao crime antecedente e não contribui para um reforço preventivo da pena do delito prévio. (PÉREZ MAZANO, Mercedes. Neutralidad delictiva y blanqueo de diñeiro…, *cit.*, pág. 185.). Outra argumentação que poderia ser utilizada, de início, seria a quantidade que os valores dos honorários representam. O volume de dinheiro não costuma ser muito alto e em virtude disso a tendência seria suscitar o princípio da insignificância para solucionar a questão. Entretanto, esse argumento não prospera sem críticas, e com razão, porque não há um critério que defina com exatidão a quantidade que passa a ter uma importância de âmbito penal. (PÉREZ MAZANO, Mercedes. Neutralidad delictiva y blanqueo de diñeiro…, *cit.*, pág. 185.)

241 «A redução teleológica do tipo de branqueamento, com base no critério do fim de proteção da norma, estabelece a seguinte orientação: a proteção dos dispositivos do branqueamento não resultaria lesionado pela prestação de serviços do advogado cujos honorários advenham de fonte criminosa, pois está claro que os tipos de reciclagem têm como bem jurídico predominantemente protegido a Administração da Justiça. Se a norma pretende garantir o bom funcionamento da Administração da Justiça, ela não poderia ter um alcance parcial, identificando-se exclusivamente com os interesses do Estado-Acusação, olvidando-se dos interesses da defesa do acusado.» SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo, Advocacia a lavagem de dinheiro, série GVLAW, Editora Saraiva, 2010.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

2.9. Particularidades do regime relativo aos advogados

As funções do advogado são – de acordo com o art. 542 da Lei Orgánica do Poder Judicial, a defesa, o aconselhamento e o conselho jurídico. Além dessas atividades, o advogado gere, administra e representa extrajudicialmente ao seu cliente. Na defesa, o advogado não resulta sujeito obrigado às obrigações estabelecidas na Lei de prevenção do branqueamento de dinheiro.

Na gestão patrimonial, financeira e financeiro-jurídica, no entanto, está-o plenamente, nos casos em que participe na conceção, realização ou aconselhamento de transações por conta de clientes relativas à compra de bens imóveis ou entidades comerciais; na gestão de fundos, valores ou outros ativos; a abertura ou gestão de contas bancárias, contas de poupanças ou contas de valores; na organização das contribuições necessárias para a criação, o funcionamento ou a gestão de empresas ou a criação, o funcionamento ou a gestão de fidúcias (trusts), sociedades ou estruturas análogas ou quando atue em nome e por conta de clientes em qualquer transação financeira ou imobiliária e quando atua em representação do cliente em matérias extrajudiciais.

O aconselhamento jurídico arroja dúvidas que podem se resolver atendendo ao tempo em que se presta. Se se limita a determinar a posição jurídica do cliente está sujeito ao mais estrito segredo em tudo quanto o cliente revele. Se, pelo contrário, o aconselhamento é participativo, o advogado fica obrigado às disposições da lei preventiva. Deve ter-se presente o disposto na III diretiva:

Como regra geral, «*o aconselhamento jurídico estará sujeito à obrigação de segredo profissional, salvo em caso que o assessor advogado esteja implicado em atividades de branqueamento de dinheiro ou financiamento do terrorismo, de que a finalidade do aconselhamento jurídico seja o branqueamento de dinheiro ou o financiamento do terrorismo, ou de que o advogado saiba que o cliente solicita aconselhamento jurídico para fins de branqueamento de dinheiro ou financiamento do terrorismo.*[242]»

242 Parágrafo 20 da Diretiva 60/2005/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de dinheiro e de financiamento do terrorismo.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

«*Compliance*» advém do verbo «*to comply*». *Compliance* é o fato de cumprir normas e agir dentro de seus limites, em especial quanto ao cumprimento das obrigações de prevenção e repressão ao branqueamento de dinheiro, e que devem ser cumpridas por determinados profissionais ou entidades, sob pena de sofrerem repercussões administrativas, cíveis e penais. As principais obrigações de colaboração anti branqueamento podem ser assim resumidas: identificação do cliente; manutenção do registo das transações; atendimento às requisições das autoridades; comunicação das operações suspeitas e preservação do segredo destas.

Há que ter em conta que, quando a lei se refere ao aconselhamento que o jurista pode e deve prestar ao seu cliente não se refere ao «aconselhamento ou conselho jurídico» já que este está protegido pelo segredo profissional ao que alude o art. 542.1 da Lei Orgánica do Poder Judicial.

Para harmonizar a discrepância, a doutrina espanhola vem interpretando que a Lei 10/2010 refere-se a um «aconselhamento de gestão», enquanto a Lei Orgánica do Poder Judicial se refere a «aconselhamento jurídico». A verdade é que a Lei 10/2010 fala de aconselhamento sem mais, e que a Lei Orgánica do Poder Judicial refere a proteção do segredo profissional em qualquer das suas modalidades, e entre elas se inclui o mero aconselhamento sem nenhum tipo de distinção.

O advogado, enquanto profissional jurídico, contacta com situações ilícitas, nomeadamente o branqueamento de dinheiro, tipicidade sobre a qual impende uma tutela preventiva baseada nos deveres contidos na legislação, mais concretamente, os deveres contidos no art. 6 da Lei 25/2008, de 05 de junho, assim como na função auxiliar do advogado na realização da Justiça, pelo que, eximindo-se destes deveres, conscientemente ou por falta da diligência que é exigida a quem, por médio da sua capacidade técnica, deve enquadrar e determinar a possibilidade de estar a contactar ou até a encetar esforços, em nome do cliente, para a realização de um facto ilegal típico de branqueamento de dinheiro, os advogados serão imputados através um regime exclusivo, por remissão da alínea c) do art. 54 da Lei 25/2008 onde se excluem os advogados da punição das infrações cometidas através das coimas previstas no art. 54, o que, face à observância do princípio da acessoriedade da aplicação das

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

sanções acessórias previsto pelo RGCO, levará à exclusão consequente da aplicação das sanções acessórias previstas no artigo seguinte.

Assim resta-nos o regime disciplinar disposto, especificamente para os advogados, no art. 58 da Lei 25/2008, de 05 de junho, remetendo, em virtude da competência exclusiva, para a Ordem dos advogados o apuramento da responsabilidade e a consequente aplicação de uma das sanções previstas no artigo em causa, em virtude dos arts. 135 e 136 do EOA que mal permite a aplicação de uma única sanção, até mesmo em caso de concurso de infrações, uma reflexão do instituto do cúmulo jurídico que conforma a aplicação das penas, em Direito Penal, para o concurso de crimes, estabelecendo-se os critérios de determinação da pena, os critérios do art. 131 e seguintes do EOA, por aplicação remissiva do nº 3 do art. 58 da Lei 25/2008.

Deveres objetivos:

Em 2003 surgiu a Lei sobre regime jurídico dos movimentos de capitais e das transações económicas com o exterior que envolve determinadas medidas de prevenção do branqueamento de dinheiro e estabeleceu-se os advogados como sujeitos obrigados, mas é na Lei 10/2010 onde encontramos reguladas as suas obrigações.

Estas obrigações podem dividir-se em três áreas que são as seguintes:

A) obrigações de diligência devida, que consistirão na identificação formal, a identificação do titular real, o propósito da relação de negócios e o seguimento destes;
B) de informação, entre as que se encontram a análise do risco, o exame especial de operações, a abstenção de execução, a colaboração com o Serviço Executivo, a proibição de revelação e a conservação de documentos;
C) e já no último e mais polémico grupo, obrigações de controlo interno, onde se concentram a alta no censo de Sujeitos obrigados e nomeação de representante, a aprovação de um manual de prevenção de branqueamento de dinheiro, o exame externo e a formação de empregados.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

O problema que surge da introdução no projeto de regulamento da diferenciação dos sujeitos obrigados pelo seu tamanho, baseando-se em dois critérios que deverão ser concorrentes: ter menos de 10 pessoas ocupadas e que, o volume de negócio anual ou o balanço geral anual seja, inferior a dois milhões de euros.

Esta diferenciação veio gerar graves dúvidas, que são: que devemos entender por «ocupadas»? Por que não se definiram as conceções de «volume de negócio anual» ou «balanço geral anual» nem se estabeleceu o período em que devem se dar ditos resultados? O regulamento aparentemente liberta as pequenas empresas de aplicar algumas das medidas de controlo interno previstas nos arts. 26, 28 e 29 da Lei, mas, deixam estes pequenas empresas de ser sujeitos obrigados?

A resposta é não, e é que a LPBC segue vigente para todos os advogados que se dediquem às atividades taxadas e deverão aplicar todas as medidas anteriormente mencionadas.

Este regime simplificado liberta-lhes de parte das obrigações de controlo interno como são a de comunicar ao SEPBLAC o nome do seu representante em matéria de prevenção de branqueamento (devem-no ter, só se lhes liberta do comunicar), a de fazer por escrito a sua análise de risco, a de redigir um manual de prevenção ou a de dar formação a todo o pessoal da organização bastando com o ter o titular da atividade ou pessoa responsável.

Para cumprir as exigências que estabelece a Lei é imprescindível fazer uma análise de riscos e aplicar umas medidas de controlo interno, pelo que a única interpretação possível é que as pequenas empresas têm mais liberdade na hora de adaptar as medidas de controlo interno ao seu tamanho e estrutura, aliviando-lhes de requisitos formais mais estritos.

A profissão jurídica tem demonstrado preocupação com um regime que gera insegurança, e é, em grandes escritórios, que eles entendem que é considerado que o cliente não precisa ter um perfil de risco mais alto quanto maior a empresa ou vice-versa, e que, sendo as obrigações exigidas no LPBC iguais para todos, é impossível aplicá-las numa análise de risco, um manual de prevenção por escrito ou um treinamento mínimo do pessoal. No entanto, os sujeitos que se enquadram no regime simplificado não veem outra solução senão a flexibilidade da adaptação

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

às obrigações da nova norma, acreditando que, de outra forma, ocorreria uma situação que poderia levar a roçar o anticompetitivo.

Conquanto é verdade que as obrigações que se exigem na Lei deveriam ser cumpridas por todos os sujeitos obrigados, não é menos verdadeiro que as dificuldades que encontram a maioria das pequenas empresas lhes supõem obstáculos insolúveis para a sua adaptação. A isso há que juntar as Recomendações sobre as medidas de controlo interno para a prevenção do branqueamento de dinheiro e do financiamento do terrorismo, de 4 de abril de 2013, elaboradas pelo SEPBLAC com objeto de facilitar aos sujeitos obrigados o cumprimento das obrigações estabelecidas na LPBC.

A lei consagra uma série de deveres a observar pelas entidades sujeitas a este regime jurídico, como o dever de exigir identificação, o dever de regresso de realização de operações, o dever de conservação de documentos, o dever de exame diligente das operações, o dever de comunicação à Procuradoria-Geral da República, o dever de abstenção de execução das operações, o dever de colaboração com as autoridades judiciárias e o dever de segredo em relação a tal colaboração.

Em especial, para os advogados, são eles o dever de identificação, o dever de exame, o dever de comunicação, o dever de abstenção e o dever de colaboração

A lista de deveres é, pois, extensa e cada um deles revela alguma densidade, como por exemplo, no caso das operações excederem os €15.000, o dever de obter informação sobre a fonte e o destino dos fundos, a justificação das operações em causa, bem como sobre a identidade dos beneficiários, no caso de não se tratar de quem promove a operação ou ainda o dever de prestar toda a assistência requerida pela autoridade judiciária responsável para a fiscalização do cumprimento dos deveres previsto no diploma, nomeadamente fornecendo todas as informações e apresentando todos os documentos solicitados.

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

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

A primeira necessidade que regula este regulamento preventivo centra-se na identificação formal de quem pretendam estabelecer uma relação de negócio ou intervir numa operação embora seja ocasional, quer sejam pessoas físicas ou jurídicas, habituais ou não.

Esta necessidade é de maior relevância, pois o advogado deve ter uma relação pessoal com o cliente, por causa dos impedimentos (art. 83), de eventual conflito de interesses (art. 99 do EOA) ou violação do segredo profissional (art. 92 do EOA).

Dita necessidade é objeto de regulação no art. 3 da LPBC, e nos arts. 4, 8 e 9 do RD 304/2014 de 5 de maio que aprova o Regulamento desta Lei. Esta necessidade de identificar o cliente fundamenta-se na máxima internacional de «conhece ao teu cliente» (*know your customer*) que, como atuação preventiva, inclusive poder-nos-ia levar a adotar certa política de admissão de clientes.

A identificação pode ter duas vertentes. Uma delas seria a identificação formal e a outra vertente seria a identificação real do cliente. Ambas pretendem uma identificação que vai para além da mera identificação da pessoa propriamente dita, pois pretende a identificação da personalidade do cliente em questão. O facto de conhecer o cliente permite avaliar o risco e em função do nível de risco determinar as medidas de diligência devidas a adotar na função de prevenção na luta contra o branqueamento de dinheiro.

O cliente, bem como os poderes daquele que se alega ser seu representante, devem ser do conhecimento pessoal do advogado. Os atos notariais que o advogado pratique para os procuradores ou representantes legais das pessoas coletivas devem ser previamente confirmados pela leitura dos documentos justificativos. Não é possível ao mandatário judicial representar um cliente se não o conhecer e se a procuração não lhe foi outorgada pessoalmente, pois corre o risco de patrocinar quem nunca lhe encomendou o serviço e estar a dar informações a terceiros, em violação do segredo profissional.

O cliente deve assinar pessoalmente a procuração. É contraproducente deixar que alguém leve a procuração para ser assinada pelo interessado fora do escritório, salvo se a mesma for reconhecida ou autenticada nos termos da lei. Quanto aos representantes do cliente, o advogado deve

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

conferir os alegados poderes pela exibição de documentos idóneos, procuração e certidão comercial (representantes legais).

Ao praticar atos próprios de advogado (consulta, mandato forense, representação e assistência) este deve conhecer o seu cliente e, tratando-se de pessoa coletiva, deve verificar se o representante legal tem poderes de representação, por exemplo, quantas pessoas devem intervir no ato ou contrato para vincular a pessoa coletiva.

O dever de identificação dos clientes ou dos seus representantes tem a ver também com o reconhecimento presencial das assinaturas e das procurações forenses. Esta necessidade do advogado está também prevista nos arts. 6 e seguintes da Lei do branqueamento de dinheiro (Lei nº 25/08, de 5 de junho). Se desse exame ou por qualquer outro modo resultar a suspeita ou o conhecimento de determinados fatos que indiciem a prática do crime de branqueamento, o advogado deve comunicar essa operação imediatamente ao Bastonário da Ordem dos advogados, exceto:

1. no contexto da avaliação da situação jurídica do cliente
2. no âmbito da consulta jurídica, ou
3. no exercício da sua missão de defesa ou representação do cliente em processo judicial ou a respeito de um processo judicial, incluindo o aconselhamento relativo à maneira de propor ou impedir um processo, quer as informações sejam obtidas antes, durante ou depois do processo.

Em Espanha, para a identificação e comprovação da identidade do titular real será suficiente com uma declaração responsável do cliente. Não obstante, quando exista um «risco superior à média» será obrigatória a obtenção por parte do sujeito obrigado de documentação adicional ou independente do cliente e fiável e, em qualquer caso, desde que existissem indícios de que a titularidade real declarada pelo cliente não é exata ou verdadeira, ou quando deva proceder ao exame especial ex art. 17 da LPBC ou a comunicação por indício ex art. 18 da citada Lei.

Como conclusão, o advogado fica vinculado à obrigatoriedade de identificação real e formal do cliente, e à identificação e comprovação da atividade do cliente, ao seguimento contínuo da relação de negócios,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

só quando estes participem na conceção, realização ou aconselhamento de operações por conta de clientes relativas à compra de bens imóveis ou entidades comerciais, a gestão de fundos, valores ou outros capitais, a abertura ou gestão de contas correntes, contas de poupanças ou contas de valores, a organização das contribuições necessárias para a criação, o funcionamento ou a gestão de empresas ou a criação, o funcionamento ou a gestão de fideicomissos «trusts», sociedades ou estruturas análogas, ou quando atuem por conta de clientes em qualquer operação financeira ou imobiliária.

B) Dever de exame (implícito) / dever de comunicação
O advogado que intervenha em operações:

1. de compra e venda de bens imóveis, estabelecimentos comerciais e participações sociais;
2. de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros capitais pertencentes a clientes;
3. de abertura e gestão de contas bancárias, de poupança e de valores mobiliários;
4. de criação, exploração ou gestão de empresas, fundos fiduciários ou estruturas análogas;
5. financeiras ou imobiliárias, em representação do cliente;
6. de alienação e aquisição de direitos sobre praticantes de atividades desportivas profissionais, deve examinar a causa por forma a detetar no âmbito da mesma indícios da prática de crime de branqueamento de dinheiro.

Este dever de exame traduz-se na conjugação de vários deveres, nomeadamente, o constante no nº 1 do art. 83 onde exige-se um comportamento profissional adequado à dignidade e responsabilidade da função que exerce constante do nº 2 do art. 93, que prescreve que o advogado não deve aceitar o patrocínio de uma questão se souber que não tem competência para dela se ocupar.

Ora este dever de exame é consumido pelo dever de zelo profissional, presente a partir da altura em que o advogado é contactado pelo cliente,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

quer para uma consulta jurídica, para um mandato forense, ou para qualquer outra atividade em que atue na qualidade de advogado e por isso, na defesa do cliente.

O dever de comunicação não tem aplicação quando as informações sejam obtidas:

1. no contexto da avaliação da situação jurídica do cliente,
2. no âmbito da consulta jurídica, ou
3. no exercício da sua missão de defesa ou representação do cliente em processo judicial ou a respeito de um processo judicial, incluindo o aconselhamento relativo à maneira de propor ou impedir um processo, quer as informações sejam obtidas antes, durante ou depois do processo.

Sobre a situação espanhola, em princípio, todo sujeito obrigado incluído no art. 2.1º da Lei 10/2010 (LPBC) que, depois de realizar o exame especial previsto no art. 17 da Lei 10/2010 e desenvolvido no art. 25 do Regulamento, conclua que existe indício ou certeza de que o facto ou operação examinado está relacionado com o branqueamento de dinheiro ou o financiamento do terrorismo, deve enviar, sem demora ao Serviço Executivo uma comunicação por indício, tal e como se descreve no art. 18 da Lei 10/2010. Além disso deverá adotar imediatamente medidas adicionais de gestão e controlo do risco, devendo-se pronunciar envolve se continua ou não com a relação de negócio e justificar a sua decisão. No entanto, quando o advogado realize aconselhamento ou defesa jurídica de um cliente em questão, não estará obrigado a realizar dita comunicação, nem a colaborar com o SEPBLAC.

Neste plano é de salientar o tratamento que realizou recentemente a Lei Orgánica 13/2015, de 5 de outubro, de modificação da Lei de Enjuiciamiento Criminal para o fortalecimento das garantias processuais e a regulação das medidas de investigação tecnológica, porquanto determina como conteúdo essencial do direito de defesa a assistência de um advogado de livre escolha ou, no seu defeito, de um advogado de oficio, indicando que ambos entrevistar-se-ão reservadamente em qualquer momento, desde que se lhe atribua a realização de um facto punível

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

devendo estar dito jurista presente a todas as declarações do cliente e em quantas diligências de reconhecimento, confronto ou reconstrução de facto se levassem a cabo.

Por conseguinte, o advogado (se for o caso, excecionalmente o seu diretor ou empregado que colabore com ele nessa mesma causa) não está sujeito às obrigações de colaboração ou transmissão de informação com o Serviço Executivo que prevê o art. 18 e o 21 da Lei 10/2010 de 28 de abril, isto é, à comunicação de operações e à facilitação da informação que lhe pudesse ser requerida, da informação que recebam dos seus clientes ou obtenham sobre ele se determina a posição jurídica a favor do seu cliente ou desempenha a sua missão de defender ou representar a ditos clientes em procedimentos administrativos e judiciais ou em relação com isso, incluído o aconselhamento sobre a abertura ou a forma de impedir um processo, independentemente de se receberam ou obtido dita informação dantes, durante, ou após tais procedimentos, segundo regula o art. 22 da Lei 10/2010.

É importante determinar o que consideramos como certeza ou indício relacionado com o branqueamento de dinheiro. Uma operação ou um ato com que nos revele «a certeza do facto ou ato» relacionado com o branqueamento de dinheiro, implica, segundo apontava anteriormente, que transcenda do âmbito meramente subjetivo a um objetivo, podendo ficar acreditado mediante a prática da atividade probatória. Por suposto, deve ser um facto inequívoco.

Podemos considerar como «prova» tudo com o que se conta para poder reconhecer e atestar a verdade de um facto, por suposto, sempre utilizando meios e formas lícitas de obtenção de prova. Por outro lado, «indício» seria o signo que permite presumir algo com fundamento questionável.

A presunção seria o processo intelectual mediante o qual, com base na chamada «regra da experiência», isto é o conhecimento do que acontece normalmente na vida, do indício conhecido se chega à afirmação de outro facto.

Poderíamos considerar, por exemplo, como indícios, os signos ou atos com que revelem a sua participação ou intervenção no branqueamento de dinheiro, os da sua capacidade para o cometer, os relativos aos

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

motivos ou móveis para o cometer, a atitude suspeita, a má justificação ou o próprio álibi do implicado. Desta forma, o indício não é mais que um elemento estático da presunção, e tem de ser um facto demonstrado.

Quando o indício pela sua menor potência indicativa permite unicamente presumir que o facto a deduzir é verosímil estamos tecnicamente ante o que se chama um princípio de prova. Por conseguinte, há duas classes de indícios: os que permitem fazer uma inferência presumível e os que só permitem estabelecer um âmago presumível.

O advogado poderia denotar certeza ou bem indício, uma operação incomum que realize ou queira realizar um cliente, entendendo como tal aquelas operações cuja quantia ou características não guardassem relação com a atividade económica do cliente, delimitando os limites da normalidade na área ou matéria em que ordinariamente possa ser inserido ou localizado esse cliente.

Neste caso, o advogado não poderia colaborar nem informar ao Serviço Executivo quando este assuma e exteriorize a sua posição jurídica a favor do seu cliente, ou desempenhe efetivamente a sua missão de defender ou representar a esse cliente em procedimentos administrativos e judiciais ou, em relação com isso, incluído o aconselhamento sobre a abertura ou a forma de impedir um processo, independentemente de se receberam ou obtido dita informação dantes, durante, ou após tais procedimentos ficando vinculado ao segredo profissional que lhe assiste e lhe obriga.

Portanto, se o advogado atua como o que se identifica como «operador económico» (não exerce funções de aconselhamento ou defesa jurídica) por conta do cliente quando facilita ou intervém conscientemente nessas operações de possível conteúdo incomum, nesses factos indiciários ou nesses factos verdadeiros relacionados com o branqueamento de dinheiro de natureza ilícita penal não ficará protegido pelo segredo profissional, e desaparece a necessidade de colaborar com as autoridades administrativas, entre outras coisas porque ter-se-á convertido no próprio autor do tipo de branqueamento de dinheiro, não podendo ser obrigado a denunciar ou a auto denunciar-se. Note-se que neste caso o advogado autor do delito pode eleger entre colaborar ou não, mas não poderia ser obrigado.

Mas se o advogado tivesse conhecimento de que o seu cliente realiza ou vai realizar tais atividades utilizando o aconselhamento jurídico

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

que se lhe tem dado para precisamente impedir este tipo de atividades de branqueamento de dinheiro, e o cliente o realizasse contravindo o aconselhamento jurídico dado, e isto chegasse de alguma forma ao conhecimento do jurista, este pode estar obrigado a comunicar, informar e colaborar com o SEPBLAC em todo aquilo que lhe seja requerido, sob pena de cometer uma infração administrativa.

Com maior fundamento se cita o conteúdo do art. 259 da Lei de Enjuiciamiento Criminal que reza que o que presenciar a perpetração de qualquer delito público está obrigado ao pôr imediatamente em conhecimento do Juiz de instrução, de paz, comarca ou autárquica, ou servidor público fiscal mais próximo do sítio em que se achar, recebendo a multa de 25 a 250 pesetas; ou no art. 262 desse mesmo texto que refere que os que por razão dos seus cargos, profissões ou ofícios tiverem notícia de algum delito público estarão obrigados ao denunciar imediatamente ao Ministério fiscal, ao Tribunal competente, ao Juiz de instrução e, no seu defeito, ao autárquico ou ao servidor público de polícia mais próximo do sítio, se se tratar de um delito flagrante, incorrendo na multa assinalada anteriormente que impor-se-á disciplinarmente.

Não obstante, o art. 263 desse mesmo texto refere uma solução ao caso concreto dos advogados, ao estabelecer que a necessidade imposta na alínea primeira do artigo anterior não compreenderá aos advogados, nem aos solicitadores, independentemente das instruções ou explicações que receberem dos seus clientes.

Também não abrangerá os padres e ministros de outras religiões independentemente das notícias que se lhes tiverem revelado no exercício das funções do seu ministério. Caso contrário, poder-se-lhe-ia inclusive chegar a considerar cúmplice, participante dessa determinada atividade criminosa. Neste último caso foi quebrada a confidencialidade e a confiança entre ambas partes, razão pela que não operaria o segredo profissional do advogado.

Caberia a comissão negligente de branqueamento de dinheiro por um jurista que não realize ou ignore as comportamentos relativas à diligência devida própria da sua profissão ou atividade ao objeto de comprovar a fonte irregular ou ilegal dos fundos adquiridos, a índole do negócio, o contexto e a identificação de cliente segundo o regulamento vigente.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

C) Dever de conservação de documentos.

A título de exemplo, o art. 25 da lei 10/2010, de 28 de abril, e por sua vez o art. 29 do RD 304/2014, impõe a necessidade de conservar durante um mínimo de dez anos os documentos ou registos que com força probatória comprovem adequadamente a realização de operações e as relações de negócio dos clientes com dito profissional ou entidade. Também supõe a necessidade de conservar, durante dez anos, as cópias dos documentos exigidos para a identificação dos clientes que realizasse as operações ou intitulasse as relações de negócio.

O RD 304/2014 estabelece no seu art. 28 que os sujeitos obrigados conservarão toda a documentação obtida ou gerada em aplicação das medidas de diligência devida, com inclusão, designadamente, das cópias dos documentos de identificação, as declarações do cliente, a documentação e informação contribuída pelo cliente ou obtida de fontes fiáveis independentes, a documentação contratual e os resultados de qualquer análise efetuada, durante um período de dez anos desde a terminação da relação de negócio ou a execução da operação ocasional.

Estes documentos seriam tanto os instrumentos públicos autorizados, ou aqueles que comprovam o fundamento do negócio, como podem ser os dados, documentos, certificações, autorizações, títulos, que se contribuíssem ao advogado, entre elas as notas, e e-mail, ou minutas facilitadas.

A conservação dos documentos de identificação formal deverá realizar-se em suportes óticos, magnéticos ou eletrónicos, bem como as cópias dos documentos de acreditação da realização de operações de rendimento, retirada ou trespasso

Na Quarta Diretiva 2015/849, de 20 de maio de 2015 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para o branqueamento de dinheiro ou o financiamento do terrorismo, no cap. V, sobre «proteção de dados, registo, conservação de documentos e dados estatísticos», refere que os documentos derivados da aplicação das medidas de diligência devida conservar-se-ão durante 5 anos a contar desde o fim da relação ou transação.

O mesmo afirma-se a respeito da conservação de comprovativos e registos de transações de fundos, desde uma conta numa entidade de crédito e os que comprovem a ordem ou receção de transferências de

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

fundos realizadas em entidades de pagamento ou operações de mudança de moeda, salvo aqueles sujeitos obrigados que, com inclusão dos agentes, ocupem menos de dez pessoas e cujo volume de negócios anual, ou cujo balanço geral anual não supere os 2 milhões de euros, que poderão optar por manter cópias físicas dos documentos de identificação.

Esta exceção não será aplicável aos sujeitos obrigados integrados num grupo empresarial que exceda ditos valores. O prazo indicado conta-se a partir de que finalizem as relações com um cliente para os documentos relativos à sua identificação, e a partir da execução da cada operação para a conservação dos documentos ou registos que a autorizam.

Não obstante, o advogado está sujeito a conservar a documentação, mas pela sua própria atividade profissional e pela vinculação às normas fiscais e tributárias pertinentes nos termos em que em ditas normas se determinem.

D) Dever de abstenção

Ao advogado é proibida a execução de operações relativamente às quais haja suspeita de estarem relacionadas com a prática de crime de branqueamento.

E) Dever de colaboração

O advogado deve prestar toda a assistência requerida pela autoridade judiciária responsável pela condução do processo ou pela autoridade competente para a fiscalização do cumprimento dos deveres previstos nesta lei, nomeadamente fornecendo ao Bastonário todas as informações e apresentando todos os documentos solicitados por aquelas entidades.

Pormenorizam-se as diferentes atuações e procedimentos que devem levar a cabo os sujeitos obrigados e, sobretudo, se especificam as operações que, por se entender que possam estar relacionadas com o branqueamento de dinheiro procedentes de delitos, devem ser comunicadas em todo o caso ao Serviço Executivo.

Assim mesmo recolhe-se a previsão legal da isenção de responsabilidade pelo fornecimento das informações requeridas, e estabelece-se o procedimento sancionador aplicável pelo não cumprimento das disposições legais nesta matéria. Define-se, nos casos primeiramente, saída

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

e movimento interior de capitais, o que se entende por origem, posse e destino. Por origem, o título ou negócio jurídico que determine a legítima posse dos fundos, e por destino, a finalidade económico-jurídica a que se tenham de aplicar os fundos.

F) Confidencialidade

Implica não revelar ao cliente nem a terceiros as atuações que estejam a realizar em relação às suas obrigações derivadas da Lei 10/ 2010, de 28 de abril, segundo dispõe o art. 24 e que também regula o art. 12 do RD 304/2014.

O art. 28 da Terceira Diretiva invoca precisamente à interdição da divulgação (*tipping off*) quando as informações foram transmitidas ou quando uma investigação sobre branqueamento de dinheiro ou financiamento de terrorismo está em curso ou poderia estar aberta, o que poderia entrar em contradição segundo revela o CCBE, com a necessidade de informar pontualmente às autoridades prevista no art. 22 da citada Diretiva a proibição de divulgação à que se refere o art. 28 da Diretiva sobre o fundamento da suspeita já que, quando um advogado se esforça em dissuadir a um cliente de intervir em atividades ilegais, este não pode divulgar no sentido da alínea primeira do citado art. 28.

O dever de diligência do cliente e manutenção de registo encontram-se nas Recomendações do FATF 10, 11, 12, 15 e 17, aplicando-se, conforme o disposto na Recomendação 22, às atividades e profissões não-financeiras apontadas e inclui o advogado em sua letra «d».

Os profissionais forenses submetidos às obrigações são os que realizam atividades relacionadas a: compra e venda de imóveis; gestão de dinheiro, títulos mobiliários ou outros capitais do cliente; gestão de contas correntes, de poupança ou de valores mobiliários; organização de contribuições para a criação, operação ou administração de empresas; criação, operação ou administração de pessoas jurídicas ou outras estruturas jurídicas, e compra e venda de entidades comerciais.

Dentre os deveres de diligência estão incluídas a identificação do cliente, bem como a sua verificação através de documentos, dados e informações de fontes confiáveis e independentes. Além disso, deve-se

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

compreender a natureza e objetivos das relações do negócio a serem realizados.

O dever de comunicação de operações suspeitas encontra-se na Recomendação 20 e também é explicitamente imposta aos advogados, devendo ser obrigados, por lei, a comunicar suas suspeitas à unidade de inteligência financeira (UIF).

A Nota Interpretativa da Recomendação 23 é clara ao estabelecer que aos advogados e profissionais jurídicos independentes, bem como contabilistas e notários, não será exigida a comunicação de operações suspeitas se «tiverem sido obtidas em circunstâncias em que estiverem sujeitos a segredo profissional ou privilégio profissional de natureza legal».

Determina-se ainda que cabe a cada país apontar o que poderia ser abarcado pelo segredo profissional ou privilégio profissional, apontando ainda, que, geralmente, os casos acobertados são: «(a) durante a averiguação da posição legal de seu cliente, ou (b) durante seu trabalho de defender ou representar tal cliente em processos judiciais, administrativos, de arbitragem ou mediação.»

Em Portugal, a Lei 25/2008 - Lei de Combate ao branqueamento de dinheiro e o combate ao Terrorismo, traz na secção III, os «Deveres específicos das entidades não financeiras» no seu art. 35 nº 1, sobre o dever de comunicação por parte dos advogados das operações suspeitas (previsto no art. 16).

Dessa forma, a comunicação deve ser feita ao bastonário da Ordem dos advogados e ao presidente da Câmara dos Solicitadores, devendo esses comunicarem diretamente e numa filtragem prévia ao Procurador-Geral da República e à Unidade de Informação Financeira.

A segunda parte do art. 16 menciona a exclusão do dever de comunicação quando haja consultoria jurídica para avaliar a situação jurídica do cliente, na defesa em processo judicial ou ainda relativamente a um processo judicial, com o intuito de evitá-lo ou ainda propor o mesmo, além de informações as quais sejam tidas antes, depois ou ainda durante o processo. Assim, o advogado que age com atos «próprios da advocacia»

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

não está sujeito à obrigatoriedade de denúncia, pois não vai além da avaliação jurídica do cliente[243] ou do mandato.[244]

Até o momento da suspeita o advogado está a agir de acordo com o propósito de sua profissão, mas assim que surge de fato uma suspeita deve o advogado abster-se de realizar a operação ou aconselhar[245] *«sob pena de considerar-se o advogado comparticipante, coautor ou cúmplice do crime de branqueamento.»*[246]

Regra de exclusão de Responsabilidade:

Esta lei do branqueamento, consagra ainda uma regra de exclusão da responsabilidade, dispondo que as informações prestadas de boa-fé no cumprimento dos deveres impostos, não constituem violação de qualquer dever de segredo, nem implicam para quem as preste responsabilidade de qualquer tipo. Para além destes traços gerais comuns, o documento em análise fixa dois regimes jurídicos distintos consoante se trate de entidade financeira ou não financeira.

Interessa-nos, em especial, estas últimas onde se incluem expressamente advogados, solicitadores e outros profissionais independentes que intervenham ou assistam, por conta de um cliente ou noutras circunstâncias, em determinado tipo de operações desde a compra e venda de imóveis à gestão de valores mobiliários e criação e exploração de empresas. [247]

---

243 *Cfr*. o teor do artigo 62 nº 1 alínea b) do Estatuto da Ordem dos advogados, aprovado pela Lei nº 2005/15, de 26 de janeiro, que estatui que «sem prejuízo do disposto na Lei nº 2004/49, de 24 de Agosto, considera-se mandato forense: (...) o exercício do mandato com representação, com poderes para negociar a constituição, alteração ou extinção de relações jurídicas.

244 Neste sentido branqueamento de dinheiro – a experiência portuguesa e algumas questões suscitadas pela proposta da 3ª Directiva in: https://portal.oa.pt/ordem/comissoes-e-institutos/trienios-anteriores/comissao-dos-direitos-humanos/trienio2007-2005-/comunicados-e-regulamentos/branqueamento-de-capitais-a-experiencia-portuguesa/

245 Exceto para aconselhar o não fazer naturalmente.

246 Neste sentido branqueamento de dinheiro – a experiência portuguesa e algumas questões suscitadas pela proposta da 3ª Directiva in: https://portal.oa.pt/ordem/comissoes-e-institutos/trienios-anteriores/comissao-dos-direitos-humanos/trienio2007-2005-/comunicados-e-regulamentos/branqueamento-de-capitais-a-experiencia-portuguesa/

247 «No caso dos advogados, o dever de identificação do cliente é restringido aos casos de operações de valor superior a 15.000€ e a comunicação de suspeita de atividade criminosa é feita à Ordem dos advogados e não à PGR. Esta relação com a Ordem dos advogados encerra um aspeto positivo: ou de permitir que o advogado continue a reportar o exercício ou os desvios aos seus compromissos

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

As infrações cometidas por advogado merecem um tratamento específico, sendo a respetiva punição assegurada mediante a aplicação de penas disciplinares pela Ordem dos advogados.

A repressão penal no ordenamento jurídico espanhol configura-se nos arts. 301 a 304 da Lei Orgánica 15/2003, de 25 de novembro, e Lei Orgánica 5/2010 de 22 de junho, que modifica o Código penal espanhol de 1995, que qualificam o delito de branqueamento de dinheiro na sua consideração de ilegal penal.

Assim o art. 301 do Código penal espanhol considera como sujeito ativo deste delito:

> «*O que adquira, possua, utilize, converta, ou transmita bens, sabendo que estes têm a sua fonte numa atividade criminosa, cometida por ele ou por qualquer terceira pessoa.*»

Em relação à expressão «possua, utilize», a incriminação destes comportamentos (posse, utilização) supõe uma «aplicação extensiva» da Convenção de Viena de 1988, que «não obriga, só faculta aos Estados a hipótese de castigar os comportamentos de posse ou utilização». Desta forma, não só se fragiliza o princípio de intervenção mínima do Direito penal senão além disso, como expõem o citado relatório, o princípio de *non bis in idem* e a proporcionalidade da pena.

As incriminações destas duas modalidades, além disso, convertem esta figura criminosa em imprescritível, ao considerar-se delito permanente a posse ou utilização de ditos bens. Considera-se um delito instantâneo e, portanto, prescritível quanto às comportamentos típicas de aquisição, conversão e transmissão. Com esta reforma do ano 2010 introduz-se as palavras «atividade criminosa» em substituição da palavra «delito», e com isso parece que o que pretende o legislador é que para considerar a

---

deontológicos ao organismo vocacionado para tal. Além disto, segundo a aludida regra, o advogado que promovesse o conteúdo contratual de uma compra e venda de um imóvel (com valor superior a € 15.000) seria obrigado a denunciar à Ordem dos advogados a identificação dos intervenientes no negócio e do respetivo conteúdo negocial.» PIRES, Catarina Luísa, O advogado enquanto confidente necessário: Entre o dever de sigilo e o «Dever de Justiça», in: https://carlospintodeabreu.com/public/files/o_sigilo_profissional_do_advogado.pdf

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

existência do delito de branqueamento baste a mera suspeita a respeito da fonte criminosa.

Como principais metas da reforma podemos assinalar:

1) Ampliação dos comportamentos incriminatórios (possuir e utilizar);
2) a incriminação do autobranqueamento[248] e;
3) a incriminação das pessoas jurídicas e «organizações criminosas»

O art. 301. 1 do Código penal espanhol também castiga, qualquer outro ato para ocultar ou encobrir a fonte ilícita. Alguns autores entendem, ao contrário de uma interpretação literal da norma, que todos os comportamentos seriam subsumíveis numa única ação típica. E refere também este tipo criminoso que a pena impor-se-á na sua metade superior quando os bens tenham a sua fonte em algum dos delitos relacionados com o tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, descritos nos arts. 368 a 372 deste Código.

Esta construção de única ação impediria a incriminação do advogado por admitir a cobrança de honorários de fonte duvidosa através de um rendimento bancário quando falte o elemento subjetivo.

Só por dolo eventual do advogado ao confirmar a origem dos ditos honorários poderia se considerar delito (bem como quando são desproporcionados os honorários ou quando surgem de várias contas correntes de paraísos fiscais). Segundo a jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol, na prova de conhecimento do delito não se exige dolo direto, bastando o eventual, sendo suficiente se situar em posição de ignorância deliberada.

248 ABEL SOUTO, Miguel «La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 2010/5, de 22 de junio» in La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, nº ,79 2011, do mesmo autor, «La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero» in II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, coord. por ABEL SOUTO, Miguel, SÁNCHEZ STEWART, Nielson, 2011, Tirant lo Blanc, Valencia, 2011, págs. -61 110 e do mesmo autor, «La reforma penal española de 2010 sobre el blanqueo, las nuevas técnicas de comisión delictiva y el uso de las telecomunicaciones para el blanqueo» in 3º Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero/ coord. por ABEL SOUTO, Miguel, SÁNCHEZ STEWART, Nielson, Valencia, 2013, Tirant lo Blanch, págs. 221-161

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

CAPÍTULO 3.
SEGREDO PROFISSIONAL

3.1. O SEGREDO PROFISSIONAL

Por segredo profissional entende-se, normalmente, o direito de qualquer profissional não revelar fatos conhecidos no desempenho das suas funções ou como consequência do seu exercício, factos que lhe incumbe proteger, «*quer porque o segredo lhe é pedido, quer porque ele é inerente à própria natureza do serviço prestado ou à sua profissão.*»[249] Não é possível, por momento algum, perder de vista que o segredo profissional do advogado não tutela apenas o interesse – de resto, de ordem pública – da confiança dos cidadãos nos advogados, enquanto servidores da Justiça e do Direito, mas também os direitos de personalidade dos cidadãos. Existe naturalmente um interesse público na existência e salvaguarda do segredo profissional do advogado, a qual, por seu turno, dá origem a outra, que é a de que se deve considerar uma relativa indisponibilidade do dever de segredo profissional.

O segredo profissional pode definir-se como uma relação de confiança, em que o advogado deve atuar sempre honesta e diligentemente, com competência, com lealdade ao seu cliente, e com respeito para com a parte contrária, guardando segredo de quanto conhecer por razão da sua profissão. A complexidade e diversidade das situações que enformam a posição de advogado propiciam o aparecimento de tensões e colisões, a

249 Ac. TRP Processo: 14.0/430TAAMT.P1 de 2018/12/07

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

carecerem de solução, sob pena de constrangimento ou impossibilidade do exercício da profissão forense. O dever de segredo do advogado revela-se particularmente impulsionador de situações deste tipo, porquanto integra diferentes zonas de potencial conflito com outros deveres deontologicamente imputados ao advogado. Pense-se, por exemplo, no possível conflito entre o dever de segredo e o dever de protestar contra violação dos direitos humanos (art. 78 e) EOA) ou ainda no conflito entre aquele e o dever de pugnar pela boa administração das leis, pela rápida administração da Justiça e pelo aperfeiçoamento das instituições jurídicas (art. 78 a) EOA).

No que respeita á (in)compatibilidade com o Estatuto da Ordem dos advogados, muitos autores levantam a questão de saber se a Lei de prevenção do branqueamento de dinheiro e financiamento do terrorismo, no que toca aos deveres dos advogados, é ou não incompatível com o Estatuto da Ordem dos advogados.[250]

250 Por todos: BARBOSA, Bheatriz, A nova Lei de prevenção do branqueamento de dinheiro e financiamento do terrorismo – os deveres específicos do advogado. «Os advogados portugueses, desde a entrada em vigor da Lei nº 2004/11, de 27 de Março, que transpôs a 2.ª Diretiva, passaram a estar sujeitos ao dever de comunicação, tal como dispunha o então art. 29 do diploma que dizia: «Os advogados e solicitadores que intervenham por conta de um cliente, ou lhe prestem colaboração, nas operações referidas na alínea f) do art. 26, devem proceder à identificação dos seus clientes e do objeto dos contratos e operações sempre que os montantes envolvidos sejam iguais ou superiores a (euro) 15000». No que diz respeito aos advogados, este diploma marcou a inclusão no elenco das entidades sujeitas aos deveres de prevenção do branqueamento de dinheiro. Ficou, também, estabelecido que o cumprimento destes deveres impostos aos advogados, enquanto entidades sujeitas, deveria ser fiscalizado pela Ordem dos advogados, nos termos da alínea f), do nº 1, do art. 32 da referida Lei. Estão no fundamento do exercício da profissão o interesse público e a independência do advogado, fazendo com que mandato judicial tenha especificidades em relação ao mandato como contrato típico ou nominado. O exercício da Advocacia tem como timbre o segredo profissional, princípio este que se encontra previsto, atualmente, no art. 92.do Estatuto da Ordem dos advogados. O segredo profissional é um dos princípios basilares da Advocacia, sendo um dever para com o cliente, uma vez que sem ele seria impossível estabelecer a confiança necessária entre o cliente e o advogado. Desta forma, «a jurisprudência da Ordem dos advogados vem assim considerando pacificamente que o segredo profissional é o «timbre da advocacia», sendo indissociável da sua própria identidade». O dever de sigilo profissional existe em outras profissões como, por exemplo, para os médicos, bancários, jornalistas, entre outros, contudo, é na Advocacia que este dever tem maior força, sendo imprescindível o vínculo de confiança. Daí que o art. 208 da Constituição da República Portuguesa preveja que «a lei assegura aos advogados, as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da Justiça» – a Advocacia é a única profissão liberal com consagração constitucional.»

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Quando a obrigação de sigilo conflita com os interesses dominados pela justiça, devemos considerar três pontos principais:

- O primeiro ponto é que a doutrina entende que quando é necessário prevenir condenações criminais de inocentes, é legal divulgar segredos, pois a execução de uma pena injusta se transforma em grave interferência na privacidade e no património de terceiro, o que não é em consonância com o Estado de Direito, porque a divulgação de segredos deve ser limitada ao âmbito absolutamente necessário para proteger os interesses ameaçados, mas a defesa do detentor do segredo não deve ser posta em perigo.
  Devemos também considerar as situações em que o detentor de um segredo está mais disposto a deixar-se condenar do que a revelar o segredo, ou quando o detentor pretende proteger alguém com suas convicções. Por exemplo, os advogados devem respeitar o direito à autodeterminação dos detentores do segredo, se o segredo não é divulgado a fim de proteger terceiros, desde que a aplicação de penas não privativas de liberdade possa ser prevista, porque assistir á condenação de um inocente em pena privativa da liberdade, desrespeita e deturpa a natureza da profissão. Isto aplica-se a eventuais sanções aplicáveis a terceiros. Neste caso, o advogado deve, no interesse público, primeiro lembrar ao titular se este optar por divulgar o segredo das consequências em que irá incorrer, devendo depois tomar as medidas necessárias para prevenir a convicção dos inocentes, mesmo que seja revelando segredos.
- O segundo ponto é que a eficácia da justiça penal por si só não justifica a revelação do segredo. Contudo face à função pública que os advogados desempenham devemos considerar que sempre que exista conhecimento de um crime, o dever de denúncia deve prevalecer sobre o dever de segredo.
- O terceiro ponto é a consideração que temos de fazer com o equilíbrio entre o dever de colaboração com a justiça e o dever de segredo profissional, quando em causa estiver a prática de crimes futuros. Nestas situações para ultrapassar o impasse criado pelo

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

> conflito do dever de colaboração com a justiça e o dever de segredo profissional, deve-se recorrer à figura da ponderação de interesses nos termos gerais, fazendo depender o dever prevalecente da concreta dignidade do segredo e do bem jurídico do (futuro) crime cuja revelação do segredo pode impedir.

Além desta a revelação do segredo por parte do advogado é justificada pela proteção de interesses próprios do advogado se a mesma for a única forma de impedir a perseguição e a condenação do profissional ou a imputação a este de fatos com uma forte desconsideração social e pessoal. O princípio da confiança, em conjugação com o princípio do segredo profissional, constitui outro pilar do exercício da Advocacia. O legislador nacional prevê no nº 1 do art. 97 do Estatuto da Ordem dos advogados que «*a relação entre o advogado e o cliente deve fundar-se na confiança recíproca*»[251].

A realidade é que mesmo com a alteração realizada pela Lei nº 25/2008, de 5 de junho, e, sequentemente, com a entrada em vigor da atual Lei de prevenção do branqueamento e financiamento do terrorismo, não houve alterações relativamente aos deveres de comunicação e colaboração do advogado. Os advogados não estão e não podem estar totalmente isentos da obrigação de comunicação estipulada pela lei. Não cabe ao legislador transformar o advogado em denunciante, mas também não cabe ao advogado, sobretudo o advogado de negócios, auxiliar os agentes do crime de branqueamento de dinheiro e financiamento do terrorismo.

---

251 Carlos PINTO DE ABREU entende que o princípio da confiança, *mutatis mutandis*, não pode ser derrogado, na medida em que «A defesa da dignidade da profissão, bem como o respeito pelos princípios basilares da advocacia anteriormente enunciados – em especial os deveres de independência, de sigilo e da confiança – não é compatível com a participação, nessa qualidade, de advogados em ações encobertas, no âmbito de investigações criminais, para a obtenção de informações». Para este autor a derrogação do princípio da confiança é «insustentável, face à independência do advogado, que o mesmo atue, em qualquer circunstância, sob o controlo da Polícia Judiciária, isto para além de se subverterem os mecanismos de dispensa e de quebra de sigilo que estão legalmente estabelecidos que servem para a defesa da advocacia, e isto para não falar na subversão total do princípio da confiança que entendimento contrário acarretaria». in PINTO DE ABREU, Carlos, «A Lei nº 2001/101 de 25 de agosto, designada por Regime Jurídico das Acções Encobertas para Fins de Prevenção e Repressão Criminal», Parecer do Conselho Distrital de Lisboa, consulta nº 2009/29, de 13 de maio, in Estatuto da Ordem dos advogados Anotado, Ordem dos advogados – Conselho Regional de Lisboa, 2017, pág. 114 – 113.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

[252] Isso sim, o art. 135 do Código Penal Português é patente ao explicitar os casos em que o segredo profissional pode ser quebrado (quando não haja outros meios possíveis e alternativos à quebra do segredo, devendo ocorrer quando haja um «interesse social proeminente»). Referem-se a casos em que haja extrema necessidade para defender a dignidade, além dos «*direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente ou seus representantes, mediante prévia autorização do presidente do conselho distrital respetivo, com recurso para o Bastonário, nos termos previstos no respetivo regulamento.*»[253]. Esta necessidade é decorrência, não só da necessidade de tutela da relação de confiança que deve existir entre o cliente e o seu advogado (*cfr.* art. 92 nº 1, do EOA), como também do interesse público da função do advogado.

A enunciação, meramente exemplificativa, dos factos sujeitos a segredo profissional, contida no nº 1 do art. 92 do EOA, referencia, desde logo, os factos conhecidos exclusivamente por revelação do cliente o revelados por ordem deste [al. a)], os comunicados por coautor, corréu o cointeressado do seu constituinte ou pelo respetivo representante [al. d)], e aqueles de que lhe tenha sido dado conhecimento pela parte contrária do cliente ou seus representantes, durante negociações para acordo que vise pôr termo ao diferendo o litígio [al. e)], ou de que tenha tido conhecimento no âmbito de negociações malogradas em que tenha intervindo [al. f)]. Por seu turno, o nº 3 do mesmo artigo alarga o segredo aos «documentos ou outras coisas que se relacionem, direta ou indiretamente, com os factos sujeitos a segredo.» [254] É por isso que a violação do segredo

252 «O advogado que se encontre numa situação fora do âmbito das operações sujeitas ao dever de comunicação deverá agir conforme as regras deontológicas e, deverá abstenha-se de praticar qualquer ato em benefício ao agente em causa. A realização da Justiça e a prevenção da criminalidade, sobretudo o branqueamento de dinheiro e o financiamento do terrorismo, devem ser sempre almejados. Mas isso não implica que sejam derrogados princípios de ordem pública, nomeadamente o sigilo profissional.», in BARBOSA, Bheatriz, A nova Lei de prevenção do branqueamento de dinheiro e financiamento do terrorismo – os deveres específicos do advogado, *cit*., pág.34.

253 Ac. do STJ de 2009/03/31.

254 Ac. TRC Processo: 09.1/968TACBR.C1 de 11/09/21, «Importa, porém, ter-se em conta que a extensão do segredo profissional está diretamente relacionada com a existência efetiva de um segredo, o que vale dizer que se devem excluir do âmbito do segredo profissional factos notórios, factos de domínio público, factos revelados pelas partes, factos provados em juízo, documentos autênticos e autenticados.»

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

profissional assume interesse e ordem pública – impõe-se ao tribunal, não se limitando às relações advogado/cliente.[255]

Mas urge não esquecer que o advogado pode ficar desvinculado da necessidade do segredo profissional e divulgar os factos que ao abrigo desse dever lhe foram confiados, mas para que tal aconteça, com quebra do segredo profissional, terá de ser expressamente autorizado a fazê-lo pelo Presidente do Conselho Distrital da Ordem dos advogados, o pelo seu Bastonário, em caso de recurso da decisão daquele.

Pode então afirmar-se que o segredo o dever de segredo profissional em causa pode caracterizar-se como relativamente disponível, nas condições a que alude o disposto no art. 92 nº 4, citado, mediante avaliação prévia da Ordem dos advogados. Ponto essencial é, todavia, o de que estejamos, de facto, diante de uma situação de sujeição ao segredo profissional. Assim, *v.g.*, a existência de uma mera relação profissional não é suficiente para que se possa falar, desde logo, de dever de segredo. Só os factos nucleares da relação estabelecida entre o agente e o cliente estão sujeitos a segredo e não já os factos[256] paralelos.[257] Nesta perspetiva se

255 Ac. do TRP, Processo nº 08.6/10443TDPRT-A.P1 de 10/07/07 in: http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/870453104aa372bb802577ba004fdc06
«Com efeito, o exercício de certas profissões exige, pela própria natureza das obrigações que visam satisfazer, que as pessoas que a elas tenham de recorrer revelem factos que interessam à sua esfera íntima (quer física, quer jurídica). Sempre que estejam em causa profissões (como é o caso do exercício da advocacia) de fundamental relevância coletiva, designadamente porque a grande maioria das pessoas carece de as utilizar, a inviolabilidade dos segredos conhecidos através do seu exercício constitui condição indispensável de confiança nessas imprescindíveis atividades e, consequentemente, reveste-se de um elevado interesse público.»

256 Ac. do TRP, Processo nº 08.6/10443TDPRT-A.P1 de 10/07/07 in: http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/870453104aa372bb802577ba004fdc06

257 Ac. Do TRG, Tribunal da Relação de Guimarães, Processo: 1-05/405 de 05/05/04 http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/23332EB403958D3B802570070049BBD1
«Com efeito, se um advogado for consultado por um cidadão, que no decurso da consulta lhe transmite factos pessoais necessários ao esclarecimento jurídico que pretende e se, no final, para pagamento do serviço em causa, esse cliente emite um cheque de terceiro, falsificando para esse efeito a respetiva assinatura, o dever de segredo profissional que impende sobre o advogado, apenas abrange os factos que lhe foram transmitidos na consulta e não já os que consubstanciam a prática de eventual crime de falsificação ou burla cometidos pelo cliente ao emitir o cheque em causa. [A relação constituída com o mandato forense apenas impõe dever de segredo sobre os factos inerentes ao exercício concreto do mandato, não criando um salvo-conduto para invocação de segredo por factos exteriores a essa relação, nomeadamente daqueles que integrem a prática

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

compreende que alheia ao dever de segredo esteja, conforme aludido art. 92 nº 4, a divulgação dos factos que seja absolutamente necessária para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado. O segredo profissional é um direito e um dever do advogado.

Como se consagra no art. 2.3.1. do Código de Deontologia dos advogados Europeus: «*É requisito essencial do livre exercício da advocacia a possibilidade de o cliente revelar ao advogado informações que não confiaria a mais ninguém, e que este possa ser o destinatário de informações sigilosas só transmissíveis no pressuposto da confidencialidade.*» A decisão sobre a quebra do segredo profissional é uma decisão de ponderação de diversos valores constitucionais em conflito e, portanto, tem natureza constitucional, devendo por isso estar reservada aos tribunais[258].

«*Tal ponderação deve partir do circunstancialismo em causa, designadamente dos factos concretos cuja revelação se pretende, de modo a garantir que, no quadro de uma crise de valores conflituantes, prevaleçam aqueles a que C.R.P. e a Lei reconheçam prioridade. Não existem grandes divergências no sentido de considerar que o segredo profissional é um princípio de ordem*[259] *pública*».[260]

---

de um crime. A relação profissional ou de proximidade que se constitui entre duas pessoas, e que justifica, em certos casos, a existência do dever de segredo, com um fim e um âmbito específicos, não pode levar aquele dever a ser alargado a factos nos quais se desempenhe um mero papel secundário, estranho àquela relação.] Se, no exemplo, o sujeito que estaria obrigado ao segredo foi testemunha de um crime totalmente estranho à relação constituída, não restarão dúvidas de que não fará sentido invocar tal segredo.]»

258 «Estando em causa por exemplo, a identificação de beneficiários de sociedades *offshore*, que incorrem na prática de crimes de fraude fiscal, justifica-se a dispensa do segredo profissional de advogado que interveio em representação dessas sociedades, no âmbito de diversas operações comerciais sob investigação, por tal ser imprescindível à descoberta da verdade.» Ac. TRE de -26 2013-02, CJ, 2013, T2, pág. 264

259 Ac. TRC de 09/12/16, processo: 08.7/132JAGRD-C.C1 in: http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/a538f7ab5116eb80802576b6003e9352?OpenDocument

260 «Estando em causa por exemplo, a apreciação de um caso de violência doméstica e de homicídio qualificado, sendo que a vítima contactara um advogado no sentido em que a patrocinasse no processo litigioso de divórcio que mantinha com o agora arguido, feito o balanço entre os interesses prosseguidos com o estabelecimento do dever de segredo – de tutela da confiança do cliente no mandato outorgado ao seu advogado, e os interesses que com ele conflituam nos autos, os primeiros devem ceder aos últimos.» . Ac. TRC de 09/12/16, processo: 08.7/132JAGRD-C.C1 in: http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/a538f7ab5116eb80802576b6003e9352?OpenDocument

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

A garantia do sigilo profissional dos advogados não tem caráter de normas constitucionais absolutas, podendo ser mitigada para que não seja utilizada como escudo para a prática ilegal. O sigilo profissional amparado pela Constituição não exclui a possibilidade de cumprimento de ordens de busca e apreensão de escritórios de advocacia. O sigilo profissional é a base para a manutenção das relações íntimas, porém, de acordo com o princípio da unidade constitucional, para equilibrar interesses, pode ser amenizada, em caso de conflito os interesses coletivos devem ser superiores aos interesses pessoais.

Na organização jurídica espanhola o segredo profissional tem categoria constitucional, constitui-se como garantia constitucional. Através do segredo profissional protege-se o direito fundamental à intimidade e o segredo das comunicações (art. 18 da Constituição Espanhola). Neste sentido podemos observar que o direito à intimidade não se identifica como igual ao segredo profissional. A intimidade é um direito da personalidade, e é íntimo porque reserva-se para não ser exposto ao público. A intimidade é afeta à dignidade humana, tem caráter confidencial. O direito à intimidade pertence ao âmbito da disponibilidade da pessoa a quem pertencem esses dados. Essa pessoa tem direito à confidencialidade, isto é, à não informação desses dados ou não divulgação desses dados ou conteúdo, a terceiras pessoas que não sejam autorizados pelo titular.

Neste sentido o art. 18.1 da Constituição Espanhola (vulgo C.E.) prevê: «*Garante-se o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem*[...]».

O art. 18.3 da C.E. estabelece «*Garante-se o segredo das comunicações e, em especial, dos postais, telegráficas e telefónicas, salvo resolução judicial.*»

Além disso, o art. 20.1 d) da C.E. reconhece e protege «*o direito a comunicar ou receber livremente informação verdadeira. A Lei regulará o direito à cláusula de consciência e ao segredo profissional no exercício destas liberdades*».

E o art. 24.1 da C.E. que: «*Todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício dos seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa se produzir falta de defesa.*

Assim mesmo, todos têm direito ao Juiz ordinário predeterminado pela lei, à defesa e à assistência de jurista, a ser informados da acusação

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

formulada contra eles, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para a sua defesa, a prestar testemunho contra si próprio, a não se confessar culpados e à presunção de inocência«, e continua dizendo «*A Lei regulará os casos em que, por razão de parentesco ou de segredo profissional, não estar-se-á obrigado a denunciar atos supostamente criminosos*».

Dado que o art. 24 da C.E. também reconhece uma série de direitos e garantias processuais a favor de todos os cidadãos como «não se denunciar culpado» e «não contribuir provas prejudiciais contra si», «valer para a sua defesa de profissionais do direito», se evidência que resulta um tanto peculiar que depois o sistema legal permita que um advogado fosse obrigado a revelar a informação que se lhe tem transmitido por um cliente e da que tem necessidade de reserva legal.

A confidencialidade tem o seu fundamentou no direito à intimidade que se regula como um direito fundamental no art. 18.1 da Constituição Espanhola. Este direito à intimidade é desenvolvido na Lei Orgánica 1/1982 que considera uma intromissão ilegítima a que a seguir se detalha: «a revelação de dados privados de uma pessoa ou família conhecidos através da atividade profissional ou oficial de quem revela-os», ex art. 7.4. A confidencialidade faz parte do conteúdo obrigatório do contrato de prestação de serviços entre o advogado e o seu cliente. Neste caso, tem um âmbito mais alargado porque irá abranger o que o advogado conhece da sua profissão e se tornará uma obrigação, de confidencialidade, defesa básica de direitos e proteção judicial efetiva que são apoiados. Nesse sentido, a informação foi razoavelmente obtida no âmbito da atividade profissional do profissional. Ora, quais são as obrigações do advogado perante a lei e as razões para atuar como parceiro de órgãos judiciais, como tutor de organizações jurídicas, ou como razão para exercer os seus direitos de defesa e assistência judiciária nos seus órgãos judiciais?

A chave é que o cumprimento desta obrigação preventiva não pode enfraquecer o sistema que exige a confidencialidade profissional dos advogados em países jurídicos e é compatível com a função dos advogados de fornecer aconselhamento jurídico a qualquer cidadão. Esse interesse determina a informação ou aconselhamento jurídico, sem falar que tal assessoria deve sempre respeitar o Direito e a origem das normas,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

respeitar o seu conteúdo e buscar a melhor escolha jurídica que o advogado possa propor, e contribuir para a melhor posição ou defesa. Neste caso, é necessário distinguir entre até que ponto o objetivo de buscar o melhor interesse ou proteção para o cliente é alcançado, e quais são as possíveis atividades criminosas ou pelo menos as possíveis restrições de participação ou coautoria para atingir lavagem de dinheiro. Não se deve esquecer que algumas pessoas ou grupos criminosos organizados procuram encontrar e identificar os resquícios da lei para a prática desses atos ilícitos que prejudicam qualquer economia e, em última instância, qualquer país. Os advogados diligentes devem entender os limites das leis e regulamentos, ou seja, o escopo da lei e quando o comportamento ou comportamentos de uma pessoa será considerado uma violação do sistema jurídico. Ele deve considerar legal e eticamente que pode desempenhar adequadamente suas funções como advogado. É por isso que os advogados podem se tornar cúmplices e fontes de informação para pessoas com fortes interesses obscuros e suspeitos envolvidos nessas atividades ilegais.

O problema com a situação do segredo profissional em questões de branqueamento de dinheiro é que o segredo deve ser considerado em três momentos distintos:

a) No primeiro momento o cliente vem procurando a ajuda do advogado depois de ter cometido o crime.
   Nesta situação é óbvio que todas as comunicações e informações estão sob privilégio de advogado/cliente. Não há como que qualquer confiança do cliente possa ser comunicada às autoridades, além das exceções normais e aceitas. Nessas exceções, podemos incluir a situação em que o cliente procura um álibi ou uma desculpa para o crime. Nessa situação o cliente não procurou um advogado, mas um cúmplice, e como o advogado não é um, então não há nenhuma questão aqui de segredo profissional, e o advogado está livre para se comunicar com as autoridades[261].

261 Algumas pessoas podem se opor a essa ideia, acreditando que, seja qual for a situação, permitir a divulgação de segredos de clientes trará consequências mais negativas, pois prejudicará a confiança do cliente em seus advogados, que é a pedra angular do relacionamento entre as

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

b) O cliente vem procurar a ajuda do advogado durante a comissão do crime.
   Obviamente, nesta situação é o trabalho do advogado, em primeiro, explicar ao cliente as consequências da ação e, claro, se abster de ajudar ou participar, sob pena de se cometer um crime. No que diz respeito à lei, o advogado, nesta situação, deve informar as autoridades da situação. Há claramente aqui uma situação de necessidade, portanto, não é um crime revelá-la, não é um crime revelar àqueles com a necessidade de saber.
c) O cliente procura a ajuda do advogado antes de cometer o crime. Nesta situação o advogado deve explicar ao cliente as consequências da ação e se eximir do mandato sob pena de cometer um crime. O advogado deve usar todos os meios à sua disposição para dissuadir o cliente de cumprir sua intenção, e se ele não puder, então, como advogado, ele deve recusar-se a associar-se a ações que ele considera injustas. O advogado deve comunicar a situação às autoridades?

A minha resposta será principalmente sim. Nós somos advogados, não cartomantes, mas com tanto contato com o público quanto temos será óbvio quando um cliente tem todo o interesse em seguir em frente com a atividade, mesmo contra nossos conselhos. Podemos não ser policias, mas somos amigos da justiça. Temos um dever para com a comunidade.

---

partes. eles. Eles podem argumentar que os clientes devem ser capazes de confiar totalmente em seus advogados, sem se preocupar com a possibilidade de eles revelarem sua confiança. Eles temem que, diante de alguma incerteza sobre o sigilo profissional, muitos clientes deixem de buscar a ajuda de um advogado e acabem violando leis ou obrigações que não sabem existir. Em sua opinião, o sigilo profissional absoluto atrairá mais pessoas para os escritórios de advocacia. Compreendo perfeitamente as suas preocupações, mas o sigilo profissional tem uma natureza social que vai além do âmbito das obrigações do advogado para com os seus clientes. Além disso, em quase todos os casos, os advogados estão proibidos de revelar segredos sob pena de crime. Mesmo com as poucas exceções permitidas, geralmente não é necessário que o advogado revele a confidencialidade apenas se desejar. Além da complexidade do sistema judiciário, por mais abrangente que seja o sigilo profissional das pessoas físicas e jurídicas, é necessário prestar-lhes assistência jurídica. É bom defender o segredo profissional, mas não podemos deixar que seus limites desapareçam. Não podemos permitir que os advogados se tornem cúmplices, coautores ou mesmo iniciadores de crimes à sombra do segredo profissional. O advogado não deve obstar ao exercício da justiça em nenhuma hipótese, mesmo para o próprio cliente, porque o objetivo último do advogado é a defesa da lei, da verdade e da justiça.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Devemos exigir mais de nós mesmos se quisermos cumprir o nosso papel na sociedade. Informando as autoridades estamos violando a confiança ou defesa do cliente? Não, estamos exercitando uma defesa eficaz do cliente tentando impedir que nosso cliente seja processado por novos ou evitáveis crimes[262].

Nestes parâmetros resulta essencial precisar o posicionamento do advogado na luta contra o branqueamento de dinheiro e mais quando o aconselhamento legal que pode prestar envolve a consulta jurídica, sendo utilizado ou simplesmente favorecendo, a comissão de atividades de branqueamento de dinheiro ou o financiamento do terrorismo por parte de terceiros.

Quando o advogado é o que planifica a execução de tais comportamentos, os induz ou, bem com conhecimento, os executa em nome e representação do seu cliente, converte-se então em sujeito ativo da ação penal e o seu comportamento é subsumível na tipologia prevista no Direito penal e submetido à sanção penal, como qualquer outro sujeito, que cometa este tipo de ações criminosas.

A sanção penal implica a inabilitação e, inclusive, a expulsão da sua atividade como advogado. O obrigar um advogado a transmitir informação confidencial seria igual a quebrar a sua independência, que faz parte do conteúdo essencial do exercício da sua profissão. Também poder-se-ia chegar a corromper a sua dignidade profissional e a sua lealdade à Administração e colaboração da Justiça.

O segredo profissional constitui-se como direito fundamental e faz parte da malha que constitui o direito à defesa. O segredo profissional configura-se como um direito fundamental que se relaciona com o direito à vida privada, o direito à intimidade, o direito à defesa, o direito ao segredo das comunicações e informação, o direito à proteção de dados, o direito à confidencialidade, o direito à autonomia da vontade de uma pessoa entre outros, bem como à própria dignidade humana.

262 Não nos escondamos além do segredo profissional para impedir ter de fazer julgamentos e escolhas éticas. Vamos exigir mais de nós. Temos direitos sim, mas também deveres. Estamos sendo éticos quando não revelamos o segredo ou estamos nos escondendo atrás do privilégio? Se os advogados deixarem a moralidade pessoal ser sua bússola, todos estarão à deriva. Por outro lado, não devemos impedir fazer julgamentos éticos das situações pois o nosso objetivo último é a Justiça.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

O segredo profissional participa e identifica-se como parte da natureza própria dos bens jurídicos que protege, como são especialmente a intimidade, a proteção de dados, segredo de comunicações e a defesa entre outros; formando o núcleo essencial para estes direitos e bens jurídicos, bem como fazendo parte da própria essência da relação profissional entre advogado e cliente e dos interesses em jogo que fazem parte do seu próprio contexto. O segredo profissional tem reconhecida a sua existência normativamente no Direito, tendo um apelo de eficácia plena. Não se encontra plenamente definido na norma o seu conteúdo nem o alcance do mesmo, tendo de ir a cada caso concreto por via da jurisprudência para delimitar estes. Também não se estabelecem normativamente os seus limites.

Ante esta ausência normativa, apesar do mandato constitucional para a sua concretização e desenvolvimento, deve presumir-se com caráter geral a sua vigência com caráter pleno. A jurisprudência até o momento vai definindo estes limites, ante a resolução de supostos casos concretos que concebem pautas que se observam como limites gerais na maioria dos supostos.

Por exemplo uma informação não conhecida ou não transmitida a terceiros não deve ser divulgada nem transmitida pelo advogado, salvo quando se regule de forma justificada, proporcionada e efetiva a necessidade de levantamento do segredo profissional.

Portanto, dever-se-iam regular o suposto pressuposto relativo aquando poderia se levantar o segredo profissional, conforme os critérios de justificação, necessidade e proporcionalidade e a identificação dos parâmetros dessa justificação, necessidade e ponderação.

No art. 92 do Estatuto da Ordem dos advogados o segredo profissional assume um caráter específico e concreto. Assim, o art. 92 dispõe sobre a proibição de discutir publicamente questões profissionais, interdição que constitui um corolário do dever de segredo profissional, embora radique também da necessidade de manter a dignidade da função forense, evitando os «tribunais da opinião pública» e a transformação dos julgamentos em espetáculos mediáticos como forma de influenciar o andamento do pleito judicial. Pelo contrário, o excesso de debate público pode ter atos

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

perversos e algumas vezes apenas servem o interesse, ainda que legitimo, de visibilidade do próprio advogado.

Ora, tal situação vem pôr em causa regras básicas de deontologia, pilares do exercício de uma advocacia que se quer livre e também garante do Estado de Direito. Esta proibição não impede, no entanto, que o advogado apresente e discuta em congressos ou reuniões profissionais, finda a questão, como forma de contribuir para o aperfeiçoamento das leis e das instituições jurídicas, *ex vi* alínea a), do art. 90 do E.O.A. Atentos os tempos que correm, a intensa mediatização da Justiça constitui uma seria ameaça ao dever de guardar segredo profissional do advogado, que só poderá ser evitada pelo escrupuloso cumprimento do mesmo.

A Diretiva do branqueamento de dinheiro em causa parece atentar contra as normas deontológicas da profissão de advogado e, em especial, as que se encontram consagradas no art. 92 do Estatuto, que obrigam o advogado ao segredo profissional no que concerne aos factos de que tenha conhecimento no exercício da sua profissão. E, como já referimos, essas normas constituem o núcleo central da nossa profissão. Revelar a identidade e os factos que tenham sido confiados ao advogado pelo cliente faz com que aquele atue contra os interesses dos seus clientes, constituindo por isso uma inversão total do papel do advogado.

Mais, terá a consequência de transformar os advogados em agentes de investigação e luta contra a prática de um crime, papel que não lhes cabe num Estado de Direito. Com o regime da Diretiva, o advogado, ao invés de ter a necessidade sagrada de guardar segredo relativamente aos factos que lhe são revelados no exercício da profissão, parece passar a ter o dever de os revelar a outrem e contra o interesse do próprio cliente que lhe revelo em segredo.

Ora, a denúncia de um cliente é impensável para qualquer advogado com dignidade e respeito pela sua profissão. Acresce que o Estatuto impõe ao advogado o dever de recusar o patrocínio a questões que considere injustas ou de não advogar contra a Lei. Ou seja, o advogado tem já ao seu dispor instrumentos legais que lhe permitem, sempre que se julgar instrumento para a prática de crimes de branqueamento de dinheiro, ou quaisquer outros, obstar a essa instrumentalização.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

O combate ao branqueamento de dinheiro proveniente de atividades ilícitas, designadamente do tráfico de droga, por mais importante que possa ser, não pode, em circunstância alguma, ser feito com sacrifício do segredo profissional dos advogados.

Os fins não podem justificar os meios, e se assim não fosse, o que estaria a pôr-se em causa, em última instância, seria a própria dignidade, independência e função social dos advogados. O segredo profissional é, acima de tudo, um compromisso com a sociedade ultrapassando largamente o compromisso com o cliente. Mais que uma norma é um princípio fundamental da advocacia. Se é certo que o segredo profissional é um dever do advogado para com o cliente (al. e) nº 1 art. 92 do Estatuto da Ordem dos advogados, de ora em diante E.O.A.), de forma alguma podemos limitar o seu alcance à relação profissional advogado-cliente, não só porque o segredo profissional ultrapassa o mandato como veremos de seguida, mas porque é condição essencial para a confiança da sociedade na classe profissional.

Ao ser uma profissão com regulamentação específica, nomeadamente o acesso condicionado e o exercício regulamentado em função do interesse público, compreende-se que está inerente ao exercício da mesma uma dignidade própria que ultrapassa a relação do advogado com o cliente. O advogado, quando atua representa toda a classe, e espelha na sua atuação, a dignidade de toda uma classe, e não apenas o seu interesse. No mesmo sentido encontramos previsto no CCBE a dupla vertente do segredo profissional como um dever e um direito.

No entanto, o direito-dever de segredo profissional dos advogados não é absoluto. Mas a sua restrição tem, designadamente, de respeitar o princípio da proibição do excesso, ou da proporcionalidade, tem de visar a salvaguarda de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, tem de revestir caráter geral e abstrato, não pode ter efeito retroativo e não pode diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos artigos que o consagram.[263] O próprio cliente ficará sujeito ao dever de segredo sobre factos comunicados pela outra parte ao seu advogado segundo a teoria da extensão da confiança. Esta teoria deve ser entendida

263 Art. 19 nº 4 da C.R.P.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

com as devidas cautelas, uma vez que não pode ser um ato para a parte contrária impedir o advogado e o seu cliente de invocar em juízo factos de que tenham conhecimento por outra via.

Cabe, antes do mais, observar quem são os sujeitos e os beneficiários deste direito-dever. Como direito do advogado, o segredo profissional é uma forma de escudar o advogado de pressões de revelação de factos, com prejuízo do exercício independente da sua profissão. Por isso é oponível, desde logo, à autoridade pública, nas suas várias configurações, incluindo a Ordem dos advogados, e a todos os cidadãos em geral, entre os quais os colegas, a parte contrária, os corréus, coautores ou cointeressados

O direito ao segredo profissional é, inclusive, um direito perante o próprio cliente, uma vez que este não pode obrigar o advogado a quebrá-lo perante terceiros. Em todo o caso, esta oponibilidade do segredo profissional perante o cliente tem óbvias e inevitáveis limitações, resultantes dos deveres de informação, lealdade e zelo: por exemplo, o advogado não pode ocultar ao seu cliente informações que obteve da outra parte ou esconder-lhe diligências que promoveu. Por outro lado, a oponibilidade do segredo profissional em relação a colega copatrocinador também não existe, salvo oposição do cliente. O mesmo se poderá dizer em relação a colega em quem subestabeleceu. Porém, as partes em si não estão, elas mesmas, sujeitas ao segredo, o que pode criar situações delicadas de quase fraude aos intentos subjacentes ao segredo profissional (mesmo que não haja real convergência de interesses) e para com os colegas.

O dever existe inclusive perante a outra parte e o seu mandatário, caso exista, sobre factos conhecidos em negociações ou conversações para acordo amigável e relativos pendência, tenham-se aquelas malogrado o chegado a bom termo. E por último é um dever para com a comunidade em geral.

Importa reter que no contexto do Estatuto da Ordem dos advogados a designação «cliente» num sentido amplo, que abrange o consulente fortuito, o patrocinado com mandato forense ou em questão extrajudicial, o mandante na celebração de um contrato, o consulente que recebeu a consulta e aquele a quem foi rejeitada, o cliente que queria ser

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

patrocinado numa causa e não chego a ser, por recusa do advogado, o que paga honorários e o que não paga, etc.

O dever de segredo profissional não cessa depois de o advogado deixar de patrocinar ou de assistir profissionalmente o cliente (e tão pouco cessa quando o advogado suspende ou cancela a sua inscrição na Ordem dos advogados).

E se houver advogado que suceda a outro, o dever de segredo profissional do novo advogado abrange todos os factos que lhe tenham sido transmitidos que já estivessem sob segredo no passado. O advogado sucessor de um colega num patrocínio está sujeito ao mesmo dever sobre os factos constantes do processo o que lhe foram transmitidos. O advogado vinculado por contrato de trabalho está sujeito, no que ao segredo profissional concerne, às mesmas regras[264].

Por outro lado, o dever de segredo profissional transmite-se a certas pessoas que se situam no círculo próximo do advogado: os colaboradores (empregados e secretários), colegas de escritório, colegas a quem solicita colaboração, jurisconsultos que prestam parecer, advogados estagiários, todos estão submetidos ao segredo profissional.

Estão também sujeitos ao segredo profissional os titulares de cargos na Ordem dos advogados em relação a factos comunicados por colega no âmbito e por causa do exercício daqueles cargos, inclusive sobre pedidos de levantamento de segredo.

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 (art. 87) estes são direitos/deveres protegidos[265].

Como vimos antes, a advocacia é uma profissão de interesse público e o segredo profissional é condição *sine qua non*[266] para o exercício da advocacia, pelo que a sociedade reprova a sua violação nos arts. 195 e 196, ambos do C.P. português. Efetivamente, o segredo profissional é

264 Deixaremos de lado a situação do advogado que, sendo também funcionário na aceção do art. 386 do Código Penal, está obrigado a denunciar crimes de que tenha conhecimento no exercício das suas funções (de funcionário) e por causa delas, nos termos do art. 242, nº 1, alínea b) do C.C.P. Trata-se de uma situação particular, que suscita delicados problemas específicos.

265 Nós não podemos partir do pressuposto de que o advogado é cúmplice do cliente.

266 ALVES, Rogério, Buscas e apreensões em escritórios de advogados, *cit.*, pág.725.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

um dos princípios fundamentais da advocacia, sendo além disso uma das chaves de proteção da cidadania. O dever de segredo encontra-se intrinsecamente ligado à própria natureza da profissão, pelo que o mesmo decorre do Estado de Direito[267]. O segredo profissional enquanto direito-dever não tem fonte contratual, mas decorre primeiramente da Constituição e da Lei, e é de natureza social, deontológica e estabelecido no interesse público.

O segredo profissional encontra-se inscrito no art. 92 do EOA[268]. O direito-dever de segredo profissional é uma forma de proteger o advogado de pressões exteriores. [269]

267 CANAS, Vitalino, O segredo profissional dos advogados in Jorge MIRANDA/Luís LIMA PINHEIRO/Dário MOURA VICENTE (coords.), Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, vol. II, *cit*., pág. 792.

268 Publicado pela Lei nº 2015/145, de 09 de setembro, em Diário da República, I Série, nº 176, pág. 7285 à 7325.

269 Ac. nº 14.7/1130TDLSB-C.L9-1 de T.R.L. 17/02/23.
[Segundo Vitalino CANAS, o segredo profissional dos advogados não tem a mesma natureza e significado que o dever de segredo vigente para outras categorias profissionais ou entidades (banqueiros, jornalistas, funcionários de finanças, etc.). Ele é uma forma de proteger o advogado de pressões que queiram obrigar à revelação de factos, com prejuízo do exercício independente da sua profissão. É isso sim um modo de salvaguardar o ambiente de confiança que deve rodear o exercício profissional da advocacia livre. O segredo profissional não visa salvaguardar qualquer interesse, mais ou menos disponível, do próprio advogado, mas interesses de outrem (do cliente e de outros cidadãos, incluindo colegas) e os altos interesses da Justiça e do Estado de Direito. Nesta linha, Fernando SOUSA MAGALHÃES afirma: «O segredo profissional, sendo radialmente um dever para com o cliente, já que sem ele sempre seria impossível o estabelecimento da relação de confiança, resulta também de um compromisso da Advocacia com a sociedade. Na verdade, a função social desempenhada pelos advogados implica, para além da independência e isenção, o reconhecimento do seu papel como confidentes necessários.» «O segredo do advogado, à semelhança do sigilo previsto para outras categorias profissionais, visa tutelar, em primeira linha, as relações de confiança que se estabelecem com os clientes e com outros colegas de profissão, que não são postas em crise quando não estão em causa factos relacionados com o estrito exercício da advocacia. Dito por outras palavras: o advogado não está obrigado a guardar confidencialidade sobre tudo aquilo que lhe é transmitido ou sobre tudo aquilo de que toma conhecimento, mesmo no seu local de trabalho (maxime, escritório de advocacia), mas somente sobre o que diga respeito ao estrito exercício da sua atividade profissional, ou seja, o mandatário só deve guardar segredo sobre os factos e/ou sobre os documentos cuja transmissão (maxime, pelos clientes ou pelos outros colegas de profissão) ou cujo conhecimento digam respeito ao seu desempenho profissional, naturalmente se excluindo deste dever, desde logo pela própria natureza das coisas, os factos que já sejam de conhecimento público.» Noutra perspetiva, o segredo profissional do advogado visa primordialmente a salvaguarda da relação de confiança que se estabelece, num primeiro plano, entre o advogado e o seu constituinte («guardar segredo profissional» é um dos «deveres do advogado para com o cliente»), e, num segundo plano, entre todos os advogados que tenham, de algum modo, intervenção no litígio ou na composição de

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Rodrigo Santiago[270] preconiza que o conceito de segredo profissional é decomponível num elemento fático e num elemento normativo:

A) O elemento fático traduzir-se-á na circunstância de se tratar de factos desconhecidos da generalidade das pessoas e que não sejam sem mais acessíveis a qualquer um.
B) O elemento normativo reconduz-se à pertinência de um interesse objetivamente fundado em que os ditos factos se mantenham confidenciais.

Estão logo abrangidos pelo segredo profissional e desde que sejam confidenciais, os atos próprios dos advogados[271] que apenas podem ser praticados por estes e por mais nenhuma profissão com as claras exceções[272] previstas na lei. Pelo que, assim, emerge dos atos próprios dos advogados a subsequente obrigação de cumprimento dos seus deveres deontológicos, permitindo, aferir de que tudo aquilo que não estiver compreendido ou abrangido pelos atos próprios da profissão[273] não estarão

interesses de sinal contrário, por forma a que seja mantida a confidencialidade dos factos. Como salienta António ARNAUT, «O segredo profissional abrange não apenas os factos revelados pelo cliente e pela outra parte, mas também pelos próprios colegas, verbalmente ou por escrito, e em tudo o que se relacione, direta ou indiretamente, como exercício da profissão».]

270 SANTIAGO, Rodrigo, «Considerações acerca do regime estatutário do segredo profissional dos advogados», *Revista da Ordem dos advogados*, 57, janeiro de 1997, págs. 7-236 e 23.

271 Por todos ver PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo *In Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem,* Editora: Universidade Católica, Lisboa, 2008, pág. 47-45.

272 Desde logo é permitido o exercício da consulta jurídica «a juristas de reconhecido mérito e os mestres e Doutores em Direito cujo grau seja reconhecido em Portugal, inscritos para o efeito na Ordem dos advogados nos termos de um processo especial a definir no Estatuto da Ordem dos advogados.» [*Cfr*. nº 2 do art. 1]; bem como a «elaboração de pareceres escritos por docentes das faculdades de Direito.» [*Cfr*. nº 3 do art. 1]; como também no «âmbito da competência que resulta do art. -173C do Estatuto da Ordem dos advogados e do art. 77 do Estatuto da Câmara dos Solicitadores, podem ser praticados atos próprios dos advogados e dos solicitadores por quem não seja licenciado em Direito.» [*Cfr*. nº 4 do art. 1]; e, por último, também são excluídos os atos praticados pelos representantes legais, empregados, funcionários ou agentes de pessoas singulares ou coletivas, públicas ou privadas, nessa qualidade, salvo se, no caso da cobrança de dívidas, esta constituir o objeto ou atividade principal destas pessoas.» [*Cfr*. aplicação conjunta do nº 7 e 8 do art. 1].

273 A este propósito respeito SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES afirmam que o «segredo forense visa proteger não apenas os interesses dos clientes que acorrem ao apoio de um advogado, mas também os deste, pelo que se restringe a matérias que tenham que ver – e mais uma vez – com

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

também eles sob a tutela da sua deontologia, obrigando a que se verifique se o advogado quando atua ou intervém, se o faz como advogado ou no exercício de outra atividade profissional e se se aplicará o instituto do segredo profissional, ou não, a todos os atos que este praticou e a todos os factos e documentos que teve conhecimento.

Sobre o objeto do segredo profissional a regra geral é que abrange apenas os factos, ainda não públicos ou publicamente revelados, conhecidos no exercício profissional e relativos a esse exercício. O segredo profissional compreende toda a informação que o cliente transfere ao advogado, em qualquer que seja o seu suporte, com motivo do pedido de uma consulta jurídica ou para assumir a defesa judicial ou extrajudicial ante uma controvérsia ou situação que prejudica os interesses e direitos de um cliente, ou bem os situa numa situação de risco ou de vulnerabilidade. A intimidade de uma pessoa é o âmbito da pessoa onde gere de forma livre e privada o seu mundo de valores e todo o que tem que ver com eles, bem de forma direta ou indireta. O direito à intimidade protege a dita pessoa das ingerências ou intromissões não desejadas nesse âmbito, descrito por outras pessoas que não têm consentimento expresso daquele a que pertencem esses dados e valores. Por outro lado, a confidencia é a informação que dispõe uma pessoa e que transmite de forma consciente e pessoal a outra pessoa não a autorizando que o difunda salvo consentimento expresso da mesma.

O direito à confidencialidade é aquele que tem uma pessoa numa relação com outra, que teve conhecimento de dados íntimos ou reservados transmitidos por esta e que são seus, e que não pode revelar nem utilizar sem a autorização expressa de quem lho transmitiu. O segredo é uma necessidade de uma pessoa que conhece certos dados ou informações de outras, e que não pode revelar sem o seu consentimento ou sem a aludida permissão legal. Compreende informação não divulgada e não conhecida, de caráter reservado.

O segredo profissional configura-se como aquela necessidade do profissional de manter oculta a intimidade e dados revelados pelo cliente e aqueles que tiver conhecimento sobre o mesmo ou o seu assunto, com

o exercício da profissão.» i*n Código de Processo Penal Anotado. Editora: Rei dos Livros. Lisboa. I Vol. 2004*, pág. 736-735.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

motivo da sua atuação profissional, incluídas as comunicações com a parte adversa, bem como os dados confidenciais, sem que os possa utilizar para fins diferentes à própria assistência jurídica ou aconselhamento jurídico, enquanto não existam razões suficientemente importantes de bem público, preclusão de danos reais a terceiros, ou por imperativo de uma disposição legal.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

3.2. Natureza e fundamento constitucional do segredo profissional do advogado em Espanha

Segundo o Dicionário da Real Academia Espanhola da Língua segredo profissional é o dever que têm os membros de certas profissões, como os médicos, os advogados, os notários, etc., de não divulgar a terceiro os fatos que teve conhecimento no exercício da sua profissão.

A modo de exemplo, o segredo profissional tem categoria constitucional, como ocorre em Espanha que assim o reconhece no art. 24.2 da Constituição.

A esse podem se juntar inúmeros outros:

A) Art. 437.2 da Ley Orgánica del Poder Judicial
B) Os arts. 263, 416. 2 n, 707 da Ley de Enjuiciamiento Criminal
C) O art. 437. 2 da Ley de Enjuiciamiento Civil
D) O art. 1, 10, 16, 20,21, 22, 23, 24 do Estatuto General de la Abogacia
E) O Princípio 2º do Código Deontológico de la Abogacia Española - 30/06/95
F) O art. 199. 2 do Código Penal

Neste sentido o segredo profissional aparece na Constituição Espanhola na alínea segunda do art. 24 nº 2[274]. Conquanto não se reconhece expressamente como um direito fundamental, o seu desenvolvimento normativo e jurisprudencial se orienta ao considerar um direito-dever, com efeitos tanto públicos como privados, designadamente para os advogados, concebendo-se em doutrina reiterada pelo Tribunal Supremo e o Tribunal Constitucional como um direito do cliente e um dever do advogado que se ligam estreitamente com os direitos fundamentais à intimidade (art. 18 CE) e de defesa (art. 24.2 CE).

Por sua vez, a Lei Orgánica do Poder Judicial de 1985, em desenvolvimento do mencionado mandato constitucional recolhido no seu art. 542.3, sustente que não se distingue entre infrações administrativas ou

274 Sobre a regulação do segredo profissional no Ordenamento jurídico espanhol, por todos, veja-se CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, El secreto profesional del abogado y del procurador y su proyección penal, Madrid, Marcial Pons, 1998, pág. 56 e ss.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

contratuais que em qualquer caso estão protegidas pelo segredo profissional.Esta conceção extensa que parece abraçar o segredo profissional na nossa organização, resulta coerente com a visão que se tem da relação advogado-cliente como uma relação de confiança (art. 5.1 CDAE e 2.3.1 do Código Deontológico Europeu).

No enquadramento do Direito penal fica ainda mais claro a alta posição em que se situa o segredo profissional em Espanha. Em concreto, o art. 263 da Ley de Enjuiciamiento Criminal exime os advogados e solicitadores do dever de denunciar delitos públicos que tenham conhecimento pela sua relação profissional com os clientes. Por sua vez, o art. 416.2 da Ley de Enjuiciamiento Criminal dispensa os advogados de denunciar em procedimento penal os fatos que lhe tenha comunicado na sua qualidade de defensor (labor que deve se entender em sentido amplo não só atos como atos processuais de defesa).

Por último, o segredo profissional recebe uma proteção penal (e não só por normas administrativas ou corporativas), ao se qualificar a sua fragilização como uma forma especial e agravada do delito de revelação de segredos castigada com multa e pena de prisão de até 4 anos, e inabilitação para exercer a profissão de até 6 anos (art. 199.2 de Código penal).

As modalidades do exercício da advocacia que refere o art. 542.3 da LOPJ, que se desenvolve pelo Código Deontológico da Advocacia Espanhola, compreende não só a atuação em sede judicial, articulado através de um procedimento, senão que se refere também às gestões que fossem encarregadas ao advogado, com motivo da confiança, e não pela sua solvência técnica ou especialização, embora não se tivesse individualizado uma retribuição específica por ditas gestões.

Como é sabido, o dever de segredo profissional vem regulado, com respeito aos advogados, no Código Deontológico e em Estatuto Geral da Advocacia Espanhola, bem como no art. 542 da Lei Orgánica do Poder Judicial.

No primeiro dos textos referidos, isto é, o Código Deontológico, estabelece-se no art. 1 a necessidade do advogado de respeitar «*os princípios éticos e deontológicos da profissão estabelecidos no Estatuto Geral da Advocacia Espanhola, aprovado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junho, no Código Deontológico aprovado pelo Conselho de Colégios*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

de Advogados da Europa (CCBE) o 28 de novembro de 1998, e no presente Código Deontológico aprovado pelo Conselho Geral da Advocacia Espanhola, nos que se for o caso tiverem aprovado».

No art. 5 de dito Código estabelece-se expressamente a regulação do segredo profissional:

«*1- A confiança e confidencialidade nos relações entre cliente e advogado, inserida no direito daquele à sua intimidade e a não denunciar contra os seus interesses, bem como em direitos fundamentais de terceiros, impõe ao advogado o dever e lhe atribui o direito de guardar segredo a respeito de todos os factos ou notícias que conheça por razão de qualquer das modalidades da sua atuação profissional, sem que possa ser obrigado a denunciar envolve os mesmos como reconhece o art. 542.2 da vigente Lei Orgánica do Poder Judicial.*

2 - O dever e direito ao segredo profissional do advogado compreende as confidencias e propostas do cliente, as do adversário, as dos colegas e todos os factos e documentos de que tenha notícia ou receba por razão de qualquer das modalidades da sua atuação profissional.

3 - O advogado não poderá contribuir aos tribunais, nem facilitar ao seu cliente as cartas, comunicações ou notas que receba do advogado da outra parte, salvo expressa autorização do mesmo.

4 - As conversas mantidas com os clientes, os contrários ou os seus advogados, de presença ou por qualquer meio telefónico ou telemático, não poderão ser gravadas sem prévia advertência e conformidade de todos os intervenientes e em todo o caso ficarão protegidas pelo segredo profissional.

5 - Em caso de exercício da advocacia em forma coletiva, o dever de segredo estender-se-á em frente aos demais componentes do coletivo.

6 - Em todo o caso, o advogado deverá fazer respeitar o segredo profissional ao seu pessoal e a qualquer outra pessoa que colabore com ele na sua atividade profissional.

7 - Estes deveres de segredo profissional permanecem inclusive após ter cessado na prestação dos serviços ao cliente, sem que estejam limitados no tempo.

8 - O segredo profissional é um direito e dever primordial da advocacia.»

Nos casos excecionais de alguma gravidade em que a obrigada preservação do segredo profissional pudesse causar prejuízos irreparáveis

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ou flagrantes injustiças o Bastonário da Ordem aconselhará ao advogado com a finalidade exclusiva de orientar e, se fosse possível, determinar meios ou procedimentos alternativos de solução do problema proposto ponderando os bens jurídicos em conflito.

Isso não afeta à liberdade do cliente, não sujeito ao segredo profissional, mas cujo consentimento por si só não desculpa ao advogado da preservação do mesmo. No anterior Estatuto Geral da advocacia Espanhola, aprovado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junho, recolhia-se expressamente o segredo profissional no Título III, «Direitos e deveres dos advogados», cap. 1º, art. 32:

«*1 - De conformidade com o estabelecido pelo art. 542.2 da Lei Orgánica do Poder Judicial, os advogados deverão guardar segredo de todos os factos ou notícias que conheçam por razão de qualquer das modalidades da sua atuação profissional, não podendo ser obrigados a denunciar envolve os mesmos.*

2 - No caso de que o Bastonário de um Colégio, ou quem estatutariamente lhe substitua, for requerido em virtude de norma legal ou avisado pela autoridade judicial, ou se for o caso governativa, competente para a prática de um registo no despacho profissional de um advogado, deverá identificar-se em dito despacho e assistir às diligências que no mesmo se pratiquem velando pela salvaguarda do segredo profissional»

E no cap. 2º, art. 34, estabelecia-se assim mesmo que:

«São deveres dos colegiados: (...)

e) Manter como matéria reservada as conversas e correspondência tidas com o advogado ou advogados contrários, com proibição do revelar ou os apresentar em julgamento sem o seu prévio consentimento.

Não obstante, por causa grave, a Junta de Governo do Colégio poderá discrecionalmente autorizar a sua revelação ou apresentação em julgamento sem dito consentimento prévio».

Esta regulação foi revogada pelo Real Decreto 135/2021, de 2 de março, que aprova o novo Estatuto Geral da Advocacia Espanhola que se ocupa do segredo profissional no capítulo IV do título II:

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Artículo 21. Secreto profesional.

1. La confianza y confidencialidad en las relaciones con el cliente imponen al profesional de la Abogacía, de conformidad con lo establecido por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el deber y el derecho de guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligado a declarar sobre ellos.

2. Lo previsto en el presente capítulo se entenderá sin perjuicio de lo previsto en cada caso por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, por las leyes procesales y demás legislación aplicable.

Artículo 22. Ámbito del secreto profesional.

1. El deber y derecho de secreto profesional del profesional de la Abogacía comprende todos los hechos, comunicaciones, datos, informaciones, documentos y propuestas que, como profesional de la Abogacía, haya conocido, emitido o recibido en su ejercicio profesional.

2. El secreto profesional no ampara las actuaciones del profesional de la Abogacía distintas de las que son propias de su ejercicio profesional y, en especial, las comunicaciones, escritos y documentos en que intervenga con mandato representativo de su cliente y así lo haga constar expresamente.

3. Las conversaciones mantenidas por los profesionales de la Abogacía con sus clientes, los contrarios o sus profesionales de la Abogacía, de presencia o por cualquier medio telefónico o telemático, solo podrán ser grabadas con la previa advertencia y conformidad de todos los intervinientes, quedando en todo caso amparadas por el secreto profesional. Están igualmente amparadas por el secreto profesional, las grabaciones realizadas por el cliente, no conocidas por su profesional de la Abogacía, incluso si éste no lo era o no intervino en dicho momento, de conversaciones en que intervenga el profesional de la Abogacía de la otra parte.

4. El profesional de la Abogacía deberá hacer respetar el secreto profesional a sus colaboradores y asociados, así como al personal correspondiente y demás personas que cooperen con él en su actividad profesional.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

5. El deber de secreto profesional permanece incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente, sin que se encuentre limitado en el tiempo.

6. El Abogado quedará relevado de este deber sobre aquello que solo afecte o se refiera a su cliente, siempre que éste le haya autorizado expresamente.

Artículo 23. Confidencialidad de las comunicaciones entre los profesionales de la Abogacía.

El profesional de la Abogacía no podrá aportar a los Tribunales, ni facilitar a su cliente, las cartas, documentos y notas que, como comunicación entre profesionales de la Abogacía, mantenga con el profesional de la Abogacía de la otra parte, salvo que este lo autorice expresamente. Esta prohibición no alcanzará a las cartas, documentos y notas en que intervenga con mandato representativo de su cliente y así lo haga constar expresamente.

Artículo 24. Entrada y registro en despachos profesionales.

Los Decanos de los Colegios, quienes estatutariamente les sustituyan o quienes para tal fin fueran designados por el Decano, asistirán a petición del interesado a la práctica de los registros en el despacho profesional de un profesional de la Abogacía y a cuantas diligencias de revisión de los documentos, soportes informáticos o archivos intervenidos en aquél se practiquen, velando por la salvaguarda del secreto profesional y, especialmente, por que el registro así como el resto de las actuaciones, a las que también asistirán, se limiten exclusivamente a la investigación del ilícito por razón del cual fueron acordados.

A regulação é clara neste âmbito e podem-se estabelecer vários tipos de fragilização do segredo profissional:

- Com respeito às conversas ou documentação tida entre advogados.
- Com respeito às conversas ou documentação tida com o cliente.
- Com respeito às conversas ou documentação tida com o contrário e outros supostos, como por pessoal laboral do advogado.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

O dever de segredo profissional dos advogados é um pilar básico do exercício desta profissão e, como tal, deveria prever no Estatuto Geral da Advocacia que a sanção a se impor em caso de se violar dito segredo seja considerado como falta grave ou muito grave, em nenhum caso leve.

A razão é óbvia: entre advogados a maioria das vezes negociam-se extrajudicialmente soluções a conflitos em base a dados, cifras ou acordos que judicialmente não se propõem, precisamente para tratar de solucionar a questão. Os profissionais do direito têm de saber que essa informação, esses dados, essas propostas que se formulam, inclusive muitas vezes por escrito, não vão ser depois usadas contra os interesses do cliente, se não se chega ao acordo extrajudicial.

Nas relações advogado-cliente, a fragilização do segredo profissional não pode se justificar como falta leve em nenhum caso: a confiança que deve existir entre advogado-cliente é um princípio básico, e não pode se violar. O desconhecimento atual das normas deontológicas do advogado é a causa maioritária do seu não cumprimento, incluído o segredo profissional. A maioria dos advogados ignoram que as conversas e documentação mantida com a parte contrária é secreta e por suposto as conversas com o cliente adversário.

A responsabilidade penal em que podem incorrer os profissionais que se dedicam ao exercício da advocacia não é uma questão que atualmente se possa iludir. Certamente, assumiram grande protagonismo o delito de branqueamento de dinheiro e o segredo profissional, resultando na atualidade como infrações completamente autónomas e independentes de outros ilegais penais. Neste sentido o FATF, que foi criado em 1989, veio concentrar e descobrindo os novos métodos e procedimentos no processo de branqueamento que se foram gerando para aproveitar de forma eficaz os diferentes rendimentos económicos obtidos de forma ilícita, lhes dotando de aparência de licitude para fazer desaparecer qualquer rastro de fonte criminoso, facilitando assim a sua incorporação dissimulada ao tráfico económico legal. Assim, o delito de branqueamento de dinheiro é, atualmente, um elemento de prioritária preocupação tanto a nível nacional como no enquadramento internacional, como consequência das graves alterações que gera no sistema económico-financeiro mundial e da estreita vinculação que apresenta com a criminalidade organizada.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Certamente, a legalização de grandes massas de bens por meio deste tipo de práticas branqueadoras produz efeitos negativos nas variáveis macroeconómicas e microeconómicas de um país (volatilidade dos tipos de mudança e de interesse, problemas de liquidez, incremento de deficit e estabilidade do sistema económico financeiro), como consequência da riqueza suja gerada por esta classe de delinquentes.

Agora bem, que ocorre então com a confidencialidade própria da relação advogado-cliente?

O regulamento sobre prevenção do branqueamento de dinheiro tem colidido com o núcleo essencial da profissão de advogado, questão esta que não resultou vazia entre os profissionais do direito. O dever de segredo profissional, junto da necessidade de prevenir atividades que comportem branqueamento de dinheiro por parte de um cliente e o dever de informar à autoridade competente de qualquer suspeita disso, abala os fundamentos do Estado de Direito, o que obrigou a algum que outro Estado a ir ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos para obter uma resposta sobre estes acontecimentos. Ditaram-se uma série de Diretivas comunitárias dirigidas a lutar contra o branqueamento de dinheiro e o financiamento do terrorismo.

E são essas Diretivas que conduziram ao conflito que se propõe, pois através de as mesmas pretendeu-se impor entre outros agentes, aos advogados, a necessidade de informar, ou o que neste caso vem a ser o mesmo, de denunciar, ante as autoridades responsáveis da luta contra o branqueamento de dinheiro qualquer ato com que considerem indício do mesmo. A pretendida imposição poderia chocar gravemente com o dever primordial da advocacia de guardar o segredo profissional e, por sua vez, supor uma grave violação e lesão do direito fundamental de defesa de todas as pessoas. Na busca da Justiça nem tudo é permitido.

É óbvio que essas atividades criminosas devem de ser combatidas pelos Estados de Direito, mas essa luta deve fazer-se de tal forma que não se lesionem os valores, princípios e direitos fundamentais que esses Estados adotaram, pois caso contrário poder-se-ia chegar, sem mais, e como já dissemos, à negação do próprio Estado de Direito. Poder-nos-íamos perguntar: É compatível com esses valores, direitos e princípios de o Estado de Direito que um advogado denuncie o seu próprio cliente por

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

factos que tenha conhecido por motivo da sua intervenção profissional, e que estejam relacionados com o ilegal de branqueamento de dinheiro?

O segredo profissional do advogado pertence à categoria dos direitos humanos fundamentais, por ser essencial para o direito de defesa e por fazer parte da proteção da intimidade pessoal. Em definitivo, a razão de ser desse segredo profissional dos advogados é a defesa dos interesses dos seus clientes. Partindo dessa importante realidade, o sistema estrutura-se através de um equilíbrio no qual o dever de acusação recai no Estado e o direito de defesa do indivíduo se exercita através dos advogados, culminado pela sentença do Juiz. Se se obrigasse os advogados a denunciar os seus clientes, romper-se-ia todo esse equilíbrio, transladando os mesmos no papel acusador; atentar-se-ia contra a Justiça, e em consequência, contra um dos pilares básicos das sociedades democráticas e de direito europeias. Os advogados não são agentes de polícia, sendo agentes da Justiça e guardiães do importante direito fundamental de defesa das pessoas, para cuja efetividade requer-se a estrita observância do segredo profissional.

O segredo profissional no contexto da tradição jurídico europeia continental tem a sua fonte na lei e impõe-se como necessidade às pessoas que exercem uma profissão jurídica, como é o advogado, e como um direito do cidadão que faz parte íntegra do seu direito à intimidade. Configura-se como um direito irrenunciável que sujeita informação e documentação entregue pelo cliente ao advogado para lhe solicitar informação ou consulta jurídica.

Em Espanha[275] a violação do segredo profissional do advogado configura-se como um delito penal[276]. O advogado, em interesse do seu cliente é o que deve tomar a decisão de levantar o segredo profissional, sem trair a realidade do seu exercício profissional, já que toda a sua atuação

275 Em Espanha, o segredo profissional está previsto e tem o seu reconhecimento e vigência no art.18.1 da Constituição Espanhola, no art. 20.1 d) e o art. 24.2 do mesmo texto, em normas de caráter orgânico como no art. 542.3 da Ley Orgánica do Poder Judicial de 1985 e na Ley de Enjuiciamiento Criminal.

276 É uma lei Orgánica, concretamente no art. 542, apartado 1 e 3 da Lei Orgánica do Poder Judicial 1985/6 de 1 de julho (LOPJ), a que impõe aos advogados o dever de guardar segredo de todos os factos e notícias que conheçam, por razão de qualquer das modalidades da sua atuação profissional, isto é, na direção e defesa das partes em toda a classe de processos, ou o aconselhamento e conselho jurídico, não podendo ser obrigados a denunciar os mesmos.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

e aconselhamento têm de ser legais porque, caso contrário, não estaria a exercer como advogado, mas como mero assessor. O advogado constitui-se não como um agente de espionagem sobre o seu cliente ou de mero transmissor de informação deste à Administração. O âmbito e alcance do segredo profissional que regula a LOPJ é bem mais ampla do que refere a Lei Criminal. Em definitiva, essas modalidades são todas as que possa desempenhar dito profissional, de acordo com a função social que tem atribuída o exercício da advocacia, bem como as próprias que se configuram no Estado de Direito. Isto é, perfilar-se-ia dizendo que as modalidades da atuação profissional seriam todas aquelas formas e atividades de exercício profissional que se habilitam no Estado Social de Direito, e dentro dos parâmetros legais da organização jurídica.

Para isso, se tem de ir a outras fontes normativas como poderia ser, por exemplo, o próprio Estatuto Geral da Advocacia e as normas próprias que regulam esta atividade profissional. Por outro lado, com as novas tecnologias e a participação da globalização na nossa sociedade, a cada dia adquire uma maior relevância o uso da informática e dos dados que se processam através desta nos atos de advogados, quer sejam individuais ou coletivos. Em certa forma também pode afetar à necessidade de custodia da informação do cliente que tem o advogado. Neste contexto, a ciber-segurança preocupa aos atos de advogados, a efeitos de preservar a confidencialidade dos dados. Neste contexto, interessa destacar o art. 26.1 da LOPJ que estabelece que toda a pessoa ou entidade que proceda à criação de ficheiros de dados de caráter pessoal deve notificar previamente à Agência Espanhola de Proteção de Dados. O tratamento legal do segredo profissional do advogado faz-se nesta lei Orgánica tanto numa dimensão geral como também desde uma perspetiva específica com o objeto de garantir a confidencialidade dos dados de caráter pessoal que são objeto de dita relação profissional que não têm por que ser dados íntimos do cliente.

Com tudo isso, no caso do advogado, este pode concretizar esse conteúdo mediante um contrato verbal no qual o cliente outorgue poder notarial para a realização de determinadas operações, ou bem ficar refletida dita prestação de serviços mediante a denominada folha de encargo profissional, mas na realidade existe o mandato verbal do cliente para

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

o advogado como possível forma de estabelecer a prestação de serviços jurídicos.

A verdade é que, segundo este último artigo, o advogado que é o responsável pelo ficheiro não pode utilizar esses dados, nem os transferir a terceiros (a administração) para usos ou finalidades diferentes que as que deram fonte à comunicação de ditos dados por parte do cliente ao advogado. Conquanto entende-se que ditos dados, na medida em que são incorporados num ficheiro informático, existe a necessidade de comunicar à Agência Espanhola de Proteção de Dados com a finalidade de proteger essa intimidade, posteriormente, se entende que não pode se substituir essa finalidade por outra ante um indício de suspeita de atuações de branqueamento de dinheiro. Os dados reunidos e notificados à Agência, precisamente, são com a finalidade de cumprir o mandato constitucional que prevê o art. 18.3 da C.E., que não é outro se não proteger a intimidade pessoal e familiar, bem como proteger o segredo das comunicações, inclusive aquelas que tenham lugar entre advogado e cliente, que pertencem à esfera pura do direito à intimidade e de confidencialidade do cliente.

Por outro lado, também em certas ocasiões, os tribunais restringiram o conteúdo do segredo profissional, ante informações que afetando à intimidade e à vida profissional das pessoas, excluindo as atividades comerciais, económicas ou atuações do advogado com terceiras pessoas, diferentes do cliente, mas sempre quando a revelação afete à intimidade e à vida privada das pessoas. Considera-se além disso que a violação da intimidade é uma despersonalização porque a intimidade é um direito inalienável e inviolável da pessoa e é uma garantia da convivência humana. O art. 542 da Lei Orgánica de Poder Judicial, estabelece que:

«*Os advogados deverão guardar segredo de todos os factos ou notícias de que conheçam por razão de qualquer das modalidades da sua atuação profissional, não podendo ser obrigados a denunciar envolve os mesmos*».

A questão que se propõe é a situação em que se encontra um advogado quando é requerido para denunciar como testemunha num procedimento judicial. A interpretação do art. 542 da Lei Orgánica 6/1985 é diversa, assim que existem pressupostos de muito variada índole.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

1.- A proibição de prestar declarações de um advogado está protegida pelo dever do segredo profissional recolhido no art. 542 da Lei Orgánica do Poder Judicial, desde que o objeto da sua declaração se refira a fatos que o advogado conheça pelo seu relacionamento profissional com o cliente, entendido no mais amplo sentido, incluídas consultas ou gestões extrajudiciais.

2.- O dever do segredo profissional não se elimina pela existência de requerimento judicial, já que precisamente para isso, se prevê que a necessidade de não denunciar envolve fatos conhecidos por razão da sua profissão.

3.- O dever do segredo profissional não se extingue pelo fim da relação com o cliente, permanecendo *ad eternum*.

4.- O dever de segredo profissional tão só tem no art. 5. 8 do Código Deontológico da Advocacia Espanhola uma relativa exceção em casos de grande gravidade em que a obrigada preservação do segredo pudesse causar «prejuízos irreparáveis ou flagrantes injustiças!

Ainda assim, não se deixa sem efeito a necessidade de segredo, senão que se permite pedir orientação ao Bastonário da Ordem e, se fosse possível, procurar outras alternativas para solucionar o problema proposto, ponderando os bens jurídicos em conflito.

5.- O dever de segredo profissional não se deve confundir com o dever de ir à sede judicial se o advogado é citado para prestar declarações, conquanto o advogado ao alegar o dever de segredo profissional e o art. 542 da Lei Orgánica do Poder Judicial ficará exonerado da sua necessidade de denunciar.

6.- Se o advogado é citado para prestar declarações deve em todo o caso alegar o art. 542 da Lei Orgánica do Poder Judicial, dado que a sua declaração sobre conhecimentos derivados do seu relacionamento profissional seria constitutiva de uma infração do dever de segredo profissional, e inclusive de um delito de fragilização do segredo.

No que respeita ao fundamento da obrigação a Constituição Espanhola recolhe o direito ao segredo profissional no seu art. 20.1.d, configurando desta forma como garante do direito fundamental à informação, especialmente protegido pela sua localização na Secção I do cap. II. No âmbito penal no qual o direito de defesa atinge a sua especial plenitude

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

e significado, é o art. 118 da Ley de Enjuiciamiento Criminal, que reconhece o direito de defesa desde o momento de surgimento da imputação[277]. As partes podem eleger o seu jurista ou não tendo meios atribuir-selhes-á um de escala. A assistência de um profissional é essencial para que não se dê a falta de defesa de uma das partes. Só será viável que a parte do procedimento não esteja assistida quando assim o contemplem e o permitam as diferentes leis de procedimento. Cabe, pois, o denominado direito à autodefesa. Neste sentido há que ter presente o ordenado em relação com a assistência de jurista e solicitador pela Lei 1/2000, de 7 de janeiro, de Enjuiciamiento Civil e pela Ley de Enjuiciamiento Criminal. Além disso, o princípio de contradição que rege o processo judicial e a igualdade ou equilíbrio na defesa das partes torna necessário a efetividade deste direito para a consecução de uma justiça processual.

Pois bem, o direito de defesa, articulado através da direção de um jurista, requer deste a discreta observância do segredo profissional para que esse direito adquira plena potencialidade num Estado de Direito. O direito de defesa, sem segredo profissional, não é direito. O legislador constituinte consciente dessa realidade e da relevância do segredo no âmbito profissional, já no art. 20. 1 d) da Constituição dispõe que a Lei regulará o direito ao segredo profissional no exercício das liberdades de comunicar e receber livremente informação verdadeira por qualquer meio de difusão. Se o art. 24. 2 da Constituição reconhece a toda a pessoa o direito a não prestar testemunho contra si próprio e a não se confessar culpado, realmente estaríamos em presença de um único direito fundamental que tão só é coercível no âmbito sancionador, tanto na sua vertente penal como na administrativa, é lógico que para a efetividade e salvaguarda do mesmo exija-se ao advogado, que conhece dos factos em confidencialidade do seu defendido, de o dever de segredo profissional. O art. 543 da vigente Lei Orgánica do Poder Judicial, estende também

277 Também no âmbito internacional se reconheceu o direito de defesa e de assistência de profissional de direito. Assim se proclama no art. 6.3 c) do Convenção de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, feito em Roma a 4 de novembro de 1950, ou no art. 14.3 d) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de Nova York, de 19 de dezembro de 1966. Igualmente, o art. 48 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, feita em Niza a 7 de dezembro de 2000, e que se incorpora como parte segunda da futura Constituição Europeia, garante o direito de defesa de todo o arguido.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

essa necessidade de guardar segredo profissional aos Solicitadores dos Tribunais. O art. 416 da Ley de Enjuiciamiento Criminal dispõe: «*Estão dispensados da necessidade de denunciar: (…) 2 O advogado do processado com respeito aos atos com que este lhe tivesse confiado na sua qualidade de defensor*.»

E em conexão com este, os arts. 464 e 707 da mesma norma processual dispõem: art. 464: «Não poderão prestar relatório pericial a respeito do delito, qualquer que seja a pessoa ofendida, os que, segundo o art. 416, não estão obrigados a denunciar como testemunhas.». O art. 707 diz: «*Todas as testemunhas que não se achem privados do uso da sua razão estão obrigados a denunciar o que souberem sobre o que lhes for perguntado, com exceção de as pessoas expressas nos arts. 416, 417 e 418, nos seus respetivos casos.*»

Junto às normas até agora referidas, devemos também invocar pela sua grande relevância à hora de preservar o segredo profissional as normas estatutárias, éticas e deontológicas que disciplinam a profissão de advogado.

O Estatuto Geral da Advocacia Espanhola aprovado por Real Decreto 135/2021, de 2 de março, reconhece na sua exposição de motivos o importante papel que desempenha o advogado como colaborador necessário da função jurisdicional, e máximo garante do direito fundamental de defesa, para cuja efetividade resulta necessário preservar com estrito reforço o segredo profissional. A própria Constituição consagra no seu art. 24 o direito dos cidadãos à defesa e assistência de profissional de direito. Esta função, atribuída em exclusiva à advocacia e desenvolvida pela Lei Orgánica do Poder Judicial, inspira-se em uma série de princípios largamente desenvolvidos e reforçados pelo novo Estatuto.

Por sua vez, o Código Deontológico aprovado pelo Pleno do Conselho Geral da Advocacia Espanhola de 27 de setembro de 2002 (modificado em Pleno de data 10 de dezembro de 2002), regula de uma forma mais destacada e pormenorizada que no Estatuto a necessidade de segredo profissional do advogado[278]. No seu Preâmbulo dedicam-se vários pará-

278 No âmbito da Comunidade Europeia, devemos destacar que já a Declaração de Perugia sobre Princípios Deontológicos da Advocacia da Comunidade Europeia, de 16 de setembro de 1977, afirma no seu ponto IV que o segredo profissional é o direito e dever fundamental e primordial

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

grafos a destacar a relevância do segredo profissional em relação com o direito de defesa:

> «*Existem como princípios fundamentais no exercício da profissão de advogado a independência, a dignidade, a integridade, o serviço, o segredo profissional e a liberdade de defesa.*» (…)
> «*O advogado deve atuar sempre honesta e diligentemente, com concorrência, com lealdade ao cliente, respeito à parte contrária, guardando secreto de quanto conhecer por razão da sua profissão.*»
> «*A Constituição reconhece a toda a pessoa o direito a não testemunhar contra si mesmo, e também o direito à intimidade.*».

Ambos têm por objetivo preservar a liberdade e a vida íntima, pessoal e familiar do cidadão, cada vez mais vulnerável aos poderes estatais e a outros poderes nem sempre bem definidos. O cidadão precisa do advogado para conhecer o alcance e para isso deve lhe confessar as suas circunstâncias mais íntimas. O advogado converte-se assim em custodio

da profissão já que faz parte da natureza da função do advogado ao ser depositário de segredos do seu cliente e destinatário de comunicações confidenciais, sendo essencial o segredo pela confiança que exige o exercício da profissão. Depois desse instrumento devemos fazer menção ao Código Deontológico Europeu, assumido integralmente pelo Conselho Geral da advocacia Espanhola, e que foi adotado por os profissionais que com ligeiras diferenças mantém o vigente Código Deontológico. Entre essas diferenças destacam-se duas: Na alínea primeira do art. 5 do vigente Código substitui-se a expressão «integridade», que contemplava o anterior, pela de «intimidade» do cliente; e na alínea quinta desse mesmo artigo, relativa ao exercício da advocacia de forma coletiva, suprime-se a coletiva «sempre que o cliente expressamente solicite-o», pelo que se estende a necessidade de guardar o segredo profissional a todos os demais componentes do coletivo sem necessidade de pedido do cliente, reforçando esse dever. E por último, e no âmbito internacional, cabe destacar o Código Internacional de Deontologia Forense, adotado a 25 de julho de 1965, em Oslo (Noruega) pela Câmara de Delegados da International Bar Association (I.B.A.), em cujo art. 13 se consagra o dever de segredo profissional do jurista dispondo-se: «Um advogado não deve revelar nunca o que lhe comunicaram confidencialmente como tal advogado, nem sequer após ter terminado de assessorar ao seu cliente. Este dever estende-se aos seus sócios e empregados.». Também a Carta de Princípios Fundamentais da Profissão, adotada em 1964, em Bonn (Alemanha), pela Union International Bar Association (U.I.A.), reconhece o segredo profissional no seu art. VII, o qual dispõe: «O advogado é o único juiz em consciência do segredo profissional, inclusive se o seu cliente lhe desvinculou da necessidade de observá-lo. A correspondência entre advogados é secreta, a não ser que constitua a prova de um acordo.». Tal é a relevância do segredo profissional para a efetividade do direito fundamental de defesa, que o próprio Estado se dotou de mecanismos que, para além da mera ilicitude disciplinar, vão dirigidos à repressão penal da sua infração.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

da intimidade pessoal do seu cliente e do seu inalienável direito a não prestar testemunho contra si próprio.

O segredo profissional e a confidencialidade são deveres e ao mesmo tempo direitos de o advogado que não constituem senão concretização dos direitos fundamentais que o organização jurídico reconhece aos seus próprios clientes e à defesa como mecanismo essencial do Estado de Direito. Tudo aquilo que lhe seja revelado pelo seu cliente, com todas as suas circunstâncias, mais todo aquilo que lhe seja comunicado por outro advogado com caráter confidencial, deverá mantê-lo em segredo. Correspondendo aos princípios fundamentais da advocacia regulam-se as bases das incompatibilidades e da publicidade pessoal.

O advogado não pode pôr em risco a sua liberdade e independência, a sua lealdade ao cliente nem o segredo profissional e por alínea contratual que entre eles existe, a do cumprimento, com a máxima diligência e guardando o segredo profissional, da missão de defesa que lhe seja encomendada. No desempenho desta função ater-se-á o advogado às exigências técnicas, deontológicas e morais adequadas à tutela jurídica de cada assunto.

Por isso o Código estabelece a proibição de exercer profissões ou desenvolver funções que de modo direto ou indireto lhe acham qualquer tipo de pressão física ou anímica que possa pôr em risco a sua independência ou a revelação de qualquer dado secreto que não só poderia prejudicar interesses particulares dos clientes senão que, além disso, afetaria gravemente à confiança dos cidadãos no direito de defesa, e por extensão a todo o sistema de garantias.

Nos casos excecionais de alguma gravidade em que a obrigada preservação do segredo profissional pudesse causar prejuízos irreparáveis ou flagrantes injustiças, o Bastonário da Ordem aconselhará ao advogado com a finalidade exclusiva de orientar e, se fosse possível, determinar meios ou procedimentos alternativos de solução de o problema proposto ponderando os bens jurídicos em conflito.

Isso não afeta à liberdade do cliente, não sujeito ao segredo profissional, mas cujo consentimento por si só não desculpa ao advogado da preservação do mesmo.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

O dever de segredo profissional dos advogados funda-se na necessidade de salvaguardar a confiança do cliente no advogado como única forma de fazer possível que este disponha da informação necessária para levar a cabo a sua defesa com a eficácia que a Constituição – no âmbito do processo – considera nota característica do direito à tutela judicial.

A quebra deste dever de discrição entronca de maneira direta com determinados direitos fundamentais conectados, por sua vez, com a situação das garantias no processo. E não só se viola o direito de defesa, senão outros como o da tutela judicial efetiva ou de um processo com todas as garantias, pois o primeiro produz uma espécie de efeito que dominou outras reconhecidas, da mesma forma, no art. 24 da Constituição Espanhola. Isto o reconheceu, por exemplo, a Sentença do Tribunal Superior de Justiça de Madrid, de 17 de fevereiro de 1998[279].

Na atualidade é o art. 199.2 do Código penal que disciplina esta matéria, em sede de delitos contra a intimidade (cap. I do Título X de o Livro II), onde se lê:

> «*O profissional que, com não cumprimento do seu dever de segredo e reserva, divulgue os segredos de outra pessoa, será castigado com a pena de prisão de um a quatro anos, multa de doze a vinte e quatro meses e incompatibilidade especial para dita profissão por tempo de dois a seis anos.*»

Uma conformidade fiel do que se titula na doutrina função sistémica do bem jurídico suporia a aceitação imediata da intimidade como valor protegido pela organização jurídica nesta classe de infrações.

Em primeiro lugar, merece censura o facto de que o seu tratamento não seja individualizado, e se confunda entre outras espécies de não-cumprimento de obrigações de reserva, pois, de uma parte, já se detalharam os diferentes direitos fundamentais que se comprometem com o seu relaxamento, e, de outra, a criação pelo Código penal de 1995 de um Título – o XX – que sistematiza diferentes delitos contra a Administração de Justiça, entre os quais se encontra, curiosa e paradoxalmente, o que castiga o

279 STS 1998/1051, de 17 de fevereiro de 1998.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

advogado ou solicitador que revelar atuações processuais declaradas secretas pela autoridade judicial (art. 466.1), justificaria o seu translado a esta sede, mais próxima ao seu verdadeiro objeto de proteção.

Mas, além disso, a revelação ou divulgação dos dados obtidos pelo advogado nas suas conversas com o cliente não tem de supor, infalivelmente, um atentado contra a sua intimidade. A modo de exemplo, o jurista que confirma em conferência de imprensa diária os factos provados da sentença, que condena o seu cliente – personagem popular e pública – cometeria o delito ex. art. 199.2 do Código penal, sem prejudicar num ápice a intimidade do seu patrocinado, entendida como o direito a garantir ao indivíduo um âmbito reservado da sua vida, vinculado com o respeito da sua dignidade como pessoa, de frente à ação e conhecimento dos demais, sejam estes poderes públicos ou simples particulares (Sentença do Tribunal Constitucional[280] 115/2000, de 5 de maio)[281].

Para os advogados, enfim, o público segue sendo secreto. O que se lhe exige a qualquer tipo penal é a delimitação do seu objeto de proteção preponderante, isto é, aquele que, sempre e em todo o caso – e não às vezes –, resulta lesionado com a infração da norma. E bem é verdade que, em certas ocasiões, o advogado indiscreto pode afetar a intimidade dos seus clientes, mas não é esse o valor que daria verdadeiro sentido ao delito de revelação desta espécie. Este exercício de delimitação resulta especialmente difícil, já que se sustentou com acerto na doutrina espanhola que o cliente confia ao advogado assuntos que afetam o seu património, a sua liberdade ou, inclusive, a sua vida. No caminho para a concretização desse bem jurídico, é preciso deter-se na possibilidade muito fundada de que o seja o direito de defesa.

No entanto, dito direito fundamental tem a sua própria origem, de acordo com o que dispõem os arts. 24 e 17.3 da Constituição e 520.2.c) e,

280 BOE nº 136, de 07 de junho de 2000.

281 Por isso, não se entende correto o fundamento da Sentença do Tribunal Superior de Justiça de Madrid, de 12 de maio de 1999, que concluía assim: o caráter de reservados ou sigilosos dos factos sobre os que recaíram as manifestações do jurista sancionado deixava de existir desde o momento em que no mesmo dia… dois diários e um semanário de âmbito nacional divulgavam largamente intervenções de dito jurista, pelo que, desaparecido o segredo em sentido amplo, não parece que devesse o jurista continuar observando a necessidade de guardar o segredo profissional.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

sobretudo, 118 da Ley de Enjuiciamiento Criminoso; mais em concreto, e em sentido estrito, nasce desde o momento em que o cliente procede à nomeação do seu jurista por algum dos métodos admitidos no foro.

O art. 4 do Estatuto Geral da Advocacia (em adiante, E.G.A.) sanciona em exclusiva a denominação e função de advogado ao Licenciado em Direito que exerça profissionalmente a direção e defesa das partes em toda a classe de processos, ou o aconselhamento[282] e conselho jurídico, e, neste sentido, a Sentença do Tribunal Supremo, de 17 de fevereiro de 1998[283], já deixava assente que, neste caso, o direito à tutela judicial efetiva pôr-se-ia em grave risco se o dever de segredo pudesse entender-se restringido às informações obtidas pelo advogado em atuações de caráter formal, carregadas com expressa indicação do seu caráter profissional ou especificamente retribuídas e não compreendesse aquelas que, à margem do processo ou de um encargo formal de atuação profissional, considere adequado levar a cabo por razões de confiança.

O segredo profissional que se demanda de todos os profissionais da advocacia, estende-se também a atuações estranhas à defesa como direito submetido a determinados rigores formais – especificamente, a nomeação ante órgão judicial –, como o entendeu com extraordinário sentido o art. 542.2 da Lei Orgánica do Poder Judicial (em adiante, L.O.P.J.), quando estabeleceu que os advogados deverão guardar segredo de todos os factos ou notícias de que conheçam por razão de qualquer das modalidades da sua atuação profissional, não podendo ser obrigados a denunciar envolve os mesmos.

282 Alguns juristas diferenciam entre duas classes de aconselhamento:
1) o fornecimento de informação jurídica e o conselho ou aconselhamento em sentido estrito, determinando a neutralidade da atividade de aconselhamento em função do grau de individualização e adesão ao projeto criminoso do cliente e
2) o aconselhamento típico e genérico.
Em síntese, segundo a interpretação da Lei à luz da Diretiva 60/2005/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005, no seu parágrafo nº 20 só ficaria protegido pelo segredo profissional em íntima conexão com o direito de defesa, o aconselhamento jurídico dos advogados consistente em determinar a situação jurídica dos seus clientes, bem como exercer a representação legal dos mesmos em ações judiciais. Com tudo isso, resulta suficiente que seja um aconselhamento jurídico, quer seja anterior ou posterior a um processo judicial, para que esteja coberto pela confidencialidade e, por suposto, pelo segredo profissional do advogado.

283 STS 1998/1051, de 17 de fevereiro de 1998.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Quando se analisa de maneira pormenorizada a Diretiva, e o seu possível encaixe com as disposições que em Espanha disciplinam o dever de segredo profissional do advogado, merecerá especial cuidado averiguar se a referida norma comunitária pode eventualmente comprometer, não só a dita necessidade de segredo do advogado apontado, senão, com idêntico rigor e cautela, a do advogado meramente assessor.

Porque, como também terá ocasião de se comprovar, a legislação espanhola na matéria, equipara-se ambas situações aos efeitos de manter o silêncio, sem necessidade de distinções, que não teriam fundamento lógico ou jurídico de classe alguma, pois, tanto numa situação, como na outra, o jurista atua como tal, e mantém a sua condição inata de confidente necessário.

De maneira que, apesar de que a revelação desta espécie de segredo poder afetar o direito constitucional à defesa, estimamos que o valor preponderante que trata de salvaguardar a necessidade legal de segredo profissional é a confiança que, pela concreta natureza da relação que se estabelece entre ambos, deposita o cliente no seu advogado, pois o primeiro translada todo um volume de informação da mais diversa variedade – normalmente, desconhece aquilo que é útil para o seu sucesso processual, e o que não é –, confiado na discrição do segundo.

Por último é preciso citar o art. 5.1 do Código Deontológico da advocacia espanhola, segundo o qual a confiança e confidencialidade nas relações entre cliente e advogado, inserido no direito daquele à sua integridade e a não falar contra os seus próprios interesses, bem como em direitos fundamentais de terceiros, impõe ao advogado o dever e atribui-lhe o direito de guardar segredo.

A Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1982, aprovada pelo real Decreto de 14 de setembro, no seu art. 263, em relação ao 262 alínea 1, e art. 416, consagra igualmente o segredo profissional do advogado. Dita norma dispensa-o de denunciar o seu cliente e de prestar depoimento num procedimento sobre assuntos do mesmo que conheça devido à sua profissão. O art. 263 dispõe que a necessidade imposta na alínea primeira do artigo anterior não abrangerá os advogados nem os solicitadores, independentemente das instruções ou explicações que receberem dos seus clientes. O art. 416 expressa a dispensa da necessidade de denunciar o advogado do

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

réu, com respeito aos atos que este lhe tivesse confiado na sua qualidade de defensor, concretizando além disso que se alguma das testemunhas se encontre nas relações indicados nas alíneas precedentes com um ou vários dos réus estará obrigado a declarar o tipo de relação a não ser que a sua declaração pudesse comprometer o seu parente ou o réu.

Temos de ter em conta à vista dos artigos até ao momento citados que qualquer artigo contido numa lei ordinária que trate de modificar ou alterar o conteúdo do previsto numa lei processual, e que se circunscreva à necessidade de denunciar envolve as explicações ou dados que lhe proporciona o cliente ao advogado, seria nula ao ser a lei processual legislação de caráter indisponível e imperativa e ser o seu conteúdo de interesse coletivo fundamental para toda a sociedade espanhola.

Outro texto normativo que contribui a concertação do segredo profissional do advogado observa-se no art. 307 da Ley de Enjuiciamiento Civil.

Dito artigo estabelece que se «*a parte chamada a denunciar se negar ao fazer, o tribunal a apreciará no ato de que, salvo que coincida uma necessidade legal de guardar segredo, pode considerar reconhecidos como verdadeiros os factos a que se refiram as perguntas, sempre que o interrogado interviesse neles pessoalmente e a sua fixação como verdadeiros lhe resultar prejudicial em todo ou em parte.*»

Por sua vez e neste mesmo texto, o art. 371 contempla as testemunhas com dever de guardar segredo da seguinte maneira: «*Quando, pelo seu estado ou profissão, a testemunha tenha o dever de guardar segredo a respeito de factos pelos que se lhe interrogue, manifestá-lo-á razoavelmente e o tribunal, considerando o fundamento da negativa a denunciar, resolverá, mediante providência, ou que proceda em Direito.*»

Também refere dito artigo que «*se se alegar pela testemunha que os factos pelos que se lhe pergunta pertencem a matéria legalmente declarada ou classificada como de caráter reservado ou segredo, o tribunal, nos casos em que o considere necessário para a satisfação dos interesses da Administração de Justiça, pedirá de ofício, mediante providência, ao órgão competente o documento oficial que acredite dito caráter.*»

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

O tribunal, comprovado o fundamento da alegação do caráter reservado ou segredo, mandará unir o documento aos autos, deixando constância das perguntas afetadas pelo segredo oficial.

Através da legislação penal podemos acercar-nos à conceção da instituição do segredo profissional de advogado, embora seja importante destacar o impacto que ocasionou a reforma provocada pela Lei Orgánica 5/2010, de 22 de junho, nos tipos penais que referir-se-ão. Igualmente, acercamo-nos à sua regulação e tratamento, através da Lei 10/2010, de 28 de abril, de prevenção do branqueamento de dinheiro e do financiamento do terrorismo.

O art. 199 do Código penal, em relação à descoberta e revelação de segredos profissionais, regula a necessidade de reserva de informação por parte do advogado e sanciona a sua fragilização com a tipificação seguinte:

> «*1 - O que revelar segredos alheios, dos que tenha conhecimento por razão do seu ofício ou as suas relações laborais, será castigado com a pena de prisão de um a três anos e multa de seis a doze meses.*
> *2 - O profissional que, com não cumprimento das suas obrigações de segredo ou reserva, divulgue os segredos de outra pessoa, será castigado com a pena de prisão de um a quatro anos, multa de doze a vinte e quatro meses e inabilitação especial para dita profissão por tempo de dois a seis anos*».

Igualmente se sancionará, se os comportamentos anteriores fossem cometidos por pessoas jurídicas, ao amparo do estabelecido no art. 200 do Código penal. O segredo compreende todas as modalidades da atuação profissional.

O E.G.A. estabelece que o dever de segredo profissional dos advogados espanhóis compreende todos os factos ou notícias que conheçam por razão de qualquer das modalidades da sua atuação profissional, na linha do disposto por o art. 542.2 L.O.P.J.., ou do art. 5 do Código Deontológico, que, especificamente, refere-se às confidencias e propostas do cliente. Assim, o art. 542.1 da LOPJ refere quais são as modalidades da atuação profissional do advogado «corresponde em exclusiva a denominação e

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

função de advogado ao licenciado em Direito que exerça profissionalmente a direção e defesa das partes em toda a classe de processos, ou o aconselhamento e conselho jurídico». Compreende todos os factos e notícias que o advogado conheça por razão da sua atuação profissional numa relação com um cliente. Identificamos como segredos do cliente aqueles que como tais lhe comunicou o cliente ao advogado, bem como aqueles outros que este conheça com motivo de alargar a informação sobre o que o seu cliente lhe conte.

Não cai dentro do âmbito do segredo profissional:

O que conheça por uma via diferente do recebido pelo cliente ou como consequência de dita ampliação de informação que provêm do cliente.

O que se inteira o advogado como consequência da sua atuação profissional, com motivo da celebração de um julgamento com a publicidade própria deste, como por exemplo os atos com que declara a testemunha no ato judicial. A publicidade exclui a natureza secreta do que se manifeste em sede judicial.

Finalmente, o bem jurídico protegido no tipo penal do art. 199.2 do Código penal inserido no Título X, do Livro II, é a intimidade do sujeito, do cliente[284].

284 A respeito da discussão sobre o bem jurídico protegido pelo art. 199.2 CP, em detalhe, CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, Secreto profesional del abogado y ejercicio del derecho de defensa a la luz de la directiva 97/2001/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo», *Anuario da Faculdade de Direito* (Universidade de Extremadura), (2003 ,(21, pág. 153 e ss., pág. 163 e ss..; que acertadamente assinala que não se trata, ou não em verdade, de um delito que protege a intimidade do cliente, senão mais da necessária confiança que deve reger o relacionamento daquele com o seu advogado. O sentir maioritário na doutrina é o oposto, o bem jurídico único ou principal garantido seria a intimidade. Assim, por todos, se veja CÓRDOBA RODA, Juan, Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales, *cit*., 2006, pág. 31 e ss., ou LOZANO MIRALLES, José, «Delitos contra la intimidad» em BAJO FERNÁNDEZ (dir.), Compendio de Derecho Penal (Parte Especial), v. II, Editorial Universitaria Ramon Areces, Pontecaldelas,1998, pág. 232.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

3.3. Regulação legal do segredo profissional na Organização Jurídica espanhola: Normas principais e derivadas.

Basta neste momento assinalar, exclusivamente, aquelas normas que no Direito espanhol protegem o segredo profissional do advogado, partindo de o já citado art. 542.2 L.O.P.J.., que sintetiza com clareza o espírito do resto das normas. Assim, diz que os advogados deverão guardar segredo de todos os factos ou notícias que conheçam por razão de qualquer das modalidades da sua atuação profissional, não podendo ser obrigados a denunciar envolve os mesmos.

Em muito parecidos termos expressa-se o art. 21 E.G.A.E., e o art. 22 de o mesmo texto repete a necessidade de guardar este dever de segredo. Por sua vez, o art. 5 do Código Deontológico da advocacia subdivide-se em oito apartados encarregados de disciplinar esta questão com todo o detalhe.

Por último, a Ley de Enjuiciamiento Criminoso, no seu art. 263, liberta os advogados do dever de denunciar aos seus clientes, como acontece no art. 1247.5 do Código civil, que considera inadequados como testemunhas os que estão obrigados a guardar segredo pelo seu estado ou profissão, nos assuntos relativos a sua profissão ou estado, prerrogativa que se encontra também no art. 416.2 da lei adjetiva criminal, que dispensa da necessidade de denunciar como testemunha ao advogado do processado com respeito aos atos com que este lhe tivesse confiado em a sua qualidade de defensor.

Analisemos a necessidade de guardar segredo no exercício da profissão de advogado:

I.- Fundamento da necessidade: art. 20.1.d e 24 da C.E.

No que respeita ao fundamento da obrigação a Constituição Espanhola recolhe o direito ao segredo profissional no seu art. 20.1.d, configurando desta forma como garante do direito fundamental à informação, especialmente protegido pela sua localização na Secção I do cap. II.

Segundo o a*rtigo 20:*

«1 - Reconhecem-se e protegem os direitos:

a) A expressar e difundir livremente os pensamentos, ideias e opiniões mediante a palavra, o escrito ou qualquer outro médio de reprodução.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

b) À produção e criação literária, artística, científica e técnica.

c) À liberdade de cátedra.

d) A comunicar ou receber livremente informação verdadeira por qualquer meio de difusão.

A lei regulará o direito à cláusula de consciência e ao segredo profissional no exercício destas liberdades.

2 - O exercício destes direitos não pode restringir mediante nenhum tipo de censura prévia.

3 - A lei regulará a organização e o controlo parlamentar dos meios de comunicação social dependentes do Estado ou de qualquer ente público e garantirá o acesso a ditos meios dos grupos sociais e políticos significativos, respeitando o pluralismo da sociedade e das diversas línguas de Espanha.

4 - Estas liberdades têm o seu limite no respeito aos direitos reconhecidos neste Título, nos artigos das leis que o desenvolvam e, especialmente, no direito à honra, à intimidem, à própria imagem e à proteção da juventude e da infância

5 - Só poderá se lembrar o sequestro de publicações, gravações e outros meios de informação em virtude de resolução judicial».

Por outro lado, o art. 24 da Constituição Espanhola volta a mencionar o direito ao segredo profissional dentro das previsões sobre a tutela judicial efetiva, referido já aos intervenientes no procedimento judicial:

«*1 - Todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício dos seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa acontecer falta de defesa.*

2 - Assim mesmo, todos têm direito ao Juiz ordinário predeterminado pela lei, à defesa e à assistência de letrado, a ser informados da acusação formulada contra eles, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para a sua defesa, a não declarar contra si mesmos, a não se confessar culpados e à presunção de inocência. A lei regulará os casos em que, por razão de parentesco ou de segredo profissional, não estar-se-á obrigado a declarar sobre feitos supostamente delitivos»

A previsão do art. 20. 1.d vem referida, melhor, ao segredo que ampara aos profissionais da informação, enquanto o art. 24. 2 recolhe

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

expressamente a possibilidade de amparar no segredo profissional dos operadores jurídicos (advogados e solicitadores).

Em ambos casos o segredo que ampara a estes profissionais vem recolhido pelo texto constitucional como um direito, e não como uma obrigação. Serão as normas que desenvolvem esta previsão as que estabeleçam o conteúdo e limites deste direito a guardar segredo, ou o configurem como um dever em determinados casos e sempre em função da fonte de informação que beneficie o profissional.

O art. 24 fala da não obrigação de divulgar atos supostamente delitivos, estabelecendo desta forma o segredo que ampara determinados profissionais como uma possibilidade, um direito, intimamente ligado com o relacionamento de confiança que se tem por razão do cargo ou profissão com o fornecedor da informação. Advogados possuem em virtude da sua profissão determinada informação, obtida sobre a base da confiança que deve reger os relacionamentos com os clientes.

A Constituição quis que este relacionamento de confiança faça parte expressamente do direito fundamental à tutela judicial efetiva, estabelecendo a possibilidade de configurar o direito ao segredo profissional em relação com os factos conhecidos por esses operadores jurídicos e que pudessem ser constitutivos de delito. Desta forma, o direito à tutela judicial efetiva que ampara todos os cidadãos compreende também o direito a que a informação que se proporciona ao advogado esteja protegida pelo dever – direito de segredo deste profissional.

No entanto, segundo este artigo o segredo só protege, a *priori*, os factos *supostamente delitivos* que se conheçam em virtude do relacionamento profissional. Serão outras normas de inferior categoria as que determinem a ampliação do segredo profissional do advogado a todos os factos de que conheça em virtude do seu relacionamento com o cliente, configurando além disso este segredo como um dever e estabelecendo os seus limites.

O art. 24 da Constituição Espanhola de 1978 consagra na sua alínea segunda o direito fundamental de defesa e de assistência de profissional de direito. O direito de defesa é um direito instrumental da tutela judicial efetiva de caráter irrenunciável, correlativo à acusação e baseado no caráter dialético do processo, cuja finalidade é a de fazer valer a liberdade

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

de toda a pessoa sujeita a um processo penal, embora igualmente resulta de aplicação aos demais processos.

Assim, o direito de defesa pode ser entendido como aquele direito subjetivo público fundamental, que é reconhecido a todas as partes processuais em qualquer classe de procedimento, qualquer que seja a sua natureza e finalidade, e que tem de se respeitar ao longo de todo o seu desenvolvimento e até a sua conclusão; com ele se assegura às partes o direito a efetuar as alegações que estimem pertinentes e a utilizar os meios de prova necessários para demonstrar os alegados atos realizados, para com isso contradizer as alegações contrárias com o intuito de que sejam valorizadas pelo Juiz e influam na sua decisão[285].

285 Essa configuração do direito de defesa reconheceu-a, entre outras, a STC 1981/30, de 14 de outubro (F.J. 3º): «O direito à defesa e assistência de jurista, que o parágrafo 2º do art. 24 da Constituição tem sistematizado as manifestações do direito de defesa da seguinte forma:

a) a proibição de falta de defesa que é, precisamente, o resultado contrário à finalidade básica perseguida pela defesa, proscrita no art. 24.1 da Constituição;
b) o direito de defesa compreende também o direito a se defender em o jogo da contradição, o direito a manter uma determinada postura de parte
c) o próprio art. 24.2 da Constituição contempla, à sua vez, diversas manifestações de autotutela, tais como o direito a não denunciar contra um mesmo e a não se confessar culpado;
d) esta garantia inclui, assim mesmo, o direito à prova e à utilização dos meios de prova pertinentes para a defesa e,
e) finalmente o art. 24.2 da Constituição prevê o direito à defesa, isto é, o direito à assistência de jurista.

O direito de defesa apresenta um fundamento complexo. No referido à defesa formal, tem a sua razão de ser em o caráter técnico do processo, das normas que o disciplinam e na obrigação, pois, de respeitar o princípio de igualdade entre as partes. E no relativo à defesa material, fundamenta-se na própria condição humana e a obrigação de outorgar meios a quem sofre uma agressão embora seja legítima. A própria dignidade da pessoa e o respeito a ela ao qual está obrigado o Estado exige a regulação e proteção dessa realidade. Nesse sentido, o vigente art. 546.1 da Lei Orgánica 1985/6, de 1 de julho, de o Poder Judicial, na sua redação dada pela Lei Orgánica 2003/19, de 23 de dezembro, impõem-se em forma incondicionada a todos, é, por tanto, predicável no âmbito processual penal não só dos arguidos, senão também de quem comparecem como acusadores particulares exercendo a ação como prejudicados por o facto punível». A STC 1982/4, de 8 de fevereiro: «Em todo processo judicial deve se respeitar o direito de defesa contraditória das partes contendentes ou que legalmente devessem o ser, mediante a oportunidade dialética de alegar e justificar processualmente o remédio judicial dos seus direitos e interesses». A STC 1990/203, de 13 de dezembro declarou: «O direito de defesa reconhecido no art. 24 da Constituição implica a possibilidade de um julgamento contraditório no que as partes podem fazer valer os seus direitos e interesses legítimos». As SSTC 1992/231, de 14 de dezembro, 1994/124, de 25 de abril e 1987/147, de 25 de setembro (F.J. 2º) que assinala que, o direito a provar é «coercível em qualquer tipo de processo em que o cidadão seja envolvido e (é) inseparável do direito mesmo à defesa».

Sentencia Tribunal Constitucional 1987/47, de 22 de abril: «Entre o conjunto de garantias

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

II- Normativa sobre o segredo profissional dos advogados: art. 542 LOPJ; art. 21 E.G.A.E.

Existe uma série de normas que determinam o alcance e conteúdo do segredo profissional dos advogados. O Código Deontológico e o Estatuto Geral da advocacia contêm uma série de artigos relativos à necessidade de segredo profissional[286].

O art. 542 LOPJ é o que vem a determinar a natureza e alcance do segredo profissional dos advogados. Do mesmo podemos extrair as seguintes notas características:

- Estabelece-se o segredo profissional do advogado como uma necessidade inerente à sua condição.
- Refere-se a todos os factos e notícias que o advogado conheça do seu cliente em virtude da relação profissional, quer sejam revelados pelo cliente, ou quer sejam diretamente conhecidos pelo advogado.
- Abarca todos os atos com que se conheçam por razão de qualquer das modalidades da atuação profissional do advogado.
- A consequência do dever de segredo é que o advogado não pode ser obrigado a denunciar os factos protegidos pelo mesmo.

Segundo o disposto nesta norma, todo o advogado tem a necessidade de guardar secreto os factos conhecidos por razão do seu trabalho. O facto de trabalhar como advogado, segundo a definição que deste ofício faz o E.G.A.E., obriga o profissional a guardar segredo de todos os factos e notícias que conheça em virtude das suas relações profissionais. Isto supõe que desde o momento em que uma pessoa se cadastra como tal

que integram o direito a um processo justo inclui-se o direito à defesa e à assistência de profissional de direito que o art. 24.2 da Constituição consagra de maneira singularizada, com projeção especial para o processo penal, mas também de aplicação aos demais processos. Este direito tem por finalidade, ao igual que todas as demais garantias que conformam o direito no que se integram, o de assegurar a efetiva realização dos princípios de igualdade das partes e de contradição que impõem aos órgãos judiciais o dever positivo de impedir desequilíbrios entre a respetiva posição processual das partes ou limitações na defesa que podem inferir a alguma delas resultado de falta de defesa, proibido no nº 1 do mesmo artigo constitucional.». Cabe aos poderes públicos a obrigação de garantir a defesa e a assistência de profissional de direito, em os termos estabelecidos na Constituição e nas Leis.

286 EGAE: arts. 22 ,21; Código Deontológico: arts. 5 ;1; LOPJ art. 542.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

no Colégio de advogados correspondente, adquire imediatamente este dever, sendo advertido do efeito pelas autoridades colegiais.

Neste sentido, veja-se que nas fórmulas de juramento ou promessa que existem em todos os colégios se inclui o compromisso de cumprir as obrigações do ofício ou cargo de advogado, entre as quais obviamente se encontra a do segredo profissional.

Numa interpretação ampla desta necessidade de guardar segredo entende-se que compreende, não só os factos dos que nos informa diretamente o cliente, mas também aqueles outros, relativos àquele que podemos conhecer dentro do âmbito da nossa atividade. No entanto, a jurisprudência encarregou-se de pôr os limites oportunos, dado que resulta absurdo, por exemplo, pensar que o segredo protege atos com que conheçamos presencialmente enquanto estamos a trabalhar (por exemplo, uma agressão do nosso cliente a outra pessoa enquanto esperamos para a celebração de um julgamento).

Há que ter em conta, não obstante, que é precisamente este caráter genérico da necessidade o que impõe ao advogado o dever de tentar a máxima abrangência sobre todos os dados que conheçamos por razão da nossa profissão, dado que não existe maneira de saber que informação pode ser suscetível de prejuízo ao ser desvendada, ante o qual devemos guardar segredo de todo quanto chegue ao nosso conhecimento.

Não só, portanto, envolve os assuntos judiciais (ou penais, segundo a previsão constitucional), mas também envolve qualquer informação que conheçamos pela nossa atividade.

Perante um tribunal e na qualidade de testemunha, o advogado pode e deve proteger a sua necessidade de segredo, envolvendo os atos que conheça em virtude da sua relação profissional[287].

287 Art. 199.2 do Código Penal Espanhol. É este um delito unicamente persecutível a instância de parte salvo o paragrafo do apartado 2, «quando a comissão do delito afete aos interesses gerais ou a uma pluralidade de pessoas». Supõe isto, que no caso de que a revelação de dados por parte do advogado afete várias pessoas, não é necessária denúncia da pessoa ofendida, podendo atuar autonomamente o Ministério das Finanças, a Polícia Judicial ou qualquer pessoa que tenha conhecimento dos atos que pudessem constituir este delito. Também supondo que a revelação de segredos afete os interesses gerais poderá ser perseguido ex ofício. Poderia ser este o caso de um cliente que, por razão do seu cargo, possuísse informação relevante para a comunidade (um político, um servidor público...).

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Sendo, portanto, um delito o revelar os factos conhecidos pela nossa profissão, a previsão de «não necessidade de denunciar» converte-se praticamente num dever de não revelar estes segredos ante um tribunal, salvo unicamente a exceção prevista no art. 5.8 do Código Deontológico, para casos de alguma gravidade e sempre com prévio conselho do Bastonário.

No caso de que o Bastonário de um Colégio, ou quem estatutariamente lhe substitua, for requerido em virtude de norma legal ou avisado pela autoridade judicial, ou se for o caso governativa, competente para a prática de um registo no despacho profissional de um advogado, deverá personificara-se em dito despacho e assistir às diligências que no mesmo se pratiquem, velando pela salvaguarda do segredo profissional. Este artigo não faz mais que reiterar a previsão analisada da Lei Orgánica do Poder Judicial (agora no seu art. 542). No regulamento do Estatuto General de la Abogacía Española[288], regula-se o segredo profissional, no art. 21[289].

No entanto é no art. 5 do CDAE[290] que o segredo profissional vem mais claro. Reconhece-se o segredo profissional do advogado, na sua dupla vertente, isto é, como direito e como dever do advogado, e implica uma limitação do uso da informação reservada recebida do cliente às obrigações da sua defesa. Exclui-se a sua revelação, salvo cumpridos os pressupostos que justifica o levantamento do segredo profissional, o que interpretamos como a apreciação do caráter não absoluto do segredo profissional[291].

Em relação ao conteúdo do dever de segredo e confidencialidade, estende-se às comunicações e a informações recebidas do advogado da outra parte e do seu cliente sobre factos e notícias que àqueles interessa excluir do conhecimento de terceiros, não podendo ser obrigado a denunciar esses atos ou notícias que conheça por razão de qualquer das modalidades da sua atuação profissional. Assim, como âmbito subjetivo do segredo profissional, o estende aos advogados colaboradores e sujeita

288 Real Decreto 2001/658, de 22 de junho.

289 Também arts. 24 ,23 ,22 ,20 ,16 ,10 ,1 do EGAE.

290 Art. 5 do Código Deontológico dos advogados Espanhóis.

291 Tal como em Portugal. Aliás a ideia de um direito absoluto é anátema numa sociedade democrática. Aliás pela própria natureza nenhum direito é absoluto. O próprio Direito à Vida nunca poderia ser absoluto pois as pessoas morrem.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

também ao pessoal dependente. Como âmbito temporário, indica que persiste inclusive após ter cessado a relação contratual do advogado com o cliente. Isso não afeta a liberdade do cliente, no respeitante ao segredo profissional, mas o consentimento do cliente por si só, não desculpa o advogado da preservação do mesmo.

A necessidade de segredo não pode ser desviada com argumentos baseados em pontuais interesses do cliente ou do próprio advogado que só possam ser defendidos com a introdução no debate de documentos ou informações protegidas pelo segredo, pois a reserva estatutária tem o seu fundamento na proteção da função da defesa, em frente ao aludido interesse particular, inclusive em supostos casos nos que, aparentemente, puderem se dar situações de alguma injustiça por não poder se desvelar a confidencia.

Enquanto a confidencialidade garante àquelas pessoas que entrem em conhecimento de informações íntimas de ditas pessoas, que não possam revelar nem os utilizar sem a sua expressa autorização, o segredo profissional é um dever profissional de manter oculta a intimidade do cliente e de não revelar os dados confidenciais desta pessoa para fins alheios à própria assistência jurídica ou aconselhamento jurídico, salvo que a pessoa em questão o autorize ou existam motivos suficientemente importantes de bem público ou de previsão de danos a terceiros, ou um imperativo legal.

Em suma, o segredo pode se definir como o dever que têm as pessoas que conhecem certos dados de outras pessoas, de não revelar sem o seu consentimento ou sem a habilitação legal correspondente; a confidencia é a informação privada que é transmitida a uma pessoa determinada num contexto determinado.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

3.4. O BEM JURÍDICO

O bem jurídico protegido nos tipos penais que tutelam o segredo profissional é dotado de duas posições controvertidas, ou seja, uma delas seria um valor pessoal-individual (posição que se relaciona com a privacidade) e, outra posição, seria considerar o bem jurídico como supra individualidade institucional, sendo este relacionado com a confiança da comunidade e a função social do advogado. A garantia constitucional dos direitos fundamentais funcionará sempre que os interesses nela tutelados não se sobreponham a outros interesses que se mostrem dignos de maior proteção, ou seja, tendo presente o critério da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade é um limite legalmente previsto no processo penal português. No ordenamento jurídico português, o nº 2, do artigo 18 da Constituição da República Portuguesa admite a restrição a direitos fundamentais dos cidadãos, mas apenas para salvaguardar outros direitos e no respeito pelos requisitos da reserva de lei e do princípio da proporcionalidade. Os direitos fundamentais funcionam como garantias dos cidadãos face a intervenções abusivas por parte da administração, máxime do Estado. Contudo, estes possuem a natureza de princípios, enquanto mandatos de otimização perante as possibilidades fáticas existentes, podendo ser restringidos mediante uma ponderação com os interesses estaduais na investigação da criminalidade.

Contudo, essa quebra deve respeitar o princípio da proporcionalidade. Desta forma, a derrogação do princípio da presunção de inocência[292],

292 «O princípio da presunção de inocência é considerado um princípio natural, lógico, de prova. Desta forma, enquanto não for demonstrada, provada, a culpabilidade do arguido não é admissível a sua condenação. O processo penal tem na sua base uma dúvida está na sua génese e uma certeza deveria ser o seu fim, daí que a dúvida sobre a culpabilidade é a razão de ser do processo penal. Contudo, colocamos a questão de saber se, mesmo em períodos de acentuada criminalidade ou criminalidade organizada e a limitação do conhecimento humano, é admissível a presunção de culpa? Germano MARQUES DA SILVA partilha do entendimento que «(…) a condenação penal é também castigo a resgatar a culpa do delinquente pelo que é de todo inaceitável a condenação sem a certeza moral da culpabilidade a redimir; é inaceitável que numa sociedade em que o valor primeiro é a pessoa humana possa a condenação penal ter outra finalidade exclusiva, como a da mera prevenção geral, alheando-se da culpa do condenado». VILELA, Alexandra, «Considerações acerca da presunção de inocência em Direito Processual Penal», Coimbra Editora, 2000, pág. 24.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

através da quebra do segredo profissional[293], terá como parâmetro, de forma a evitar eventuais abusos, o princípio da proporcionalidade que tem consagração constitucional, tendo o legislador em consideração o disposto nos nº 2 e 3 do artigo 20 da Constituição da República Portuguesa, quando estabeleceu que os advogados estavam eximidos que cumprir com os deveres quando estivessem no âmbito da consulta jurídica e do mandato forense.

> «*Entre o princípio do segredo profissional e a da verdade material prevalece este, que conduz a que se obtenha uma decisão justa quanto aos factos.* »[294]

Com efeito, e como já aflorado anteriormente, o direito à reserva da intimidade da vida privada previsto no art. 26 nº 1, da Constituição da República Portuguesa e com aceitação no direito internacional, impõe-se como princípio constitucional primário da existência do segredo profissional.

---

293 Carlos PINTO DE ABREU entende que «A defesa da manutenção do sigilo profissional, até que seja dele o advogado dispensado ou ordenada a sua quebra, além de constitucionalmente consagrada nos artigos 26.1 ,20 e 208 da Constituição da República portuguesa, no sentido de que a lei assegura aos cidadãos os direitos à palavra, à intimidade da sua vida privada e à informação e à consulta jurídicas e, em consequência, aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato, onde se inclui necessariamente o segredo profissional, o qual é, essencialmente, o corolário da prossecução de um interesse público característico de uma sociedade livre e democrática e de uma multiplicidade de interesses privados que não podem ficar à mercê do critério pessoal ou institucional (…) É, pois, insustentável, face à independência do advogado, que o mesmo atue, em qualquer circunstância, sob o controlo da Polícia Judiciária, isto para além de se subverterem os mecanismos de dispensa e de quebra de sigilo que estão legalmente estabelecidos que servem para a defesa da advocacia, e isto para não falar na subversão total do princípio da confiança que entendimento contrário acarretaria. A defesa da dignidade da profissão, bem como o respeito pelos princípios basilares da advocacia anteriormente enunciados – em especial os deveres de independência, de sigilo e de confiança – não é compatível com a participação, nessa qualidade, de advogados em ações encobertas, no âmbito de investigações criminais, para obtenção de informações». in PINTO DE ABREU, Carlos, «A Lei nº 2001/101 de 25 de agosto, designada por Regime Jurídico das Acções Encobertas para Fins de Prevenção e Repressão Criminal», Parecer do Conselho Distrital de Lisboa, consulta nº 2009/29, de 13 de maio, in Estatuto da Ordem dos advogados Anotado, Ordem dos advogados – Conselho Regional de Lisboa, 2017, pág. 114 – 113.

294 Ac. TRL Processo: 06.9/1551TBBNVL8-1 de 11/05/05 in: http://www.dgsi.pt/jtrl1.nsf/156/0d101b84169ae1802578a9002faf59?OpenDocument

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Segundo os ensinamentos de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA[295] o «direito ao segredo do ser» «analisa-se principalmente em dois direitos menores:

a) o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e
b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem

Contudo esta opinião não é unânime na jurisprudência. O interesse público em salvaguardar o segredo profissional de certas atividades, é considerado também como condição da sua própria sobrevivência.

Temos a prevalência no direito penal português vigente, do bem jurídico da privacidade em sentido material, ou seja, a posição de bem pessoal, individual. O segredo funciona como garantia de reserva da vida privada e em última instância funciona como mecanismo de preservação da liberdade profissional. Neste sentido, o segredo profissional tem na sua fonte o princípio fundamental da inviolabilidade da pessoa humana, enquanto a dignidade e a intimidade são irrenunciáveis, como direitos fundamentais e como fundamentos da ordem política ou da convivência social. Assim o segredo profissional não visa apenas a proteção de interesses pessoais, mas também interesses e valores supraindividuais como a confiança, valor que a sociedade considera essencial para o exercício de determinadas profissões. O segredo profissional é um dever do advogado para com o cliente e também entre os próprios profissionais da área. O art. 92 do Estatuto da Ordem dos advogados é dedicado inteiramente ao segredo profissional sobre fatos conhecidos durante a sua função e prestação de serviços.

Sob a mesma perspetiva impõe o Código Deontológico do CCBE[296], item 2.3, que a revelação de informações que o cliente atribui ao advogado,

295 GOMES CANOTILHO, José Joaquim/ MARTINS MOREIRA, Vital Constituição de República Portuguesa Anotada, vol. II, *cit*., pág. 541 e ss.

296 Este Código Deontológico Europeu contempla dentro dos seus Princípios Gerais na sua alínea 2.3 o segredo profissional do advogado:
«2.3 - Segredo profissional
2.3.1: Faz parte da essência mesma da função do advogado que seja depositário dos segredos

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

advindo da confiança, se mostra como uma característica imprescindível como critério do exercício livre da profissão forense. Sublinha que «*sem a garantia da confidencialidade não pode haver confiança*», e além disso, reveste-se como elemento fundamental, tanto nos direitos como nos deveres dos advogados.

A obrigatoriedade de o segredo profissional por parte dos advogados objetiva «*garantir razões de interesse público, nomeadamente a administração da justiça e a defesa dos interesses dos clientes*» e, como consequência, «*esta necessidade deve beneficiar de uma proteção especial por parte do Estado*».[297] Nos termos da Lei do Branqueamento e o papel do advogado podemos já afirmar que não existe violação do art. 8 da CEDH, o segredo não é absoluto podendo ser quebrado em casos de um interesse geral essencial[298].

Entretanto, continuemos com o art. 92 do EOA:

O nº 2 deste artigo merece especial atenção, uma vez que afirma que existirá o segredo profissional quando o serviço requerido ao advogado, tenha envolvimento ou não, de representação judicial e extrajudicial. Engloba, ainda, casos em que seja remunerado ou não, além de abranger situações em que «*o advogado haja ou não chegado a aceitar e a desempenhar a representação ou serviço, o mesmo acontecendo para todos os advogados que, direta ou indiretamente, tenham qualquer intervenção ou serviço*».

O que se pode concluir desta previsão é que o segredo profissional valerá sempre que ocorrer o exercício da atividade advocatória, sendo

do seu cliente e destinatário de informações baseadas na confiança. Sem a garantia de confidencialidade não pode existir confiança. Portanto, o segredo profissional é um direito e uma necessidade fundamental e primordial do advogado. A necessidade do advogado relativa ao segredo profissional convém ao interesse da Administração de Justiça, e ao do cliente.

Esta necessidade, portanto, deve gozar de uma proteção especial do Estado

2.3.2 - O advogado deve guardar o segredo de toda a informação, da que tivesse conhecimento no enquadramento da sua atividade profissional.

2.3.3 - A necessidade de confidencialidade não está limitada no tempo.

2.3.4 - O advogado requererá a observância da mesma necessidade de confidencialidade aos seus sócios, empregados e a qualquer pessoa que colabore com ele na sua atividade profissional.»

297 Idem.

298 O art. 195 do Código Penal prevê o crime de violação de segredo, que pune independentemente de dano patrimonial e perigo, configurando-se como um crime de dano. Assim, é um crime semipúblico, uma vez que necessita de queixa ou participação.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ele relacionado a um processo ou não. Nesse sentido, ensina Jorge de FIGUEIREDO DIAS que o segredo profissional não está direta e imediatamente ligado a fatos concernentes ao processo. Diz o autor que «*o cliente pode aproveitar a consulta com o advogado para pedir conselho sobre outras questões que o preocupam. Também, os factos pertinentes estão cobertos pelo dever de sigilo*.»[299] Ou seja, merece o segredo profissional a informação decorrente do exercício profissional do advogado com a relação com o seu cliente, sendo ela relacionada a um processo ou não, sendo ela uma simples consultoria ou não; estaríamos diante de um conflito aparente de normas, uma vez que a lei portuguesa de branqueamento retira o segredo profissional no caso específico do advogado não atuante em juízo e orientador de situação jurídica[300].

A função do advogado como defensor dos interesses alheios e consultor jurídico faz com que este atue também como «depositário de segredos», condição essencial para o próprio exercício da sua profissão e um importante valor para as sociedades democráticas. Em Portugal a lei, delimita quais as atividades advocatórias que se acobertam do segredo profissional. Temos as garantias dos advogados portugueses previstas constitucionalmente no art. 208 CRP, assegurando aos profissionais forenses o exercício do mandato e regula «o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça». Além disso, há disposições sobre os advogados presentes na Lei nº 52/2008 (Lei de Organização e

299 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *op. cit.*, pág. 1131

300 Dessa forma pergunta-se: quando esse sigilo poderá ser quebrado? Encontramos a forma legal para a quebra do segredo no art. 92 nº 4 do EOA. Ora, se o que acabamos de analisar leva ao entendimento de que merece o segredo profissional a informação decorrente do exercício profissional do advogado com a relação com seu cliente, sendo ela relacionada a processo ou não, sendo ela uma simples consultoria ou não, estaríamos diante de um conflito aparente de normas, vez que a lei portuguesa de branqueamento retira o sigilo profissional no caso específico do advogado não atuante em juízo e orientador de situação jurídica. Referem-se a casos em que haja extrema necessidade para defender a dignidade, além dos «direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente ou seus representantes, mediante prévia autorização do presidente do conselho distrital respetivo, com recurso para o bastonário, nos termos previstos no respetivo regulamento.» Assim, o art. 135 do Código Penal Português é patente ao explicitar os casos de em que o sigilo profissional pode ser quebrado (quando não haja outros meios possíveis e alternativos à quebra do segredo, devendo ocorrer quando haja um «interesse social proeminente») - PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4a ed., Universidade Católica Editora, 2011, pág. 380.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Funcionamento dos Tribunais Judiciais - LOFTJ), aduzindo sobre sua vinculação com a legalidade, às normas deontológicas, assegura as imunidades necessárias, reconhece e garante o segredo profissional, determinando, isso sim a proteção das comunicações com o cliente e o sigilo dos documentos ligados ao exercício de defesa.

Dentro dos deveres deontológicos do profissional advogado destaca-se o dever de probidade, o dever geral de urbanidade e o dever de uma elevada consciência moral. Conforme podemos analisar, todas as disposições até aqui relatadas acerca das regras deontológicas dos advogados levam a uma característica essencial da relação entre advogado e cliente: a confiança. O cliente troca confidências - fatos da vida privada, entrega de documentos, por exemplo - com seu patrono e, sem o fator da confiança, o advogado se veria prejudicado para dar cumprimento a missão por ele acolhida. Caminha juntamente com a confiança o elemento do segredo profissional, pois «o fundamento ético-jurídico do segredo profissional radica no princípio da confiança e na natureza social da função forense[301]». Em realidade, nas palavras de Orlando GUEDES DA COSTA, «s*e o valor da confiança da sociedade numa profissão também é resultante da deontologia profissional, talvez não seja muito ousada a afirmação de que é resultado, sobretudo, do dever de segredo profissional a confiança da sociedade na profissão de advogado*[302]».

O *legal privilege* (segredo profissional) pode ser encontrado nos artigos 6 e 8 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, respetivamente versando sobre o «direito ao processo equitativo» (ou seja, a um devido processo legal) e ao direito à privacidade das comunicações entre cliente e advogado, seja decorrente ou não de atividade litigiosa[303] e consultoria jurídica[304]. Apesar de o segredo profissional do advogado não merecer (de

301 ARNAUT, António, *op. cit*., pág. 108

302 GUEDES DA COSTA, Orlando, *op. cit*., pág. 345

303 STOUTEN, Maaike; TILLEMAN, André Reporting duty…, *cit.*, pág. 428-427.

304 Nesse contexto houve o caso Michaud contra a França (processo nº 11/12323) no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, cuja sentença foi proferida em 6 de dezembro de 2012. Em suma, o caso trata exatamente sobre a inviolabilidade do sigilo e confidencialidade na relação advogado-cliente imposto pela lei francesa e em consonância com o direito comunitário, confrontando o artigo 8 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos que trata sobre o direito ao respeito à vida privada (European Court of Human Rights. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx?i=#115377-001{«itemid»:[«115377-001»],

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

forma explícita) a mesma amplitude do segredo de justiça, consagrado no art. 20 nº 3 da CRP, o primeiro goza da mesma extensão objetiva do nível de proteção do segundo, isto porque a matriz de ambos é a mesma. O segredo de justiça visa garantir e proteger os direitos e a intimidade das pessoas envolvidas no processo, permitir a descoberta da verdade de uma forma mais eficaz e contribuir para a realização de justiça. Neste sentido o segredo profissional deve ser considerado um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias. E, como tal, encontra-se sujeito ao regime específico destes direitos, quer no que respeita à sua limitação, quer no que contende com a sua restrição. Assim, só pode ser restringido, nos termos do art. 18 da CRP, com recurso a uma lei geral e abstrata, que não tenha eficácia retroativa, que não diminua a extensão e o alcance do conteúdo essencial do direito em causa, devendo, em todo o caso, ser respeitado o princípio da proporcionalidade e da proibição de excesso.

A C.R. Portuguesa dispõe no seu art. 18 sobre a «força jurídica» dos artigos constitucionais consagrados de direitos fundamentais.

Veja-se que o segredo profissional - dotado de uma natureza jurídica de foro não contratual - é considerado um bem jurídico de tamanha relevância que recebe proteção de âmbito penal[305]. O art. 195 do Código Penal prevê o crime de violação de segredo, que pune independentemente de dano patrimonial e perigo, configurando-se como um crime de

---

Os conteúdos das Diretivas foram incorporadas ao Código Monetário e Financeiro francês, sendo que as informações suspeitas não devem ser remetidas diretamente à Unidade de Inteligência Financeira, mas a um organismo de Ordem profissionais e, estes, por sua vez, filtram as informações e remetem à UIF (COCA VILLA, Ivó, «El abogado frente al blanqueo de diñeiro: Entre Escila y Caribdis? Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 11/12323) Caso Michaud contra Francia», in *InDret, Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, outubro, 2013, pág. 559.) A Ordem dos advogados Francesa determinou essas medidas administrativas aos advogados franceses, o que motivou Richard Michaud a entrar com a ação alegando que o Ordem não tinha legitimidade para tanto, além afirmar que o termo «suspeitas» (sobre as operações) não estaria clara, entrando em confronto com o artigo 7 da Convenção. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos decidiu não acolher os argumentos suscitados por Michaud. Entende o Tribunal que não houve violação do artigo 8 da CEDH, pois há base legal para tanto, além de alegar que o sigilo não é absoluto podendo ser quebrado em casos de um interesse geral essencial. Afirma que os próprios crimes em jogo (a branqueamento e o terrorismo) são uma afronta ao sistema democrático. Argumenta também que não há violação porque os advogados condicionados ao dever são aqueles que não atuem como função típica da advocacia.

305 GUEDES DA COSTA, Orlando, Direito Profissional do advogado..., *cit.*, pág. 346.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

dano, semipúblico, uma vez que necessita de queixa ou participação[306]. Quanto ao legislador português podemos afirmar que ele se refere a profissionais que requerem «determinados níveis de formação académica», bem como a realização da inscrição em «organizações profissionais», na medida que as práticas dessas profissões ficam condicionadas a estatutos e códigos deontológicos que «regulam o sigilo profissional em termos que o direito penal acaba por aceitar, para efeitos de reafirmação e tutela às custas das reações criminais».[307]

Em algumas profissões o dever de segredo é intrínseco ao ofício, principalmente quando se refere a áreas ligadas às ciências humanas, que envolvem o contato direto com outros indivíduos. A advocacia constitui função social, porém, a relação entre advogado e cliente encontra-se num patamar inconfundível à da mera e, tantas vezes, impessoal categoria da prestação de serviços. O exercício da advocacia requer o conhecimento do cliente para a realização da melhor defesa possível. Efetivamente, só estará a coberto do segredo os factos/informações que o profissional adquire no exercício da sua atividade, ou como consequência desta, quer porque tal lhe foi pedido pelo titular do segredo, quer porque o seu estatuto profissional assim o obriga.

A saber: factos referentes a assuntos profissionais conhecidos, exclusivamente, por revelação do cliente o revelados por ordem deste; factos de que tenha tido conhecimento em virtude de cargo desempenhado na Ordem dos advogados; factos referentes a assuntos profissionais comunicados por colega com o qual esteja associado o ao qual preste colaboração; factos comunicados por coautor, corréu o cointeressado do seu constituinte o pelo respetivo representante; factos de que a parte contrária do cliente o respetivos representantes lhe tenham dado conhecimento durante negociações para acordo que vise pôr termo ao diferendo o litígio.

306 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, Comentário Conimbricense do Código Penal..., *cit*., pág. 1118. Jorge de FIGUEIREDO DIAS explica que o Código Penal Português não adotou um rol taxativo das profissões acobertadas pelo segredo profissional, diferentemente do código alemão e suíço. O autor ainda critica a escolha taxativa dessas profissões pelo legislador, classificando-as como arbitrárias, ao passo que até hoje os doutrinadores não encontram uma «racionalidade político-criminal e axiológica» para explicar os critérios da escolha.

307 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, Comentário Conimbricense do Código Penal..., *cit*., pág. 1117.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Neste âmbito é de referir que «*não pode fazer-se apelo ao segredo profissional para encobrir a eventual prática de atos ilegais, de natureza criminal, por parte do mandatário, pois que, não constituindo ato próprio da advocacia, se mostra excluída da esfera de proteção da norma em causa*».[308]

308 Ac. do TRL 17/02/23 processo nº 14.7/1130TDLSB-C.L9-1 in: http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2f1cf874c969def3802580d0006e6214?Opendocument

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

3.5. Análise do segredo profissional

O respeito e cumprimento do dever de segredo profissional do advogado é fundamental para o exercício da advocacia, uma vez que muitas vezes o cliente confia no advogado informações sigilosas, às vezes íntimas, que nunca divulgariam, salvo ser necessário nas circunstâncias em que está envolvido. A prevenção penal e o exercício da Justiça Criminal são deveres prevalecentes e superiores ao segredo profissional?[309]

A quebra do segredo profissional é limitada pelo princípio da proporcionalidade em relação ao objetivo final - a defesa da dignidade, dos danos e interesses do advogado, do cliente ou de seus representantes; se a revelação é necessária para um desses fins, então é autorizada. Claro que essa quebra de confiança não é comum, são situações raras, quase extremas e não algo com o qual a maioria dos advogados jamais terá de lidar[310]. Façamos uma análise, não da legislação de diversos países, mas

309 Com relação ao advogado, não faz sentido manter segredo profissional quando a revelação da confiança pode salvar uma vida ou impedir danos à integridade física de alguém, independente do advogado ter ou não autorização da Ordem dos advogados. Sim, o advogado deve sempre buscar essa aprovação e normalmente há tempo para procurá-lo. No entanto, num caso crítico de tempo, então, dependerá do fato de que o advogado deve ser convencido objetivamente de que há uma prática eminente de um crime e apenas revelando a confiança o resultado pode ser evitado. Mas e se não houver tempo crítico, mas uma necessidade legal de revelar alguns fatos que normalmente seriam considerados sob segredo profissional? Se não houver uma situação crítica de tempo, aplicam-se as exceções normais ao segredo profissional e o advogado deve solicitar a assistência da Ordem dos advogados.

310 Pedro Hernández, agora preso pelo assassinato de Etan Patz, um menino de 6 anos cujo assassinato em 1979 foi um mistério nacional, confessou que havia estrangulado a criança poucos anos depois para o seu grupo de oração em Santo António de Pádua, uma igreja católica em Camden, New Jersey. Ninguém, incluindo os parentes de Hernández que souberam de sua confissão e o líder do grupo de oração, relatou a confissão às autoridades. Ao não denunciar Hernández, os membros da família e os membros do grupo de oração colocaram todas as crianças em contato com o assassino em risco mortal ao longo de três décadas e, pelo que sabemos, ele poderia ter assassinado algumas delas. Por tudo que sabemos, ele poderia ter confessado seus assassinatos com os mesmos grandes mestres de racionalização passiva, eticamente inertes, «confesse tudo e você será perdoado». Há uma aplicação da Regra de Ouro aqui, e é esta: «Se eu fosse o pai de uma criança cuja vida está em risco enquanto Pedro Hernández estiver livre, eu gostaria que alguém que o ouvisse confessar o assassinato de Etan Patz para denunciá-lo?». Poderia haver uma pergunta mais fácil? O segredo da confissão é inviolável. A consciência de um padre e o que ele acredita ser a vontade de Deus é superior às exigências de qualquer autoridade, mesmo que seja eclesiástica, mas eu não tenho nenhuma simpatia, empatia ou compaixão por ninguém… pai, irmão, professor, melhor amigo ou o assassino resgatado de cães raivosos quando eram crianças - que ouve alguém confessar ter matado uma criança, e ainda assim não consegue encontrar a coragem para subordinar sua lealdade pessoal, obrigações, religião ou compaixão

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

da parte da Diretiva Europeia que diz respeito aos advogados e suas relações com os problemas de segredo profissional no branqueamento de dinheiro.

Por isso, aqui estão as partes mais relevantes da Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2015:

Convém esclarecer em que circunstâncias os advogados (e bem assim, todas as outras categorias dos chamados profissionais forenses independentes) ficam sujeitos aos deveres de prevenção e repressão do branqueamento. De entre as atividades que os advogados podem desempenhar a Diretiva seleciona taxativamente algumas atividades nos domínios financeiro, imobiliário e societário no âmbito das quais ficam obrigados a cumprir os vários deveres. É essa a função do art. -2A, nº 5. No contexto deste artigo, distinguem-se os casos em que o advogado:

(i) se limita a prestar qualquer tipo de assistência na conceção de transações por conta dos clientes; ou
(ii) presta assistência na execução de transações por conta dos clientes; ou
(iii) age em nome e por conta dos clientes em certas transações

Assinale-se, antes do mais, que a Diretiva não define o que se deve entender por cliente, definição que, por conseguinte, caberá ao direito interno. Por outro lado, em todos os casos tem de haver assistência em transações a execução de transações. Não se verificando esse pressuposto, está liminarmente afastado o dever de cumprimento dos deveres.

Nos primeiros dois casos, o advogado simplesmente presta assistência, sendo a transação concebida ou executada pelo cliente. Trata-se de um envolvimento teoricamente menos intenso do que no terceiro caso. Estão em causa transações respeitantes aos seguintes atos jurídicos (e só a estes), taxativamente enunciados: a compra e venda de bens imóveis ou de entidades comerciais; a gestão de fundos, valores mobiliários ou outros

aos seus deveres como cidadão e membro da raça humana, e fazer todo o possível para garantir que o assassino confesso seja preso, punido e impedido de prejudicar qualquer outra pessoa. Reconheço as razões pelas quais os legisladores são relutantes em tornar ilegal que os membros da família, denunciem um crime em tais circunstâncias, mas o fato de não ser ilegal guardar o segredo de um assassínio não torna isso mais ético ou menos monstruoso.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ativos, pertencentes ao cliente; a abertura o gestão de contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários; a organização dos fundos necessários à criação, exploração o gestão de sociedades; a criação, exploração o gestão de trusts, de sociedades ou de estruturas análogas.

No terceiro caso, o advogado age em nome do cliente, isto é, representa ou substitui o cliente na transação. Por conseguinte, há um maior envolvimento. As situações em que vigoram os deveres, neste caso, são aquelas em que o advogado pratica, em nome do cliente e por sua conta, qualquer transação financeira ou imobiliária, seja ela uma das enunciadas no parágrafo anterior ou tenha configuração e natureza distintas. Por exemplo, as transações imobiliárias não se restringem à compra e venda. Nos dois primeiros casos, de menor envolvimento, as situações estão estritamente enunciadas. Neste terceiro caso, de maior envolvimento, há uma cláusula genérica, mais abrangente. Ora, aquilo que os advogados podem fazer no contexto das atividades do art. 2 A, nº 5, tanto pode cair fora das atividades próprias da profissão do advogado, como pode ser especificamente relacionado com o núcleo essencial da profissão de advogado. Se este se limita a agir em representação do cliente na assinatura de um contrato de compra e venda, ou na abertura de uma conta bancária, ou na ordem de uma certa transação financeira ou bancária, não estará a fazer mais do que aquilo que qualquer comum cidadão poderá fazer.

Pode acontecer que o advogado tenha sido solicitado a efetuar os atos por causa do seu específico conhecimento de técnico do Direito. Mas esses são atos que não requerem nenhuma habilitação própria que o advogado exclusivamente possua. Da mesma forma, pode o advogado ajudar a conceber uma determinada operação financeira, dando assistência não na vertente jurídica, mas simplesmente noutro domínio técnico ou da experiência pessoal. Em contrapartida, pode suceder que a assistência do advogado, ou a atuação em nome do cliente, se faça no exercício de uma das vertentes da profissão de advogado: a consulta jurídica ou o patrocínio judiciário. O advogado pode assistir um cliente na conceção de um negócio jurídico dando-lhe o seu conselho, opinião ou parecer jurídicos sobre como atuar, conselho, opinião o parecer esses que só ele (e eventualmente outros jurisconsultos), como técnico do direito, está habilitado a dar. O advogado pode ter de agir como mandatário judicial

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

do seu cliente para conseguir, através da justiça e do tribunal, que uma certa transação seja concretizada ou executada.

A respeito dos deveres de comunicação e de colaboração, na assistência ou na prática das transações do art. 2-A, nº 5, o advogado está sujeito aos vários deveres da Diretiva. De entre estes deveres, aqueles que se repercutem diretamente sobre o segredo profissional são:

(i) o dever de comunicação; e
(ii) o dever de colaboração

O sentido e a extensão do dever de comunicação está explicito no art. 6, nº 1, alínea a), da Diretiva. Haverá que definir se o dever de informação previsto no art. 7, parte final, é uma simples manifestação daquele mesmo dever de comunicação, consequentemente sujeita ao mesmo regime, ou se é um dever distinto, com um regime jurídico diverso. O sentido e extensão do dever de colaboração está condensado no art. 6, nº 1, alínea b), da Diretiva. O dever de comunicação consiste na necessidade de informar as autoridades, por iniciativa própria, sobre quaisquer factos que possam constituir indícios de operações de branqueamento de dinheiro. Fator distintivo deste dever é a circunstância de as informações serem transmitidas por iniciativa própria.

A iniciativa de quebra do segredo profissional e de transmissão de informações pertence ao próprio profissional. Saliente também é o objeto da informação transmitida: factos que possam constituir indícios de operações de branqueamento. Estar-se-á, portanto, num contexto algo difuso e muito incerto. Não se pede a certeza da existência de uma operação de branqueamento de dinheiro. Não se exige que esteja, sequer, delineada o eminente uma operação de qualquer natureza. Não é necessário que exista a suspeita da existência da operação de branqueamento, nem tão pouco a existência de indícios de uma operação de branqueamento.

Pressuposto da formação do dever de comunicação é, simplesmente, a existência de factos que possam constituir indícios de operações de branqueamento. Contenta-se a Diretiva com a mera possibilidade de indícios, não exige que sejam efetivamente indícios. Nesse caso a Diretiva não determina que o advogado abandone a sua colaboração com o cliente,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

apenas lhe impõe que realize a comunicação. É óbvio que se mais do que uma mera possibilidade de indícios houver já efetivos indícios ou fundadas suspeitas ou até certeza, por maioria de razão as autoridades devem ser informadas e, aí sim, já há necessidade de interromper a colaboração.

Quais os factos que devem ser comunicados? Fica ao critério do advogado e ao seu prudente juízo, de acordo com as regras da experiência e com a sua sensibilidade jurídica, avaliar quais os factos que não seu entender podem constituir indício do crime de branqueamento de dinheiro e qual o grau de suspeita ou de certeza mínimos necessários. E só esses devem e podem ser revelados. O advogado não pode nem deve contar tudo o que seja do seu conhecimento sobre o cliente, mas apenas os factos relevantes de acordo com o seu critério, mantendo sigilo sobre tudo o resto. Note-se que quando a informação é transmitida estará ou não em curso uma investigação criminal incidente sobre os factos que podem constituir indícios de operações de branqueamento de dinheiro. A configuração deste dever de comunicação já deixa perceber por que razão o seu cumprimento pelos advogados, com quebra do segredo profissional, deve ser rodeado de especiais cautelas. Quanto ao dever de comunicação do art. 6, nº 1, alínea a), a Diretiva frisa que as informações transmitidas se referem sempre a «factos que possam constituir indícios» de branqueamento de dinheiro.

O dever de colaboração traduz-se na necessidade de facultar às autoridades, a pedido destas, todas as informações necessárias (art. 6, nº 1, alínea b). Aqui a iniciativa da solicitação de informações cabe às autoridades e, na melhor interpretação do artigo, é suposto estar já em curso um processo de investigação ou de repressão de um crime. Sobre o dever de colaboração diz, simplesmente, facultar todas as informações. Por isso podem ser informações sobre operações concretas ou não, haja já uma certeza ou um princípio de certeza sobre branqueamento ou não haja. Pode estar-se ainda em face de meros indícios, ou já de serias suspeita de operação de branqueamento. Embora nada autorize a conclusão que a expressão «todas as informações necessárias» têm subjacente a intenção de alargar desmedidamente os factos sobre os quais o advogado pode ser chamado a colaborar, é, todavia, possível que com ela se

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

queira possibilitar que as autoridades requeiram do advogado informações sobre factos com sentido e significado diferente daqueles que deverá transmitir, por iniciativa própria, no âmbito do dever de comunicação.[311]

Por exemplo, sobre factos que, não constituindo matéria indiciária, possam contribuir para esclarecer a verdade. Quais eles sejam, caberá à lei interna definir ou, na impossibilidade de o fazer com rigor, ao próprio bom senso das autoridades. Estas devem ter em conta que o dever de colaboração de advogados é excecional, tendo o conceito de «necessárias» um sentido que se deve considerar restritivo e que apela à proporção. De *lege ferenda*, o ideal seria que as informações solicitadas no âmbito do dever de colaboração incidissem essencialmente sobre matéria indiciária. O cumprimento destes dois deveres está enquadrado por um regime comum, condensado nos nº 2 e 3 do art. 6.

Há, porém, um outro dever de informação mencionado no art. 7. Na parte final deste artigo, determina-se que a instituição ou as pessoas (isto é, também os advogados) devem informar de imediato as autoridades quando se suspeite que uma operação para a qual foi solicitada a sua participação vai dar lugar a uma operação de branqueamento, não sendo a abstenção possível ou sendo suscetível de impedir o procedimento

311 Ver Ac. TRP de 10/11/03, processo nº 04.7/106 TALMG-B.P1 in: http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/B9313446CAB5DEF6802577F4005AFD98
«No caso de exercício da advocacia, teremos ainda de ponderar aquelas específicas injunções de segredo profissional do estatuto da respetiva Ordem, assim como o estabelecido na Lei nº 2004/11, de 27/Mar., relativo ao regime de prevenção e repressão do branqueamento de vantagens de proveniência ilícita, que surgiu na sequência da Diretiva n 97/2001/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 4/dez. De acordo com este último regime, designadamente com o seu art. 29, os advogados têm o particular dever de exigir a identificação dos seus clientes nas operações indicadas no art. 20 al f) e em que intervenham ou assistam, por conta de um cliente ou noutras circunstâncias, estando o dever de comunicação dessas situações contemplado no art. 30, nº 2 a 5, surgindo aqui um desvio à regra geral do seu nº 1. Na conjugação destes normativos teremos forçosamente de concluir que a quebra do segredo profissional impõe uma criteriosa ponderação dos valores em conflito, em ordem a determinar se a salvaguarda do segredo profissional deve ou não ceder diante de outros interesses, designadamente o da colaboração com a realização da justiça penal. Para o efeito, a resolução de tal conflito passa pela avaliação da diferente natureza e relevância dos bens jurídicos tutelados por aqueles deveres, segundo um critério de proporcionalidade na restrição, na medida do necessário, de direitos e interesses constitucionalmente protegidos, como impõe o nº 2 do art. 18, da Constituição, e tendo em consideração o caso concreto. Tal ponderação deve partir do circunstancialismo em causa, designadamente dos factos concretos cuja revelação se pretende, de modo a garantir que, no quadro de uma crise de valores conflituantes, prevaleçam aqueles a que Constituição e a Lei reconheçam prioridade.»

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

judicial contra os beneficiários da operação suspeita de branqueamento. A primeira parte do art. 7, embora não isenta de dificuldades, tem um alcance medianamente claro. Consagra-se aí o dever de abstenção: as instituições e as pessoas sujeitas ao dever de informação, se souberem ou suspeitarem que uma transação está relacionada com o branqueamento, antes mesmo de avisarem as autoridades [aviso que se faz transmitindo-se as informações do art. 6, nº 1, a)] devem abstenha-se de a executar

Isto é, quando já se esteja perante uma operação concreta e prestes a ser executada, tendo a instituição ou pessoa sujeita ao dever o domínio dessa execução, ela deve abster-se e logo a seguir avisar a autoridade. Para isso não basta a mera possibilidade de indícios de branqueamento, tem de haver algo mais consistente: o conhecimento ou a suspeita de que uma transação concreta está relacionada com o branqueamento. Este primeiro segmento da norma tem vários aspetos equívocos:

Um, de caráter geral porque afeta toda a Diretiva, resulta de umas vezes se falar de transações e outras de operações. Este mesmo artigo começa por utilizar o primeiro termo, utilizando depois, na parte final, o segundo. Parece que a Diretiva considera as duas expressões fungíveis, embora em termos gerais se pudesse pensar que operação é mais abrangente do que transação. Outro aspeto pouco claro é o modo como a instituição ou pessoa chegará à conclusão de que uma transação é uma operação de branqueamento ou que levanta a suspeita de o ser. O art. 7 prossegue determinando que a autoridade pode dar instruções para que a operação não seja executada.

Por um lado, não é claro se a autoridade pode emitir essa instrução só quando receba e depois de receber o aviso da instituição ou pessoa, ou se pode emitir tal instrução mesmo na ausência de tal aviso ou informação, isto é, se obtiver o conhecimento ou a suspeita por outra via. Por outro lado, não se fica a saber se a instrução de não execução é emitida pela autoridade apenas para suprir uma eventual relutância da instituição ou pessoa em suster a execução ou se é emitida mesmo quando esta já decidiu suspender a execução. Por outras palavras, não se define a relação entre o comportamento da instituição ou pessoa sujeita ao dever de abstenção e a instrução da autoridade. Finalmente, não é clara a natureza desta instrução. É uma ordem vinculativa o uma mera orientação? Mas

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

verdadeiramente obscura é a segunda parte do art. 7. Alude-se aí, na parte final, a um dever de informação. Primeiro, quando é que se forma esse dever de informação?

O artigo refere que é no caso de se suspeitar que a operação em causa vai dar lugar a uma operação de branqueamento e de a abstenção não ser possível ou ser suscetível de impedir o procedimento judicial contra os beneficiários da operação de branqueamento. Mas há ainda uma questão que nos interessa particularmente, se quisermos determinar com rigor em que condições o direito-dever de sigilo dos advogados é restringido: o dever de aviso a que alude a primeira parte do art. 7 e o dever de informação a que se refere, embora obscuramente, a parte final desse artigo, estão sujeitos ao mesmo regime que o dever de informação do art. 6 nº 1, designadamente no que se refere aos limites do segundo parágrafo do nº 3, do art. 6? Ou deve considerar-se que o regime é diferente e que ou não existem nenhuns limites à quebra do segredo, o existem limites diferentes dos deste artigo?

A respeito dos limites negativos dos deveres de comunicação e de colaboração a delimitação negativa das circunstâncias em que pode haver quebra do direito-dever de segredo profissional dos advogados por causa do exercício dos deveres de comunicação e de colaboração constam do 2º parágrafo do nº 3 do art. 6. Este artigo adianta que os Estados-Membros não são obrigados a impor esses deveres aos advogados no que diz respeito a informações por eles «*recebidas de um dos seus clientes no processo de determinar a 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 forma de instaurar ou impedir um processo judicial, quer essas informações tenham sido recebidas ou obtidas antes, durante ou depois do processo*». Este parágrafo recobre, integralmente e sem qualquer limitação, todas as situações em que o advogado atue no exercício do patrocínio judiciário. Isto é, a Diretiva admite a possibilidade de nunca haver quebra do segredo profissional a propósito de qualquer informação obtida nesse exercício. Mas a questão está em saber se se pode dizer o mesmo a propósito da consulta jurídica.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

No parágrafo 17 pode ler-se uma frase que importa aqui ponderar: «*por conseguinte, a consulta jurídica permanece sujeita à necessidade de segredo profissional, exceto se o consultor jurídico participar em atividades de branqueamento de dinheiro, se a consulta jurídica for prestada para atos de branqueamento de dinheiro ou se o advogado souber que o cliente pede o aconselhamento jurídico para atos de branqueamento de dinheiro*». Ora esta intenção restritiva do segredo profissional não tem expressão manifesta em nenhum artigo da Diretiva. Estas situações em que as informações obtidas no âmbito da atividade de consulta jurídica não ficariam salvaguardadas pelo segredo profissional, ao invés do que sucederia com as restantes situações, em nenhum lugar estão previstas. Terá o autor da Diretiva desistido da intenção claramente enunciada nos parágrafos, caindo assim numa grave incongruência entre estes e o conteúdo normativo da Diretiva? Ou essa intenção obteve alguma consagração? O 2º parágrafo do nº 3, do art. 6 não utiliza o conceito consulta jurídica.

Refere-se antes a informações recebidas (por um advogado) de um cliente ou sobre um cliente no processo de determinar a situação jurídica por conta do cliente; e, mais adiante, a conselhos relativos forma de instaurar ou impedir um processo judicial. Passem as fórmulas dúbias (como a de «processo de determinar a situação jurídica», onde processou não é, certamente, empregue em sentido técnico), estas duas hipóteses são manifestações da consulta jurídica. Mas significam que no sistema da Diretiva toda a atividade de consulta jurídica está salvaguardada?

A dar crédito à intenção expressa no mencionado parágrafo, não está. Mas a parte dispositiva da Diretiva não é esclarecedora, o que implica que caberá ao legislador nacional resolver a questão, donde se pode concluir que os Estados-Membros têm uma ampla margem de decisão:

(i) podem optar por impor os deveres de comunicação e de colaboração mesmo naqueles casos de exercício da consulta jurídica e do mandato judicial;
(ii) inversamente, podem optar por salvaguardar inteiramente o direito-dever de segredo profissional incidente sobre todas as informações obtidas no âmbito da consulta jurídica e do patrocínio judiciário;

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

(iii) alternativamente, podem escolher qualquer solução mitigada ou intermédia

Uma única opção lhes fica vedada: salvaguardar o segredo profissional incidente sobre informações pelo advogado obtidas fora da atividade de consulta jurídica ou de patrocínio judiciário. Salvaguardando o direito interno dos Estados toda a consulta jurídica, a definição do que se deva entender por esta deverá ser cautelosa. Feriria irremediavelmente o espírito e os objetivos da Diretiva se, resguardada toda a consulta jurídica, fosse conferida a esta, para atos da aplicação das normas referentes à prevenção e repressão do branqueamento, um alcance excessivamente lato. Por exemplo, se o advogado elabora um parecer para o seu cliente sobre a sua situação fiscal e ao analisar a sua situação financeira descobre indícios de que certos bens foram objeto de branqueamento, não está obrigado a informar, se o Estado-Membro transpuser na sua máxima extensão a cláusula de exoneração do art. 6 nº 3, 2º parágrafo, da Diretiva.

Em contrapartida, se o cliente pedir ao advogado que, no uso do seu saber técnico, conceba e execute uma operação financeira que envolva sucessivas operações de compra e venda de títulos, de imóveis e de outros ativos, de modo torná-la não só juridicamente inexpugnável, como o mais dissimulada possível, parece manifesto que não se requer um simples serviço de consulta jurídica. Nessas circunstâncias, se o advogado entender que isso pode constituir indício de branqueamento deve informar. Se surgir a suspeita ou a certeza de branqueamento deve abstenha-se de assistir ou de executar a operação e deve avisar as autoridades.

Uma última nota: a descoberta dos indícios deve resultar do exercício da atividade profissional. Por exemplo, se o advogado descobre fortuitamente num almoço social – porque alguém, sem saber que ele é advogado daquele cliente lho comunica - que um cliente a quem assiste na realização de certas operações está envolvido em atividades de branqueamento de dinheiro, sendo os bens objeto das operações presumivelmente provenientes dessas atividades ilícitas, não está obrigado a comunicar (embora deva, porventura, interromper de imediato a colaboração).

Na verdade, no quadro da Diretiva só há dever de quebra do segredo profissional quando o advogado conhece factos no exercício e por causa

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

do exercício das suas funções e não quando eles chegam ao seu conhecimento por uma via acessível a qualquer cidadão. Nestas circunstâncias, o advogado não está sujeito a segredo profissional pelo que, logicamente, não é obrigado a quebrá-lo nos termos da Diretiva. Por outras palavras, a sua situação perante esses factos é semelhante à de qualquer cidadão. Os limites do art. 6, nº 3, 2º parágrafo, aplicam-se aos deveres de avisar e de informar do art. 7?

Na alínea anterior ficou uma interrogação: o dever de aviso a que alude a primeira parte do art. 7 e o dever de informação a que se refere, embora obscuramente, a parte final desse artigo estão sujeitos ao mesmo regime que o dever de informação do art. 6 nº 1, designadamente no que se refere aos limites do segundo parágrafo do nº 3, do art. 6? Ou deve considerar-se que o regime é diferente e que ou não existem limites à quebra do segredo, o existem limites diferentes dos deste artigo?

É o caso do exemplo do advogado que expõe os seus conhecimentos sobre *off shores* e que a certo passo se apercebe que tais conhecimentos vão ser utilizados para operações de branqueamento de dinheiro, declinando, nesse ponto, continuar a colaborar. É altamente duvidoso que nessa eventualidade o advogado ainda não tenha o dever de comunicar. Como se defende no texto, havendo dúvida, deve comunicar. Aliás, se tem de comunicar quando quem lhe solicita colaboração se torna seu cliente, deverá comunicar, por maioria de razão, quando aquele não se tornou cliente por o advogado suspeitar dos seus intuitos. Igualmente suscetível de controvérsia é a situação do advogado que patrocina um cliente num processo judicial e que é solicitado por este a colaborar numa operação que nada tem a ver com o processo. Concluindo o advogado que há indícios de branqueamento nessa operação deve sem dúvida abster-se. Mas pode abster-se também de comunicar de modo a não prejudicar a relação de confiança com o cliente e a prosseguir o patrocínio judicial? Ora, se se considerasse que nesse caso não há dever de comunicação isso poderia desembarcar em situações limite: o facto de o advogado patrocinar o cliente num caso menor legitimaria que ele pudesse assisti-lo em numerosas operações suspeitas sem ter o dever de comunicar. Não parece que o sentido geral da Diretiva se coadune com essa possibilidade;

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

O dever de avisar é certamente uma manifestação qualificada do dever de informação do art. 6, nº 1 da Diretiva.

O dever de avisar é o dever de informar as autoridades quando, mais do que factos que possam constituir indícios de operações de branqueamento, já há conhecimento o suspeita de que uma concreta transação ou operação está relacionada com branqueamento, em termos que impõem, inclusive, a abstenção da execução de tal operação. Sendo assim esse dever de aviso/informação e a quebra de segredo profissional resultante está limitado pelo disposto no art. 6, nº 3, 2º parágrafo. Se o advogado ganhar aquele conhecimento ou suspeita no curso da sua atividade de patrocínio ou de consulta por conta de um cliente, tal como explicitadas naquele artigo, está obrigado a abster-se de executar ou de assistir na conceção ou execução da operação, mas não está obrigado a avisar as autoridades nos termos do art. 7 da Diretiva. Não se afigura que seja aqui que o parágrafo 17, já várias vezes invocado, tenha tido concretização em termos que levem a que a consulta jurídica permaneça «*sujeita à necessidade de segredo profissional, exceto se o consultor jurídico participar em atividades de branqueamento de dinheiro, se a consulta jurídica for prestada para atos de branqueamento de dinheiro ou se o advogado souber que o cliente pede o aconselhamento jurídico para atos de branqueamento de dinheiro*».

Nestes casos o advogado fica sujeito ao dever de abstenção, quer por força das normas do direito penal, uma vez que a assistência prestada naqueles termos poderá traduzir-se numa forma de participação no crime de branqueamento, quer por força da Diretiva. E se não se abstiver não tem o dever de comunicar, de acordo com o princípio de que ninguém tem o dever de se acusar ou de contribuir para a sua própria acusação. Mas mesmo que se abstenha de executar a operação a Diretiva não aponta claramente no sentido da informação. Já o dever de informação mencionado na parte final do art. 7 oferece maior dificuldade, desde logo por o seu sentido e alcance não ser evidente. Por um lado, porque a Diretiva é taxativa quando determina que só estão sujeitos aos deveres aqueles que prestem assistência a clientes ou ajam em nome de clientes em certas transações. Não seria curial que outros advogados agissem ou pudessem ser solicitados a agir como fiscais de colegas seus.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

O dever de comunicar ou de colaborar é algo que deve recair sobre o advogado que trata diretamente com um cliente, cabendo-lhe a ele avaliar os factos que conhece e ajuizar se eles podem constituir indício, ou são suscetíveis de alicerçar uma suspeita ou até mesmo uma certeza, de crime de branqueamento de dinheiro. É uma decisão sua, no âmbito da sua relação com o cliente, não sendo legal a nenhum outro colega (ou muito menos a um funcionário) imiscuir-se nessa relação. De todas as situações enunciadas, só há uma que escapa a este princípio: a do advogado que «recebe» o cliente e o caso numa fase não inicial. Aí passa ele a ser, por renúncia, morte ou impossibilidade do primitivo patrono, o detentor da informação. Compete-lhe, então, ajuizar, com o conhecimento que passa a ter dos factos, se a lei lhe impõe o dever de comunicar, quebrando o segredo profissional. Além disso, poderá ser chamado a colaborar. Não deixa, contudo, o primitivo advogado, se vivo e no ativo, de estar obrigado quer ao segredo profissional, quer aos deveres de colaborar por solicitação da autoridade ou de informar de factos que possam indiciar, fundar uma suspeita ou criar certeza de branqueamento de dinheiro, de que tenha tido conhecimento quando assistia aquele cliente em transações do teor das tipificadas. Essa necessidade não cessa com a cessação do vínculo profissional com o cliente.

A respeito dos beneficiários das informações prestadas pelos advogados a Diretiva é bastante explícita na indicação de que os «beneficiários» ou destinatários das informações transmitidas com quebra de segredo profissional são apenas as autoridades responsáveis pela luta contra o branqueamento de dinheiro. É manifesto que nele não pode caber qualquer ramo do poder político e qualquer instância mediática. Não haveria certamente boa transposição da Diretiva se a lei interna obrigasse o possibilitasse a entrega de informações ao Presidente, ao Governo ou à Assembleia da República. Daí a posição atual da Ordem dos advogados de receber a informação dada pelos advogados e depois de apreciação a fornecer às autoridades policiais adequadas.

Os profissionais do direito, tal como definidos pelos Estados-Membros, devem estar sujeitos à presente diretiva quando participam em transações financeiras ou empresariais, incluindo quando prestam consultoria fiscal, quando existe o maior risco de os serviços desses profissionais serem

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

utilizados objetivo de branqueamento de produtos de atividades criminosas ou para fins de financiamento do terrorismo. Deve haver, no entanto, isenções de qualquer necessidade de relatar informações obtidas antes, durante ou depois de processos judiciais, ou no curso de determinar a posição legal de um cliente. Portanto, há proteção para as informações obtidas antes, durante ou depois de um caso:

1 - No exercício da missão ou representação de defesa do cliente num processo judicial.
2 - Relativo a um processo judicial.
3 - No curso da averiguação da posição legal de um cliente.
4 - No curso de aconselhar como impedir um processo judicial.

Podemos ver que a lei do branqueamento de dinheiro é mais protetora do segredo profissional do que as pessoas podem considerar. Por conseguinte, o aconselhamento jurídico deve permanecer sujeito à necessidade de segredo profissional, exceto quando o profissional for parte no branqueamento de dinheiro ou financiamento do terrorismo, o aconselhamento jurídico é prestado para fins de branqueamento de dinheiro ou financiamento do terrorismo ou o profissional forense sabe que o cliente está procurando aconselhamento jurídico para fins de branqueamento de dinheiro ou financiamento do terrorismo. Nessas situações, a menos que o advogado tenha muito cuidado, ele dificilmente não pode deixar de ser coautor ou cúmplice de seu cliente, porque é muito difícil que o advogado não saiba ou suspeite da razão ou do fim do que estava[312] fazendo.

312 O termo «*cegueira deliberada*» é definido como «a preservação cuidadosa da ignorância de alguém, apesar da certeza de circunstâncias que colocariam uma pessoa razoável à vista de um fato essencial para um crime».

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

3.6. O segredo profissional do advogado e a proibição de obrigar o advogado a revelá-lo: A doutrina em Espanha

O advogado deve guardar segredo de todos os factos ou notícias que conheça por razão da sua atuação profissional. Dita necessidade, como já vimos, é uma garantia para a pessoa que vai ao advogado e que ao comunicar com ele deve ter a segurança de que nada do que diga pode ser revelado a ninguém. O desenvolvimento desta garantia ocorre num duplo sentido; a saber, em virtude da proibição ao advogado de revelação do segredo e da proibição de obrigar o advogado a revelá-lo. A respeito do delito de revelação de segredo profissional, a revelação do segredo por um profissional e, entre eles, pelo advogado, aparece prevista pelo art. 199.2 do Código Penal. Importa que a seguir exponhamos o significado e alcance do segredo protegido por dito artigo penal. O segredo compreende todas as modalidades de atuação profissional. Que o dever de segredo compreende todas as modalidades de atuação profissional do advogado resulta inequivocamente do art. 542.3 da Lei Orgánica do Poder Judicial, que dispõe que «os advogados deverão guardar segredo de todos os factos ou notícias de que conheçam por razão de qualquer das modalidades da sua atuação profissional, não podendo ser obrigados a denunciar o que envolve os mesmos». Por sua vez, o Estatuto Geral da Advocacia Espanhola, no seu art. 21, que à sua vez se remete ao art. 542.2 da Lei Orgánica do Poder Judicial, contém um artigo idêntico.

Quais são as modalidades de atuação profissional do advogado resulta do art. 542.1 da Lei Orgánica do Poder Judicial, que diz: «Corresponde em exclusiva a denominação e função de advogado ao licenciado em Direito que exerça profissionalmente a direção e defensa das partes em toda a classe de processos, ou o aconselhamento e conselho jurídico». Os factos ou notícias que o advogado conheça pela defesa de uma parte num processo, tais como as notícias que lhe comunique o cliente para a defesa dos seus interesses, estão compreendidos dentro do âmbito da necessidade de segredo. E também o estão os atos com que o advogado conheça à margem de todo o processo, ao assessorar um cliente em relação às consultas que o mesmo lhe faz.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

A Ley de Enjuiciamiento Criminal, no seu art. 416, ao determinar quem está dispensado da necessidade de denunciar, inclui ao «advogado do processado com respeito aos atos que este lhe tenha confiado na sua qualidade de defensor». Embora apareça referido tão só o advogado defensor e em relação a quem ostente a condição de processado, isto explica-se pelo facto de que tal disposição aparece sistematicamente prevista dentro da regulação do sumário ordinário; mas em nada obsta a que o dever de segredo tenha o alcance prescrito pelo art. 542.3 da Lei Orgánica do Poder Judicial e que, em consequência, esteja dispensado da necessidade de denunciar o advogado em relação a tudo aquilo que esteja compreendido dentro do enquadramento do art. 542.3 da Lei Orgánica do Poder Judicial. Por conseguinte, o advogado que tem conhecimento de um facto por razão do aconselhamento jurídico dado a um cliente sem a existência de processo algum, na medida em que está submetido ao dever de segredo, deve se entender dispensado da necessidade de denunciar em qualquer procedimento advocatório.

A respeito dos factos ou notícias de que o advogado conheça, para determinar quais são os factos ou notícias de que o advogado conhece por razão da sua atuação profissional, é preciso atender ao texto do artigo da Lei Orgánica do Poder Judicial, que prescreve o dever de segredo, e o do Código Penal, que qualifica a revelação do segredo profissional. Em primeiro lugar, é preciso partir do estabelecido pelo art. 542.3 da Lei Orgánica do Poder Judicial, que ordena guardar segredo em relação a todos os factos ou notícias de que o advogado conheça por razão da sua atuação profissional. O sentido literal de dito artigo atribui uma grande extensão ao dever de segredo. Por motivo do exercício profissional o advogado pode conhecer um facto ou notícia porque o seu cliente lha confia com a ideia de que o defenda num processo ou o assessor; e o advogado pode assim mesmo na sua atuação profissional conhecer um facto por motivo da celebração de um julgamento no qual publicamente uma testemunha relata determinadas coisas. Tanto no primeiro caso como no segundo, o advogado adquire conhecimento do facto por razão da sua atuação profissional. Isso não obstante a fonte pelo que se adquire dito conhecimento seja absolutamente diferente. No primeiro caso resulta de que o cliente o comunicou com uma evidente reserva ao advogado;

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

e no segundo, o advogado conheceu-o através do desenvolvimento de uma atuação processual que tem caráter público. A interpretação do tipo de revelação do segredo profissional previsto pelo art. 199.2 do Código Penal conduz a uma justa delimitação do âmbito do segredo profissional que contribui a justa restrição do sentido literal do art. 542.3 da Lei Orgánica do Poder Judicial[313].O art. 199.2 do Código Penal descreve o tipo de revelação do segredo profissional conforme os termos seguintes: «O profissional que, no cumprimento da sua necessidade de segredo ou reserva, divulgue os segredos de outra pessoa».

A Lei Orgánica do Poder Judicial estabelece a necessidade de segredo profissional e o Código Penal incrimina o comportamento que fragilize dito segredo; pelo que é obrigado atender a um e outro aspeto para definir o âmbito do segredo profissional. Pois bem, é de observar que o art. 199.2 do Código Penal limita o delito de revelação do segredo profissional à divulgação dos segredos de outra pessoa. Desta forma, o Código Penal circunscreve a necessidade de segredo ao reservar em relação aos segredos pertencentes a outra pessoa; isto é, pertencentes ao seu cliente. E para definir quais são tais segredos, está indicativa a aplicação da noção de imputação objetiva.

Constituem segredos do cliente os atos que este comunicou ao seu advogado e também aqueles que este conheça ao levar a cabo uma atuação dirigida a conseguir uma maior informação sobre o que o seu cliente lhe comunicou. Assim, o que o advogado averigua através do relato de outras pessoas ou o exame de documentos, com o objeto de alargar a informação recebida do seu cliente, faz parte dos segredos do cliente. Pelo contrário, os atos que o advogado conhece por uma via distinta à de receber e alargar a informação do que lhe foi comunicado pelo cliente, não cairá dentro do âmbito do segredo. Um advogado, após ter assumido a defesa de um assunto, inteira-se de que uma testemunha foi intimada para que preste uma determinada declaração, ou que um funcionário público solicitou a entrega de uma contrapartida para dar um tratamento

313 Sobre a delimitação do risco permitido no relacionamento com o branqueamento e o exercício da advocacia veja-se LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Responsabilidad penal del asesor jurídico, en especial en relación con el blanqueo de capitales.
III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, coord. por ABEL SOUTO, Miguel, SÁNCHEZ STEWART, Nielson, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 337-301;

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

de favor. Em ditos casos o advogado adquire consciência de uns factos por uma via diferente à da comunicada pelo cliente e à da informação obtida para alargar ou completar o que o cliente lhe manifestou. E por isso em ditos casos falta a existência de um nexo de imputação objetiva entre o confiado pelo cliente como secreto e o que posteriormente sobe o advogado em relação à intimação da testemunha ou à retribuição do funcionário público. É verdade que conhece tais fatos como consequência da sua atuação profissional. Mas tal nexo de causalidade é insuficiente para atribuir ao ato com que se conhece, a condição de segredo. E também não integrarão o segredo do cliente os factos que o advogado se inteira por motivo da celebração de um julgamento com a publicidade própria deste. Os atos que uma testemunha pode relatar em tal ocasião não darão lugar ao nascimento de uma necessidade de segredo por parte do advogado, por duas razões:

- Em primeiro lugar, pela falta do nexo de imputação objetiva a que nos referimos.
- E, em segundo local porque ao ter-se produzido as atuações num julgamento oral, a publicidade deste excluirá a natureza secreta pois o julgamento é um ato público.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

3.7. As causas de exclusão

A) As causas de exclusão do injusto em Espanha: o consentimento do cliente e o estado de necessidade:

As duas causas que excluem o injusto penal são o consentimento do titular do segredo, isto é, do cliente e o estado de necessidade:[314]

1) O consentimento do cliente:

O consentimento do titular do segredo dará local à exclusão do injusto penal. De salientar que caso o cliente consinta que o advogado revele um fato ou notícia compreendido no seu dever de segredo, a sua revelação por parte do advogado não constituirá ilegal penal algum. O tipo do art. 199.2 resultará excluído. Nesta situação é de recordar que o art. 201 do Código Penal exige a denúncia para proceder por este delito e dispõe que o perdão extingue a pena imposta. Naturalmente para que possa se estimar a existência de consentimento é necessário que a manifestação do cliente se produza de forma livre e voluntária.

Na hipótese em que se requer ao cliente que dê o consentimento, como seria o caso de que assim o fizesse um Tribunal, uma Ordem Profissional ou o próprio advogado, não constituiria um próprio e verdadeiro consentimento; e, em consequência, careceria de eficácia excludente do injusto em relação à revelação do segredo que se for o caso fizer o advogado. O contraste posto em relação do tipo de revelação do segredo profissional do art. 199.2, com o tipo de revelação de atuações processuais declarados secretas do art. 466.1, ambos do Código Penal, confirma o exposto. Recorde-se que o art. 466 do Código Penal castiga o advogado ou solicitador que revelar atos processuais declaradas secretas pela autoridade judicial.

A revelação de segredos que contempla dito artigo pressupõe, portanto, a existência de uma resolução em virtude da qual o Juiz de Instrução declarou o segredo das atuações, conforme o previsto pela Ley de Enjuiciamiento Criminal no seu art. 302, alínea 2. O tipo previsto no

314 *Vide* CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, El secreto profesional del abogado y del procurador y su proyección penal, Madrid, Marcial Pons, 1998, págs. 157-147.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

art. 466 do Código Penal figura entre os delitos contra a Administração de Justiça integrantes do título XX do livro II.

O bem jurídico protegido aqui não é, como no caso do art. 199.2, a intimidade da pessoa, mas a Administração de Justiça. E naturalmente o consentimento do cliente ao fato de que o advogado ou solicitador lhe revele as atuações processuais declaradas secretas, resulta inconsequente aos atos da aplicação do art. 466.1 do Código Penal. Pode ocorrer que a conduta de revelação das atuações cumpra tanto o tipo de revelação do segredo profissional do art. 199.2, como o de revelação dos atos processuais declarados secretas do art. 466.1. O que está claro é que o consentimento por parte do cliente só pode excluir o injusto do tipo do art. 199.2.

2) O estado de necessidade:

Em relação ao segredo profissional podem surgir situações de conflito em que a manutenção de tal secreto pode implicar graves riscos para o advogado. Como exemplos de tais situações de conflito, cabe pensar no caso de um procedimento por delito contra o Serviço de Finanças em que o imputado declara que ignorou apresentar a declaração do imposto, porque assim lho aconselhou o seu advogado, ou de um procedimento por levantamento de bens em que o imputado manifesta que realizou o ato em prejuízo dos seus credores porque o seu advogado lhe informou que o podia fazer, e o de um procedimento por fraude processual em que o arguido assim mesmo diz que foi o advogado quem pela sua conta efetuou declarações falsas na demanda e contribuiu documentos fraudulentos em apoio dela; quando o certo é que todas estas acusações da atuação do advogado são absolutamente falsas.

Com isto se põe a questão de se o advogado continua estando submetido ao dever de segredo, com a consequência de que pode ver cortadas as suas possibilidades de defesa ou se coincide com uma situação na qual pode licitamente revelar o ocorrido nas suas relações com o seu antigo cliente. A solução resulta da aplicação da figura do estado de necessidade, que o Código Penal espanhol prevê no seu art. 20 conforme aos seguintes termos:

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

> «*Estão isentos de responsabilidade criminosa:*
> *O que, em estado de necessidade, para impedir um mau próprio ou alheio, lesione um bem jurídico de outra pessoa ou infrinja um dever, sempre que coincidam os seguintes requisitos:*
> *Primeiro: Que o mal causado não seja maior que o que se trate de impedir.*
> *Segundo: Que a situação de necessidade não seja provocada intencionalmente pelo sujeito.*
> *Terceiro: Que o obrigado não tenha, pelo seu ofício ou cargo, necessidade de se sacrificar.*»

Por mal entende-se o prejuízo para um bem jurídico, merecedor de um julgamento descrédito ativo, ainda que dito mal não corresponda à realização de um comportamento qualificado como delito. E em segundo local, convém recordar que quanto à comparação entre os males, a única coisa que se requer é que não tenha constância de que o mal causado seja maior que o que se trata de impedir.

Tudo isso vem a caso das situações de conflito relacionadas com o exercício do segredo profissional pelo advogado. Em tais situações, de revelar o que de modo secreto conhece, o advogado levará a cabo um ato com que atenta contra a intimidade e secundariamente contra a justiça. Por sua vez, mantendo o advogado o segredo, ver-se-á ferido o seu direito de defesa, com o consequente risco assim mesmo para a justiça.

A aplicação de tudo isso ao problema do segredo profissional, conduz a entender que produzida uma situação de conflito em que num procedimento penal se imputa a um advogado pelo cliente a comissão de um delito, o meio que tem o advogado para se defender é o de denunciar a verdade do ocorrido, pois limitar-se o advogado a fazer referência ao seu dever de segredo profissional, não tem o valor probatório que corresponda a uma declaração que diretamente explique os factos. E quanto à necessidade de sacrificar-se à que o Código Penal se refere, está claro que o advogado tem um dever de segredo profissional, mas não em modo algum, tal necessidade de sacrifício.

Desta maneira, se o advogado violar essa vinculação ao segredo profissional, poderia inclusive incorrer no delito, não só de revelação de

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

segredo, se não também de deslealdade profissional qualificado no art. 467.2 do Código penal, que sanciona o advogado quando por ação ou omissão, prejudique de forma manifesta os interesses que lhe fossem encomendados, dando local à participação de um concurso ideal entre ditos delitos, dado o bem jurídico protegido.

Mas, além disso, o advogado poderia ser sancionado com fundamento nos arts. 552 e seguintes da LOPJ, e incorrer na responsabilidade disciplinar que preveem os arts. 119 e seguintes do E.G.A.E.

Mas não termina aqui as possíveis infrações penais em que pudesse incorrer o advogado que revela a informação que lhe reporta o seu cliente, já que o art. 466 do Código penal, localizado no Título XX, cap. VI, rubricado «Da obstrucción à Justiça e a deslealtad profissional», sobre os delitos contra a Administração de Justiça; refere como comportamento típico do advogado ou solicitador que revelar atuações declaradas como secretas pela autoridade judicial (revelação do segredo processual).

Depois requer para que coincida dito tipo penal que o sujeito lhe reveja aquilo que uma resolução judicial declara segredo, que pode abarcar ou não, isto é, coincidir ou não, com o conteúdo do segredo profissional do advogado a respeito da informação e dados que lhe proporcionou o seu cliente, bem numa consulta jurídica, numa defesa judicial ou extrajudicial de um determinado assunto.

O art. 301 da Ley de Enjuiciamiento Criminal dispõe que, aos efeitos desta Lei, se consideram como atuações secretas todas as diligências do sumário até que se abra o julgamento oral. É importante ter presente que as normas processuais são normas de *ius cogens*, isto é, normas de Direito imperativo ou perentório que não admitem nem a exclusão, nem a alteração do seu conteúdo, de tal modo que qualquer ataque contrário ao mesmo será declarado nulo. Regulando esta matéria na norma processual, o legislador assegura-se de proteger os interesses coletivos fundamentais de todo o grupo social, tendo uma posição prevalente, superior e específica com respeito ao resto das disposições da organização que pudesse entrar em conflito.

No art. 467 do Código penal prevê os tipos de deslealdades profissionais com respeito ao cliente, nos que também poderia inserir-se o comportamento do advogado que revela informação proporcionada ou

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

que afete o seu cliente, mas que subjaz à proteção, não só no que respeita aos interesses particulares dos clientes afetados por essa deslealdade profissional, mas também pela afetação negativa ao prestígio da advocacia que inevitavelmente resulta magoada e precisa da proteção através da organização jurídica penal. Efetivamente, o art. 467.1 do Código penal sanciona o advogado ou solicitador que depois de assessorar ou tomar defesa ou representação de um cliente, sem o seu consentimento, defende ou representa a quem tem interesses contrapostos, enquanto no art. 467.2 do Código penal prevê a sanção para o advogado ou solicitador que por ação ou omissão, bem seja causado dolosamente ou por imprudência grave, prejudique de forma manifesta os interesses do cliente que tenha encomendados.

Dentro deste âmbito penal exposto brevemente através do articulado citado, se obrigasse-se ao advogado a denunciar, envolvendo os factos e notícias que conhecer por qualquer das modalidades da sua atuação profissional, ou for forçado a isso, poderia dar local a um suposto delito de coações, podendo afirmar que nem sequer as autoridades administrativas podem coagir o advogado com a imposição de sanções, *nec vi nec metu*[315], para que lhe revê informação e documentação que está protegida pelo segredo profissional. Essas obrigações coativas poderiam ser consideradas nulas de pleno Direito por contradizer o regulado nas leis de caráter orgânico e também por invadir o âmbito de competência reservado a ditas leis Orgânicas, pois em definitivo sobre o que se regula e envolve o direito fundamental à defesa e o segredo profissional. Mas devemos ter presente a incidência de que o dever de segredo profissional do advogado, e a reserva a comunicar certa informação sobre a possibilidade de cometer um delito e não o denunciar por acolher o segredo profissional do advogado, poderiam ser subsumíveis no tipo penal previsto no art. 450.1. Este artigo prescreve: «*o que com a sua intervenção imediata e sem risco próprio ou alheio, não impedir a comissão de um delito que afete as pessoas na sua vida, integridade ou saúde, liberdade ou liberdade sexual*». O nº 2 do artigo sanciona a «*quem podendo fazê-lo não vá à autoridade o*

315 nem esperança nem medo.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

os seus agentes para que impeça um delito dos previstos na alínea anterior e de cuja próxima ou atual comissão tenha notícia».

Este art. 450 do Código Penal está inscrito no cap. II («Da Omissão dos deveres de impedir delitos ou de promover a sua perseguição» do Título XX), no que também se identifica a Administração de Justiça como bem jurídico protegido, mas sendo estes tipos penais um meio para o cuidado de bens de natureza pessoal. Este artigo chama à colaboração do cidadão em geral e não especificamente aos advogados, ficando eles sujeitos, mas como cidadãos, pois supõe uma extensão a todo particular do dever estatal de proteção dos bens individuais mencionados como são a vida das pessoas, a integridade ou a saúde, a liberdade ou a liberdade sexual. Por conseguinte, quando o advogado tem conhecimento da realização presente ou futura de comportamentos que atentam contra a vida das pessoas, a integridade ou a liberdade sexual e, além disso, conhece de tal circunstância numa situação que lhe submete ao segredo profissional, estamos ante uma colisão de deveres, pois para cumprir o advogado o seu dever deve deixar de cumprir outro dever segundo o estado atual do regulamento. Desta forma, poderia acolher a postura do cumprimento do dever de segredo profissional guardando silêncio sobre os factos, ou bem ir à autoridade com o que enfrentar-se-ia a uma responsabilidade penal que deriva do art. 199.2 do Código Penal. Esta diatribe de conflito de deveres pode resolver-se indo ao estado de necessidade e tendo em conta que o sujeito está obrigado a atuar, e não meramente autorizado para atuar. Também poder-se-ia argumentar debaixo da perspetiva da participação de uma exceção de cumprimento de um dever, prevista no art. 20.7 do Código penal.

Quando existe uma norma de colisão que dá uma resolução ao conflito, declarando a lei preponderante e, em consequência, a realização do comportamento devido em frente ao correlativo não cumprimento do outro dever, neste caso estaríamos ante a aplicação da exceção do art. 20.7 do Código Penal. A doutrina tradicional considera que estamos ante a participação de uma causa de justificação, resultando o comportamento do sujeito irrelevante penalmente. Quando se propõe o conflito entre o dever de segredo e o dever de denunciar, estamos neste suposto

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

prevalecendo o dever de segredo, já que a Lei impõe a necessidade do advogado a não denunciar.

No caso de que não existisse uma norma de resolução geral e prévia do conflito, terá de ponderar os males que derivem do não cumprimento de deveres em colisão. Nestes casos, a infração do dever não elege que se considere tal como tipo penal e excluiria a anti juridicidade penal mediante a aplicação da exceção do estado de necessidade, ou se são equivalentes os males, mediante a exigibilidade de um comportamento diferente. Nestes casos, ponderados os males, ao ser maiores os atentados contra a vida, a integridade física e a saúde, a liberdade e a liberdade sexual, o dever de impedir estes delitos primará sobre o dever de segredo profissional. O mal evitado, ao impedir tais delitos, é mais grave que o mal causado ao infringir o dever de segredo. A colisão entre deveres deve-se solucionar indo à exceção do art. 20.5 e art. 20.7 do Código Penal. Quando o dever de segredo seja específico da profissão procederia no seu julgamento aplicar o art. 20.7, e se estamos ante o dever geral de segredo aplicaríamos o art. 20.5 do Código Penal.

Considero que a revelação pelo advogado de uma comissão de delitos futuros pelo cliente, é, em todos os casos, com independência do bem jurídico atacado por tais delitos, um comportamento atípico por falta de agressão ao bem jurídico (a confiança) que protege, o tipo penal previsto no art. 199[316]. Desta forma, se o erro envolve os elementos de facto de uma causa de justificação (a exigência de que o mal causado não seja maior que o que se trata de impedir), daria local à denominada «causa de justificação putativa». A doutrina maioritária trata-o como supostos de erro de proibição, entendendo que o erro prova que o agente ache que o seu comportamento é conforme ao Direito. A causa de justificação putativa é aquela em que o agente acha erroneamente que coincidem os elementos da respetiva causa, mas não coincidem *ex post*, isto é, fora da sua representação mental, costumam se denominar «exceções putativas», mas esta denominação não é do todo correta, já que dentro das exceções não só há causas de justificação, se não causas de

316 O estado de necessidade opera com caráter geral quando o dever de segredo não se cumpre para impedir um delito mediante «intervenção imediata», mas não quando se infringe o ir à autoridade para que o impeça.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

inimputabilidade e de exclusão da culpabilidade. Mas especialmente o problema e o debate suscitam-se quando o advogado atua propriamente prestando a sua assistência jurídica face a um litígio, ou inclusive em aconselhamento extrajudicial. Devemos entender que dentro do processo judicial a assistência jurídica faz parte imprescindível do direito fundamental de defesa, e para a sua plena efetividade e salvaguarda se requer o segredo profissional do advogado. Assim que se relacione com o direito de defesa, a confidencialidade do advogado é invulnerável pois esse direito do cidadão ficaria reduzido a uma mera declaração legal etérea, se o seu advogado, ao mesmo tempo que assumisse a sua defesa, tivesse que participante com as autoridades denunciando às suas costas os factos que lhe tivesse confiado.

A respeito do levantamento do segredo profissional, este poder-se-á levantar nos pressupostos seguintes:

a) Quando a manutenção do segredo possa causar uma lesão notoriamente injusta e grave ao advogado ou a um terceiro.
b) Quando o advogado seja autorizado de maneira expressa pelo cliente ou pelos seus herdeiros.
c) Nos atos de jurisdição disciplinar colegial em função de queixa ou de defesa, a pedido do próprio ou a requerimento da ordem.

Nos pressupostos a) e c) o advogado interessado no levantamento do segredo deverá solicitar à junta do governo ou ao membro da junta no qual esta delegue, a qual autorizar-lhe-á se se cumprem os requisitos estabelecidos neste artigo. Unicamente o titular do segredo profissional do art. 199.2, que é o sujeito passivo do delito, pode dar o seu consentimento aos atos de exclusão do injusto penal. Ninguém no seu lugar pode outorgar dito consentimento.

No art. 5.8 do Código Deontológico da advocacia Espanhola refere que só em casos excecionais de alguma gravidade levanta a vinculação do advogado ao segredo profissional quando pudesse causar prejuízos irreparáveis ou flagrantes injustiças, observando-se que esta exceção é conforme com a própria função social que desempenha a advocacia no Estado de Direito e com a função guardiã do direito que tem atribuído

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

dito profissional do Direito. Segundo dita norma, nem sequer o consentimento do cliente por si só dispensa o advogado para revelar o conteúdo do segredo profissional. Outra hipótese seria que no estado de necessidade o comportamento realizado constitua um meio idóneo para fazer frente ao perigo, de acordo com os critérios de necessidade, adequação, proporcionalidade e razoabilidade.

Desta forma, temos de ir à previsão do art. 20 do Código penal espanhol que regula o estado de necessidade como causa excludente de responsabilidade penal e aplicar dita possível previsão. Segundo a jurisprudência, o estado de necessidade é uma causa de justificação aplicável quando existe uma situação de conflito ou colisão entre bens ou deveres, de tal modo que a preservação ou cumprimento de um e outro ao mesmo tempo seja impossível. Isto poderia justificar então que se sacrifique um dos dois com certas condições, de acordo com o posicionamento de que o mal causado não seja maior que o que se pretende impedir, que quem pretende se ver justificado não tenha necessidade de aceitar o sacrifício do seu direito ou o cumprimento do seu dever, em razão do seu oficio ou cargo, e que a situação de necessidade não seja provocada por quem pretende se valer dela, para justificar o seu comportamento.

São princípios de necessidade (subsidiariedade) e proporcionalidade (prevalência do bem de relevância superior).

O Tribunal Supremo recorda que são cinco os requisitos cuja participação é imprescindível para a estimativa do estado de necessidade como eximente (SSTS de 19-6- 2008 e 11-12-2009):

«a) Pendência atual e grave de um mal próprio ou alheio, que não é preciso que comece a se produzir, bastando com que o sujeito da ação possa apreciar a existência de uma situação de perigo e risco intenso para um bem juridicamente protegido e que requeira realizar uma ação determinada para o atalhar

É o objeto concetual primário e fundamental; o mal que ameaça tem de ser atual, iminente e grave; b) necessidade de lesionar um bem jurídico de outro ou de infringir um dever com o fim de impedir aquela situação de perigo.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

A essência da eximente encontra-se, pois, na inevitabilidade do mal; isto é, que o precisado não tenha outro meio de salvaguardar do perigo que o ameaça se não causando um mau ao bem jurídico alheio.

Que o mal ou dano causado não seja maior que o que se pretende impedir, se devendo ponderar em cada caso concreto os interesses em conflito para poder calibrar a maior, menor ou igual entidade dos males, julgamento de valor que *a posteriori* corresponderá formular aos Tribunais de Justiça, claro que mediante um julgamento *ex ante* em cuja virtude, depois da recriação intelectual da situação, caiba confrontar a entidade dos males que se contrapõem (cânone de proporcionalidade) segundo o princípio de ponderação de interesses:

Que o sujeito que faça nesse estado de necessidade não provoque intencionalmente tal situação. A «intencionalidade» deve entender-se como que o agente não provoque dolosamente a situação de conflito. Que esse mesmo sujeito, em razão do seu cargo ou ofício, não esteja obrigado a admitir ou assumir os efeitos do mal pendente ou atual. O dever de sacrifício tem de ser jurídico, embora não seja necessário que seja público.»

No que respeita às causas de Justificação do crime em Portugal[317], a relação entre o advogado e o cliente deve fundar-se na confiança recíproca, devendo o primeiro agir de forma a defender os interesses legítimos do segundo, sem prejuízo das normas legais e deontológicas (art. 97 do EOA).

A denúncia de um crime é obrigatória para os funcionários, na aceção do art. 386 do Código Penal, quanto a crimes que tomarem conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas - art. 242, nº 1, al. b) do Código de Processo Penal. A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o agente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a impedir esse resultado. Por outras palavras, a omissão tem relevância penal, e por isso punível, quando a pessoa devia e podia agir - art. 10, nº 2 do Código Penal.

317 Nesta apreciação seguimos entre outros a tese de Mestrado de NUNES CARDOSO, Tânia Vanessa, 2015, sob a orientação do Prof. Doutor José Manuel NUNES SOUSA NEVES CRUZ intitulada: A (I)licitude da violação do segredo Profissional do advogado no âmbito do combate ao Branqueamento.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

O segredo profissional não está limitado no tempo - Ponto 2.3-3 do Código Deontológico dos advogados Europeus (CDAE), mas não é absoluto[318]. «*Há casos em que a lei permite a sua divulgação total ou parcial: por autorização dada, por escrito, pelo cliente, em assuntos em que o segredo apenas a ele diga respeito, sem prejudicar os direitos e interesses legítimos de terceiro. No entanto deve-se sempre pedir a avaliação pela Ordem nos termos previstos*.»[319]

Existem outras limitações do segredo profissional:

- Por prévia dispensa do Presidente do Conselho Regional:
  Verificados os demais requisitos do nº 4 do art. 92 do EOA e do Regulamento de Dispensa do Segredo profissional nº 94/2006, de 12 de junho.;
- Por decisão judicial
  Segundo o disposto no art. 135 do Código de Processo Penal, aplicável aos demais processos, por remissão para do direito processual civil, *ex vi* o disposto no nº 4 do art. 417 e no nº 3 do art. 497;
- Por força da lei, no caso dos crimes de branqueamento de dinheiro e do financiamento ao terrorismo;
  Existem também, causas de exclusão de ilicitude, as quais estão genericamente contempladas no art. 31 nº 1 do Código Penal, precisando-se, no seu nº 2, as seguintes situações, apesar de não se limitarem a estas:
  a) «Em legítima defesa»;
  b) «No exercício de um direito»;
  c) «No cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade»;
  d) «Com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado»

318 Art. 92, nº 1, e al. a), e 3, do Estatuto da Ordem dos advogados (EOA). Os atos praticados pelo advogado com violação de segredo profissional não podem fazer prova em juízo e o advogado pode incorrer numa tríplice responsabilidade: disciplinar, civil contratual ou extracontratual e penal. (arts. 92, nº 114 ,5 e 115 do EOA e art. 195 do Código Penal e arts. 483 e 762 do Código Civil.)

319 MATEUS, Carlos, A violação do segredo profissional no caso de conhecimento de crime actual https://www.oa.pt:6443/upl/7%B4a59edd3-9044-4246-5777-4dab5f7e1fe7%6D.pdf

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

A) A Legítima defesa:

A legítima defesa encontra-se prevista nos arts. 21 da C.R.P.; 2 nº 2 al. a) da CEDH e 31 nº 2, al. a) do Código Penal, sendo a mesma definida no art. 32 do referido diploma. A ação consiste no ato de repelir uma agressão, atual e ilícita, a quaisquer interesses - pessoais ou patrimoniais - do defendente ou de terceiro[320], desde que a ação de legítima defesa constitua o meio necessário para repelir a agressão, sob pena do agente agir em excesso de legítima defesa, nos termos do art. 33 do C.P. Nos termos que estão a ser abordados torna-se patente que não podemos aplicar a legítima defesa em si, à posição do advogado nos crimes de branqueamento exceto em termos de levantamento do segredo profissional quando em causa estiver a imputação ao advogado de fatos desonrosos por parte do portador do segredo, ou quando ao advogado for imputado a prática do delito de branqueamento, e este não tiver ao seu dispor outro meio para afastar essa imputação.

B) O Consentimento do cliente:

O consentimento do cliente enquanto causa de exclusão da ilicitude encontra-se previsto nos arts. 31 nº 2, al. d), 38 e 39, todos do C.P. e a presença do mesmo constitui uma causa de justificação[321]. O Dr. Orlando GUEDES DA COSTA defende que o cliente pode dispensar o advogado e o funcionário, quando aquele é o exclusivo beneficiário do segredo profissional, ou de terceiro que o cliente queira beneficiar, caso em que deve exibir ou juntar aos autos autorização do cliente[322]. A autorização do cliente já tem sido alegada como causa de exclusão do dever de segredo, o que parece ser real, pois este mantém o direito à melhor e mais conveniente defesa dos seus interesses, que pode consistir na revelação, em momento oportuno, de fatos que, de outro modo, estariam cobertos pelo

320 MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes, Código Penal Português Anotado e Comentado Legislação Complementar, 14.ª Ed, Coimbra, Almedina, 2002, *cit*., pág. 149.

321 MARQUES DA SILVA, Germano, Direito Penal Português, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2020, *cit*., pág.140.

322 GUEDES, DA COSTA, Orlando, Direito profissional do advogado, Almedina, 8.ª edição, 2015, págs. 387 e segts; no mesmo sentido, o Bastonário Augusto LOPES CARDOSO, Do segredo profissional na advocacia, Editora Almedina, 2020, *cit*., págs. 39 e ss.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

dever de segredo[323]. Nestes casos, a revelação de tais fatos é objeto do mandato e daí resulta que o advogado não só não está obrigado a qualquer segredo, mas pode inclusivamente estar obrigado ao contrário. Para uma opinião contrária, pode citar-se a conclusão do acórdão do Conselho Superior da Ordem dos advogados, de 3 de junho de 1965: «*o segredo profissional tem caráter social ou ordem pública e não basta a vontade ou autorização do cliente*»[324]. Devemos observar que o art. 92 do E.O.A. não prevê como causa de cessação da obrigação de segredo profissional a autorização do cliente[325]. Afinal a autorização do cliente não está implícita na defesa da dignidade ou direitos e interesses legítimos. Ainda a este respeito, entendemos que, mesmo que o cliente consinta na divulgação da informação, o advogado não pode, sem mais, relatar os factos por si conhecidos. «*O segredo profissional de advogado é de interesse público, não sendo por isso suficiente para o afastar a vontade do cliente.*»[326] Portanto, mesmo com autorização do cliente, tem de obter a do Presidente do Conselho Distrital da Ordem dos advogados.

323 Nesse sentido: Ac. TRL de 19/10/29 processo nº 07.2/1797TVLSBL1-2 in: http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/06dba9e726825078802584aa00527215?Opendocument

324 in Revista da Ordem dos advogados, 1965 ,25, *cit*., pág. 274.

325 E não pode o advogado limitar-se a obter uma mera e informal autorização do cliente para que cesse a obrigação de segredo. O cliente só pode dispor dos direitos de que seja titular. A autorização do cliente não tem qualquer efeito «libertador» das obrigações de segredo relativamente a fatos comunicados por coautor, corréu, cointeressado, ou pela parte contrária. Sem a autorização inequívoca de todos os interessados, mantém-se intato o dever de segredo relativamente aos fatos cuja revelação possa ofender algum dos sujeitos processuais referidos. Neste sentido, a doutrina do acórdão do Conselho Superior é inteiramente válida. O dever de segredo não pode, aliás, deixar de se relacionar com os deveres de lealdade, particularmente explícitos no nº 2 do art. 88 do E.O.A. O advogado deve definir e saber, com clareza, que fatos pode revelar e que fatos devem permanecer sob segredo. E a seguir pedir autorização da Ordem dos advogados.

326 Nesse sentido Ac. TRP de 11/02/23, processo nº 06.1/552TAPGR.P1 in: http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/dcacfe877c4f1e038025784c0040dba6

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

C) O estado de necessidade:
O estado de necessidade surge quando o agente é colocado diante de a alternativa de ter de escolher entre cometer o crime, ou deixar que, como consequência necessária, se não o cometer, ocorre outro mal maior ou pelo menos igual ao daquele crime. Entendemos que, face à unidade do ordenamento jurídico português, o advogado *pode* revelar informações sigilosas de um cliente quando razoavelmente acredita que a divulgação é necessária para impedir um perigo iminente para a vida, liberdade ou integridade física das pessoas. O estado de necessidade é causa de exclusão da ilicitude, quer nos termos do Código Civil (art. 339), quer nos termos do Código Penal (art. 34)

Os pressupostos ou requisitos civis são:

- a existência de um perigo real;
- a atualidade desse perigo;
- a ameaça de um bem jurídico (pessoal ou patrimonial) do agente ou de terceiro;
- a superioridade manifesta do bem jurídico defendido relativamente ao bem jurídico sacrificado;
- não ter o perigo sido criado por culpa exclusiva do agente

Se o advogado estiver na posse de fatos comunicados pelo seu cliente ou outrem a seu mando que indiquem além de qualquer dúvida razoável que um crime se está a cometer ou se vai cometer[327], na impossibilidade

327 MATEUS, Carlos, A violação do segredo profissional no caso de conhecimento de crime actual, *cit*., que afirma:
«Relativamente a aspetos menos claros, e no que diz respeito ao dever de guardar segredo, uma das perguntas, que surge com alguma frequência nas aulas de deontologia, resume-se a: «imagine que está a tomar um café e na mesa ao lado está um cliente seu, que o contactou para dar início ao processo de divórcio litigioso, relatando a um amigo, que na noite anterior, cansado das traições da mulher, matou-a». A pergunta que se põe é: deve o advogado denunciar o que acabou de escutar, ou deverá remeter-se ao silêncio? Colocada a questão desta forma diríamos que o advogado, uma vez que, não tomou conhecimento do facto no âmbito do exercício da sua profissão estaria em condições de revelar tal informação. Ainda assim, é seu constituinte, será que o facto conhecido não estará coberto pelo dever de guardar segredo? Posta a questão desta forma, direi que este foi um conhecimento adquirido de forma ocasional, não lhe foi dado a

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

de os seus dirigentes serem contatados em tempo útil, o advogado tem o dever cautelar de agir, avisando a polícia ou a pretensa vítima, tendo em vista fazer cessar ou prevenir a prática do crime contra as pessoas, uma vez que a sua Ordem tem o dever de defender o Estado de direito e os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos [art. 3 do EOA e arts. 24 (Direito à vida), 25 (Direito à integridade pessoal) e 27 (Direito à liberdade e segurança) da Constituição da República Portuguesa].

Há uma forma de resolver: Intitula-se «ponderação de interesses». Procura-se colocar nos pratos da «balança» dois interesses, por um lado o segredo profissional, a confiança que nos foi depositada e, no outro, a vida de alguém, a segurança e a proteção jurídica da sociedade. Assim, posta a questão, ao advogado caberia a decisão de ponderar dois interesses, por si só antagónicos. De um lado, um interesse individual e, do outro, manifestamente superior, a vida, o interesse coletivo, a paz e a tranquilidade pública. Esta é uma solução que só faz sentido quando estão em causa direitos de interesse maior, como a segurança e a paz de uma comunidade ou a vida de alguém, situações que não podem esperar por nenhum parecer, por nenhuma autorização do Presidente do Conselho Distrital da Ordem dos advogados, é ao próprio advogado, que no seu íntimo, terá que ponderar todos os fatores e decidir – é uma decisão individual.[328]

---

conhecer no âmbito de uma relação constituinte/mandatário, nem por ninguém a seu mando, nem sequer se pode enquadrar nas várias alíneas do art. 92 do E.O.A. e, como tal, não estará sujeito ao dever de sigilo profissional. Desta forma, poderá o advogado participar o sucedido às entidades competentes. Situação diversa seria aquela em que o cliente lhe diz, convictamente, que quando chegar a casa vai matar a mulher. Este é um facto de conhecimento direto e no exercício da sua atividade profissional. E, mais uma vez, se põe a questão, deve ou não o advogado guardar segredo? Indiscutivelmente, esta é uma daquelas situações em que o advogado está sozinho; se por um lado, está vinculado ao dever de guardar segredo, por outro lado, está «sujeito «a um dever maior, para com a sociedade, um dever de justiça que impera sobre outro qualquer dever. considerando o caso «sub júdice», de nada serviria ao advogado, pedir um parecer ao Presidente do Conselho Distrital da Ordem dos advogados, no sentido de ver levantado o sigilo profissional, pois tal seria inútil, certamente a resposta chegaria depois do facto consumado.»

328 «Quem é que sabendo que alguém se prepara para matar, sequestrar ou manter em sequestro, violar, ofender violentamente a integridade física ou a saúde, colocar uma bomba num centro comercial, deitar veneno ou resíduos tóxicos num reservatório para o abastecimento de água potável a uma comunidade, etc., não revela a informação às autoridades, tendo em vista eliminar a ameaça ou reduzir o número de vítimas? Cabe ao advogado, não tendo alternativa viável e face ao perigo iminente da violação do direito de outrem (vida, integridade física e liberdade), decidir em consciência se deve ou não sacrificar o seu dever de sigilo em função do dever que possui, como cidadão, de agir na defesa e prevenção dos valores ameaçados, podendo invocar direito

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

A outra hipótese é a do poder/dever fazer cessar o «legítimo» direito à escusa por subsistirem valores superiores ao do dever/direito ao segredo (*cit.*, nº 3): apesar de, em princípio, ter o direito de se escusar, o advogado pode ser solicitado a quebrar, por haver valores mais altos. Somos remetidos hoje, para os princípios gerais penais atinentes, com relevo para as causas que excluem a ilicitude e, de entre estas, com referência especial ao chamado «direito de necessidade»:

O direito de necessidade pode justificar a divulgação, total ou parcial, do segredo profissional, quer pela exclusão da ilicitude (art. 34 do Código Penal) – haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado, quer pela exclusão da culpa, de acordo com o princípio da inexigibilidade – sacrifício de valores iguais ou de valores superiores ao que se salvarem (art. 35 do Código Penal).

> «*Não é ilegal o fato praticado como meio adequado para afastar um perigo atual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro, quando se verificarem os seguintes requisitos:*
> a) *Não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro;*
> b) *Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; e*
> c) *Ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza o ao valor do interesse ameaçado*».

Eventualmente poderá admitir-se situação que caiba num julgamento de «estado de necessidade desculpante», a que se refere o subsequente art. 35 CP, ou de «conflito de deveres», a que se reporta o art. 36: «*não é ilegal o fato que, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas da autoridade, satisfazer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrificar*». O grau da culpa do agente releva para a necessidade de indemnizar, nos termos do art. 339, nº 2. O fato não é justificado e dá origem a responsabilidade civil por

---

de necessidade dos artigos 34e 35 do Código Penal.» MATEUS, Carlos, A violação do segredo profissional no caso de conhecimento de crime actual.
https://www.oa.pt:6443/upl/7%B4a59edd3-9044-4246-5777-4dab5f7e1fe7%6D.pdf

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

fato ilegal se a provocação do perigo se dever a culpa exclusiva do agente. Não sendo exclusiva a culpa, aplica-se a segunda parte do art. 339 nº 2, que prevê o arbitramento de uma indemnização equitativa a pagar pelo agente ou pelo terceiro que tenha beneficiado com o comportamento do agente, ou que tenha contribuído para a criação do perigo. Este dever de indemnizar fundamenta-se, por conseguinte, em três princípios: a equidade, a relevância da culpa do agente ou de terceiro e o princípio geral do «enriquecimento sem causa» (art. 473 do Código Civil). Embora decorra do mesmo princípio, o regime do «estado de necessidade» da lei penal é algo diverso e suscita graves problemas de interpretação. A matéria acha-se regulada nos arts. 34 (exclusão da ilicitude em geral) e 35 (exclusão da culpa). Para que o comportamento do agente seja legal, o art. 34 exige ainda a verificação de três requisitos:

1- «*Não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro*» (art. 34, alínea a).

A expressão «voluntariamente», no 1° requisito, refere-se à culpa. Não era «razoável» exigir dele, segundo as circunstâncias do caso, um comportamento diferente. Caso os interesses ameaçados e defendidos sejam diferentes, a culpa considera-se diminuída, havendo lugar a atenuação especial, ou mesmo isenção de culpa. A remissão para juízos de «razoabilidade» talvez seja demasiado fluida em Direito Penal. Pode, no entanto, entender-se, que da articulação dos dois últimos requisitos da exclusão da ilicitude (art. 34, alíneas b e c), resulta que se exige não só uma superioridade do interesse defendido, em abstrato, mas também que essa superioridade seja «sensível» no caso concreto, de tal modo que seja «razoável» o sacrifício do interesse preferido.

2 - «*Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado*».

3 - «*Ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza o ao valor do interesse ameaçado*».

Por «razoável» deve entender-se a comportamento necessária para afastar a lesão. Não pode definir-se um «estado de necessidade» se não

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

como situação em que não resta qualquer possibilidade de defesa dos direitos que não implique lesão de outros interesses. Não pode justificar-se o ato do agente se, em si mesmo, ele não for idóneo ou potencialmente idóneo para afastar a lesão.

Esta considera-se, porém, excluída, se, apesar da ilicitude do ato:

- o agente pretender defender a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade, próprias ou de terceiro;
- o perigo de lesão desses interesses não era removível de outro modo;

No regime atual da legitima defesa (o art. 32 exige o «meio necessário») e no regime de «estado de necessidade desculpante» (o art. 35 nº 1, refere-se a um perigo «não removível de outro modo») ocupámo-nos do conflito entre o dever de segredo e um direito ou interesse legítimo de valor superior (o «direito de necessidade»).

A respeito do dever de denunciar o legislador consagrou um dever de denúncia para certas profissões. Enquanto órgãos dirigentes de uma associação pública autónoma são equiparados a conceito de funcionário público previsto no nº 1, alíneas b) e c) do art. 386 do Código Penal. Por essa razão, o advogado que tiver como séria e atual a pretensão do seu cliente de estar prestes a cometer um crime ou continuar a cometer um crime contra as pessoas, deve comunicar esse facto aos seus dirigentes, pessoas que estão também adstritas à necessidade do segredo profissional – art. 92, nº 1 e 1, al. b), do EOA –, as quais, por sua vez, têm o dever de denunciar aos agentes de autoridade criminais e judiciárias o facto criminoso. Se o advogado estiver na posse de factos comunicados pelo seu cliente ou outrem a seu mando que indiquem além de qualquer dúvida razoável que um crime se está a cometer ou se vai cometer, na impossibilidade da Ordem ser contactada em tempo útil, o advogado tem o dever cautelar de agir, avisando a polícia ou a pretensa vítima, tendo em vista fazer cessar ou prevenir a prática do crime contra as pessoas, uma vez que a sua Ordem tem o dever de defender o Estado de direito e os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos [art. 3 do EOA e arts. 24 (*Direito à vida*), 25 (*Direito à integridade pessoal*) e 27 (*Direito à liberdade*

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

e segurança) da Constituição da República Portuguesa]. A vida, integridade física ou a liberdade estão constitucionalmente tutelados, identificando-se na primeira linha da hierarquia dos direitos fundamentais. São valores superiores àquele que obriga o advogado a delatar o seu cliente, segundo a lei do branqueamento de dinheiro e do financiamento ao terrorismo. Também são valores manifestamente superiores ao segredo profissional. Se o advogado divulgar factos sujeitos a segredo profissional, fora do contexto referido, comete o crime de violação de segredo, previsto e punido pelo art. 195 do Código Penal.

Ao advogado cabe, em primeira linha, indagar se deve calar-se, mantendo-se em silêncio, para não incorrer no crime de violação de segredo, e deixar que ocorra um mal superior, ou divulgar, total ou parcialmente, os factos sujeitos a segredo profissional, salvando, ou, pelo menos, tentando salvar uma vida, a integridade física e a liberdade de um ser humano, contribuindo ativamente para impedir a consumação do crime ou a ampliação dos seus efeitos. Não se torna necessário que o agente atue com a certeza de que através do seu comportamento salva um bem jurídico em perigo, pois a legitimidade da ação resulta de uma ideia ético-social de que a ordem jurídica deve procurar salvar o bem jurídico mais valioso relativamente ao menos valioso. Assim, a força justificadora de um tal princípio impõe-se logo que se verifique a adequação do comportamento para salvar o bem jurídico em perigo, independentemente de o resultado desejado ser ou não atingido. Segundo o art. 196 do C.P. «*Quem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.*»[329]

Se a vida, a integridade física ou a liberdade de alguém estão em perigo atual o advogado pode dar à polícia ou à vítima as informações

329 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, Direito Penal, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, *cit*., pág. 193: «Os crimes contra a vida, liberdade e integridade física agravada têm uma punição mais grave. Mas para determinar a superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado não é suficiente a medida da punição, devendo atender-se também às escalas de valores legalmente estabelecidas para os bens juridicamente protegidos, por exemplo, a extensão do sacrifício que se impõe e a extensão do perigo.»

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

necessárias para impedir o crime iminente ou começo de execução ou o prolongamento dos seus efeitos. [330]

No que respeita à denúncia facultativa – art. 244 do CPP[331], naturalmente qualquer pessoa é livre de denunciar qualquer crime que tenha conhecimento.[332]

D) Cumprimento de um dever:

O «*cumprimento*» de um dever imposto por lei justifica o facto na lei portuguesa (art. 31 nº 1, c) do Código Penal). Para essa justificação é necessário que isso seja feito de acordo com art. 36 do Código Penal, o lado dos deveres deve ter valor igual ou superior aos interesses sacrificados. E o art. 185 exige que a ponderação de funções cumpra os seguintes requisitos:

a) O cumprimento do dever deve ter em mente um interesse legítimo ou público.
b) Os interesses e os deveres devem ser ponderados e avaliados não apenas entre si, mas também com qualquer «dever de informação» que o agente tenha de fazer.

330 MATEUS, Carlos, A violação do segredo profissional no caso de conhecimento de crime atual: «A violação, total ou parcial, do segredo profissional é, no caso em apreço, «adequado», ou seja, idóneo a afastar o perigo que não seria remível por outro modo, não sendo razoável exigir do advogado, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente. Nesse contexto, o *animus salvandi* do advogado exclui a ilicitude e penal, disciplinar e civil.» https://www.oa.pt:6443/upl/7%B4a59edd3-9044-4246-5777-4dab5f7e1fe7%6D.pdf

331 «Se não tiver o dever de denunciar, comete um crime ao apresentar a respetiva denúncia? O advogado deve ser o primeiro ator e o garante na defesa dos Direitos Humanos num Estado de Direito Democrático, como é o nosso, o advogado tem a necessidade de denunciar um cliente, verificada a existência de um crime de branqueamento de dinheiro e do financiamento ao terrorismo, estando isento de qualquer responsabilidade. Sacrifica-se o segredo profissional por hierarquização legal dos valores em confronto.» in MATEUS, Carlos, Violação do Segredo Profissional, in: http://verbojuridico.net/ficheiros/forenses/advogados/carlosMateus_violacaosegredoprofissional.pdf

332 MATEUS, Carlos, A violação do segredo profissional no caso de conhecimento de crime atual, in https://www.oa.pt:6443/upl/7%B4a59edd3-9044-4246-5777-4dab5f7e1fe7%6D.pdf «A denúncia de um crime é obrigatória para os funcionários, na aceção do artigo 386 do Código Penal, quanto a crimes que tomarem conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas. Nos restantes casos, qualquer pessoa é livre de o fazer, uma decisão do seu foro pessoal, ético e moral.»

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

c) O cumprimento do dever deve ser adequado para defender os interesses nomeados.

No entanto, só porque há uma exclusão de ilegalidade civil ou criminal, não há dispensa da exclusão de irregularidades disciplinares ou éticas. Honestamente, discordo dessa aplicação do código de ética. Como o advogado passa as exceções necessárias para impedir a ilegalidade civil ou criminal, é claro que ele deveria ser isento de quaisquer outros problemas com o estatuto da ordem. O cumprimento do dever deve constituir um meio adequado para a defesa dos interesses referidos. Estas exigências podem considerar-se comuns às duas hipóteses de dever (imposto por lei ou por ordem de autoridade).

Certo é, porém, que quer numa das hipóteses (falta do «direito» à escusa - que gera conflito entre o advogado que sustenta estar a coberto de segredo e o Juiz que entende não ser caso de segredo), quer na outra (cessação do direito à escusa — que gera conflito entre o advogado que exerce o seu direito/dever a não revelar fatos confidenciais e o Juiz que entende haver razões superiores que o devem levar à revelação), a decisão obrigando a divulgação é tomada após audição da Ordem dos advogados, nos termos e com os efeitos previstos na legislação que a esse organismo seja aplicável[333].

333 «Se o advogado pretende solicitar à sua Ordem a dispensa do segredo profissional rege o nº 4 do art. 92 do atual EOA, não havendo aí qualquer intervenção de um tribunal por incompetência, dada a patente desnecessidade, face à ausência de qualquer interesse público supra profissional a acautelar e a lei é clara na atribuição à OA de competência. Mas se existe um interesse público a acautelar o incidente próprio para fazer operar um juízo valorativo supra profissional sobre a quebra de sigilo profissional dos advogados é da exclusiva competência dos Tribunais que forem material e territorialmente competentes. Ou seja, a ponderação dos valores a fazer no âmbito do art. 135 - quebra do segredo – está muito para além das competências da Ordem dos advogados. As decisões da OA obtidas no âmbito decisório do art. 92 do EOA que forem juntas aos autos não têm valor decisório no processo judicial, sem prejuízo de a sua fundamentação poder ter valor argumentativo. O parecer emitido pela OA nos termos do art. 135 do C.P.P. não tem valor vinculativo já que isso seria a negação do papel dos tribunais. O nº 5 do art. 92 do EOA é claro na afirmação de que os atos praticados pelo advogado com violação do segredo profissional não podem fazer prova em juízo. Tais depoimentos, são em absoluto, proibidos mesmo se prestados, sem prévio abordar da eventual escusa, não valendo para neles se basear a decisão no incidente de quebra de sigilo. A leitura conjunta do nº 4 do art. 92 da Lei 2015/145 (que aprova o atual EOA) com o disposto no art. 4, nº 2 e 3 do Regulamento nº 2006/94 da OA que regulamenta a dispensa de segredo profissional demonstra que a expressão absolutamente necessário veio a ser complementada com as expressões inequivocamente necessária e essencialidade, atualidade,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

A lei é expressa e clara. O art. 417 do C.P.C. Português é claro no dever de colaboração na descoberta da verdade. Se esta colaboração é exigível de todo o cidadão e se o advogado foi autorizado pelo Presidente do Conselho Distrital, por solicitação da autoridade judiciária ou Tribunal, a quebrar o segredo, mal se compreenderia que não fosse obrigado àquele contributo processual. A verificação acumulativa destes pressupostos justifica o fato, de outro modo, seria ilegal.

Mas pode discutir-se a cessação do dever de segredo diante de um dever prevalente. O Código Civil contém normas aplicáveis ao cumprimento de um dever como causa de justificação. O regime de colisão de direitos (art. 335) aplica-se, da mesma forma, à colisão de deveres. O regime do «estado de necessidade» (art. 339) refere-se, indistintamente, a qualquer ação, seja ela o exercício de um direito ou o cumprimento de um dever. Excluída a igualdade de valor dos deveres em conflito prevalece o que deva considerar-se superior. No mesmo sentido, o regime estabelecido no Código Penal. Assim é que a primeira hipótese imaginável para poder entrar em aplicação o art. 135 CPP, é a de o advogado ter-se escusado a depor invocando segredo profissional, e vir a verificar-se que não se estava diante de caso de segredo dessa natureza[334]. Em tal caso, não possuía o «direito» à escusa que o nº 1 do artigo prevê (nº 2).

---

exclusividade e imprescindibilidade. Tais critérios não são aplicáveis no incidente do art. 135 do C.P.P. onde se estabelece de forma clara que a quebra será decretada nomeadamente tendo em conta a imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de proteção de bens jurídicos. O que induz necessariamente que são estes três os parâmetros valorativos que, todos, devem ser apreciados, sendo que a gravidade do crime é sempre aferida pela sua moldura penal abstrata, a necessidade de proteção de bens jurídicos demonstra-se pela qualidade dos crimes praticados. O conceito de imprescindibilidade não pode assumir o significado de que o depoimento a prestar seja o «único» ou «exclusivo» elemento de prova existente no sentido de não haver outros a prestar ou já prestados. A análise da imprescindibilidade da prova só pode ser feita, tendo em mente a acusação deduzida, o pedido formulado e os fundamentos factuais e probatórios aduzidos pelo requerente.» – Ac. do TRE de 19/05/07, processo nº 12.5/248TAELV-B.E1 in:
http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/bd780ec3558c9b22802583fc004163e9

334 Um advogado que tem conhecimento de um fato que ilibe um réu deverá fornecê-lo ao tribunal, mesmo que isso vá contra os interesses, desejos ou vontades do cliente, pois valores mais altos se levantam. Afinal se é um servidor da Justiça impõem-se que impeça a realização de uma injustiça. Nesse sentido o magnífico acórdão do STJ de 95/02/02, processo 047542 in:
http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa262/814cd92367f1e0bd802568fc003b6b86?Opendocument&Highlight=0,advogado,segredo,profissional

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Esta matéria de legitimidade para prima fatie ajuizar sobre se o advogado está, ou não, a invocar criteriosa e corretamente que aquilo sobre que se pretende o seu depoimento é matéria sigilosa que lhe imponha o dever de silêncio, é pertença do Juiz da 1ª Instância. Esta primeira entidade, que se pronuncia inicialmente só sobre o pressuposto de haver, ou não, matéria sigilosa não é quem vai promover a quebra do segredo. Mas, para formular aquele primeiro juízo diz a lei que «procede às averiguações necessárias», nas quais obviamente se não pode conter a audição do advogado sobre os fatos, mas já poderá caber a sua audição sobre o «contorno» deles que não seja desmerecido pelo segredo, o que certamente exige grande delicadeza e rigor moral quer de quem pergunta quer de quem responde. Segundo o art. 36 nº 1 do Código Penal, «*Não é ilegal o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas da autoridade, satisfizer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrificar*».

Existe uma exclusão da ilicitude penal, a qual se funda na regra geral do cumprimento de um dever imposto pela lei de combate ao branqueamento e ao financiamento do terrorismo, nos termos do art. 31 nº 2 al. c) do C.P. Para que o comportamento típico seja considerado justificado pelo dirimente «cumprimento de um dever» é necessário que o mesmo seja levado a cabo pela pessoa a quem a lei atribuiu essa competência, neste caso será o advogado, e que a sua atuação se limite ao mínimo necessário para salvaguardar o interesse preponderante, neste caso a administração da justiça e a ordem socioeconómica. Neste sentido, a sua atuação tem de respeitar os limites impostos pelo princípio da proporcionalidade, como imperativo do regime da restrição dos direitos, liberdades e garantias de um Estado de Direito. Além disso, é ainda necessário o elemento subjetivo, ou seja, que quem atue no cumprimento de um dever, o faça na convicção de que atua ao abrigo de uma causa de justificação conforme ao dever de imposto e que as informações tenham sido prestadas de boa-fé e nos limites do risco permitido. A suspeita fundada da licitude da proveniência dos bens objeto da operação solicitada pelo cliente constitui

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

fundamento suficiente para a exoneração de qualquer responsabilidade pela revelação[335] do segredo [336].

O levantamento do segredo profissional é em Portugal também regime de rigorosa exceção:

Quanto ao segredo profissional do advogado, resulta do art. 92, nº 1, do Estatuto da Ordem dos advogados um elenco exemplificativo de factos cujo conhecimento poderá advir do exercício das suas funções e, nessa medida, sujeitos a segredo profissional. O nº 4 do mesmo artigo prescreve que, o advogado pode revelar factos abrangidos pelo segredo profissional, desde que tal seja absolutamente necessário para a «*defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado o do cliente ou seus representantes*»[337], mediante prévia autorização do presidente do conselho distrital respetivo. Para que se possa presumir a existência de consentimento é necessário que a manifestação do cliente se produza de forma livre e voluntária, e seja absolutamente necessário por inexistência de outro meio adequado. Segundo FERREIRA MENDES «*Quanto á necessidade de defesa do cliente esta situação surge, na senda da absoluta necessidade*[338] *disposta no nº 4 do art. 92 do EOA, na medida em que, ou estão esgotados todos os médios idóneos de prova, ou que esta prova, consubstanciada no testemunho do profissional adstrito ao segredo profissional, é exclusivamente adequada à materialização do escopo da diligência jurídica encetada.*»[339]

Quanto á necessidade de defesa do advogado depende de que se mostre justificada face às normas e princípios aplicáveis da lei penal,

335 Nesse sentido ASCENSÃO, José de Oliveira, O branqueamento de dinheiro: reacção criminal, *cit.,* pág. 353.

336 BRANDÃO, Nuno, Branqueamento de capitais, *cit.*, pág. 52.

337 Qualquer outro fim acarreta a falta do direito, em virtude do seu exercício abusivo - COSTA ANDRADE, Manuel da, Teoria Geral das Obrigações, Coimbra, 3. ed., 1966, págs. 66-65; ALMEIDA COSTA, Direito das Obrigações, Coimbra, 3.ª ed., 1979, pág. 59.

338 Sobre a absoluta necessidade devemos referenciar o excelente acórdão do STA de 03/10/07 (Adelino LOPES) in:
https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/4083173/details/normal?advanced.search=Pesquisa+Avan%C%3A7ada&order=whenSearchable&sortOrder=ASC&assunto=advogado+segredo+profissional&types=ACORDAOS_STA

339 FERREIRA MENDES, Rafael José, Os deveres deontológicos dos advogados. O cumprimento de deveres comunitariamente impostos em face do crime de branqueamento de dinheiro. Dissertação de Mestrado em Direito: Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses janeiro/2017.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

nomeadamente face ao princípio do interesse preponderante, nomeadamente tendo em conta a imprescindibilidade do depoimento para a «*descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de proteção de bens jurídicos*».[340] Por isso, a situação mais importante em que isso é possível é em tudo quanto seja absolutamente necessário para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do cliente ou seus representantes. Correlacionando os dois sub-requisitos indicados — «defesa» e «cliente» — tornar-se-á claro que nunca poderá ser autorizada a dispensa de segredo para «defesa» de um «ex-cliente» «contra» outro «ex-cliente», se se derem, as circunstâncias de eles terem sido patrocinados em casos diferentes pelo mesmo advogado, ou de, sendo patrocinados também pelo mesmo simultaneamente, terem vindo a desavir-se. Admitir que revelasse os fatos em desfavor de um seria uma gravíssima traição à confiança por ambos merecida, ainda que sob a capa de pretender defender quem tem razão. O advogado não tem, assim, o direito de escolher, para efeitos de descoberta de matéria sigilosa, aquele dos ex-clientes que pretende, agora, defender. O segredo profissional consubstancia uma dupla realidade, enquanto direito-dever inerente à prática do advogado, que extravasa a relação entre aquele e o cliente. Esta dupla realidade encontra o seu fundamentou no interesse público diretamente ligado à função do advogado como servidor da Justiça. Neste sentido, temos que a natureza jurídica do segredo profissional do advogado tem caráter social ou de ordem pública e não natureza obrigacional[341].

340 *Vide* nº 3 do art. 135 do C.P.P.

341 Sentido idêntico resulta do Código Deontológico do C.C.B.E. no seu art. 2.3.1. que estipula: «É da natureza da missão do advogado que o mesmo seja depositário dos segredos do seu cliente e destinatário de comunicações confidenciais.» O direito-dever de segredo profissional, adotando a terminologia consagrada no Código Deontológico dos advogados europeus, que reconhece no seu ponto 1-2.3, é uma forma de proteger o advogado de pressões exteriores, pois é um direito e dever fundamental e primordial do advogado, e um modo de salvaguardar o ambiente de confiança que deve rodear o exercício profissional da advocacia livre. É condição essencial para que o cliente confidencie ao advogado todas as informações consubstanciando-se como um dever para com o cliente, funcionando como pressuposto e garantia da relação de confiança e lealdade. Esta relação de estreita confiança entre as partes é imprescindível para que o advogado consiga exercer a sua atividade de forma livre, independente e responsável, o que é, por sua vez, uma das exigências do Estado de Direito democrático, a par de um poder judicial independente. O dever de segredo é também uma manifestação do interesse público da profissão, enquanto fator essencial para a administração da justiça, revelando-se um dever para com a comunidade em geral. Isto porque o segredo profissional não visa salvaguardar interesses próprios do advogado,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Com efeito, ao reconhecer a honra, a dignidade e eminente função social da advocacia, a Lei reconhece a natureza pública da profissão, vejam-se, designadamente, os arts. 1, 8 e 72, do Estatuto da Ordem dos advogados (E.O.A.). No sentido da função do advogado como elemento essencial à administração da justiça e da imunidade que tem de gozar no seu exercício, vejam-se, também, os arts. 208 da Constituição da República Portuguesa e art. 114 da L.O.F.T.J. Pode coordenar o dever de segredo profissional e o dever de comunicação, existindo espaços de acordo entre eles ou só espaços de conflito? Pode-se dar preferência a um ou deve-se cumprir ambos? Obviamente devemos realizar uma ponderação de valores e interesses num caso concreto. O nº 2 do art. 35 da Lei 25/2008, de 05 de junho, demonstra situações em que se mantém o direito ao segredo sem existir dever de comunicação, dispondo o artigo que:

> «*Tratando-se de advogados ou solicitadores e estando em causa as operações referidas na alínea g) do art. 4, não são abrangidas pelo dever de comunicação, as informações obtidas no contexto da avaliação da situação jurídica do cliente, no âmbito da consulta jurídica, no exercício da sua missão de defesa, aconselhamento relativo à maneira de*

mas de outrem, quer dos clientes, quer de colegas, quer os interesses da Justiça e do Estado de Direito. O segredo profissional do advogado, tem tutela constitucional nos termos do consagrado no art. 208 da C.R.P., logo por identidade de razão, a mesma Lei fundamental tem de proteger as comunicações privadas entre o cliente e o seu mandatário. A nível constitucional, não podemos deixar de referenciar o art. 208, o qual dispõe que os advogados são essenciais à administração da justiça e que lhe são garantidas todas as imunidades ao exercício do mandato forense, estando estabelecido neste artigo o estatuto constitucional do advogado no exercício do mandato, sendo que aqui se encontram englobadas as imunidades necessárias ao exercício de um mandato livre, independente e responsável, incluindo a proteção do segredo profissional. Antes do mais convirá referir que sobre o advogado impende a necessidade de não advogar conscientemente contra a verdade e o Direito, bem como o dever de recusar patrocínios que considere injustos. Desde logo, o art. 20 da Constituição reconhece a todos o «direito à informação e à proteção jurídica» (nº 1), e garante a todos «o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos...» (nº 2). «A função de «colaborar na administração da justiça» faz do advogado não só um garante dos direitos e interesses legítimos do cidadão, mas também um participante privilegiado na prossecução de, pelo menos, uma das tarefas fundamentais do Estado: a que se refere na alínea b) do art. 9 da Constituição Portuguesa.» SILVA CAMPOS, Carlos, O sigilo profissional e os seus limites in: https://portal.oa.pt/upl/7%B539cf1dc51-d4-7f-04b33d1546073-e3c9c7%D.pdf

Na Constituição Espanhola podemos confirmar a sua consagração jurídica no art. 24, em especial o art. 24 nº 2. No organização jurídico espanhol, além do referido art. 24 da Constituição, devemos referir também o art. 542 da Lei Orgánica de Poder Judicial e o art. 199 do Código Penal, a título de exemplo.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

propor ou impedir um processo, bem como as informações que sejam obtidas dantes, durante ou depois do processo».

Se não fosse assim, verificar-se ia um total desrespeito pelo princípio constitucional de acesso aos tribunais, enquanto garantias de defesa do cliente, de matriz constitucional, contrária à disposição:

- «*Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídica, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado diante de qualquer autoridade*» - do nº 2 do art. 20 da CRP, não garantindo assim qualquer defesa àquele que se visse denunciado pelo seu defensor.

No que concerne à cessação do segredo profissional e como já se disse, o direito-dever de segredo profissional dos advogados não é absoluto. Há 3 tipos de circunstâncias em que cessa:

Desde logo, e em primeiro lugar, quando o sigilo existir em concreto no exclusivo interesse do cliente e o seu levantamento beneficiar, exclusiva ou parcialmente, o cliente pode desvincular o advogado da sua observância, entendendo-se, porém, que mesmo desvinculado, o advogado não é obrigado a revelar factos anteriormente cobertos pelo segredo.

Segundo, por iniciativa do advogado e só dele. Para isso prevê-se a possibilidade de cessação do dever de segredo profissional mediante autorização prévia do respetivo presidente do conselho distrital da Ordem dos advogados, ou, após recurso de decisão negativa, do presidente (Bastonário) da Ordem dos advogados[342]. Este pedido de cessação do

342 «Os advogados e os advogados estagiários (a partir da sua inscrição, nos termos do disposto nos arts. 193 do EOA e no art. 18, nº 1, al. f) do Regulamento Nacional de Estágio) estão sujeitos a segredo profissional, e só eles têm legitimidade para pedir a autorização para a sua dispensa (legitimidade). Todas as outras pessoas que não sendo advogados ou advogados estagiários tenham acesso a fatos, documentos ou objetos sujeitos a segredo profissional não têm legitimidade para requerer à Ordem dos advogados a respetiva dispensa, fato que não lhes permite violar o segredo, sob pena de responsabilidade penal (art. 195 a 198 do Código Penal), civil e disciplinar laboral (tratando-se de subordinação jurídica). O funcionário do advogado que tome contato com fatos sujeitos a segredo profissional, só poderá depor sobre eles se o empregador advogado o dispensar, na sequência da sua própria (advogado) e prévia dispensa pela Ordem dos advogados. O fato de somente aos advogados e advogados estagiários ser permitido pedir autorização para revelar fatos sujeitos a segredo profissional, não significa que o depoimento de todas as pessoas que colaborem com o advogado seja livre. Os atos praticados por essas pessoas, sem estarem munidas da respetiva autorização do advogado, não fazem prova em juízo, podendo ainda fazê-las incorrer em crime de violação ou de aproveitamento de segredo profissional, responsabilidade civil e disciplinar laboral, tratando-se de subordinação jurídica

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

segredo tem fundamentos estritos: defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado o do cliente ou seus representantes (art. 92 nº 4 do EOA). Além disso, não pode o pedido de cessação do segredo ser atendido por forma a que alguém possa depor em processo em que interveio como advogado.

Sublinhe-se que este artigo do EOA admite que o segredo profissional pode ser dispensado não para defender os interesses do cliente – e até contra os interesses do cliente – mas por ser absolutamente necessário para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado.

Terceiro, por iniciativa de autoridade judiciária, quando for utilizado o mecanismo do art. 135, nº 3 e 5 do Código de Processo Penal, aplicável também ao processo civil, feitas «as adaptações impostas pela natureza dos interesses em causa», por via da remissão dos arts. 519, nº 4 e 618 nº 3, do Código de Processo Civil.

A quebra do segredo profissional pode ser autorizada para defesa de interesses de terceiro quando não há dano do cliente ou do advogado, ou quando os interesses de terceiro a favor do qual cessa o segredo são sensivelmente superiores aos interesses lesados do cliente o do advogado; se houver autorização dos órgãos da Ordem e o juiz decidir não sentido da quebra do segredo, o advogado não pode recusar-se a depor, incorrendo, se o fizer, num crime de desobediência.

Em conformidade com o disposto no art. 135 do Código de Processo Penal, caso ocorram dúvidas sobre a legitimidade dessa escusa na 1.ª instância, devem ser apreciadas no Tribunal de Relação respetivo (ou seja, tribunal imediatamente superior),[343] pois está o direito constitucionalmente protegido de acesso à justiça.[344] Também de acordo com o nº

laboral – art. 92, nº 7 e 5 do EOA, arts. 195 e 196 do Código Penal, art. 483 e ss., do Código Civil.» in MATEUS, Carlos, Deontologia profissional..., *cit.,* pág. 154.

343 Ac. do TRP Processo: 0515331 de 05/11/23
http://www.dgsi.pt/JTRP.NSF/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/5d9184271f1aff08802570cb003dcd7:
«As pessoas sujeitas a segredo profissional, podem pedir escusa de depor sobre factos abrangidos por aquele segredo, mas havendo dúvidas sobre a legitimidade dessa escusa, pode-se suscitar a sua apreciação.»

344 Ac. Do STJ Processo: 16.5/2TRPRT-A.S1
http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b92d5a2a8f2412a3802582cf00

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

4 deste art. 135, «… *a decisão da autoridade judiciária ou do tribunal é tomada ouvido o organismo representativo da profissão relacionada com o segredo profissional em causa, nos termos e com os efeitos previstos na legislação que a esse organismo seja aplicável*». Ou seja, após o tribunal ter decidido que a recusa é legítima, o Ministério Público pode conformar-se com tal situação ou requer ao juiz que suscite a intervenção do tribunal superior para que a proteção do segredo profissional seja quebrada. No entanto, qualquer lei ou interpretação que conduzisse a que os tribunais ficassem vinculados a um parecer deontológico de uma Ordem profissional, qualquer que ela fosse, relativamente à vinculação ou desvinculação do segredo profissional sofreria da vicissitude de inconstitucionalidade substancial[345]. Por isso, não temos quaisquer dúvidas em assumir que

3af19e:

Nesse caso, «os interesses em conflito são, por um lado, o dever de segredo dos profissionais do foro, mais concretamente dos advogados, legalmente tutelado e conexamente consagrado como uma das dimensões constitucionais do patrocínio forense, considerado como «um elemento essencial à administração da justiça» [art. 208, da Constituição Portuguesa] e, por outro lado, o dever e o interesse público do Estado em exercer o seu «jus puniendi» e realizar a justiça penal [art. 202 da Constituição]. Tanto numa dimensão, como na outra está em causa o direito fundamental e constitucional de acesso ao direito [art. 20 da Constituição] que implica, entre outras coisas, o correspondente patrocínio judiciário, com a particular relação de confiança entre o advogado e o seu cliente, a defesa de dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente ou seus representantes. Acresce ainda que a plenitude de um Estado de Direito Democrático [art. 2 Constituição], não só exige um poder judicial independente, como tem subjacente o exercício de uma advocacia livre e responsável, sendo ambas a cara e a coroa da mesma moeda, que é o exercício dos direitos de cidadania.» «Sendo ilegítima a escusa, por a informação não estar abrangida pelo segredo, ou por existir consentimento do titular da conta, o próprio tribunal em que a escusa for invocada, depois de ultrapassadas eventuais dúvidas sobre a ilegitimidade da escusa, ordena a prestação da informação, nos termos do nº 2 do art. 135 do Código de Processo Penal;» «Caso a escusa seja legítima, cabe ao tribunal imediatamente superior àquela em que o incidente se tiver suscitado ou, no caso de o incidente se suscitar perante o Supremo Tribunal de Justiça, ao pleno das secções criminais, decidir sobre a quebra do segredo, nos termos do nº 3 do mesmo artigo. Entendemos que não sendo automática a intervenção do tribunal superior, quando se decida que a recusa em prestar depoimento é legítima, a opção de suscitar o incidente perante o tribunal superior, na fase de inquérito, caberá ao Ministério Público, pois, sendo o titular do inquérito, melhor saberá se o depoimento da testemunha é imprescindível para a investigação.» A lei ao regular a dispensa do segredo profissional enuncia no citado art. 135, nº 3 que a prestação de testemunho com quebra desse segredo apenas terá lugar quando se «mostre justificada, segundo o princípio da prevalência do interesse preponderante, nomeadamente tendo em conta a imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de proteção de bens jurídicos».

345 TRP Processo: 04.7/106TALMG-B.P1
http://www.dgsi.pt/jtrP.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/b9313446cab5def6802577f400

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

o parecer emitido por uma Ordem profissional sobre cessação ou não do segredo profissional relativamente a um dos seus membros, apenas vincula estes nas relações internas desses organismos, não tendo eficácia «erga omnes», quando essa mesma questão é igualmente suscitada no decurso de um processo em tribunal.[346] Ora e de acordo com o Estatuto

5afd98?OpenDocument:
«desvinculação do segredo profissional de um dos seus membros, padeceria do vício de inconstitucionalidade substancial.»

346 Ac. TR Évora de 19/05/07 in:
http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/bd780ec3558c9b22802583fc004163e9:
«Fique-se, no entanto, com a ideia de que não compete à Ordem dos advogados emitir este juízo valorativo de quebra do segredo. Se assim fosse o art. 135 do C.P.P. estaria no Estatuto da Ordem dos advogados e esta substituiria os tribunais nos arts. 202 e ss. da Constituição da República Portuguesa. Assim, tal parecer nunca poderia vincular o tribunal, porquanto de acordo com o disposto no art. 202, nº 1 da C.R.P.: «Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo», acrescentando-se no seu nº 2 que «Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados.»
Ac. do TRP de 10/11/03, processo nº 04.7/106TALMG-B.P1 in:
http://www.dgsi.pt/jtrP.nsf/-/B9313446CAB5DEF6802577F4005AFD98:
«Como se disse supra a dispensa ou levantamento do segredo profissional é uma competência exclusiva da Ordem dos advogados nos termos estatuídos pelo art. 92 do seu Estatuto. Mas coisa radicalmente diversa é o incidente de quebra do segredo profissional, a seguir o processamento incidental do art. 135 do Código de Processo Penal (o nº 3 do artigo: … pode decidir da prestação de testemunho com quebra do segredo profissional …). Ali trata-se de uma questão de ofício. O tribunal ficar vinculado à decisão do organismo de representação profissional, é inconstitucional, por violar o princípio da independência dos tribunais e o princípio da prossecução da verdade material, próprios de um Estado de Direito, e constituir um encurtamento inadmissível das garantias de defesa (arts. 32 ,2 nº 1 e 203 CRP), e subordinar e submeter a atividade dos tribunais a outras entidades e assim subverter o disposto no art. 205.2 CRP. É que a decisão sobre a quebra do segredo exige a ponderação de diversos valores constitucionais revestindo por isso natureza constitucional, e a decisão em causa está reservada legalmente aos tribunais, e por isso uma interpretação daquela natureza não se compadece com as citadas normas e princípios constitucionais. Ou seja, a ponderação dos valores a fazer no âmbito do art. 135 - quebra do segredo – está muito para além das competências da Ordem dos advogados. É necessário nunca esquecer que a Ordem dos advogados é uma associação pública representativa dos profissionais que, exercem a advocacia – art. 1, nº 1 do referido Estatuto – em conformidade com a Lei nº 2013/2, de 10 de janeiro, que estabelece o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais. Não é um tribunal.»
De facto, a hipótese de que tratamos só adquirirá especial magnitude no caso de se entender que o parecer da Ordem dos advogados não possui caráter vinculativo. Se, pelo contrário, se aderir a uma solução de vinculação judicial, não caberá duvidar da licitude e legitimidade do comportamento do advogado conforme à decisão da Ordem e contrário ao ditame do Juiz. Esta dificuldade está longe de lograr uma solução pacífica. A jurisprudência, designadamente a do Supremo Tribunal de Justiça, pugna pelo caráter não vinculativo do parecer da Ordem dos

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

da Ordem dos advogados os advogados estão obrigados a guardar segredo profissional [art. 92]. Esta vinculação abrange todos os factos conhecidos pelo advogado no exercício da sua profissão, e por causa desse exercício, dando-se, assim, particular ênfase à relação de confiança, quer com o cliente, quer com os demais colegas do foro ou ainda com a parte contrária – aqui em certas circunstâncias –, que deve gerar o exercício da advocacia. A desvinculação desta necessidade tem apenas lugar, de acordo com o nº 4 do citado art. 92, quando tal revelação seja «*absolutamente necessária para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente ou seus representantes*», mas sempre apenas «*mediante prévia autorização do presidente do conselho distrital respetivo, com recurso para o Bastonário* (...)». Do ordenado no nº 1 do art. 135 do CPP resulta que os profissionais abrangidos pela norma «*podem escusar-se a depor sobre os factos por ele [segredo] abrangidos*». Com efeito, desta disposição legal, parece decorrer que o incidente de quebra do segredo profissional só surgirá caso a testemunha se recuse a prestar o seu depoimento. Com esta afirmação pretende-se salientar que, não caberá à autoridade judiciária suscitar o incidente, motu próprio, se essa não for a vontade manifestada por quem tem a disponibilidade de se recusar a depor. Atenção ao facto de que se o advogado é ao mesmo tempo também arguido no processo, não lhe é aplicável o disposto no art. 135 C.P.[347]

Convém, porém, não esquecer que é considerado como crime de violação de segredo, da previsão do art. 195 do Código Penal, «*Quem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte*».

advogados, argumentando tal tese com apoio nas premissas de independência e soberania dos tribunais. A questão foi já suscitada no Ac. STJ de 22 de junho de 1988 (Boletim do Ministério da Justiça, nº 378, *cit.*, pág. 624), que considerou a natureza não vinculativa deste parecer. Todavia, a doutrina tem criticado veementemente esta posição jurisprudencial, esgrimindo considerações de especialização da Ordem dos advogados e aproximando o dito parecer de uma prova pericial de valor vinculativo reforçado Assim, António ARNAUT, *cit.*, pág. 71 e Rodrigo SANTIAGO, *op. cit.*, pág. 243.Veja-se ainda Rodrigo SANTIAGO, Anotação ao Acórdão de 22 de junho de 1988 do Supremo Tribunal de Justiça, *Revista da Ordem dos advogados*, 49, dezembro de 1989, *cit.*, pág. 862.

347 Ac. TRL, de 2008-07-9, Proc. 3 08/4870ª Secção in: https://www.pgdlisboa.pt/jurel/jur_busca.php?busca=assunto&buscajur=sigilo+profissional&areas=57&exacta=on&buscaprocesso=&buscaseccao=&Pagina=1&ficha1

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

E se a testemunha não invocar a escusa e relatar factos cobertos pelo segredo profissional? Quais as consequências legais? O depoimento da testemunha obrigada a segredo profissional que não o invoca é plenamente válido e valorado no processo onde estiver incluído.[348] Se a testemunha prestar depoimento em violação do seu dever profissional de segredo a pessoa a quem essas informações disserem respeito poderá agir, apresentando queixa pela prática do crime de violação de segredo (art. 195 do Código Penal). Efetivamente, não existirá nenhum fundamento juridicamente relevante que a legitime a invocar a nulidade da prova num processo que poderá nem lhe dizer diretamente respeito. Ao ofendido apenas restará reagir, a acoberto da lei penal, contra quem prevaricou. Obviamente que para ressalvar qualquer eventualidade e em benefício da própria testemunha, a autoridade judiciária poderá contactar o titular do segredo, no sentido de este se pronunciar quanto à sua quebra. Entendemos que a prova é válida em qualquer situação. Com efeito, o artigo usa a expressão «podem escusar-se a depor» dando a entender que é uma faculdade e não um impedimento. Esta opinião não será válida em relação ao segredo dos advogados, atendendo à exceção prevista no art. 92 nº 5 do Estatuto da Ordem dos advogados que impede que o depoimento em violação do dever de segredo profissional seja valorado em Tribunal, o que se compreende em virtude da relação advogado-cliente.

348 Para melhor compreensão referenciamos aqui o trabalho realizado por vários formandos no âmbito do CEJ in:
http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_RegimeSegredos.pdf
«Em termos processuais, contudo, a lei não prevê no art. 135 uma proibição de prova, como ocorre nos artigos subsequentes. A diferença é muito relevante em termos práticos. É que o depoimento da testemunha obrigada a segredo profissional que não tenha invocado o seu direito de escusa é plenamente válido e pode ser valorado no processo em que foi produzido. Efetivamente, entende-se que não tendo a testemunha invocado a faculdade de recusa de depoimento prevista no art. 135, nº 1, do CPP, não caberá ao Tribunal, na fase de julgamento, ou ao Ministério Público, na fase de inquérito, suscitar por si o levantamento do segredo profissional, pois é «o beneficiário de segredo que dele dispõe livremente, em função dos seus interesses. Como tal, caso a autoridade judiciária se aperceba que a testemunha poderá relatar factos abrangidos pelo segredo profissional, deverá adverti-la de que pode se recusar a depor sobre esses mesmos factos, bem como das consequências legais que poderão advir caso assim não proceda. Feita esta advertência, se a testemunha persistir na sua vontade de depor, não poderá a autoridade judiciária impedir o seu depoimento, antes ou deverá admitir, sendo a prova válida. Considera-se, pois, que, a recusa em depor constitui uma prerrogativa da testemunha e não um impedimento.»

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Na verdade, entre decidir sobre as regras deontológicas mais importantes para a atividade do advogado (como o sigilo profissional), o incumprimento dessa obrigação e das consequências necessárias, e a possibilidade de prevenir danos maiores, ele certamente nada hesitará na face desta situação em revelar fatos confidenciais. No entanto, por respeito aos princípios éticos que norteiam todo o comportamento do advogado e a sua função social no exercício da justiça, em caso de violação do segredo profissional, o advogado deve solicitar o parecer do respetivo presidente do conselho distrital, desde que, pois, a agência é responsável por avaliar o problema. Além disso, em circunstâncias extremamente complexas e delicadas, mesmo que o cliente permita que divulgue os fatos que conhece, o advogado ainda deve consultar a ordem para se proteger. Não podemos nunca esquecer que o segredo profissional não tem natureza contratual, ele é de natureza deontológica, eminentemente social. No caso da advocacia, enquanto profissão liberal que assenta numa relação de confiança, o segredo profissional, como não podia deixar de ser, abrange exatamente tudo quanto chega ao conhecimento de alguém – advogado – e é nessa base que se consubstancia essa relação cliente, constituinte versus advogado, razão por que, se exige uma avaliação rigorosa da manutenção ou quebra do sigilo.

É, pois, imprescindível, na avaliação dos deveres em «conflito» a sua importância no sentido de determinar quais os valores jurídicos que aqueles deveres servem, para se poder concluir do interesse ou valor preponderante, uma vez que o segredo profissional não é protegido apenas, em razão de um interesse puramente particular ou da classe, mas, também, de um interesse geral ou público. E, esse interesse público, por vezes, cede também perante um outro interesse, igualmente público, mais forte (boa administração da justiça); nestes termos, a necessidade do segredo profissional não deverá ser mantida quando razões superiores àquelas que determinaram a sua criação imponham a revelação dos factos trazidos ao conhecimento do advogado. Desta forma, e, ponderados os fundamentos do pedido de escusa, uma vez dispensado o advogado do dever de sigilo profissional, cessa essa mesma necessidade, ficando este livre de poder depor em juízo. Mas, importa não esquecer que o incidente de escusa pode ser alvo de apreciação superior, isto é, o tribunal

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

onde foi suscitado o incidente, pode requerer a intervenção do tribunal superior, no sentido de averiguar da legitimidade da escusa. Até porque, estando nós em sede de matéria criminal, matéria já por si delicada, não é de todo aceitável a invocação de escusa sem razão, não é razoável que acoberto do segredo profissional «criminosos» fiquem imunes à justiça.

Assim sendo, cumpre aos tribunais, em nome da descoberta da verdade material, princípio essencial e determinante do direito processual penal, averiguar os factos, que foram levados a julgamento e procurar saber se o arguido pronunciado é ou não «culpado» da prática dos mesmos e para tal averiguação poderá ser relevante e por vezes determinante o recurso ao depoimento do advogado com quebra do segredo profissional. E é nesse sentido que se insere o art. 135 nº 3 do C.P.P., quando remete para instâncias superiores a apreciação do pedido de escusa, por parte do advogado, podendo este tribunal decidir da prestação do seu testemunho, com quebra do segredo profissional, sempre que esta se mostre justificada face às normas e princípios aplicáveis da lei penal, nomeadamente face ao princípio da prevalência do interesse preponderante. Ainda, e de acordo com o disposto nos arts. 182 nº 2; 135 nº 3 do C.P.P. e 31 nº 1, nº 2 e 36 nº 1 do C.P., impõe que a quebra de sigilo profissional seja precedida de uma ponderação de valores em conflito, de forma a determinar se a salvaguarda do sigilo profissional deve ou não ceder perante outros interesses.

– A função do art. 135 do C.P.P.

Surgindo como exceção a um dever geral de prestar depoimento previsto no C.P.P. no art. 131, nº1, *in fine*, o segredo profissional de advogado coloca-se a par de outros deveres de sigilo e impedimentos previstos nos arts. 133 a 139 daquele diploma. O sistema de proteção do segredo profissional do advogado, tutelado pela ordem jurídica, assenta que, verificados os seus pressupostos, consagra a obrigatoriedade de prestação

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

de depoimento como uma situação excecional, considerada caso a caso, através de uma ponderação[349] dos valores[350] em conflito. [351]

349 Ac. TR Évora de 19/05/07 in:
http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/bd780ec3558c9b22802583fc004163e9
«definida casuisticamente em função dos interesses que, em cada caso, devam ser acautelados por se reconhecer preponderância valorativa ao resguardo dos conhecimentos obtidos no exercício da profissão, desde que o objeto do depoimento esteja relacionado com esse conhecimento. Isto é, o não depoimento será a regra geral, a necessidade de depor a exceção. A - Nesta sequência e num primeiro nível – e quando o fundamento é a tutela dos interesses dos clientes – deixa de haver sujeição ao dever de sigilo se é o próprio cliente do advogado a dispensá-lo da vinculação a tal dever. Não por acaso no Estatuto da Ordem dos advogados (EOA) a primeira alínea de vinculação do art. 92 prevê os interesses dos clientes nesse primeiro nível. Dispõe o art .92, al. a) do novo EOA aprovado pela Lei nº 2015/145 de 1» :09-09 - O advogado é obrigado a guardar segredo profissional no que respeita a todos os factos cujo conhecimento lhe advenha do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços, designadamente: (a) a factos referentes a assuntos profissionais conhecidos, exclusivamente, por revelação do cliente ou revelados por ordem deste.»

350 Ac. TRP de 2011-02-23 in:
http://www.dgsi.pt/jtrP.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/dcacfe877c4f1e038025784c0040dba6?OpenDocument
«Aqui não ocorre – por óbvia ausência de competência – intervenção do tribunal. Não esqueçamos do que abordámos antes sobre o consentimento, especialmente porque esse consentimento do cliente não é suficiente em questões que se levantem processualmente.

351 Ac. TR Évora de 19/05/07 in:
http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/bd780ec3558c9b22802583fc004163e9
«b) - Não sendo esse o caso e num segundo nível pode o advogado solicitar à sua Ordem a dispensa do segredo profissional.
Para tanto rege o nº 4 do art. 92 do atual EOA que discorre: «O advogado pode revelar factos abrangidos pelo segredo profissional, desde que tal seja absolutamente necessário para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente ou seus representantes, mediante prévia autorização do presidente do conselho regional respetivo, com recurso para o bastonário, nos termos previstos no respetivo regulamento», sendo certo que, mesmo dispensado, pode manter o dito segredo (nº 6 do artigo). Aqui também não há qualquer intervenção de um tribunal por incompetência dada a patente desnecessidade face à ausência de qualquer interesse público supra profissional a acautelar e a lei é clara na atribuição à OA de competência decisória exclusiva.
c) - Uma terceira circunstância factual e normativa faz surgir algo de profundamente diverso, o incidente processual de quebra do segredo profissional, regulado no art. 135 do C.P.P., o qual visa equilibrar os valores subjacentes ao segredo em contraposição com os valores acautelados pelos direitos constitucional, penal e processual penal, ou seja, com valores de ordem pública e social que extravasam a competência para decidir em matéria essencialmente corporativa e profissional. Aqui a escusa a depor do obrigado ao sigilo é legítima, mas a ordem jurídica manda apreciar/valorar esse dever de sigilo com outros valores que se podem, no caso, sobrepor àquele, matéria da exclusiva competência dos tribunais. De que falamos em concreto? De uma ponderação de valores entre os interesses que sustentam a existência de sigilo (maioritariamente profissionais e/ou particulares) e valores que se concretizam na imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de proteção de

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

São esses valores a *imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de proteção de bens jurídicos*.

– A inexistência de *imprescindibilidade*

Este incidente deve ser declarado procedente por existir – ou ser invocada - *imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade.* Recordamos que o exercício da profissão de advogado tem a relevância que lhe é dada pela Constituição da República Portuguesa no art. 208 (Patrocínio forense) onde estão escritas as imunidades da profissão.[352] Sem olvidar que o exercício do mandato com o privilégio do sigilo é contrapartida do princípio da confiança do cliente e que, ambos, assumem uma relevância pública indesmentível numa sociedade democrática, num Estado de Direito. Também o afirma o Código Deontológico do advogado Europeu no seu art. 2.3-1 ao asseverar que «*Sem a garantia de confidencialidade não pode haver confiança. O segredo profissional é, pois, reconhecido como direito e dever fundamental e primordial do advogado*». Daí que só excecionalmente o sigilo deva ser quebrado. A expressão usada no nº 3 do art. 135 do C.P.P. é clara: a quebra será decretada *nomeadamente tendo em conta a imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade*[353]*, a gravidade do crime e a necessidade de proteção de bens jurídicos.*

A análise da imprescindibilidade da prova só pode ser feita tendo em mente a acusação deduzida, o pedido formulado e os fundamentos factuais aduzidos pelo magistrado do Ministério Público requerente. No

bens jurídicos, bens essencialmente públicos e de grande relevo social e político. E isso obtém-se usando como ferramenta o princípio da prevalência do interesse preponderante (a habitual ponderação de valores), como decorre do nº 3 do dito art. 135 do C.P.P. E essa ferramenta irá determinar qual dos valores, qual dos interesses em conflito, prevalecerá no caso que estiver em apreciação concreta.»

352 Assim como pelo art. 12 da Lei nº 2013/62, de 26 de agosto (Lei da Organização do Sistema Judiciário).

353 Não se verificando tais critérios, não deve ser concedida. Nesse sentido, Ac. TRL de -06-3 2008 , Proc. 5 ,07/10975ª Secção in: https://www.pgdlisboa.pt/jurel/jur_busca.php?busca=assunto&buscajur=sigilo+profissional&areas=57&exacta=on&buscaprocesso=&buscaseccao=&Pagina=1&ficha=1

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

entanto imprescindibilidade não pode significar ausência de qualquer outra prova.[354]

Se por um lado existem interesses divergentes e inconciliáveis, em que o advogado tem a necessidade de manter segredo, por outro, existe o dever de colaborar com a administração da justiça. Primeiro, o dever de guardar segredo profissional cessa quando estão em causa direitos e interesses legítimos do advogado ou do cliente ou dos representantes, mediante autorização prévia do Presidente do Conselho Distrital da Ordem dos advogados, com possibilidade de recurso para o Bastonário, nos termos do E.O.A. Segundo, a faculdade, prevista na lei penal, do advogado poder pedir escusa e, desse modo, ficar isento de prestar depoimento sobre factos de que adquiriu conhecimento, direto ou indireto, no exercício da sua atividade ou por causa dela, está sujeito a averiguações, conforme decorre da lei; até porque, o interesse na realização da justiça, em determinadas situações concretas, deverá prevalecer sobre o segredo profissional a favor da manutenção da reserva da vida privada dos cidadãos, da paz e da justiça. Uma vez, dispensado de guardar segredo, o advogado é obrigado a depor sob pena de incorrer, como já o dissemos, em responsabilidade disciplinar, civil e criminal.

No que concerne à legitimidade da escusa, o nº 2 do art. 132 prevê a possibilidade da ilegitimidade da escusa. do que se trata, nesta fase, é de averiguar se a testemunha se escusou ao depoimento em cumprimento

354 Ac. nº 12.5/248TAELV-B.E1 de Tribunal da Relação de Évora, 19/05/07 in: https://tribunal-relacao.vlex.pt/vid/784757213
«Além disso, imprescindibilidade não pode significar que o depoimento a prestar seja o «único» ou «exclusivo» elemento de prova existente no sentido de não haver outros a prestar ou já prestados. A imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade significa que a prova sobre determinados factos que se encontram na esfera de conhecimento da testemunha, onde se inclui objetos ou documentos, não poderá ser obtida se não pela quebra do segredo.»
Ac. TRE, processo nº 08.0/377TALGS-A.E1 de 09/12/15 in:
http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/-/9C0D9294B2B7435280257DE100574F1C
«Essa imprescindibilidade do testemunhou não constitui um requisito obrigatório da quebra de segredo, mas antes um dos fatores que, exemplificativamente, podem fundamentar o juízo de prevalência dos interesses conflituantes com os protegidos pelo segredo profissional. Terá lugar, em princípio, quando o depoimento se apresente como imprescindível, mas nada impede que a quebra seja determinada em hipóteses de menor relevância para a descoberta da verdade (*v.g.* depoimento necessário, determinante, muito importante), em atenção à sua conjugação com outros fatores, como sejam a relevância jurídico penal concreta do depoimento ou, mesmo, a gravidade do crime ou a importância relativa dos bens jurídicos a proteger.»

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

de um dever legal, i.e., se os factos objeto do depoimento estão, ou não, abrangidos pelo segredo profissional. Com efeito, concluindo-se pela ilegitimidade da escusa, não pode a testemunha recusar depor porque, simplesmente, «não existe segredo». Para a tomada de decisão sobre a legitimidade/ilegitimidade da escusa, a «*autoridade judiciária perante a qual o incidente se tiver suscitado procede às averiguações necessárias*». Efetivamente, se o incidente surgir na fase de inquérito, é ao Ministério Público que caberá proceder às diligências para a obtenção dos elementos necessários que permitam decidir sobre a legitimidade/ilegitimidade da escusa. Se, por outro lado, o incidente surgir na fase de instrução o julgamento, tal tarefa caberá ao juiz. Se for entendida como legítima a recusa em prestar depoimento o próximo passo é determinar se se mostra, ainda assim, justificada tendo em consideração o princípio da prevalência do interesse preponderante, que se afere tendo em conta, nomeadamente, os seguintes critérios: imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade; a gravidade do crime e a necessidade de proteção dos bens jurídicos.

1) A imprescindibilidade do depoimento:
   Para considerarmos a imprescindibilidade do depoimento devemos nos valer do princípio da prevalência do interesse preponderante que se pode considerar em quatro implicações normativas fundamentais:

   1: O Juiz deve estar submetido a padrões mensuráveis.
   2: Devemos afastar teses extremas, quer a do absolutismo do segredo que a da submissão absoluta do segredo em caso de prestação de testemunho em julgamento.
   3: Deve-se prosseguir interesses legítimos.
   4: Só se deve ter em consideração esta possibilidade nas situações de combate a crimes graves.[355]

355 Ac. TRC Processo: 04/3878 de 05/01/12
http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/eca223ff159e7e1f80256f9c0055923e
«A) Em primeiro lugar e por mais óbvia, avulta a intencionalidade normativa de vincular o julgador a padrões objetivos e controláveis.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

O art. 135 do CPP consagrou a solução mitigada que admite a justificação (ex vi ponderação) da violação do segredo desde que esteja em causa a perseguição dos crimes mais graves, ou seja os que provocam maior alarme social. Para se averiguar qual o interesse que deve prevalecer, o ministério público deve indicar os factos eventualmente conhecidos pela testemunha, que permitirão ao tribunal concluir pela imprescindibilidade do seu testemunho e, por outro lado, que essa informação, indispensável à descoberta da verdade, não pode ser obtida se não pela quebra do segredo.[356]

2) A gravidade do crime:
No que concerne ao critério da gravidade do crime, e na ausência de um critério legal objetivo, a doutrina tem apontando o critério fixado no art. 187, nº 1, al. a), isto é, define-se como «crime grave» o crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos, atenta a similitude material entre a tutela do direito à privacidade pelo art. 187 e a tutela do segredo profissional pelo art. 135. Ou seja, não deve o tribunal superior considerar justificada a quebra de segredo profissional nos casos de crime punível com pena de prisão até três anos.

B) Em segundo lugar, resulta óbvia a intenção de afastar qualquer uma das soluções extremas; tanto a tese de que o dever de segredo prevalece invariavelmente sobre o dever de colaborar como a tese de que a prestação de testemunho perante o tribunal (penal) configura só por si e sem mais, justificação bastante da violação do segredo profissional.

C) Em terceiro lugar, o apelo ao princípio da ponderação de interesses significa o afastamento deliberado da justificação, neste contexto, a título de prossecução de interesses legítimos.

D) Isto é: a realização da justiça penal, só por si e sem mais (despida do peso específico os crimes a perseguir) não figura como interesse legítimo bastante para justificar a imposição a quebra do segredo.

E) E isto sem prejuízo da pertinência e validade reconhecidas a esta dirimente no regime geral da violação de segredo.

F) Em quarto lugar, com o regime do art. 135 do CPP, o legislador português conheceu à dimensão repressiva da justiça penal a idoneidade para ser levada à balança a ponderação com a violação do segredo: tudo dependerá da gravidade dos crimes a perseguir.»

356 Para melhor compreensão referenciamos aqui o trabalho realizado por vários formandos no âmbito do CEJ in:
http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_RegimeSegredos.pdf
«Para que o tribunal superior possa apreciar a verificação do princípio da prevalência do interesse preponderante, terão que ser indicados, quer no requerimento do Ministério Público ao juiz».

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

3) A necessidade de proteção dos bens jurídicos:
Ao lado da perspetiva objetiva fundamentada na abstração da pena aplicável, também devem ser ponderadas as circunstâncias concretas do crime pois que, não obstante a sua moldura penal, o bem jurídico tutelado pode ter sido violado em termos tais que impliquem uma carga de ilicitude tão elevada que justifique a quebra do segredo profissional ou, na inversa, apesar da moldura grave, existir um conjunto de circunstâncias que aponta para uma diminuição significativa da culpa do agente. Suscita, por sua vez, o princípio da prevalência do interesse preponderante, sendo permitida também em situações em que seja imprescindível o depoimento para a «*descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de proteção de bens jurídicos*».[357] Nesse contexto, a doutrina e a jurisprudência entende que a proteção da «boa administração da justiça» prevalece face ao «clima de confiança» e a «proteção do consumidor de serviços financeiros»[358]. Com efeito, recorre-se à uma ponderação de valores[359] de forma criteriosa com o fim de decidir se o sigilo deve ceder ou não a outros interesses «designadamente o da colaboração com a justiça penal», e mais, analisa-se a relevância dos bens jurídicos em questão por meio de um critério de «proporcionalidade na restrição», na medida do necessário, de direitos e interesses constitucionalmente protegidos»[360].

O princípio da proporcionalidade surge exatamente como o fiel de balança da colisão desses princípios fundamentais, a ser utilizado pelo operador do direito na ponderação dos valores que deverão prevalecer no caso concreto. Conclui-se que o princípio da proporcionalidade constitui

357 Art. 135 do C.P.

358 Acs. RC de 6 de julho de 1994, CJ XIX, T 4, pág. 46; de 17 de abril de 1996, CJ XXI, T. 2, pág. 57, Luís Guilherme CATAARINO, Segredo bancário e revelação jurisdicional, na *Revista do MP* nº 74, *cit*., pág. 82, nota 54. A questão do sigilo bancário encontra-se muito bem enquadrada no Ac. RC 28 de abril de 2004, Proc. 04/1345, Rel. Agostinho Torres, onde é referenciada abundante doutrina e jurisprudência, apud RIBEIRO, Vinício, Código de Processo Penal: Notas e Comentários, Adenda com 20ª alteração do Código de Processo Penal (Lei nº 2013/20 de 21 de fevereiro), 2ª ed., Coimbra Editora, 2013, *cit*., pág. 385.

359 Ac. TRL, de 2008-09-24, CJ, 2008, T4, *cit*., pág.134.

360 Ac. TRP de 23 de novembro de 2005, Proc. 0515331, Rel. Joaquim Gomes.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

meio adequado e apto, instituído para a solução dos conflitos tendo como relevante papel o de concretizador dos direitos fundamentais, fazendo um controle das atividades restritivas a esses direitos e impedindo a violação do texto constitucional de modo a impedir a aniquilação de direitos fundamentais sem qualquer reserva de restrição autorizada pela C.R.P. Assim, deve se observar o princípio da proporcionalidade sob o aspeto da proteção e como limitador de liberdade de atuação do legislador em eleger valores que irão impor graves prejuízos aos cidadãos. A proporcionalidade em sentido amplo envolve também considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito. A sua utilização choca com o inconveniente de ter-se de distinguir a proporcionalidade em sentido estrito da proporcionalidade tomada em sentido lato e que aponta o princípio constitucional.[361] A ponderação entre os bens que estão em jogo é feita através da aferição dos valores, que é a técnica correta no caso da colisão entre os direitos fundamentais. Assim, o método da concordância prática e a lei da ponderação o princípio da proporcionalidade em sentido estrito são os meios de concretização de normas constitucionais de natureza principal. Desta forma, é a partir do princípio da proporcionalidade que se opera o equilíbrio dos direitos fundamentais, assim como dos bens jurídicos quando se encontram em estado de contradição, oferecendo ao caso concreto uma solução ajustada de condenação e ameaça dos bens em colisão. [362] Em suma: averiguar-se se do dos males, se escolheu real-

361 GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito constitucional e teoria da constituição, cit.:*
«A consagração expressa do chamado princípio da proporcionalidade proíbe nomeadamente as restrições desnecessárias, inaptas ou excessivas de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais só podem ser restringidos quando tal se torne indispensável, e no mínimo necessário, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. O princípio da proporcionalidade tem aplicação na aferição da constitucionalidade das leis, quando nos deparamos com a colisão de direitos e garantias constitucionais. Portanto a aplicação do princípio permite que se ceda ceder quando a manutenção de um princípio se traduzir na violação de outro direito fundamental ainda mais valorizado. Na aferição da constitucionalidade de leis, o princípio da proporcionalidade é de suma relevância, servindo como regra de interpretação de leis infraconstitucionais em conformidade com a C.R.P., o que significa interpretá-las num sentido que favoreça o mais possível o seu conteúdo, restringindo-o ao estritamente necessário, mas com controle, pelo juiz, com a recusa à validade da lei regulada pelo legislador quando contradiga princípio constitucional.»

362 GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito constitucional e teoria da constituição, cit.:*
«O princípio da proporcionalidade estabelece que deve haver uma razoável correspondência entre a intensidade da sanção que se pretende aplicar e a ação que se objetiva punir.»

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

mente o menor. O princípio, assim, coincide com a essência e destinação mesmo de uma C.R.P., ajudando a salvaguardar os direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.[363] Do ponto de vista jurídico, não há hierarquia entre os princípios constitucionais, ou seja, todas as normas constitucionais têm igual dignidade e relevância, no plano teórico. De forma que, no plano fático, a incidência delas sobre uma dada situação pode gerar uma colisão real entre os direitos fundamentais[364], ocasião em que o princípio da proporcionalidade se torna a mola mestra que as protege e possibilita uma justa decisão no caso concreto, visando sempre preservar os princípios constitucionais em jogo.

O princípio da proporcionalidade é constituído de alguns subprincípios:

O primeiro dos subprincípios seria o da conformidade ou da adequação dos meios, o qual analisa se a medida escolhida seria a correta para atingir o escopo buscado, levando-se em conta o interesse público.

A seguir, temos o subprincípio da exigibilidade ou da necessidade (ou princípio do meio mais suave[365]), segundo o qual a forma adotada não pode exorbitar a manutenção da finalidade que se tenciona obter.

Por fim, temos o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (ou lei da ponderação), que preconiza graves devem ser as razões que as justifiquem[366].

363 GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito constitucional e teoria da constituição, cit.:* «A essência e objetivo do princípio da proporcionalidade é de preservar os direitos fundamentais.»

364 Os interesses do processo criminal encontram limites na dignidade humana (art. 1 C.R.P.) e nos princípios fundamentais do Estado de direito democrático (art. 2 C.R.P.), não podendo, portanto, valer-se de atos que ofendam direitos fundamentais básicos. Os interesses em conflito são geralmente, por um lado, o dever de segredo dos profissionais do foro, mais concretamente dos advogados, legalmente tutelado e conexamente consagrado como uma das dimensões constitucionais do patrocínio forense, considerado como «um elemento essencial à administração da justiça» [art. 208, da C.R.P.] e, por outro lado, o dever e o interesse público do Estado em exercer o seu «jus puniendi» e realizar a justiça penal [art. 202 da C.R.P.]. Tanto numa dimensão, como na outra está em causa o direito fundamental e constitucional de acesso ao direito [art. 20, da C.R.P.] que implica, entre outras coisas, o correspondente patrocínio judiciário, com a particular relação de confiança entre o advogado e o seu cliente, a defesa de dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado o do cliente ou seus representantes.

365 BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, pág. 361, apud MELLO, Marco Aurélio, Liberdade de expressão, dignidade humana e Estado Democrático de Direito In: Tratado Luso-brasileiro de Dignidade Humana, coordenação Jorge MIRANDA e Marco António MARQUES DA SILVA, 2ª ed, Quartier Latin, São Paulo, 2008, *cit*., pág. 247.

366 ALEXY, Robert, Colisão dos direitos fundamentais e os direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático In: *Revista de Direito Administrativo*, 217, I-VI, Rio de Janeiro, Editora

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

O mencionado leva-nos a crer que, à primeira vista, a quebra sigilo profissional violaria o direito de defesa frente à um Estado Democrático de Direito, além de estremecer a relação da confiança entre advogado e cliente[367]. A adequação indica a aferição da eficácia do meio escolhido em alcançar o fim pretendido. A necessidade traduz-se no imperativo de escolha do meio eficaz, porém que imponha menos restrições[368]. A proporcionalidade em sentido estrito revela a necessidade de ponderação entre os benefícios alcançados com o ato e os danos por ele causados[369]. A quebra de segredo profissional dos advogados impõe uma criteriosa ponderação dos valores em conflito, em ordem a determinar se a salvaguarda do segredo profissional deve ceder ou não diante de outros interesses, designadamente o da colaboração com a realização da justiça penal, ponderando-se a imprescindibilidade do depoimento para a

Renovar, jul-set, 1999, pág. 178, apud MELLO, Marco Aurélio, *op. cit.*, pág. 247.

367 CHAVES, Daiane, A complexidade do papel do advogado na luta contra o branqueamento de dinheiro (mandamentos da directiva comunitária e crise a relação cliente/advogado em razão do sigilo profissional) in: Branqueamento de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira, Juruá editora, Curitiba, 2009, pág. 48

368 Por força do primeiro (necessidade), toda a intervenção nos direitos fundamentais deve ser a mais benigna com o direito fundamental afetado.

369 O custo da intromissão nos direitos fundamentais deve ser equilibrado com os seus benefícios, tendo nomeadamente em conta, por exemplo, a imprescindibilidade do depoimento de um advogado em processo, para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de proteção de bens jurídicos, nos termos previstos no nº 3 do mesmo art. 135 do C.P.P. Comparando a medida adotada pelo legislador (quebra do segredo profissional do advogado) e os outros meios alternativos (de investigação do branqueamento de dinheiro), nota-se que o Estado não dispõe de um, mas sim de incontáveis outros meios probatórios e recursos. Será que é necessário chegar ao extremo de sacrificar um direito público tão relevante, como é o caso do segredo profissional do advogado, para satisfazer outro interesse, também relevante, mas que gera um custo exageradamente intenso e descomunal para todos? No confronto entre dever de participação com a justiça e dever de segredo foi intenção da lei sujeitar o tribunal a padrões objetivos e controláveis, admitindo a justificação da violação do segredo profissional desde que esteja em causa a dimensão repressiva da justiça penal relativamente aos crimes mais graves, aos que provocam maior alarme social, mas apenas quando o sujeito ao segredo é chamado ao processo penal na qualidade de testemunha.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

descoberta da verdade, a gravidade do crime em causa e a necessidade de proteção[370] dos bens jurídicos. [371]

Suscitado o incidente de quebra do segredo profissional e chegado este ao tribunal superior, este pode decidir da prestação do testemunho com quebra do segredo profissional sempre que esta seja válida de acordo com os critérios[372] do art. 135[373] do C.P. [374] Assim, a quebra do sigilo é realizada após o parecer do organismo que representa o profissional (Ordem dos advogados)[375], sendo finalmente decidida pela auto-

370 Ac. do TRC de 05-04-2017 (Processo nº 15.9/309JACBR-A.C1 in:
https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/116281552/details/normal?emissor=Tribunal+da+Rela%C%3A%7C%3A3o+de+Coimbra
«Por norma aquele que está sujeito ao dever de guardar segredo o segredo, obteve conhecimento de factos devido a uma especial relação de confiança com quem lhe presta a informação, justificando-se assim a não divulgação, sem consentimento ou causa justificativa.»

371 Ac. do TRE de 17/06/06 in:
http://www.gde.mj.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/00789674eefc8b3e8025814c004e338e
«Neste enquadramento, estando em causa crimes de elevada gravidade e de difícil investigação, dada a facilidade de movimentação dos capitais, a dispersão internacional dos diversos elementos probatórios e consequente necessidade de intervenção de diferentes Ordens Jurídicas, e não visando o segredo profissional do advogado acobertar os proventos de atividade ilícita de outrem e inviabilizar a ação da justiça, revelando-se absolutamente essencial e imprescindível para a descoberta da verdade material, dúvidas não existem de que deve ser reconhecido como preponderante o interesse da realização da justiça, interesse que deve assim ser acautelado, ficando secundarizados os interesses relativos à reserva profissional e que subjazem ao segredo profissional.»

372 Pese embora sejam razões de ordem pública a que determinam a proteção do segredo profissional, na relação do advogado com o cliente, não pode tal violação ser invocada por qualquer terceiro a essa relação de mandato, sob pena de se cercearem direitos de defesa quer dos constituintes, quer dos mandatários.

373 A nulidade do depoimento produzido com infração ao dever de segredo profissional produz uma nulidade secundaria, porque inominada, nos termos do art. 201 nº 1, C.P. Civil, e encontra-se sujeita ao regime geral das nulidades processuais.

374 Ac. TRC Processo: 15.9/309JACBR-A.C1
Último Acesso – 2020/10/22:
http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/84087cae53286ef180258105004aa4ed?OpenDocument
«se mostre justificada, segundo o princípio da prevalência do interesse preponderante, nomeadamente tendo em conta a imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de proteção de bens jurídicos. Estes são os fundamentos e princípios a que o tribunal superior deve obedecer para se decidir pela quebra do segredo profissional, por força do art. 135 nº 3 do C.P.P.»

375 Nesse sentido: Ac. STJ de 2009-03-31: «O advogado está obrigado, ética e juridicamente, a guardar segredo de todos os factos de que tome conhecimento, de forma direta ou indireta,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ridade judiciária ou do tribunal. Ensina GOMES CANOTILHO[376] que a solução para dirimir tal situação seria por meio da harmonização dos direitos e, se necessário, por meio da prevalência de um direito ou um bem sobre outro. A prevalência deve ocorrer por meio de um juízo de ponderação. Essa ponderação dá-se pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, na ocorrência de interesses conflituantes (choque de bens jurídicos de espécie qualquer) e na existência da necessidade de balancear os direitos de forma concreta.[377] Contudo, o sigilo profissional não é violado nos casos em que o advogado atue como defensor num processo ou consultor jurídico para definir estratégia processual, sendo atividades típicas da advocacia diante da proteção de direitos e garantias no devido processo legal (previsto também no artigo 6 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos sobre direito a um processo equitativo). O advogado deve dispor da maior informação possível do cliente para realizar uma ótima defesa dos seus interesses, pelo que se encontra numa situação delicada, tendo em conta os enormes prejuízos que poder-se-iam ocasionar se decidisse num momento dado, usar esta informação contra quem lha proporciona, por qualquer motivo. Precisamente para proteger esta informação, que afeta diretamente a intimidade do cliente, se previu um tipo criminoso específico, que castiga o advogado que revela os segredos confiados. Esta previsão legal outorga a qualidade de bem jurídico protegido, em consequência, à intimidade do cliente, entendida como o direito a que a informação que proporcione ao advogado para a sua melhor defesa não possa ser revelada por este, senão unicamente empregue nos fins que lhe foram confiados.

no exercício da sua atividade profissional, só podendo revelar factos abrangidos pelo sigilo profissional mediante prévia autorização da Ordem dos advogados».

376 O autor ainda explica que referido juízo de ponderação pode ocorrer de duas formas, uma delas seria por meio legislativo, e a outra, no momento em que se realiza uma decisão para o caso concreto. Em: GOMES CANOTILHO, José Joaquim, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Almedina, 2003, *cit*., pág. 1274.

377 GOMES CANOTILHO, José Joaquim, Direito Constitucional..., *cit*., pág. 272.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

3.8. A questão do aconselhamento em Espanha

Neste âmbito seria impossível de evitar as lições de LÚZON PEÑA, na sua contribuição sobre a posição do assessor jurídico e a sua responsabilidade jurídica.[378] É semelhante a forma de atuar no campo do assessor e na vida normal. Qualquer atividade normal, que passe os limites do risco, por exemplo, os conhecimentos concretos por parte de um vendedor das verdadeiras intenções do comprador e do destino da compra deixam de estar no campo do risco permitido e o vendedor pode-se constituir até como cúmplice. Consideremos uns exemplos no campo do aconselhamento jurídico:

a) Se o advogado tem conhecimento de que a sua atuação vai servir como base para a violação da lei, naturalmente que essa atuação já pode ser considerada como um *modus vivendi* do advogado, mas antes como cumplicidade num ato criminoso.
b) No campo do branqueamento de bens, devemos sempre considerar as informações de que dispomos sobre o nosso cliente, se ele tem historial de branqueamento, ou se o que nos pede foge ao normal relacionamento, por exemplo, de forma a não ultrapassarmos o risco permitido na nossa atuação.
c) Naturalmente que embora possamos agir na elaboração de negócios e no seu trâmite, se esses negócios são, pela sua natureza, criminais, então naturalmente que ultrapassam a atividade normal de um advogado ou assessor, não estando cobertas por esta e, portanto, ultrapassa o risco permitido.

Existirá alguma responsabilidade por omissão do assessor ao não impedir ou denunciar a realização segura do delito que se sabe que se vai produzir?

378 LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Responsabilidad penal del asesor jurídico. *Revista De Derecho*, 2013 ,72-45 ,(15) 2013. https://doi.org/10.5377/derecho.v0i15.1028. De referir também contribuições de ROBLES PLANAS, Ricardo, Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria (Dir.). ¿Libertad económica o fraudes punibles? Madrid: Marcial Pons, 2003. Das mesmas fontes, os exemplos apresentados.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Existe um dever geral de denúncia de crimes como vimos antes, e também já abordámos o papel do advogado. Desde que a sua atuação não viole o segredo profissional e cumpra os demais requisitos, pode e deve denunciar. Somos acima de tudo, cidadãos. Fora dessas situações, também como vimos, só se a lei exigisse determinada atuação e esta não fosse cumprida existiria omissão e, portanto, responsabilidade, como por exemplo o faz a Lei 10/2008, de 28 de abril, que estabelece no art. 2.1 os sujeitos obrigados. Em tudo o que não diga respeito à defesa e aconselhamento jurídico, e que não seja abrangido pelo art. 301º do C.P., trata-se apenas de uma sanção administrativa.

Também em Espanha, o advogado tem obrigações de controle, para cumprir nas suas atividades, entre as quais figura o aconselhamento, com exceção de comunicar algo que saiba em função do aconselhamento jurídico que preste, antes, durante ou depois da avaliação da situação jurídica do cliente. O que se deriva da própria Diretiva de 2001 – reproduzida na de 2005, terceira Diretiva que proclama: «*Quando membros independentes de profissões legalmente reconhecidas e controladas que prestam aconselhamento jurídico — como os advogados — estejam a determinar a situação jurídica dos seus clientes o exercendo a representação legal dos mesmos em ações judiciais, seria improcedente impor a ditos profissionais respeito destas atividades, em virtude do disposto na presente Diretiva, a necessidade de informar de suspeitas de branqueamento de dinheiro o financiamento do terrorismo.*»

O assessor deve cumprir todas as obrigações que o advogado e está protegido em tudo que não extravase a sua atuação como assessor e, portanto, não viole o risco permitido da sua profissão. O assessor, em tudo o que não faça diretamente parte do núcleo essencial da sua atuação deve ter especial cuidado que a sua atuação ou informação prestada não esteja a contribuir, ou não seja mesmo parte essencial da prossecução de uma atividade criminosa. Afinal, uma coisa é explicar o que é branqueamento de capital e outra é explicar como se abre uma conta num paraíso fiscal e como movimentar o dinheiro. Se a atuação do assessor sai do campo neutral então deixa de estar protegida pelo segredo profissional e sai da *leges artis* da profissão para entrar no campo da autoria.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

A consagração do direito-dever de segredo profissional ao que está vinculado o advogado vem regulado e reconhecido nos arts. 1, 10, 16, 20, 21, 22, 23, 24, do Estatuto Geral da Advocacia Espanhola, aprovado pelo Real Decreto 135/2021, de 2 de março e no art. 5 do Código Deontológico adaptado ao Estatuto Geral da advocacia, aprovado pelo R.D. 658/2001, de 22 de junho. Em caso de dúvida deve-se colocar a questão ao Bastonário, nos termos previstos com caráter geral no art. 5.8 do Código Deontológico da advocacia Espanhola ou ao Conselho da Advocacia.

> «*A par dos interesses individuais da preservação do segredo sobre determinados factos, protegem-se igualmente valores ou interesses de índole supraindividual e institucional que, por razões de economia, poderemos reconduzir à confiança sobre que deve assentar o exercício de certas profissões.*»[379]

No que concerne à responsabilidade civil do assessor, além da responsabilidade penal o assessor jurídico incorrerá nestes casos na correspondente responsabilidade civil por delito, de acordo com o disposto nos arts. 109 e seguintes do C.P. espanhol pelos danos e prejuízos materiais e morais causados aos clientes, quando por exemplo der conselhos que enganam os clientes.

A orientação profissional e o conselho de um consultor jurídico podem prejudicar seriamente os clientes da empresa, especialmente a sua gestão, porque fará com que seus membros cometam erros e os levem a cometer atos ilegais que eles acreditam não o serem. Mais especificamente, atos criminosos. Se o erro do cliente for confirmado e considerado inquestionável, e o erro de proibição ou erro de tipo for descartado, pelo menos a culpabilidade ou dolo e imprudência, isso geralmente não torna a responsabilidade do cliente em crime, mas no mínimo, trará dano indelével e gravíssimo às investigações criminais, durante, pelo menos, a investigação do caso. Em ambos os casos, esses graves custos morais,

379 Processo: 19.5/4033T8BRG.G20-11-26 1
http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/adc8eada5955734680258640056dde0?OpenDocument

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

psicológicos, de reputação e económicos, bem como danos aos clientes, se forem criminalmente responsáveis por aconselhamento incorreto, resultarão em responsabilidade civil indelével por violações ilegais ou criminais do consultor.

Claro que será possível isenção de responsabilidade do cliente causada pelo erro, mas dependerá sempre da categoria de erro do cliente, clientes esses, se for o caso, administradores de empresas - embora de acordo com o novo regulamento de reforma 22.6 da CP 5/2010, a própria empresa ou pessoa jurídica também pode ser responsabilizada por negligência de sua organização em caso de crime. Um assessor jurídico perguntou-lhes se havia alguma violação em uma ou mais de suas ações.

Caso não seja censurável, o que constituirá a generalidade dos situações, de acordo com a consideração do Tribunal, ficarão isentos de responsabilidade penal (parágrafo 1 do art. 14.1 e 3 CP); mas caso o seja, os clientes serão objeto de uma responsabilidade atenuada caso seja um erro de proibição censurável (art. 14.3 paragrafo 2), enquanto que se for um erro censurável de tipo, a sua responsabilidade por imprudência dependerá de estar qualificada a correspondente infração negligente (art. 14.1 paragrafo 2: «a infração será castigada, se for o caso, como negligente»).

Temos que entender que um erro de proibição no cliente pode ou não ser censurável. Mesmo que um advogado ou assessor tenha aconselhado algo que seria juridicamente censurável, temos de nos perguntar se o cliente deve ser automaticamente desresponsabilizado por seguir o conselho. Onde está o juízo crítico das pessoas? Isso de seguir o líder já foi tempo. Afinal, a desculpa de que «só obedeci a ordens foi rejeitada em julgamento.» Poderá, talvez, existir, um ou outro caso em que a pessoa fique realmente em dúvida com um conselho errado do seu advogado ou consultor, especialmente se for uma questão muito técnica ou obscura, mas na sua maioria as questões são lamentavelmente óbvias: quem não quer ser lobo, não lhe vista a pele.

Naturalmente existirá responsabilidade civil se o assessor for objeto de responsabilidade penal *cfr*. os arts. 109 e seguintes do CP pelos danos e prejuízos materiais e morais causados aos clientes. Se o consultor agir de forma maliciosa e tiver a intenção de prejudicar o seu cliente ou

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

tornar essa suposição previsível, então ele naturalmente está a agir deliberadamente e se tornará o autor e a pessoa responsável. E se o consultor enganou o cliente, não por causa da intenção, mas porque ele estava errado? Se se trata de um erro condenável, principalmente em sua área de atuação, tanto ele quanto o cliente devem ser punidos, mas ambos serão alvo de comutação e terão mais impacto para o consultor, pois é sua responsabilidade. Francamente falando, acho que ele deve ser punido na íntegra, pois como consultor ou advogado, você precisa realizar o trabalho que foi contratado de maneira correta, ou rejeitá-lo se for incapaz, principalmente se agir de forma descuidada ou deixar de dar à situação a atenção que merece.

Quando um consultor conscientemente informa seu cliente sobre várias opiniões sobre uma situação particular e expressa sua crença na legalidade de um determinado comportamento, surge uma situação diferente, e essa legalidade não é posteriormente afirmada pelo tribunal. Este comportamento pertence ao escopo de risco permitido pelo consultor, e o consultor não se responsabiliza por qualquer comportamento adotado por seus clientes. Obviamente, se os clientes forem responsabilizados, o relacionamento com eles será seriamente afetado.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

3.9. Sobre o falso problema dos advogados de empresa:

Muito se fala sobre o problema dos advogados de empresa e dos problemas de obediência à lei de combate ao branqueamento, a questão do sigilo profissional e proteção da privacidade interna da pessoa coletiva.

O advogado de empresa é aquele se encontra inscrito na Ordem dos advogados, porém mantém uma relação laboral com a empresa para a qual trabalha, estando também adstrito as normas do Código do Trabalho. O legislador português admite o exercício da profissão nas duas modalidades, estando as duas modalidades adstritas aos deveres deontológicos. Em Portugal, o legislador nacional não faz qualquer distinção relativamente ao dever de guardar o sigilo profissional. Desta forma, no ordenamento jurídico português, as ordens dos superiores hierárquicos não podem coartar a visão do Direito do advogado, nem a oportunidade jurídico-deontológica de agir[380]. A Jurisprudência nacional é clara relativamente ao entendimento que «(…) Todavia, o trabalhador nem sempre está obrigado a cumprir as ordens que lhe são comunicadas pelos seus legítimos superiores em matéria de serviço já que o dever de obediência cessa «sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime» (art. 271.3 da CRP)»[381]. Acresce que o mesmo não pode ser responsabilizado disciplinarmente se, considerando a ordem ilegal, a tiver cumprido depois de reclamar contra a mesma ou pedir a sua transmissão ou confirmação por escrito fazendo expressa menção de que a considera ilegal e de que só a cumpre por ela ter sido mantida pelo legítimo superior hierárquico (art. 271.3 da CRP).

De facto, erradicar a dita vinculação ou compromisso, extinguiria a condição de advogado na sua modalidade de exercício. Ou seja, embora a subordinação jurídica dos advogados internos possa refletir numa perda de independência, estes mesmo advogados têm proteção constitucional para recusar qualquer ordem que acarrete a prática de um ilegal criminal. Assim, o advogado de empresa, por ter como «seu cliente a sua entidade empregadora», não pode se eximir do cumprimento as disposições

380 LOPES CARDOSO, Augusto. Do segredo profissional na Advocacia, Centro Editor Livreiro da Ordem dos advogados, Viseu, 1998, *cit*., pág. 51.

381 Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 2014/04/29, processo nº 13/01097.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

presentes na Lei nº 58/2020, de 31 de agosto caso a sua entidade empregadora o obrigue a tal. Quando há uma ordem que venha desrespeitar ou os deveres que a Lei nº 58/2020, de 31 de agosto impõe, ou o Estatuto da Ordem dos advogados, ou ambos, consideramos que o advogado da empresa não está obrigado a aceitar. O advogado de empresa deverá demonstrar, por escrito, a sua discordância face as ordens dadas.

Relativamente à caracterização do advogado de empresa, cumpre fazer menção às especificidades da mesma. A primeira questão levantada por essa distinção prende-se com a relação de subordinação a que o advogado interno está adstrito. Isto é, questões ao nível da independência, da gestão dos conflitos de interesses e do segredo profissional. Ou seja, como afirma MATIAS SANTOS «as questões que se podem colocar, no plano da independência, dizem respeito não tanto à possível existência de potenciais pressões externas que possam prejudicar a posição do cliente, mas sobretudo ao nível da liberdade do advogado interno para emitir opiniões e tomar posições de forma conscienciosa, em fidelidade à lei e à justiça. É necessário garantir que o dever de obediência não leva o advogado interno a exercer contra o direito, a patrocinar causas injustas ou a promover diligências prejudiciais à correta aplicação de lei ou a descoberta da verdade»[382].

Seja como for, o advogado de empresa deverá ter consciência de que a sua relação laboral com a empresa para qual presta os seus serviços jurídicos, não o imiscui de cumprir com os deveres deontológicos, e sobretudo, para o que aqui importa, os deveres previstos na Lei. Supostamente independentes, os advogados de empresa e mesmo os grandes escritório de advogados têm falhado em comunicar as condutas ilegais dos seus clientes, e por vezes, têm mesmo auxiliado ou encoberto o ilegal, de forma a manter o cliente.

Relevante resulta o facto de que o advogado interno de uma empresa, quer pela vinculação a normas deontológicas da advocacia, quer pela consideração da inscrição num colégio de advogados, é tão independente como o advogado externo, já que o exercício da sua função deve

382 MATIAS SANTOS, Filipe. O advogado interno (de empresa lawyer): estatuto e particularidades do segredo profissional, in Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal, Almedina, 2018, *cit*., pág. 181.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ser independente e não fica limitada ou anulada pela relação laboral. A vinculação do advogado por relação laboral a uma empresa não é incompatível, portanto, com a conceção de advogado independente.

Para mim trata-se de um falso problema. O advogado não é, não pode ser, um homem da companhia. O advogado é acima de tudo um profissional independente. E como tal se deve manter. Indiferentemente do fato de ser ou não consultor jurídico de uma empresa, ele não é um mero funcionário da empresa. Sim, deve fidelidade profissional à empresa, mas deve maior fidelidade à Lei. Afinal de contas um homem fiel apenas à sua empresa é aquele que segue apenas as regras da companhia independentemente das leis, do quão justas ou éticas são as regras, quão humanas e é recompensado por essa fidelidade. E isso não é, não pode ser, um advogado. Se entende não ser capaz de tal, então não deve seguir a carreira de advogado. Se algum dia existir um regime diferente na Lei, então a resposta poderá ser diferente. Nessa altura existirão mesmo advogados reais e advogados apenas de nome. Será nesse momento que a advocacia deixará de existir.

Vamos imaginar uma empresa pedindo ao advogado para realizar um teste de produto para que o resultado seja coberto pelo segredo profissional. Primeiro, importa se o advogado é um mero funcionário da empresa ou não? Não, na minha opinião. Nesse caso, obviamente, o advogado, empregado ou não, deveria se escusar. Então, um advogado deve, por exemplo, ajudar a empresa a esconder dinheiro? Obviamente que não. Ele deveria se escusar. Se ele continuar, ele é cúmplice e não apenas um advogado ou funcionário. Ele deveria revelar esse fato às autoridades? Se é uma consulta, não. Se tem conhecimento efetivo da existência da situação então deve comunicar à Ordem nos termos da Lei. Caso não o faça, torna-se novamente cúmplice e não apenas um advogado. A partir da altura em que se intitula de advogado, o sujeito deve seguir os critérios e deontologia de um advogado.

Até esse momento a resposta é sempre a mesma: Se é advogado, deve agir e ser julgado de acordo com os artigos de um advogado, independentemente da situação profissional específica.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

3.10. Lei 10/2010 e o segredo profissional

As normas sobre branqueamento de dinheiro, assim que impõem ao advogado o dever de comunicar ao Serviço Executivo da Comissão de Prevenção do Branqueamento de Capitais (mais conhecido pelas suas siglas SEPBLAC) determinadas operações dos seus clientes, suporiam uma exceção ao dever de segredo profissional estabelecido no art. 542.3 da Lei Orgánica do Poder Judicial, o art. 21 do Estatuto Geral da Advocacia Espanhola e o art. 5 do Código Deontológico da Advocacia Espanhola.

A lei aplica-se a: instituições de crédito, seguros, prestadores de serviços de investimento, entidades gestoras de fundos e pensões, instituições de pagamento, de moeda eletrónica e de transferências, serviços de garantias mútuas, pessoas envolvidas em atividades de empréstimos e de créditos, setor imobiliário, auditores, técnicos de contas externos, consultores fiscais, notários, funcionários de registro de propriedade, advogados, procuradores e outros profissionais independentes, casinos, comércio de metais e pedras preciosas, artigos e peças de antiguidade e atividades de lotaria;

São proibidas as relações de negócio sem identificação (art. 3) e é necessário saber qual a finalidade e a relação do mesmo, mantendo uma vigilância contínua (art. 5 e 6) e sabendo quem é o beneficiário efetivo (art. 4); as medidas de vigilância de clientela devem de se aplicadas segundo uma análise de risco (art. 7 nº 2).

Devem de ser aplicadas medidas reforçadas no caso de «trusts» e de casinos. Deve de haver sempre a identificação da pessoa que realize determinadas operações como a compra e venda de fichas de jogos superiores a 2 000€ (art. 7), e em pessoas politicamente expostas (não incluindo pessoas com cargos públicos de nível médio ou inferior) e seus familiares e amigos (art. 14). Pode-se aplicar medidas simplificadas em determinados casos de baixo risco (art. 9);

Existe a possibilidade de recorrer a terceiros para a aplicação das medidas de vigência de clientela, exceto na verificação do acompanhamento contínuo da relação de negócio. Este recurso a terceiros requer a celebração de um contrato escrito (art. 8).

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Existe a possibilidade de realizar operações de negócio sem a presença física, em certas situações, desde que decorridos um mês da realização do mesmo haja a devida documentação necessária (art. 12). Nas relações transfronteiriças devem de ser aplicadas as mesmas medidas de vigilância de clientela e não devem de ser realizadas operações com bancos de fachada (art. 13).

No caso de suspeitas de branqueamento de dinheiro ou financiamento ao terrorismo deve-se comunicar à UIF e abstenha-se de realizar o negócio (art. 18 e art. 19), exceto os advogados que têm de manter o seu sigilo profissional (art. 22). As comunicações não devem de ser do conhecimento do suspeito e as informações prestadas à UIF podem ser do conhecimento de instituições financeiras dentro do grupo (art. 23). Os documentos devem de ser preservados por um período de 10 anos (art. 25).

As instituições devem de aplicar sistemas de controlo interno capazes de detetar casos de branqueamento de dinheiro e de financiamento ao terrorismo e de cumprir a presente lei. Deve de haver uma lista das possíveis situações com clientes que apresentam um grau acrescido de risco (art. 26) e o manual deve conter informação da legislação e do representante da instituição que trata destes casos.

Para assegurar que a lei é cumprida tem de haver uma auditoria externa anual, que deve de apresentar um relatório, e propor, se necessário, melhorias e correções (art. 28). O relatório deve de ser preservado por 5 anos.

Os funcionários devem de ter formação, para poderem reconhecer possíveis casos de branqueamento de dinheiro e de financiamento ao terrorismo (art. 29).

Os funcionários têm de ser alvo de medidas que preservam a sua identidade, para impedir comportamentos hostis (art. 30).

As filiais e sucursais têm de ter uma legislação equivalente à legislação da U.E. (art. 31).

Deve de haver troca de informações entre instituições que averiguem os casos de branqueamento de dinheiro e de financiamento ao terrorismo (art. 24 e art. 33) e entre as UIF dos países (art. 48).

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Há uma necessidade de denunciar a saída ou entrada no país de montantes iguais ou superiores a 10 000 €e de todos os movimentos no país com valores iguais ou superiores a 100 000 € (art. 34).

Caso haja falsas declarações ou uma desconfiança da origem do dinheiro este pode ser apreendido e pode haver uma comunicação a outro Estado (art. 35 e art. 37).

Tem de haver participação entre as autoridades (art. 40).

As instituições de crédito devem de denunciar a «abertura ou cancelamento de contas correntes, poupança, contas de títulos e depósitos a prazo» ao Serviço Executivo da Comissão (art. 43).

Cabe à Comissão para a Prevenção do Branqueamento de Capitais e Infrações Monetário as funções de combate ao branqueamento de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo com o apoio do Secretariado da Comissão e do Serviço Executivo da Comissão, e é este último que analisa a informação comunicada (art. 45 e art. 46) e que supervisiona e fiscaliza o cumprimento nas empresas em relação às medidas ABC e CFT (art. 47);

Podem ser apreendidos os produtos do branqueamento de dinheiro e do financiamento ao terrorismo, a violação da necessidade de apreensão é uma sanção muito grave (art. 51 nº 2).

As sanções são aplicadas segundo infrações graves, muito graves e leves (art. 50). As sanções podem passar por uma multa até 1 500 000€ repreensão, advertência, suspensão temporária ou definitiva ou a revogação de autorização de exercer a atividade (art. 56 ao art. 58).

A não comunicação constitui uma infração muito grave (art. 52) que pode passar pela repreensão pública, multa de 150 000 € até 1 500 000, € remoção dos cargos de administração, gestão na empresa ou em qualquer uma empresa por um período até 10 anos (art. 56).

As infrações graves prescrevem após 3 anos, as graves após 2 anos e as menos graves prescrevem após 1 anos (art. 60)[383].

O art. 22 da Lei 10/2010, depois de fazer referência aos deveres de informação e colaboração com o Serviço Executivo da Comissão de Prevenção do branqueamento de dinheiro, estabelece: «*Sem prejuízo do*

383 Cap. VII da Ley 2010/10.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

disposto na presente lei, os advogados guardarão o dever de segredo profissional de conformidade com a legislação vigente».

A interpretação que, em princípio, parece desprender do art. 22 da Lei 10/2010, é a seguinte:

a.- Naqueles casos nos que a atuação do advogado se limite a analisar a posição jurídica do seu cliente, ao defender em processos judiciais ou ao assessorar sobre o início ou a forma de evitar um processo, prima o dever de manter o segredo profissional.

b.- Quando o que se solicita do advogado é a sua participação ativa em alguma das formas previstas na norma (conceção de transações, gestão de fundos, criação de empresas…) não existe o dever de segredo profissional que está previsto para as funções próprias do advogado que são defesa e aconselhamento sempre em exclusivo benefício do cliente e, por força da Lei, o advogado, se tem certeza ou aprecia indícios de branqueamento de dinheiro, deve comunicar a operação, por iniciativa própria, ao Serviço Executivo de Prevenção do branqueamento de dinheiro, nos termos que estabelece a norma.

Sempre é necessário recordar que o segredo profissional não está estabelecido em benefício de quem exercem a advocacia senão para proteger o direito à defesa ou à intimidade do cliente.

Pese ao critério legal, é possível que em determinadas ocasiões se proponham dúvidas ao advogado a respeito se uma determinada situação está dentro do suposto da norma ou se, pelo contrário, deve ficar amparada pelo segredo profissional. Em tais casos, é recomendável propor a questão ao Decano, nos termos previstos com carácter geral no art. 5.8 do Código Deontológico da advocacia Espanhola.

No concernente às obrigações de quem exerce a Advocacia, a Lei 10/2010 impõe aos sujeitos obrigados, entre os quais se encontram quem exercem a advocacia, uma série de obrigações que podem se dividir em três áreas:

a) Obrigações de diligência devida (normais, simplificadas ou reforçadas):
   Estas obrigações aplicar-se-ão em função do risco e do tipo de cliente e relacionamento que se mantenha, de acordo com o

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

previsto na política de admissão de clientes. Ditas medidas de diligência devida aplicar-se-ão tanto aos novos clientes como aos já existentes (com respeito a estes últimos, se dispõe de um prazo máximo de 5 anos desde a entrada em vigor da Lei 10/2010), isto é, até o 30 de abril de 2015. Pode-se recorrer a terceiros, sujeitos obrigados, para a aplicação de medidas de diligência devida, mas conserva-se plenamente a responsabilidade por qualquer não-cumprimento das obrigações da Lei.

b) Obrigações de informação.
c) Obrigações de controlo interno

A seguir, expõem-se brevemente:

A) Obrigações de diligência devida:

I - Normais:

1.- Identificação formal: Quem exercem a advocacia identificarão os seus clientes (segundo a terminologia da Lei, pessoas físicas ou jurídicas com as que pretendam estabelecer relacionamentos de negócio ou intervir em quaisquer operações). Em nenhum caso manterão relacionamentos de negócio ou realizarão operações com pessoas físicas ou jurídicas que não seja devidamente identificada. Deve-se identificar o cliente com carácter prévio, isto é, antes de aceitar o encargo profissional, mediante a apresentação de documentos válidos de confiança.

Quando faltava um desenvolvimento regulamentar da Lei 10/2010, devia-se entender por documentos de confiança os previstos no art. 3 do Real Decreto 925/1995, que foi derrogado pelo Real Decreto 304/2014, de 5 de maio, que aprovou o regulamento da Lei 10/2010 e que no art. 6 explicita os documentos válidos para os efeitos de identificação formal.

2. - Identificação do titular real:

Tem-se de indagar se o cliente atua por conta própria ou de terceiros, em cujo caso se deve identificar à pessoa por cuja conta atua. A Lei introduz o conceito de «*titular real*», a pessoa por cuja conta atua o cliente. O advogado está obrigado a identificar ao titular real com carácter prévio

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

à aceitação do encargo (estabelecimento de relacionamentos de negócio ou à execução de quaisquer operações). No caso das pessoas jurídicas, sempre deve se determinar a titularidade real. Neste caso, entende-se que são titulares reais as pessoas físicas que em último termo controlem uma percentagem superior ao 25% do capital ou dos direitos de voto ou quem exercem o controlo direto ou indireto da gestão da pessoa jurídica. Naqueles casos em que não seja possível identificar ao ou aos titulares reais do investimento, o advogado deve se abster de atuar.

3. - Propósito e índole do relacionamento de negócios:

Deve-se reclamar e obter informação dos clientes sobre o propósito e índole prevista do relacionamento de negócios. Designadamente, se receberá informação com o intuito de conhecer a natureza da sua atividade profissional ou empresarial, e adotar medidas dirigidas a comprovar razoavelmente a veracidade de dita informação. Tais medidas consistirão no estabelecimento e aplicação de procedimentos de verificação das atividades declaradas pelos clientes, segundo o nível de risco.

4. - Seguimento contínuo do relacionamento de negócios:

Dever-se-ão aplicar medidas de seguimento contínuo do relacionamento de negócios com o intuito de garantir que as comprovações coincidam com o conhecimento que se tenha do cliente e do seu perfil empresarial e de risco, incluído a origem dos fundos, e garantir que os documentos, dados e informação de que se disponha estejam atualizados. Esta obrigação só se aplica aos casos em que o advogado mantenha com o cliente um relacionamento permanente e estável encarregando-se de todos ou da maior parte dos seus assuntos e receba dele uma retribuição periódica, já que quem exerce a advocacia é sujeito na realização de operações e não no relacionamento de negócios.

II - Simplificadas:

Quem exerce a advocacia poderá não aplicar as obrigações de identificação prévia, identificação do titular real, propósito e índole do relacionamento de negócios e seguimento contínuo do relacionamento de negócios, em função dos seguintes clientes:

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

a) As entidades de direito público[384] dos Estados membros da União Europeia ou de países terceiros equivalentes.
b) As entidades financeiras domiciliadas na União Europeia ou em países terceiros equivalentes que sejam objeto de superintendência para garantir o cumprimento das medidas de diligência devida.
c) As sociedades com cotação em bolsa cujos valores se admitam a negociação num mercado regulado da União Europeia ou de países terceiros equivalentes.

Fica proibida a aplicação de medidas simplificadas de diligência devida no caso de países terceiros não qualificados como equivalentes ou a respeito dos quais a Comissão Europeia adote a decisão a que se refere a Disposição adicional desta Lei. Mediante Ordem do Ministro de Economia e Fazenda poderá excluir-se a aplicação de medidas simplificadas de diligência devida o respeitante a determinados clientes. Regularmente poderá autorizar-se a aplicação de medidas simplificadas de diligência devida a respeito de outros clientes que comportem num risco escasso de branqueamento de dinheiro ou de financiamento do terrorismo. O Conselho solicitou à Direcção-Geral do Tesouro a aplicação de medidas simplificadas a determinadas operações estando pendente a resposta.

III - Reforçadas:

Pessoas com responsabilidade pública: Além de aplicar as medidas de diligência normais, devem-se extremar as medidas de diligência no que concerne aqueles clientes que exerçam ou exerça nos dois anos anteriores funções públicas importantes no estrangeiro, incluindo aos seus familiares e parentes. Em relação às pessoas com responsabilidade pública deve-se comprovar a origem dos fundos com os que se pretende efetuar a operação. Considerar-se-ão pessoas com responsabilidade pública aquelas pessoas físicas que desempenhem ou desempenhe funções públicas importantes em outros Estados membros da União Europeia

384 Ao referir-se expressamente ao art. 3.2 da Lei 2010/10 deve entender-se que a obrigação de identificação (3.1 Lei 2010/10) subsiste, isto é, também há que identificar a estes clientes, conquanto pode se fazer anteriormente ao estabelecimento do relacionamento de negócios.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ou em países terceiros, bem como os seus familiares mais próximos e pessoas reconhecidas como parentes.

Para estes casos entender-se-á:

a) Por pessoas físicas que desempenhem ou desempenhe funções públicas importantes: os chefes de Estado, chefes de Governo, ministros, secretários de Estado ou subsecretários; os deputados; os magistrados de tribunais supremos, tribunais constitucionais ou outras altas instâncias judiciais cujas decisões não admitam normalmente recurso, salvo em circunstâncias excecionais, com inclusão dos membros equivalentes do Ministério Fiscal; os membros de tribunais de contas ou de conselhos de bancos centrais; os embaixadores e encarregados de negócios; o alto pessoal militar das Forças Armadas; e os membros dos órgãos de administração, de gestão ou de superintendência de empresas de titularidade pública. Estas categorias compreenderão, se for o caso, cargos desempenhados a escala comunitária e internacional.

   Nenhuma destas categorias incluirá empregados públicos de níveis intermédios ou inferiores.

   Sem prejuízo da aplicação, baseando em uma análise do risco, de medidas reforçadas de diligência devida, quando uma pessoa deixe de desempenhar uma função pública importante durante ao menos dois anos, não será obrigatória a sua consideração como pessoa com responsabilidade pública.

b) Por familiares mais próximos: o cônjuge ou a pessoa a quem se ache unido de forma estável por análogo relacionamento de afetividade, bem como os pais e filhos, e os cônjuges ou pessoas unidas aos filhos de forma estável por análogo relacionamento de afetividade.

c) Por pessoas reconhecidas como parentes: toda pessoa física em que seja notório que ostente a titularidade ou o controlo de um instrumento ou pessoa jurídicos conjuntamente com alguma das pessoas mencionadas na letra a), ou mantenha outro tipo de relacionamentos empresarial estreito com as mesmas, ou ostente a

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

titularidade ou o controlo de uma pessoa ou instrumento jurídicos que notoriamente se tenha constituído no seu benefício.

B) Obrigações de informação:

Como consequência da LPBC aumentaram as obrigações de controlo dos clientes, entrando em colisão a necessidade de comunicação de operações suspeitas com o segredo profissional.

Embora, conquanto é verdadeira, dita necessidade entra em jogo quando «advogados, solicitadores ou outros profissionais independentes participem na conceção, realização ou aconselhamento de operações por contas de clientes, relativas à compra de bens imóveis ou entidades comerciais, a gestão de fundos, valores ou outros capitais, a abertura ou gestão de contas correntes, contas de poupanças ou contas de valores, a organização das contribuições necessárias para a criação, o funcionamento ou a gestão de empresas ou a criação, o funcionamento ou a gestão de fideicomissos (trust), sociedades ou estruturas análogas, ou quando atuem por conta de clientes em qualquer operação financeira ou imobiliária» (art. 2 letra n).

Não obstante, não é fácil delimitar o aconselhamento vinculado ao direito de defesa e isento das obrigações de prevenção, e mais se tendo em conta que a LPBC configura os assessores fiscais como sujeitos obrigados sem delimitar um ramo de atuação concreta que esteja eximida do cumprimento das obrigações de prevenção. De maneira que, a LPBC propõe à advocacia um repto desde a perspetiva da manutenção do segredo profissional que assiste às relações entre advogado e cliente. A necessidade de comunicação sobre movimentos de branqueamento de dinheiro da LPBC choca frontalmente com a instituição do segredo profissional e a petição de uma atuação proactiva ao advogado poderia supor uma violação flagrante do dever de confidencialidade para com o seu cliente, protegido pelas disposições estudadas da Ley de Enjuiciamiento Criminal e o Código Penal. Igualmente, a necessidade de controlo e comunicação de operações suspeitas ao SEPBLAC afeta diretamente à proteção de dados de caráter pessoal que se regula na Lei Orgánica 15/1999, de 13 de dezembro, e cujo objeto é garantir e proteger no que diz respeito ao

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

tratamento de dados pessoais, as liberdades públicas e os direitos fundamentais das pessoas físicas (art. 1).

Desde sempre que esta questão é controvertida pela doutrina, já que em muitos casos resulta difícil compatibilizar a necessidade de comunicação com o regulamento de proteção de dados e o dever de segredo profissional. Para isso, a própria LPBC no seu art. 22 exime os advogados de cumprir com as obrigações reguladas nos arts. 7.3, 18 e 21 com respeito à informação que recebam dos seus clientes ou obtenham sobre ele em processos judiciais incluído o aconselhamento sobre o seu início ou forma do impedir. Assim, mesmo no art. 23 se exime de toda a responsabilidade ao sujeito obrigado quando a comunicação de informação às autoridades competentes se fizesse de boa-fé não constituindo violação das restrições sobre divulgação impostas, sem ser exigível o consentimento do interessado (cliente) para o tratamento de dados que resultem necessários para o cumprimento das obrigações de informação (art. 32). Conquanto é importante advertir a tal efeito, que enquanto a norma do art. 542.3 LOPJ – como a do art. 199.2 do Código penal – que qualifica o delito de violação do segredo profissional - têm o caráter de leis Orgânicas; em contraste, a LPBC tem categoria de lei ordinária, devendo prevalecer a primeira em caso de conflito, conforme o sistema constitucional de fontes. A quebra do segredo profissional do advogado em favor do interesse da descoberta da verdade dos factos e da administração da justiça tem caráter verdadeiramente excecional e só deve ser determinada por razões imperiosas doutro modo inultrapassáveis, como seja estar a parte impedida de produzir a prova que lhe compete sem o depoimento desse advogado.

1. - Análise do risco:

> O advogado tem de analisar a cada operação que se lhe encomenda no âmbito do regulamento com o intuito de estabelecer um nível de risco, e desta forma aplicar as medidas de diligência devida que correspondam. Deve-se deixar registo por escrito desta análise de risco da cada cliente ou operação, já que só assim poder-se-á

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

provar às autoridades competentes que se adotaram as medidas de diligência adequadas em função de dito análise de risco.

2. - Exame especial de operações:

Quando existam indícios ou certeza de que qualquer operação possa estar vinculada ao branqueamento de dinheiro, ou se trate de operações complexas, incomuns ou que não tenham um motivo económico ou legal aparente, proceder-se-á a efetuar um exame especial de dita operação, deixando registo por escrito do seu resultado.

3. - Abstenção de execução:

Nos casos em que, depois de ter efetuado o exame especial antes mencionado, exista indício ou certeza de que uma operação está relacionada com branqueamento de dinheiro, o sujeito obrigado deverá notificar o Serviço Executivo e se abster de executar dita operação, a não ser que isso não seja possível ou dita abstenção possa dificultar a investigação. Esta obrigação de abstenção de execução evidencia a importância de um exame cuidadoso e completo *ab initio*, para evitar, na medida do possível, que o indício ou certeza surja uma vez a operação esteja em curso ou seja executada.

4- Colaboração com o Serviço Executivo:

Existe a obrigação de colaborar com o Serviço Executivo da Comissão de branqueamento de dinheiro, comunicando por iniciativa própria qualquer operação sobre a que exista certeza ou indício de estar relacionada com o branqueamento de dinheiro, e persista ao ter efetuado o exame especial de dita operação. Dita comunicação deverá estar acompanhada dos documentos e dados que comprovem que foi objeto do exame especial antes mencionado, nos termos previstos no art. 18.2 da Lei. Assim mesmo está-se obrigado a facilitar ao Serviço Executivo quanta informação

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

requeira, no exercício das suas competências, mas sem violar em caso algum o dever de segredo profissional.

5- Proibição de revelação:

Não poder-se-á revelar ao cliente nem a terceiros o ter comunicado informação ao Serviço Executivo da Comissão. Não constitui revelação o tratar dissuadir o cliente de uma atividade ilegal.

6- Conservação de documentos:

Dever-se-á conservar durante dez anos os documentos que comprovem o cumprimento dos deveres impostos pela Lei. Dito prazo se contará desde a execução da operação ou, se for o caso, da terminação do relacionamento de negócios. O sistema de arquivo dos documentos deve permitir atender com celeridade e competência os requerimentos das autoridades.

C) Obrigações de controlo interno:

1. - Alta no censo de Sujeitos obrigados e designação de representante:

Quem exerce a advocacia que, ocasional ou habitualmente, efetuem atividades descritas na alínea IV, deverão se cadastrar ante o Serviço Executivo de branqueamento de dinheiro, designado um representante antedito organismo, que será o interlocutor com o Serviço Executivo. No caso de exercício individual, o representante será o titular da atividade.

2 - Medidas de controlo interno:

No que respeita ao Manual de Prevenção de branqueamento de dinheiro. os sujeitos obrigados aprovarão um manual interno no que estabelecerão por escrito as políticas e procedimentos adequados para o cumprimento das obrigações da Lei, estabelecerão

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

os critérios ou políticas para a admissão de clientes, o sistema de análise de risco, e as medidas de controlo interno[385].

3 - Exame externo:

Os sujeitos obrigados submeterão ao exame de um perito externo as medidas de controlo interno a que se refere o apartado anterior, com carácter anual. Excetua-se desta obrigação aos profissionais individuais.

4 - Formação de empregados:

Tanto os titulares dos despachos de advogados como os seus empregados deverão efetuar cursos de formação que lhes permitam o conhecimento das exigências da legislação de prevenção de branqueamento de dinheiro. A transmissão e a efetiva assistência a esses cursos deverão ser totalmente credenciadas.

Se o SEPBLAC ou o regulamento administrativo de prevenção de branqueamento de dinheiro assinala como sujeito obrigado o advogado pela sua condição de tal (isto é, por estar inscrito numa ordem profissional que na nossa organização é obrigatória para o exercício da condição de advogado), fácil é concluir também que o advogado fica sujeito ao respeito do seu Estatuto profissional e as normas que regem a profissão da advocacia, bem como à observância do Direito e, com isso, à vinculação ao segredo profissional em qualquer modalidade do seu exercício profissional, incluído o aconselhamento jurídico com independência da altura no que se verta

Isto poderia levar a que perdesse eficácia e sentido a utilização da nomenclatura de advogado como sujeito obrigado no regulamento de prevenção, já que estar-se-lhe-ia chamando como sujeito obrigado nesse regulamento pelo simples facto de ser advogado

385 Existe ao dispor de quem exercem a advocacia um modelo de manual que pode se consultar na seguinte página site:
http://www.abogacía.es/wp-content/uploads/06/2012/MANUALDEPREVENCION.pdf

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Sobre a interdição da analogia e natureza das obrigações que impõe a LPBC, a Lei de Prevenção de branqueamento de dinheiro (LPBC) e o Regulamento[386] que o desenvolve, ao impor obrigações e ser limitativo de direitos, não pode ser objeto de uma interpretação extensiva nem ir à analogia. Ao estabelecer no dito regulamento um regime sancionador, deve definir-se a abrangência do segredo profissional, do seu conteúdo e limites, de forma positiva ao constituir a isenção do cumprimento de determinados supostos. Desta forma visa impedir-se a insegurança jurídica existente na excecionalidade de determinadas obrigações em certos pressupostos.

A natureza das disposições da LPBC é de marcada tendência repressiva e não tanto preventiva.

A sua regulação resulta traumática tanto desde o ponto de vista económico como jurídico, e não deveriam partir da presunção da incriminação do advogado em sujeito apto para ser utilizado em atividades de branqueamento de dinheiro. Resulta ajustado ao Direito vigente que se um advogado de forma consciente realiza atos para o seu cliente com o fim de branquear o produto de comportamentos e atividades ilícitas, ou lhe assessora para defraudar, dito advogado não tem a necessidade de denunciar ou comunicar ao SEPBLAC ditas operações ou atividades, ao amparo do ordenado no art. 24 da C.E. (tutela judicial efetiva, não se confessar culpado, direito à defesa, informação da acusação, presunção de inocência, inclusive pela determinação por lei de que estaria coberto pelo segredo profissional do advogado) e art. 25 da C.E. (princípio de legalidade), já que como suposto autor, participante, coautor, autor moral, conspirador ou cúmplice desse comportamento ou atividade de branqueamento de dinheiro, não está obrigado a testemunhar contra si mesmo, tendo direito à presunção de inocência enquanto não se desvirtue este direito[387].

Além disso, se o advogado assessora o cliente sobre os pros e contras de uma determinada situação ou operação e este não está implicado em operações de branqueamento, também não está obrigado a denunciar

386 Real Decreto nº 2014/304 de 5 de maio.

387 O advogado criminoso, ou se constitui como instrumento executor para cometer um crime, já não está a atuar como advogado, mas como uma pessoa que comete uma atuação criminosa.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ou a reportar atividades de suspeita ao amparo do segredo profissional, ex art. 542.3 da LOPJ, que preceitua que os advogados deverão guardar segredo de todos os factos ou notícias de que conheçam por razão de qualquer das modalidades da sua atuação profissional, não podendo ser obrigados a depor, e envolve a consulta jurídica de cliente e de potencial cliente. Por outra parte, não devemos preterir que segundo estabelece o art. 542.3 da LOPJ corresponde em exclusiva a denominação e função de advogado ao licenciado em Direito que exerça profissionalmente a direção e defesa das partes em toda a classe de processos, ou o aconselhamento e conselho jurídico. Neste sentido, estima-se que a comunicação direta do advogado à Administração nos pressupostos em que, segundo o regulamento estaria obrigado, em determinadas ocasiões, poderia fragilizar o art. 8 do CEDH na sua vertente de privacidade e confidencialidade entre jurista e cliente. Nesta matéria, de forma a não fragilizar direitos fundamentais, no caso que o advogado tivesse de comunicar alguma suspeita de branqueamento por circunstâncias muito determinadas e concretas, deveria submeter a sua comunicação indireta, só através do Decano do Colégio de advogados respetivo, com o intuito de que atue como filtro. Qualquer pessoa, incluindo, portanto, o advogado, que leva a cabo uma ação ou aceite a possibilidade de que a mesma contribua à aquisição, conversão ou transmissão de bens cuja fonte seja a comissão de um delito e, não obstante estar incluído no âmbito do risco permitido, decide atuar, incorrerá em responsabilidade penal pelo delito do art. 301.1, a título de dolo eventual, principalmente sabendo a origem ilícita dos valores ou bens.

Questão absolutamente diferente é a do comportamento de um advogado que não cumpra os deveres impostos pela lei e o regulamento de prevenção de branqueamento de dinheiro, tal como o examinar com especial atenção uma determinada operação económica ou o exigir a contribuição dos documentos representativos da identificação dos clientes [art. 6.1.a) e b) do regulamento e art. 12],[388] e que em virtude de tais incumprimentos contribuam à realização de algum dos comportamentos qualificados pelo art. 301.1 do Código Penal.

388 Real Decreto 2014/304 de 5 de maio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Dito comportamento[389] do advogado poderá constituir uma contribuição eficaz à realização do comportamento qualificado pelo art. 301.1 do Código Penal e comportar além disso uma imprudência ao ter-se infringido um objetivo dever de cuidado imposto pela lei. É por esta razão que não cabe castigar como comissão por imprudência o advogado que redige a minuta ou o rascunho de um contrato que serve para a transmissão de uns bens de fonte criminoso, se o advogado não conhece dita procedência, e em consequência não representa a existência de tal risco, e isso ainda que infrinja um dever objetivo de cuidado prescrito pela Lei.

O até aqui exposto resulta perfeitamente congruente com o dado de que o art. 301.3 disponha que «se os factos se realizassem por imprudência grave, a pena será de prisão de seis meses a dois anos e multa do tanto ao triplo». O advogado que elabora o rascunho o minuta de um documento, poderá constituir uma imprudência grave, mas não se materializa na realização de nenhum dos factos descritos no art. 301.1. Suponhamos agora o comportamento do advogado que permanece passivo ante o cliente que leva a cabo alguma das ações previstas pelo art. 301.1, de adquirir, possuir, utilizar, converter ou transmitir bem que têm a sua fonte num delito. O cliente ao contemplar esta atitude omissa do advogado pode interpretar que com isso autoriza o que está a levar a cabo, e com isso se propor a questão de se dita omissão gera uma responsabilidade penal. Para resolver este suposto procede aplicar a dogmática elaborada por doutrina e jurisprudência em relação à comissão por omissão referida à conivência necessária do art. 28.d) e à cumplicidade do art. 29, ambos do Código Penal. O ónus da prova corresponde ao direito fundamental à presunção de inocência, conforme ao qual toda a pessoa é inocente a não ser que se lhe prove que cometeu um delito. E quanto ao ónus da prova não cabem matizes. Um facto ou está provado ou não o está. Não cabe dizer que esteja mais o menos provado. Mitigar o ónus da prova comportaria, pois, o admitir que um facto deve dar local a uma condenação embora não seja provado. Por esta razão não cabem

389 Um comportamento pode ser uma contribuição eficaz para a comissão de um delito, mas se não existe vontade para contribuir à realização de um delito, não poderá ser qualificado de participação.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

mitigações no ónus da prova. Tais mitigações implicariam a fragilização do direito à presunção de inocência.

No que respeita a possíveis atuações prejudiciais para o cliente, existem várias figuras criminosas específicas, entre as quais os comportamentos criminosos genéricos:

Há dois segmentos normativos relevantes para os advogados. O primeiro consta do 2º parágrafo do nº 2 do art. 11: se o advogado exercer as suas funções integradas numa organização, como trabalhador por conta de outrem, no âmbito de contrato de trabalho (a Diretiva alude a «assalariado») celebrado com uma pessoa coletiva a necessidade de informação é da responsabilidade desta última.

Por um lado, o advogado pode cometer atos criminosos contra os bens ou interesses jurídicos do cliente, da empresa ou dos seus administradores, apenas utilizando o seu conhecimento sobre eles e sobre o seu funcionamento.[390] Age, portanto com óbvia má-fé.

Por outro, existem comportamentos criminosos específicos do profissional, que qualificam atuações ilícitas do advogado:

Portanto, a revelação dos segredos profissionais do art. 199.2 CP («o profissional que, no cumprimento da sua necessidade de segredo ou de reserva, divulgar os segredos de outra pessoa»), que afeta também a situação jurídica dos advogados e consultores externos à empresa, bem como os que são colaboradores da empresa; em princípio pareceria aplicável a figura algo mais leve da revelação do segredo de empresa do art. 199.1 («o que revelar segredos alheios, que tenha conhecimento por razão da sua oficio ou das suas relações laborais»). No entanto, pode-se considerar se existe, o concurso de crimes, que teria que resolver por alternativamente, isto é sanção só pelo crime mais grave, ou inclusive concurso ideal de delitos. Por outro lado, existem conflitos de deveres entre o dever de sigilo e a necessidade de denunciar crimes ou cooperar com a Justiça, ou com os deveres infringidos nos crimes de desobediência e negação de auxílio.[391]

390 Exemplos retirados de LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Responsabilidad penal del asesor jurídico. *Revista De Derecho*, 15) 2013), *cit.*, pag. 2013 ,72-45. https://doi.org/10.5377/derecho.v0i15.1028.

391 Exemplos retirados de LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Responsabilidad penal del asesor jurídico. *Revista De Derecho*, 15) 2013), *cit.*, pag. 2013 ,72-45. https://doi.org/10.5377/derecho.v0i15.1028.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Sobre comportamentos criminosos específicos do profissional do direito e como delitos mais especificamente relacionados com os profissionais do Direito, encontramos o cap. VII «Da obstrucción à Justicia e a deslealdade profissional», dentro do Tít. XX do livro II que envolve os delitos contra a Administração de Justiça. Neste qualificam-se primeiro, nos arts. 463 a 466, atuações obstrutivas da justiça, realizadas, por exemplo, por advogado ou solicitador, que, além de prejudicar a Administração de Justiça e eventualmente a terceiros, em ocasiões prejudicarão precisamente os seus clientes, como a falta de comparecência injustificada provocando a suspensão do julgamento ou a revelação de atuações processuais secretas, ou ainda as violências ou intimidação contra outras partes ou pessoas no processo, a destruição ou ocultação de documentos da causa. Claro que tudo isto representa ações inadmissíveis num profissional, especialmente na área do Direito.[392] E o que pensar de uma situação em que o advogado defende interesses contrários aos do seu cliente? Ou ativamente, ou por negligência prejudica esses interesses (art. 467 C.P.)?

A primeira modalidade do art. 467.1 castiga a atuação de «o advogado ou solicitador que, tendo assessorado ou tomado a defesa ou representação de alguma pessoa, sem o consentimento desta defenda o represente no mesmo assunto a quem tenha interesses contrários». Este tipo de infidelidade profissional requer que, ao mesmo tempo ou posteriormente, defender ou representar pessoas com interesses opostos seja prejudicial para outros clientes; mas acontece que, ao defender os consultores, os advogados obterão conhecimento desta relação especial de confiança, portanto, na prática, que assumirá que na grande maioria dos casos utilizará ou lhe será difícil abstrair das informações, ao invés de considerar a defesa de interesses opostos, o que quase sempre levará a caráter nocivo e desleal ou traição ao ex-cliente.[393] E na modalidade do art. 467.2 qualifica no paragrafo 1 o comportamento doloso de *«o advogado ou solicitador que, por ação ou omissão, prejudique de forma manifesta os interesses que*

392 Exemplos retirados de LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Responsabilidad penal del asesor jurídico. *Revista De Derecho*, 15) 2013), *cit.*, pag. 2013 ,72-45. https://doi.org/10.5377/derecho.v0i15.1028.

393 Exemplos retirados de LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Responsabilidad penal del asesor jurídico. *Revista De Derecho*, 15) 2013), *cit.*, pag. 2013 ,72-45. https://doi.org/10.5377/derecho.v0i15.1028.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

lhe forem encomendados», sancionando com menor pena o paragrafo 2 «*se os factos forem realizados por imprudência grave*». Esta atuação ativa ou omissa tem de ser *ex ante* adequada ou idónea para causar tal prejuízo manifesto — adequação como exigência da imputação objetiva —, e mais ainda, que ultrapasse o risco permitido por não supor uma atuação conforme à diligência devida do profissional, sendo incorreta e contrária aos artigos do exercício legítimo da profissão.[394] Seguindo a opinião de LUZÓN PEÑA, parece correto interpretar que de acordo com o art. 467. 1 e 2 o advogado que pode cometer deslealdade profissional é todo o jurista, esteja inscrito na ordem ou não, que realize por encargo de um cliente trabalhos de aconselhamento, defesa ou apoio jurídicos ou inclusive representação de pessoas ou interesses em assuntos judiciais (se é advogado inscrito) ou extrajudiciais[395].

394 Exemplos retirados de LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Responsabilidad penal del asesor jurídico. *Revista De Derecho*, 15) 2013), *cit.*, pag. 2013 ,72-45. https://doi.org/10.5377/derecho.v0i15.1028.

395 Segundo a opinião de LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Responsabilidad penal del asesor jurídico. *Revista De Derecho*, 15) 2013), *cit.*, pag. 2013 ,72-45. https://doi.org/10.5377/derecho.v0i15.1028.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

3.11. Responsabilidade do advogado

Podemos reconduzir os atos próprios da advocacia, a atividade profissional do advogado essencialmente a três espécies: patrocínio forense, mandato não forense e consulta jurídica que assumirá também modalidade de contrato de mandato definido no art. 1157 do Código Civil, uma vez que o advogado se obriga a prestar ao cliente e por conta do mesmo, o ato jurídico que denominamos consulta. Parece-nos que mesmo nas hipóteses de prestação de mandato não forense, o advogado continuará vinculado ao cumprimento das normas deontológicas que regem a sua profissão, de como é exemplo o segredo profissional (art. 92 do EOA) e a norma que determina que o advogado não pode celebrar, em proveito próprio, contratos sobre o objeto das questões confiadas (art. 95.1.d) do EOA). Aliás, nos termos do nº 4 do art. 81 do EOA, são nulas as estipulações contratuais bem como quaisquer orientações ou instruções da entidade contratadora que restrinjam a isenção e a independência do advogado o que, de algum modo, violem os princípios deontológicos da profissão.[396] Logo, atentas inclusivamente as normas referidas a título de exemplo, em função do seu papel na administração da justiça e da sua formação profissional e deontológica, o advogado nunca poderá escusar-se ao cumprimento das normas que regem a sua profissão, pelo que, parece-nos que mesmo nos casos de prestação de serviços no âmbito de um mandato não forense – ainda que esses atos não sejam exclusivos da advocacia – poderá existir uma tutela em função dessas mesmas normas. A prestação do advogado é uma prestação de meio e não de resultado; o incumprimento não pode inferir-se da falta de obtenção do resultado útil pretendido pelo mandante, mas deve ser avaliado na medida da violação dos deveres profissionais e em particular do dever de diligência; a diligência, em aplicação do princípio fixado pelo art. 487, nº 2, deve

396 Fernando SOUSA MAGALHÃES em comentário ao art. 68 do EOA afirma que «(…) em reforço da independência, com especial relevância na defesa dos advogados em regime de contrato de trabalho, determina o art. 6 nº 2 da L.O.F.T.J. que «no exercício da atividade, os advogados gozam de discricionariedade técnica e encontram-se apenas vinculados a critérios de legalidade e às normas deontológicas da profissão»» *cfr*. SOUSA MAGALHÃES, Fernando, *op. cit*., págs. 86 e 140

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ser responsabilidade civil decorrente da relação entre advogado e o seu cliente.[397] O E.O.A preconiza aliás no seu parágrafo 4:

> «*A eventual prática de ilegais criminais por parte do próprio mandatário nunca poderá considerar-se compreendida no exercício das funções profissionais de um advogado, sendo violadora, para além do mais, do dever deontológico de agir de forma a defender os interesses legítimos do cliente, sem prejuízo do cumprimento das normas legais e deontológicas. Não pode fazer-se apelo ao segredo profissional para encobrir a eventual prática de atos ilegais, de natureza criminal, por parte do mandatário, pois que, no constituindo ato próprio da advocacia, se mostra excluída da esfera de proteção da norma em causa.*»

A responsabilidade do advogado de indemnizar os danos que, culposamente, cause ao seu constituinte decorre da violação dos seus deveres deontológicos. O art. 1161 do Código Civil é inaplicável ao mandatário forense. Se, na execução do mandato forense, o advogado estiver confrontado com uma diversidade de hipóteses de atuação não claramente ilegais ou desadequadas, mas antes teoricamente admissíveis, e optar por prosseguir uma delas, não incorre em incumprimento das suas obrigações contratuais se a opção assim escolhida for, num juízo de prognose

397 Ac. TRP 18/01/08 in:
https://www.homePagejuridica.pt/tribunal/-1737trp-2018-01-08-responsabilidade-civil-contratual-mandato-forense-perda-de-chance
«Não se compreendendo na necessidade de um mandatário forense a obtenção de um determinado resultado na causa em que representa o mandante, impõe-se-lhe já o cumprimento pontual e escrupuloso dos deveres consignados no respetivo estatuto, bem como todos aqueles que a lei lhe impõe, nomeadamente, para com os clientes (art. 92 do EOA). Impõe-se-lhe, exatamente, um dever de zelo e diligência, prescrito no art. 95 nº 1 al b) do EOA, o qual há de corresponder à necessidade de conhecimento das normas de exercício da profissão, quer as do sistema jurídico, quer as da própria categoria profissional, bem como à necessidade de possuir e aperfeiçoar os seus conhecimentos técnicos e métodos de trabalho de modo a exercer a sua atividade com eficiência e correção. A responsabilidade do advogado pelos danos causados ao seu cliente, no âmbito e exercício do mandato forense, tem natureza contratual, uma vez que decorre da violação de deveres jurídicos emergentes do contrato com ele firmado, em relação com a natureza da atividade exercida como prestação daquela diligência média que um profissional de preparação profissional e atenção média deve colocar no trabalho a favor do cliente, ou seja todo aquele que, no âmbito de uma relação jurídica, recorre ao advogado para que este lhe preste serviços da sua especialidade, basicamente os de consultadoria jurídica e de mandato judicial, em regime «absoluto» de profissão liberal.»

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

e do ponto de vista técnico, razoável e plausível para acautelar os interesses do cliente, ainda que venha a resultar em insucesso e se identifique a posteriori que uma outra solução é que teria tido êxito. Aliás, em função da independência do advogado (*cfr.* art. 84 do EOA), este não está vinculado às orientações do seu cliente, podendo optar pelo meio mais adequado, segundo o seu juízo técnico, para a realização da prestação. A própria lei é explícita neste sentido ao estatuir que no exercício da sua atividade, os advogados devem agir com total independência e autonomia técnica e de forma isenta e responsável, encontrando-se apenas vinculados a critérios de legalidade e aos artigos deontológicos próprios da profissão (art. 12 nº 3 da LOSJ).

Por outro lado, sendo a advocacia uma atividade de eminente interesse público, a responsabilidade decorrente do seu exercício só pode resultar da infração de deveres deontológicos estabelecidos em função daquele mesmo interesse. No entanto, o interesse público da profissão justifica a imposição de normas inderrogáveis no contrato de mandato forense. Desta forma, as normas deontológicas não podem ser afastadas pela vontade das partes em razão do interesse público da profissão e do papel do advogado como participante na administração da justiça, assumindo, assim, um cariz injuntivo.[398] Ora, a conformação da prestação principal pelas normas deontológicas é assim flagrante pois a sua violação

398 Tese de Mestrado de AZEVEDO FURTADO SOUSA, Vítor Manuel, A responsabilidade civil dos advogados pela violação de normas deontológicas, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Dissertação de Mestrado em Direito, Ciências Jurídico-Privatísticas.
Neste sentido, «o contrato inominado ou atípico de patrocínio, ou de mandato judicial é regulado por um conjunto de obrigações para com o cliente impostas *ex lege* ao advogado quer pelo interesse público da profissão quer pelo dever de independência do advogado, sendo disso exemplo o regime do segredo profissional. Da mesma forma, nos termos do art. 76 do EOA, qualquer forma de provimento o contrato, seja de natureza pública ou privada, nomeadamente o contrato individual de trabalho, ao abrigo do qual o advogado venha a exercer a sua atividade, deve respeitar os princípios do nº 1 do art. 76 (isto é, a plena autonomia técnica) e os demais artigos deontológicos que constam do EOA. Aliás, as estipulações contratuais bem como quaisquer orientações ou instruções da entidade contratadora que restrinjam a isenção e a independência do advogado o que, de algum modo, violem os princípios da profissão são nulas nos termos do disposto no nº 4 do art. 76 do EOA. Assim, as normas deontológicas assumem-se como deveres de Ordem Pública, pelo que a sua imperatividade decorre também do disposto no art. 280 do CC, em consonância, aliás, com o disposto no nº 4 do art. 76 do EOA. Por conseguinte, devido à independência do advogado haverá uma verdadeira diferença de natureza relativamente aos contratos civis, pois, em função da independência na sua atuação, o advogado origina soluções autónomas e até opostas às consagradas nas normas jurídico-civis.»

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

poderá originar um «incumprimento ou cumprimento defeituoso das obrigações que ao advogado advêm por virtude do contrato de mandato. Entre nós, nos termos do art. 405 do CC, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos dentro dos limites da lei. De facto, como já tivemos oportunidade de explicitar, consideramos que o EOA delimita a liberdade contratual no âmbito da relação estabelecida entre advogado e cliente. Mesmo a nível formal existe uma diferença óbvia em relação aos contratos típicos, pois nos contratos forenses existirão elementos normativos dispositivos consoante possam ou não ser afastados por estipulação contratual.

A propósito da responsabilidade civil do advogado, tendo em consideração as normas deontológicas dos advogados espanhóis, defendo esta mesma integração das normas deontológicas no contrato de prestação de serviços do advogado. Todas as normas corporativas reguladoras do exercício da profissão de advogado em Espanha, que conjuntamente com as normas deontológicas configuram o complexo normativo do setor, hão de entender-se integradas nas prestações de serviços profissionais do advogado, em virtude do disposto no art. 1258 CC.

Com efeito, o art. 1258 do Código Civil Espanhol dispõe o seguinte:

> «*Os contratos são celebrados pelo mero consentimento e desde então obrigam, não só ao cumprimento do que for expressamente acordado, mas também a todas as consequências que, por sua natureza, sejam conformes à boa-fé, aos usos e à lei.*»

Os deveres impostos pelas normas deontológicas constituem uma série de deveres acessórios que se integram no dever estrito da prestação principal, o que implica uma ampliação desta e assegura uma maior tutela: o mandatário judicial deve informar o cliente, por exemplo, sobre a falta de expectativas de êxito de uma ação. Terá especial relevância a norma da alínea a) do art. 95 do EOA que determina o dever do advogado, na sua relação com o cliente, de dar a sua opinião conscienciosa sobre o merecimento do direito ou pretensão que o cliente invoca, assim como prestar, sempre que lhe for solicitado, informação sobre o andamento das questões que lhe forem confiadas, sobre os critérios que utiliza na fixação

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

dos seus honorários, indicando, sempre que possível, o seu montante total aproximado, e ainda sobre a possibilidade e a forma de obter apoio judiciário. O mandato forense é um contrato de mandato atípico, sujeito aos arts. 1157 do Código Civil e do Estatuto da Ordem dos advogados, sendo que se destina a garantir o patrocínio judiciário que é de interesse e ordem públicos.[399] De facto, serão exemplo destes deveres, as normas constantes dos arts. 92 a 102 do EOA, assumindo especial relevância os deveres do advogado na sua relação com o cliente constantes do art. 95 do EOA, nomeadamente:

a) Dar a sua opinião conscienciosa sobre o merecimento do direito a pretensão que o cliente invoca, assim como prestar, sempre que lhe for solicitado, informação sobre o andamento das questões que lhe forem confiadas, sobre os critérios que utiliza na fixação dos seus honorários, indicando, sempre que possível, o seu montante total aproximado, e ainda sobre a possibilidade e a forma de obter apoio judiciário.
b) Estudar com cuidado e tratar com zelo a questão de que seja incumbido, utilizando para o efeito todos os recursos da sua experiência, saber e atividade.
c) Aconselhar toda a composição que ache justa e equitativa.
d) Não terminar o patrocínio sem motivo justificado ou, ainda que este exista, agir de forma que impossibilite o cliente de obter, em tempo útil, a assistência de outro advogado.

Naturalmente o regime de responsabilidade dos advogados, aplicar-se-á também em situações de nomeação oficiosa. [400]

399 Ac. STJ Processo: 07.0/2622TBPNF.P1.S2010-04-29 1 http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa6445/814e7dfde69fef280257715003ab427
«Mas o mandatário forense tem um elenco de deveres mais alargado sendo alguns resultantes do exercício de uma atividade de interesse público (deveres para com a Ordem dos advogados, para com a sociedade, para com os Colegas e Magistrados e para com o Estado, na sua vertente de administração da Justiça) e, enumerados nos arts. 92 a 102 do atual Estatuto, os deveres «para com o cliente.»

400 AZEVEDO FURTADO SOUSA, Vítor Manuel, A Responsabilidade civil dos advogados pela violação de normas deontológicas: «Uma outra questão que suscita algumas dúvidas na doutrina

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

No que diz respeito às delimitações de punibilidade, parece ter sido realizado, no âmbito da nova lei do branqueamento, um esforço para delimitar objetivamente os âmbitos de intervenção dos advogados, mas esse esforço levanta ainda muitas dúvidas. [401]

---

e à qual achamos pertinente fazer uma breve referência trata-se de saber qual será a natureza da responsabilidade civil no âmbito das nomeações oficiosas. Parece-nos que efetivamente, até por um imperativo de justiça, seria manifestamente injusto para o lesado, atentas as diferenças do regime de responsabilidade, que ou nomeado oficiosamente apenas respondesse pela via delitual em razão dos seus incumprimentos. De facto, ao ser nomeado e não existindo motivo de escusa, o advogado encontra-se vinculado ao cumprimento da sua prestação no âmbito do Regime de Acesso ao Direito e aos Tribunais (Lei nº 2004/34, de 29 de julho) e de igual forma vinculado ao cumprimento dos seus deveres deontológicos. Logo, a verdade é que o patrono ou defensor nomeado oficiosamente continuará de igual modo vinculado a um conjunto de obrigações (nas quais se incluem as normas deontológicas) cujo incumprimento se deverá situar no âmbito da responsabilidade obrigacional. Não deve distinguir-se, para efeitos de responsabilidade civil profissional, entre a prestação de serviços por nomeação oficiosa no caso de o patrocinado não encontrar quem voluntariamente queira patrociná-lo e o mandato judicial, e por isso é também ilegítimo distinguir-se, para o mesmo efeito, a prestação de serviços por mandato judicial. Se é igualmente proibido ao advogado aceitar mandato ou nomeação oficiosa em questão em que já tenha sido intervindo noutra qualidade, como a de perito ou testemunha, não há razão, em caso de violação desta necessidade, para que ele responda contratualmente diante de quem lhe passo procuração forense e extracontratualmente diante de o patrocinado oficiosamente.»

401 Alfredo CASTANHEIRA NEVES, Reflexos do novo Regime Jurídico de Prevenção e Repressão do branqueamento de dinheiro.
http://www.oa.pt/cd/Conteudos/artigos/detalhe_artigo.aspx?sidc=51438&idc=31890&idsc=30347&ida=30375
«De igual maneira por forma a amenizar os reflexos do novo regime de prevenção em matéria de branqueamento de dinheiro, o legislador entendeu consignar formas de delimitação positiva e negativa no âmbito de cenários de intervenção vinculativos para os advogados:

A) Delimitação positiva: intervenção ou assistência, por conta de um cliente ou noutras circunstâncias, em operações:
1.de compra e venda de bens imóveis, estabelecimentos comerciais e participações sociais;
2.de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros capitais pertencentes a clientes;
3.de abertura e gestão de contas bancárias, de poupança e de valores mobiliários;
4.de criação, exploração o gestão de empresas, fundos fiduciários o estruturas análogas;
5.financeiras ou imobiliárias, em representação do cliente;
6.de alienação e aquisição de direitos sobre praticantes de atividades desportivas profissionais.

B) Delimitação negativa: não tem aplicação o dever de comunicação (mas já tem o de identificação, sem se perceber até que ponto subsiste o interesse deste de forma isolada / ficam também sem aplicação os restantes deveres de colaboração, abstenção e exame) relativamente a informações obtidas no âmbito:
1.da avaliação da situação jurídica do cliente;
2.consulta jurídica;
3.exercício da missão de defesa ou representação do cliente em processo judicial ou a respeito de um processo judicial, incluindo o aconselhamento relativo à maneira de propor ou impedir um processo, quer as informações sejam obtidas antes, durante ou depois do processo.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Por outro lado, a representação excessivamente zelosa e leal aos clientes pode prejudicar adversários, terceiros afetados, a administração da justiça e o interesse público geral. O advogado que violar o dever de segredo profissional, para além de cometer uma infração disciplinar, incorre em responsabilidade civil extracontratual com fundamento na prática de um facto ilegal. Resulta do art. 483, do Código Civil Português (C.C.), que «*(...) fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação*» todo aquele «*que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios*». Nestes termos, o advogado incorre em responsabilidade civil extracontratual se cometer um facto ilegal, voluntário e culposo, de forma a causar um dano ao seu constituinte. A violação de um dever deontológico, como é o dever de segredo profissional, constitui a prática de um facto ilegal, passível de ser integrado na norma referida. Se, para além de provada a prática do ilegal disciplinar, o constituinte do advogado provar a culpa deste, de acordo com o art. 487, do C.C., e a existência de um dano ou prejuízo resultante da prática daquele facto ilegal, o advogado incorre, por consequência, em responsabilidade civil. Se estão reunidos os pressupostos da responsabilidade civil, o advogado incorre em responsabilidade extracontratual, cuja consequência é a necessidade de indemnizar o lesado pelos danos sofridos.

Pelo que, mesmo nos casos em que seja estipulada uma cláusula de irresponsabilidade, a imperatividade da norma, por via do caráter de ordem pública do Segredo Profissional, impede que o advogado fique desobrigado dessa responsabilidade. Isto acontece porque o dever de

Será de esperar que venha a levantar verdadeiros imbróglios em termos de interpretação e aplicação práticas na medida em que dificilmente se extrairão de forma linear da intervenção do advogado os itens consulta ou avaliação da situação jurídica, ou seja, dificilmente o advogado surgirá diante de o cliente sem que este espere dele uma atuação ainda que acessória naquelas áreas sendo certo que, por mais acessória que seja e atenta a delicadeza dos limites do núcleo essencial da advocacia, essa atuação deve relevar para efeitos de exclusão. Relativamente à delimitação positiva, manifestamente o critério assenta em contratos de mandato simples, ou seja, relações de representação em que, sendo o mandatário advogado, o mesmo interviria no âmbito de um estatuto de exigências atenuadas. Em grande medida, o acesso à justiça e a qualidade do direito e do direito processo está nas mãos de profissionais legais que podem (e frequentemente fazem) causar muito dano em suas atividades profissionais. Por exemplo, tratar a lei puramente como um negócio pode levar a cidadãos sem representação ou sendo mal representados.»

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

segredo profissional tem natureza extracontratual (art. 809 do C.C.).

Respeitante à exclusão da responsabilidade, a Diretiva consagra no art. 9 uma cláusula de exclusão de responsabilidade de qualquer tipo pela comunicação, de boa-fé, às autoridades de informações sobre clientes. Parece que a afirmação correta é que quando as comunicações conduzidas de boa-fé e de acordo com a lei se revelam prejudiciais aos interesses de um indivíduo ou entidade, alguma forma de responsabilidade deve ser considerada se a suspeita provada mostrou ser relevante, mas a investigação revelou-se infundada, será sempre prejudicial para o advogado, que terá um ex-cliente. Se os advogados (ou outros profissionais) atendem com sinceridade e meticulosidade ao interesse público de especial relevância, trata-se de uma situação em que a lei impõe «pedidos» a muitos profissionais em nome de interesses de prevenção e investigação criminal, pois o desempenho de funções prescritas pela lei costuma envolver violação de deveres para com outrem.

Desde o início, envolveu o incumprimento de obrigações decorrentes de direitos, liberdades e garantias constitucionais, como a garantia da reserva da intimidade da vida privada (art. 26 nº 1 da CRP), eventualmente o direito ao bom nome e reputação (idem), a garantia do segredo da correspondência e de outros meios de comunicação privada (art. 34 da CRP), a garantia do não acesso a dados pessoais por terceiros (art. 35 nº 4 da CRP). Esta circunstância determina, aliás, que as disposições que traçam os contornos e o conteúdo dos deveres de prevenção e repressão do branqueamento respeitem estritamente o disposto no art. 18 nº 2 e 3, da CRP, sobre a restrição de direitos liberdades e garantias. Obrigações legais também foram quebradas, como obrigações de lealdade e obrigações de sigilo profissional impostas a muitas profissões e instituições: instituições bancárias, funcionários fiscais, advogados, notários, advogados e outros profissionais. Pode ainda haver deveres ou obrigações legais e administrativas não respeitadas, bem como obrigações contratuais, como o dever de realizar operações específicas em momentos específicos e em circunstâncias específicas. Embora se mencione apenas o dever de segredo, deve entender-se que o cumprimento dos deveres dos arts. 7 a 9 (comunicação, abstenção/suspensão, colaboração), bem como de outros deveres não mencionados no art. 12 nº 1

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

(como o dever de exame do art. 6, na medida em que isso possa envolver a indagação de fatos relacionados com a intimidade do cliente), não constitui violação de qualquer dever, de segredo ou outro, antes sendo valorado pela lei como o imperativo cumprimento de dever imposto pelo interesse público. Por isso é excluída qualquer responsabilidade (criminal, disciplinar, civil ou outra). Além do requisito de se tratar de um comportamento em cumprimento de um daqueles deveres, para a exclusão da responsabilidade o art. 12 nº 1, exige que as informações tenham sido prestadas de boa-fé.

O dever de segredo é normalmente delimitado e o que a norma do art. 12 nº 1 determina é justamente que não estão sujeitos a segredo determinados fatos. Isto é, delimita negativamente o dever de segredo, enunciando fatos que não estão no círculo daqueles sobre os quais certas pessoas ou entidades estão obrigadas a guardar segredo. Tão pouco requer a prova de que existia um fundamento mínimo para qualquer invocação de indícios, de suspeita ou de certeza. A exigência de boa-fé pode resultar dos princípios gerais, mas nem por isso está isenta de dúvidas, particularmente se a motivação que move o agente se desviar dos objetivos de prevenção e de repressão do branqueamento de dinheiro. Se a entidade transmite a informação, ou se abstêm de executar uma operação, convicta do seu dever legal e da bem fundada suspeita ou da certeza, mas também movida pela vontade de prejudicar um dado cliente, quid juris[402]? [403] O advogado não deve, por exemplo, aceitar

402 A questão terá pertinência sobretudo quando se comprova que aquela entidade avaliou mal a situação e, afinal, não havia fundamento para o seu comportamento. Nesta hipótese deverá apurar-se se o fundamento que motivou o ato da entidade, que influenciou a sua avaliação das circunstâncias, foi malicioso. Se sim deve considerar-se que houve má-fé. Se não, a motivação desviada não tem relevância para a valoração da licitude do comportamento da entidade. Este regime é porventura essencial para se garantir a eficácia do sistema sem constrangimento intransponível para as entidades. Mas não deixa de ser altamente penalizador para os inocentes, de comunicações, abstenções e colaborações lesivas de interesses merecedores de uma tutela mínima. Face à evolução recente ou esperada da regulamentação da responsabilidade, designadamente da responsabilidade objetiva e da responsabilidade por ato lícito dos órgãos do Estado, parece legítimo sustentar que alguma forma de responsabilidade deveria ser acautelada em situações onde se comprova que a transmissão da informação foi feita de boa-fé, mas que quaisquer indícios, suspeitas ou até «certezas» se revelaram infundadas após apreciação ou investigação.

403 Deixamos agora um apanhado da tese de AZEVEDO FURTADO SOUSA, Vítor Manuel, A responsabilidade civil dos advogados pela violação de normas deontológicas, Faculdade de Direito

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

o patrocínio de uma questão se souber, ou dever saber, que não tem

da Universidade do Porto, Dissertação de Mestrado em Direito, Ciências Jurídico-Privatísticas.
«As limitações da responsabilidade disciplinar na tutela dos clientes lesados:
A tutela dos direitos e interesses dos particulares em virtude da violação de normas deontológicas dos advogados não será plenamente eficaz através da responsabilidade disciplinar. Na verdade, os cidadãos que recorrem aos serviços dos advogados e que veem no decurso do seu patrocínio os seus direitos e interesses violados em razão do não cumprimento daquelas normas não serão completamente ressarcidos ou compensados através da responsabilidade disciplinar. De facto, do próprio intento da responsabilidade disciplinar não resulta a tutela dos clientes lesados pelos advogados. Porém, revelará especial relevância neste âmbito atentar à sanção acessória prevista no nº 3 do art. 125 do EOA, que determina a possibilidade de restituição total ou parcial de honorários. No entanto, esta sanção acessória poderá não tutelar cabalmente os interesses e /ou os direitos dos cidadãos que recorrem aos serviços destes profissionais, uma vez que em função do incumprimento deontológico poderá justificar-se uma compensação a título de danos não patrimoniais e por outro lado poderão também resultar danos patrimoniais que não correspondam unicamente aos honorários pagos como, v.g., no caso de o advogado cessar o patrocínio das questões que lhe estão cometidas impossibilitando o cliente de obter, em tempo útil, a assistência de outro advogado (*cfr.* nº 2 do art. 100 do EOA) ou ainda no caso de o advogado violar o dever de segredo profissional estabelecido no art. 92 do EOA. Assim, pelo simples fato de os danos patrimoniais poderem ser distintos dos respeitantes aos honorários restituídos, ou de existirem danos não patrimoniais a tutelar, resulta inequívoco que a simples sanção acessória de restituição total ou parcial de honorários prevista no nº 8 do art. 130 do EOA não oferece uma tutela cabal dos direitos e interesses em causa. Assim sendo, a tutela cabal dos cidadãos que recorrem aos serviços destes profissionais forenses nunca se bastará com o sancionamento disciplinar dos mesmos, impondo-se a condenação em sede de responsabilidade civil pela violação de normas deontológicas nos casos em que se justifique o ressarcimento dos danos sofridos. Cumpre ainda salientar, que ao contrário do que acontece em Espanha, em Portugal não se encontra expressamente prevista a responsabilidade civil dos advogados, decorrendo esta da lei geral. O «Estatuto Geral da la advocacia Española», aprovado pelo real Decreto nº 2001/658, de 22 de junho, dispõe, no nº 2 do art. 78, que «no exercício da sua atividade profissional os advogados estão sujeitos a responsabilidade civil por dolo ou negligência, quando causem danos aos interesses da defesa que lhes tenha sido confiada, responsabilidade que será exigível de acordo com a legislação ordinária diante de os «Tribunales de Justicia», podendo ser legalmente determinada a imposição de um seguro obrigatório». Atualmente, apesar de, tal como referimos, não encontrarmos no EOA disposição semelhante à encontrada em Espanha é possível identificar das disposições daquele Estatuto que fazem alusão à responsabilidade civil dos advogados. Nos termos do art. 104.do EOA com a epígrafe «Responsabilidade civil profissional»:
«1 - O advogado com inscrição em vigor deve celebrar e manter um seguro de responsabilidade civil profissional tendo em conta a natureza e âmbito dos riscos inerentes à sua atividade, por um capital de montante não inferior ao que seja fixado pelo conselho geral e que tem como limite mínimo (euro) 250000, sem prejuízo do regime especialmente aplicável às sociedades de advogados.
2 - Quando a responsabilidade civil profissional do advogado se fundar na mera culpa, o montante da indemnização tem como limite máximo o correspondente ao fixado para o seguro referido no número anterior, devendo o advogado inscrever no seu papel timbrado a expressão 'responsabilidade limitada'.
3 - O disposto no número anterior não se aplica sempre que o advogado não cumpra o estabelecido no nº 1 o declare não pretender qualquer limite para a sua responsabilidade civil profissional, caso em que beneficia sempre do seguro de responsabilidade profissional mínima de grupo de (euro) 50000, de que são titulares todos os advogados portugueses não suspensos.»

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

competência ou disponibilidade para dela se ocupar prontamente,[404] a

404 Deixamos agora um apanhado da tese de AZEVEDO FURTADO SOUSA, Vítor Manuel, A responsabilidade civil dos advogados pela violação de normas deontológicas, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Dissertação de Mestrado em Direito, Ciências Jurídico-Privatísticas.
«A responsabilidade civil dos advogados pela violação de normas deontológicas
– A violação de normas deontológicas dos advogados como fundamento de uma pretensão indemnizatória ou compensatória?
O regime de responsabilidade profissional (também apontada responsabilidade dos profissionais liberais) não constitui um instituto autónomo ou uma secção autónoma de um instituto de direito civil. Nos casos em que em virtude do incumprimento de uma norma deontológica o cliente seja lesado, patrimonial ou moralmente - impondo-se o ressarcimento do dano, qual o papel que as normas deontológicas deverão desempenhar neste âmbito? Isto é, será o incumprimento de normas deontológicas suscetível de fundamentar uma eventual tutela cível? A doutrina portuguesa equaciona os eventuais danos decorrentes da violação destas normas atento o seu papel de especificação dos deveres a observar no exercício da profissão. Logo, nas hipóteses em que o incumprimento destas normas origine danos, justificar-se-á uma pretensão indemnizatória ou compensatória em razão da sua violação, pois só assim se poderão tutelar plenamente os interesses e direitos dos particulares que são patrocinados pelos advogados. Ou seja, a violação de normas deontológicas representa um fato ilegal, pelo que, caso se verifiquem os restantes requisitos da responsabilidade civil, incorrerá o advogado em responsabilidade civil em função daquela mesma violação. No entanto, atente-se que o inverso poderá já não se verificar, ou seja, poderá haver lugar a responsabilidade disciplinar sem que se justifique uma tutela ressarciatória através da responsabilidade civil. Neste sentido, uma hipótese que assume bastante relevância neste âmbito diz respeito à violação do segredo profissional do advogado, necessidade consignada no art. 92 do EOA e que a jurisprudência da Ordem dos advogados considera pacificamente o timbre da advocacia. Com efeito, a violação de um dever deontológico, como por exemplo o dever de segredo profissional estabelecido no art. 92 do EOA, representa a prática de um fato ilegal, suscetível de ser integrado na norma estabelecida no art. 483 do CC, pelo que, verificados os demais pressupostos, poderá o advogado incorrer em responsabilidade civil. No caso de violação do segredo profissional, que constitui um dever de ordem pública, não será admissível estabelecer contratualmente uma cláusula de exceção da responsabilidade de reparar os prejuízos causados no exercício da profissão através da desvinculação da responsabilidade civil por violação, eventual, de um dever deontológico, *in casu*, do segredo profissional. Ora, esta solução resulta do disposto no nº 2 do art. 800 do CC [No sentido da sua aplicabilidade à responsabilidade dos advogados, L.P. MOITINHO DE ALMEIDA, Responsabilidade civil dos advogados, Coimbra Ed., 1985, pág. 25-23. A cláusula de exclusão ou limitação da responsabilidade é, neste caso, nula, por efeito do artigo 809 do mesmo Código (*Cfr*. PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, volume II, Coimbra, 1972, pág. 45)], pelo que se as partes estabelecerem tal cláusula, esta deve considerar-se como nula nos termos do art. 809 do CC. Por outro lado, na hipótese de ocorrer a prestação do consentimento para a revelação de fatos ou documentos protegidos pelo segredo profissional por parte do cliente, o referido consentimento excluirá a ilicitude civil e consequentemente a necessidade de indemnizar. A resposta a esta questão encontra-se no nº 2 do art. 340 do CC que determina que «o consentimento do lesado não exclui, porém, a ilicitude do ato, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes». Todavia, deve ser efetuada a distinção entre ilicitude civil e necessidade de indemnizar. Desta forma, se o advogado provar a culpa do lesado, ainda que não se afaste a sua responsabilidade na prática de um fato ilegal, deve considerar-se a medida da culpa do cliente para efeitos de indemnização, sob pena de ofensa da moral pública. Assim, devemos atentar a aplicação do disposto no art. 570 do CC, que estabelece no seu nº 1 que quando um fato culposo

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

menos que atue conjuntamente com outro advogado com competência e disponibilidade para o efeito.[405]

Portanto, esta disposição também terá relevância considerável, podendo amparar a responsabilidade civil do advogado quando este cometer erros evidentes por incompetência, pois é ele o responsável por rejeitar os motivos de sua incompetência

Finalmente, no que concerne à responsabilidade penal, a violação do segredo profissional do advogado, para além de constituir um ilegal disciplinar e um ilegal civil nos termos já referidos, constitui um ato criminal previsto e punido pelo art. 195 do C.P.

De acordo com esta disposição legal, comete um crime de violação de segredo «*Quem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte (...)*», *podendo ser punido com pena de prisão até um ano ou, em alternativa, com pena de multa até 240 dias*».

do lesado tiver concorrido para a produção o agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar com base na gravidade das culpas de ambas as partes.»

405 Art. 98 nº 2 do E.O.A.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

CONCLUSÕES

A lei de lavagem de dinheiro torna a prática de advocacia, especialmente de defesa, menos agradável. As regulamentações legais exigem tempo para os profissionais do direito, complicam sua carga de trabalho, exigem que eles tomem medidas contrárias aos seus clientes e aos seus próprios interesses, tornam a cobrança de taxas arriscada e os expõem a processos criminais por aceitarem algumas dessas taxas. Portanto, é compreensível que os advogados de defesa lamentem o impacto das regulamentações legais em suas vidas. Não quero com isso dizer que as leis de branqueamento não tenham impacto na ética dos advogados. Elas criam maior número de casos em que os advogados devem agir com cautela para impedir violações éticas.

No entanto, com uma exceção, a lei só produz situações morais familiares, que apresentam várias pressões que os advogados devem suportar todos os dias e são diretamente tratadas nas regras morais. Portanto, os argumentos contra as leis baseados principalmente em questões morais não são convincentes. A exceção é a situação de possível conflito no caso de receber honorários maculados[406].

As normas legais têm muitos efeitos preocupantes e sensíveis. A lei e a publicidade envolvente podem fazer com que os clientes sejam mais cautelosos quanto às informações divulgadas aos seus advogados, o que pode resultar no desconhecimento dos advogados de defesa da situação. Em nossa defesa, o medo da lei por parte dos profissionais jurídicos pode, além disso, impedi-los de fornecer conselhos competentes aos clientes ou,

406 Tratada neste trabalho.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

em qualquer outro caso, enfraquecer seu entusiasmo. A complexidade e os riscos criados pela lei podem fazer com que advogados de defesa talentosos e experientes abandonem certos tipos de casos criminais causados por certas leis criminais. O impacto real que essas leis podem ter é perturbador em dois níveis:

- A nível pessoal, as leis podem estar a reduzir a qualidade da representação recebida por alguns réus acusados de crimes graves.
- Mais importante, no nível sistémico, as leis podem inclinar o pêndulo atual do processo adversário significativamente a favor da acusação.

Para o governo, a lei pode oferecer uma perspetiva atraente de ter adversários menos informados, sem entusiasmo, sem talento e sem experiência. Essa transferência de poder aparentemente não intencional em favor do governo despertou uma preocupação razoável sobre a continuidade da justiça no processo de justiça criminal. As leis de lavagem de dinheiro são uma arma valiosa na luta contra o tráfico de drogas e outros crimes organizados e têm suas vantagens. No debate sobre a aplicação das leis de lavagem de dinheiro aos advogados de defesa criminal, o foco na ética não foi convincente e muito estreito. A estrutura para esta questão é melhor, focando no impacto real da lei sobre a justiça do sistema de justiça criminal.

Não podemos ignorar que, no âmbito da prevenção e combate à lavagem de dinheiro, existe uma disputa digna de julgamento crítico entre o sigilo profissional e a divulgação de informações (*sensu latu*). Também não podemos negar que nos casos de «lavagem de dinheiro», o sigilo profissional dos advogados pode estar sujeito a algumas restrições, à semelhança do caso do sigilo bancário. Obviamente, pensamos que os advogados podem encobrir ou participar em crimes com base em segredos profissionais, o que, obviamente, é inaceitável. Além disso, a obrigação de honestidade e integridade na sociedade é uma obrigação reforçada para os advogados, por isso a EOA compreende esta obrigação.

O advogado é mais importante do que ninguém, porque possui conhecimentos jurídicos e técnicos jurídicos e deve continuar a sua vida sem

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

cometer ou contribuir para atos criminosos. Por outro lado, a EOA prevê razoavelmente a possibilidade de levantamento do segredo profissional do advogado quando a dignidade, os direitos e os interesses legítimos do advogado ou cliente ou dos seus representantes possam ser postos em perigo.

Mas isso não significa que os advogados devam ser transformados em investigadores, diante da solicitação urgente dos clientes de fornecer informações retidas, e os clientes podem não querer distribuir essas informações sem levar em consideração a função social dos advogados. Além disso, se assim for, a base para a aplicação das instituições morais estipulada na EOA, ou seja, a base para o sigilo profissional, falhará.

Em resumo, as seguintes conclusões devem ser tiradas:

O advogado é um profissional forense. Pelo seu conhecimento das organizações jurídicas, ele precisa fazer contribuições qualificadas para a justiça, que podem ser divididas em duas áreas básicas de atuação: a aplicação das normas jurídicas, que envolve o interesse no processo judicial, o sistema jurídico e participação, a boa administração judicial, especialmente por meio da cooperação dos órgãos judiciais e da polícia criminal. O dever de justiça tem que ser entendido e resumido como a necessidade de justiça em um caso específico, isto é, considerando a posição e os interesses do cliente, e ainda deve ser entendido na lógica de todo o sistema moral, considerando os diferentes compromissos dos advogados, como sigilo profissional. O sigilo profissional pode ser uma situação jurídica complexa, próxima da própria categoria de dever baseada na dupla natureza dos interesses pessoais do cliente, no âmbito do sigilo e proteção da sua esfera privada, face ao interesse público geral na confiança e na função profissional do advogado.

A proveniência do dever de sigilo é, antes de mais, as normas do EOA[407], contidas no art. 92. De acordo com os termos do nº 4 do art. 92 da EOA, a exigência do segredo profissional cessa quando for plenamente necessário para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado, do cliente ou dos seus representantes, mediante

407 Sem esquecer o que falámos sobre o fundamento constitucional.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

autorização prévia do presidente dos vários Conselhos Distritais, com recurso para o presidente da Ordem dos advogados.

As leis processuais têm também regras relativas ao sigilo que, o protegem, reconhecendo-o, como justificação para a recusa em unir forças com os tribunais e a recusa em renunciar ao depoimento em tribuna, exceto em casos e por razões específicas.

A violação do sigilo é devidamente sancionada no art. 195 do Código Penal e, adicionalmente, censurada disciplinarmente (art. 92 do EOA), podendo, por fim, dar origem a uma necessidade do advogado de indemnizar o prejudicado (art. 483 e 562 do Código Civil). A Ordem dos advogados é ouvida pelo Tribunal no caso de uma situação de recusa de testemunho, sendo o entendimento maioritário de que tal parecer não é vinculativo para o Tribunal. Ainda assim, se o advogado, em consciência, decidir desrespeitar a ordem judicial e não prestar depoimento, permanecendo fiel ao dever de segredo colocar-se-á necessariamente a questão da prática de um crime de recusa em depor, ao abrigo do art. 360, nº 2, do CP mas, ainda assim, não deve deixar de se apreciar a pertinência de uma causa de exclusão da ilicitude) ou, se assim não se entender, uma causa de exclusão da culpa.

A Terceira Diretiva Europeia contra o Branqueamento[408] introduziu importantes alterações no panorama do branqueamento de dinheiro e, por conseguinte, alargou, especificamente, o seu âmbito de aplicação subjetivo de modo a incorporar os advogados como profissionais forenses independentes. De acordo com esta diretiva, os advogados estão associados a um conjunto de deveres, como o de identificar o comprador, utilizando um documento válido comprovativo, asserção da situação do cliente, manter uma cópia ou referência de documentos necessários para funções de identificação ou documentos relativos a transações, por um período não inferior a cinco anos sobre o fim das relações profissionais

408 Diretiva 60/2005/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo. A Diretiva (UE) 4) 849/2015ª Diretiva Anti branqueamento de Capitais) visa combater o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo prevenindo a utilização abusiva dos mercados financeiros para estes fins. Esta diretiva substitui a anterior Diretiva 60/2005/CE (3ª Diretiva Anti branqueamento de Capitais) que entrou em vigor em 2007, alargando algumas das suas disposições.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

mantidas e, sobretudo, dever de denúncia. O nº 3, segundo parágrafo, do art. 6 da Quarta Diretiva[409] exclui os mesmos deveres em determinadas circunstâncias; mas, o alcance desta exceção, uma vez confrontada com o grau de proteção do segredo profissional, é escasso, para além de diversos aspetos que merecem críticas.

As leis criam contextos em que na defesa os advogados devem usar cuidados para agir adequadamente sob lei de ética. Mas nós não devemos confundir complexidade e desvantagem com dificuldade ética[410]. As leis, sem dúvida, tornam a vida profissional dos advogados de defesa mais desagradável, mas não obrigam os advogados a agirem de forma imoral. Na verdade, a lei não colocou os advogados de defesa em um dilema ético. Isso não quer dizer que as leis de lavagem de dinheiro não tenham impacto sobre a moral dos advogados. Eles criaram mais situações em que os advogados devem ter cautela para evitar violações da ética. Porém, com uma exceção, a lei só produz condições éticas familiares, que apresentam pressões diversas que os advogados devem suportar todos os dias, e essas pressões estão diretamente envolvidas nas cláusulas éticas. A questão dos honorários dos advogados é uma exceção, mas mesmo essa questão foi tratada de forma ética nas leis e doutrinas existentes. O segredo profissional não está em perigo.

Por outro lado, abala-se a paz pública, entendida como a confiança da sociedade no controle do crime e da previdência social do Estado, inclusive no âmbito internacional, pois o crime não se limita às fronteiras nacionais. Criminosos profissionais, utilizando os benefícios de crimes extremamente nocivos e trazendo graves consequências sociais, como o tráfico de drogas, crimes contra a administração pública, crimes contra o sistema financeiro nacional, etc., suas armas e ações permanecem indiferentes. Outros, porque a atual lei de lavagem de dinheiro não fornece mais uma lista de crimes subjacentes. Esses crimes são geralmente

409 Diretiva (UE) 849/2015.

410 Críticos que afirmam que as leis forçam os advogados a escolher entre as alternativas desagradáveis de atos ilegais e um estado de mau comportamento ético analisam o caso erroneamente. Portanto, argumentos contra as leis com base em problemas éticos sem solução, não são convincentes.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

cometidos com a ajuda de profissionais (ou seja, advogados) com conhecimento técnico.

Assim se compreende que, ponderados os interesses em conflito, e pesada a dignidade dos princípios subjacentes, o segredo profissional deve ceder perante a necessidade de Justiça.

Para solucionar a problemática, baseamos-mos no conteúdo da Diretiva 2001/97/CE, que, no seu nº 6, determina que os advogados, os quais estão incumbidos das obrigações administrativas junto aos órgãos fiscalizadores, sobre os seus clientes, seriam apenas aqueles que estejam prestando serviço de consultoria jurídica, excluindo, expressamente, os profissionais forenses que exercem a defesa de um cliente diante de um processo litigioso, em juízo, e aquele que esteja com a missão de determinar a situação jurídica do cliente.

No mesmo sentido, manifesta o FATF, pois a Nota Interpretativa da Recomendação 23 é clara ao estabelecer que aos advogados e profissionais jurídicos independentes, bem como contabilistas, não será exigida a comunicação de operações suspeitas se tiverem sido obtidas em circunstâncias em que estiverem sujeitos a segredo profissional ou privilégio profissional de natureza legal.

A lei portuguesa retrata o mesmo conteúdo disposto nas normas da União Europeia (Diretivas do Parlamento e Conselho Europeu), além das disposições do FATF. Assim, o advogado que age com atos próprios da advocacia não está sujeito à obrigatoriedade de denúncia.

Alinhando-se ao que é discriminado pelas Diretivas da União Europeia previamente analisadas, entendemos que estão protegidos os advogados que utilizam os seus conhecimentos em defesa do seu cliente «e aqueles que exercem um papel de consultoria sobre uma concreta situação jurídica vinculada a um processo judicial, como, por exemplo, aquele que orienta a confissão.»

Entretanto, aos serviços jurídicos em que o advogado agiria como um gestor de bens ou administrador de negócios (como se ele fosse uma espécie de agente de negócios, consultor financeiro ou jurista de uma empresa, priorizando assim apenas os interesses do cliente), tal exigência seria legítima, pois, como sabemos, o segredo profissional não é absoluto

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

e deve ser flexibilizado diante de um interesse maior. O segredo profissional pode ser quebrado quando há um interesse social proeminente.

Adota-se o princípio da prevalência do interesse preponderante, sendo permitida também em situações em que seja imprescindível o depoimento para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de proteção de bens jurídicos.

Nesse contexto, a doutrina e a jurisprudência entendem que a proteção da boa administração da justiça prevalece em relação ao clima de confiança e a proteção do consumidor de serviços financeiros.

Em Portugal, para que respondam como garantes, os advogados, devem conhecer a situação típica e agir de forma consciente e voluntária, de modo que sua omissão tenha o ânimo de realizar o tipo.

As ações neutras são aquelas que geralmente são executadas de acordo com um rol social, por meio de ações quotidianas que contribuem para um fato ilegal, mas que não são, à primeira vista, puníveis. Isso porque a imposição indiscriminada feita pela lei de branqueamento de dinheiro, no que concerne ao advogado ser obrigado a comunicar atividades suspeitas, pode acabar com a relação de confiança com o seu cliente, e via de consequência atingir também valores constitucionalmente garantidos como ampla defesa e o devido processo legal.

Esta análise do impacto ético de branqueamento de leis sobre advogados mostra que as críticas do impacto ético das leis são exageradas. Com pequenas alterações, a Deontologia consegue responder à pressão para uma maior participação e mobilização da sociedade civil na luta contra o crime organizado, sem o esvaziamento da essência e mantendo também o interesse público da profissão de advogado.

Contudo mais do que problemas éticos, o fato ao Estado na pessoa da Acusação ser dado tal peso na balança da Justiça, leva acima de tudo que se possa pôr em causa a equidade do sistema judicial. Não posso aceitar que, para se atingir uma necessidade coletiva, coloque-se em crise a pedra angular do sistema de justiça: a confiança ilimitada que o cidadão deve ter em relação ao seu advogado, como garante fundamental dos direitos, liberdades e garantias, constitucionalmente consagradas em seu benefício.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

BIBLIOGRAFIA

ABEL SOUTO, MIGUEL

«Antecedentes europeos remotos de la receptación en Grecia, Roma y los pueblos germánicos», in *Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, Vol. 3, nº 1 y 2 de 2000.
El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales
Uni. Santiago de Compostela, 2002

El delito de blanqueo en el Código penal español. Bien jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras da Ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, Bosch, Barcelona, 2005

«Denominación y concepto de Derecho penal» in *Colección de Derecho penal*, nº 11, Juris, Rosario, 2005.

Teorías de la pena y límites al *ius puniendi* desde el Estado democrático, Dilex, Madrid, 2006.

«La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio», in *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 79, 2011

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

«La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero», in II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, coord. por ABEL SOUTO, Miguel, SÁNCHEZ STEWART, Nielson, 2011, Tirant lo Blanc, Valencia, 2011

«La reforma penal española de 2010 sobre el blanqueo,las nuevas técenicas de comisión delictiva y el uso de las telecomunicaciones para el blanqueo», in 3º Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero/ coord. por ABEL SOUTO, Miguel, SÁNCHEZ STEWART, Nielson, Valencia, 2013, Tirant lo Blanch

«Desde la literatura, ópera, cine y televisión hasta las ciencias jurídicas y el Derecho penal mediante la nueva técnica pedagógica del aprendizaje basado en problemas», en *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, nº 5, 2012, pp. 87-104.

«Money Laundering, New Technologies, FATF and Spanish Penal Reform»
Último Acesso: 2020/10/22:
https://www.researchgate.net/publication/263729691_Money_laundering_new_technologies_FATF_and_Spanish_penal_reform

«Blanqueo, Innovaciones Tecnológicas, Amnistia Fiscal de 2012 y Reforma Penal»
Último Acesso: 2020/10/22:
http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-14.pdf

«Volumen mundial del blanqueo de dinero, evolución del delito en España y jurisprudencia reciente sobre las últimas modificaciones del Código penal»
Revista General de Derecho Penal nº20 - Madrid, Justel, 2013

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ABEL SOUTO, MIGUEL/ LORENZO SALGADO, JOSÉ MANUEL/ SÁNCHEZ STEWART, NIELSON, coords.

VII Congresso sobre prevención y represión del Blanqueo de dinero
Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 560

ABEL SOUTO, MIGUEL Y SÁNCHEZ STEWART, NIELSON (Coords.)

III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero
Editorial: Tirant lo Blanch, Valencia, Colección: Homenajes y Congresos, 2013

IV Congreso Internacional Sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero
Editorial: Tirant lo Blanch, Valencia, Colección: Homenajes y Congresos, 2014

V Congreso Sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero
Editorial: Tirant lo Blanch Colección: Homenajes y Congresos, Valencia, 2018

VI Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero
Tirant lo Blanch, Valencia, 2019

AGUIAR BRANCO, JOSÉ PEDRO

«Segredo profissional» – *Revista do VI Congresso dos Advogados Portugueses*
Último Acesso: 2020/10/22:
http://docplayer.com.br/13316015-Segredo-profissional-revista-do-vi-congresso-dos-advogados-portugueses-jose-pedro-aguiar-branco-advogado.html

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ALEXY, ROBERT

«Colisão dos direitos fundamentais e os direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático», in: *Revista de Direito Administrativo*, 217, I-VI, Rio de Janeiro, Editora Renovar, jul-set, 1999, pag. 178, apud Mello, Marco Aurélio, «Liberdade de expressão, dignidade humana e Estado Democrático de Direito» in: Tratado Luso-brasileiro de Dignidade Humana, coordenação Jorge Miranda e Marco António Marques da Silva, 2ª ed, Quartier Latin, São Paulo, 2008

ALMEIDA COSTA, MÁRIO JÚLIO

Direito das Obrigações, Edição: 12-2009 Edições Almedina

ALMEIDA DO AMARAL, KARINA

O Princípio da Proporcionalidade como limite da discricionariedade. Último Acesso: 2020/10/23:
https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/o--principio-da-proporcionalidade-como-limite-da-discricionariedade/

AMBOS, KAI

La aceptación por el abogado defensor de honorarios «maculados» Editorial: Universidad del Externado de Colombia, Colección: Cuadernos de Conferencias y Artículos, Bogotá. Colombia 2004

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS

El delito de blanqueo de capitales
Imprenta: Madrid, Marcial Pons, 2000

ARNAUT, ANTÓNIO

Iniciação à Advocacia. Coimbra Editora, 2014

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ARRIBA LÓPEZ, EUGÉNIO

«Sob los limites del secreto professional del abogado»
Revista jurídica de la Región de Murcia, nº 43, 2010, págs. 15-41

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA

«Branqueamento de capitais: reacção criminal», in AA. VV., Estudos de Direito Bancário, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 337-358

ASOCIACIÓN INTERNATIONAL DE ABOGADOS

Detección y prevención del blanqueo de diñeiro – Guía de abogados
Último Acesso: 2020/10/22:
https://www.abogacía.es/wp-content/uploads/2012/06/LAWYERS-GUIDE-TO-DETECT-AND-PREVENT-ML.pdf

ATAÍDE ALVES, FÁBIO WELLINGTON

O Controle da origem ilícita dos honorários advocatícios: A contribuição do caso alemão.
Último Acesso: 2020/10/22:
http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_da_esmarn/article/viewFile/73/65

AZEVEDO FURTADO SOUSA, VÍTOR MANUEL

A responsabilidade civil dos advogados pela violação de normas deontológicas. Tese de Mestrado acessível in:
https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiv_Ies_qjvAhUPoRQKHYngAg0QFjAAegQIARAD&url=https%3A%2F%2Fsigarra.up.pt%2Ffdup%2Fpt%2Fpub_geral.show_file%3Fpi_doc_id%3D29482&usg=AOvVaw2SRSj_vUXfXBrLsz0bLi7S

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

BARBOSA, BHEATRIZ

A nova Lei de prevenção do branqueamento de dinheiro e financiamento do terrorismo – os deveres específicos do Advogado. Dissertação de Mestrado Forense sobre orientação do Senhor Professor Doutor Germano Marques da Silva. Maio 2018
https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/27031/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado_Bheatriz%20Barbosa_A%20nova%20lei%20de%20branqueamento%20de%20capitais%20e%20os%20deveres%20do%20Advogado.pdf

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO; FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO A.

«La emancipación del delito de blanqueo de diñeiro», in Francisco Muñoz Conde (et al.) (Dir.), Un Derecho Penal Comprometido, Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 195-117. Também in: Diario La ley , Nº 7535, 2010

BEXIGA, VALÉRIO

Lições de Deontologia Forense, Faro, Tip. União, folha do domingo, 2005

BITTENCOURT, CÉZAR ROBERTO; MONTEIRO, LUCIANA DE OLIVIERA

Lavagem de Dinheiro segundo a legislação atual. Direito penal e processual penal: leis penais especiais. São Paulo: RT, 2015

BLANCO CORDERO, ISIDORO

«Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de diñeiro», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Vol. L, 1997

El Delito de blanqueo de capitales, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2012

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

BONAVIDES, PAULO

Curso de Direito Constitucional, pag. 361, apud Mello, Marco Aurélio, «Liberdade de expressão, dignidade humana e Estado Democrático de Direito», in: Tratado Luso-brasileiro de Dignidade Humana, coordenação Jorge Miranda e Marco António Marques da Silva, 2ª ed, Quartier Latin, São Paulo, 2008

BRANDÃO, NUNO

Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção. Coimbra: Coimbra Editora, 2002

CAEIRO, PEDRO

A consunção do Branqueamento pelo fato precedente
Último Acesso: 2020/10/22:
https://www.researchgate.net/publication/339470528_A_consuncao_do_branqueamento_pelo_facto_precedente_em_especial_i_as_implicacoes_do_Acordao_do_Supremo_Tribunal_de_Justica_n_132007_de_22_de_Marco_ii_a_punicao_da_consuncao_impura

CANAS, VITALINO

«O Princípio da Proporcionalidade»
Dicionário Jurídico da Administração Pública v. 6, Coimbra Editora 1994

O Crime de branqueamento: regime de prevenção e de repressão
Coimbra: Almedina, 2004

«O segredo Profissional dos Advogados» – Estudos em Memória do Professor Doutor Antonio Marques dos Santos, vol. II, Ano: 2005

As medidas de Natureza Preventiva Contra o Branqueamento e o Financiamento do Terrorismo.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Último Acesso: 2020/10/22:
https://portal.oa.pt/upl/%7B0ec99367-bbe0-49a3-8cbd--7580be2e6a16%7D.pdf

CARNICER DÍEZ, CARLOS

Comentarios al Estatuto General de la Abogacía Española, Thomson - Civitas, Madrid, 2003,

CARPIO DELGADO, JUANA DEL

La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales
Último Acesso: 2020/10/22:
https://www.researchgate.net/publication/283290943_La_posesion_y_utilizacion_como_nuevas_conductas_en_el_delito_de_blanqueo_de_capitales

CASTANHEIRA NEVES, ALFREDO

Reflexos do Novo Regime Jurídico de Prevenção e Repressão do branqueamento de dinheiro
http://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?sidc=51438&idc=31890&idsc=30347&ida=303

CASTRO, PAULA DE

Branqueamento das virtudes.
Último Acesso: 2020/10/22:
https://portal.oa.pt/upl/%7B8adc6872-aa07-49cc-9ebd-52c63628bf80%7D.pdf

CEJ

Suficiência do processo Penal e Regime dos segredos
http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_RegimeSegredos.pdf

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

CHAUÍ, MARILENA

Convite a Filosofia. São Paulo: Ática, 2012

CHAVES, DAIANE

«A complexidade do papel do advogado na luta contra o branqueamento de dinheiro (mandamentos da directiva comunitária e crise a relação cliente/advogado em razão do sigilo profissional)»
In: Branqueamento de Dinheiro e Injusto Penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira, Juruá editora, Curitiba, 2009

COCA VILLA, IVÓ

El abogado frente al blanqueo de capitales – Entre Escila y Caribdis?
Último Acesso: 2020/10/22:
https://indret.com/el-abogado-frente-al-blanqueo-de-capitales-entre-escila-y-caribdis/

La posición jurídica del abogado: entre la confidencialidad y los deberes positivos
Último Acesso: 2020/10/23:
https://www.academia.edu/37911756/La_posici%C3%B3n_jur%C3%ADdica_del_abogado_Entre_la_confidencialidad_y_los_deberes_positivos

COMISSÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA ORDEM DOS ADVOGADOS

Direitos fundamentais: multiculturalismo e religiões
S. João do Estoril: Principia, maio 2007

CÓRDOBA RODA, JUAN

Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales,
Editora Marcial Pons, 85 págs., 2006

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

CORTÉS BECHIARELLI, EMILIO

El secreto profesional del abogado y del procurador y su proyección penal, Madrid, Marcial Pons, 1998

«Secreto profesional del abogado y ejercicio del derecho de defensa a la luz de la directiva 2001/97/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo», *Anuario de la Faculdade de Derecho* (Universidade de Extremadura), (21), 2003, págs. 153-185

COSTA ANDRADE, MANUEL DA

Teoria Geral das Obrigações, Coimbra, 1966

COSTA ANDRADE, MANUEL DA, ORG.; ANTUNES, MARIA JOÃO, ORG.; E outro

Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias
Coimbra: Coimbra Editora, dez 2009 4V.
Coleção: *Stvdia Ivridica*; 98, 99, 100, 101; Ad Honorem; 5

COSTA ANDRADE, MANUEL DA, ORG.; FARIA COSTA, JOSÉ DE, ORG.; E outros

Direito Penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais: Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld.
Coimbra: Coimbra Editora, Jul 2013 1430 pp.

COSTA MAGALHÃES, VLADIMIR

Breves Notas sobre lavagem de dinheiro: Cegueira Deliberada e honorários Maculados
Último Acesso: 2020/10/23:
https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista64/revista64_164.pdf

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

DAMBORENEA AGORRIA, ÍÑIGO

«Secreto profesional del abogado y blanqueo de diñeiro (Cuestiones a partir de la ley 19/1993)», in *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 28, nº 116, 2009, pp. 57-84

DANONE JUNIOR, SÉRGIO

Ética profissional. [S.l.: s.n.]
Último Acesso: 2021/01/23:
https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwisuIb328PvAhXCmFwKHS8sBNcQFjAAegQIAxAD&url=http%3A%2F%2Fead2.fgv.br%2Fls5%2Fcentro_rec%2Fdocs%2Fetica_profissional.doc&usg=AOvVaw0UMAizkAHiqhADyKHyZ-1

DE CARLI, CARLA VERÍSSIMO E RODRIGUEZ GARCIA, NICOLÁS (ORG.)

Lavagem de Capitais e Sistema Penal, Contribuições hispano-brasileiras a questões controvertidas,
2014, Verbo Jurídico Editora

DIAS, FERNANDO GARDINALI CAETANO

«Recebimento de honorários manchados e os crimes de branqueamento de dinheiro e recetação: análise sob a perspetiva das ações neutras.», in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCRIM*, ano 22, 110, setembro-outubro, 2014

DIAS DUARTE, JORGE

Direito penal económico e europeu, textos doutrinários
Vol. II - problemas especiais, pp. 141-154

DINIS, ALMERINDA

Direito - Manual do 12º ano
Texto Editora, 1989

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

DOMÍNGUEZ PUNTAS, ANTONIO

El blanqueo y la interferencia en la relación abogado-cliente
Último Acesso: 2020/10/22:
http://www.economistas.es/Contenido/REAF/CronicaTributaria/144/144_Dominguez.pdf

EUROPEAN UNION

Informe de la comision al parlamento europeo y al consejo sobre la aplicación de la directiva 2005/60 CE
Último Acesso: 2020/10/22:
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52012DC0168

FARALDO CABANA, PATRICIA

«Los Professionales del derecho»
Derecho y Processo Penal nº2006) 16) pg. 38-13

Legal Professionals and money laundering in Spain
Último Acesso: 2020/10/22:
https://www.researchgate.net/publication/242019876_Legal_professionals_and_money_laundering_in_Spain

FARIA COSTA, JOSÉ DE

«O branqueamento de capitais: algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal» Coimbra, 1992, V.LXVIII
In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*

FATF - FINANCIAL ACTION TASK FORCE

Risk Assessment Guidance for Lawyers
https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/rba-legal-professionals.html

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

FERNANDES BRANCO, ISABEL MARIA

Medidas de Combate ao branqueamento de dinheiro, Financiamento de Terrorismo e o Dever de «Comunicação» Imposto aos Advogados. Violação do Segredo Profissional?
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

FERNANDES GODINHO, JORGE ALEXANDRE

Branqueamento de capitais e Crime Principal – Concurso Efetivo ou Aparente in Formação Jurídica e Judiciária – Coletânea Tomo VI, pp. 341

Do Crime de branqueamento de capitais: introdução e tipicidade Coimbra: Almedina, maio 2001, págs. 280

«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, vol.3 Manuel da Costa Andrade (coords.), Maria João Antunes (coords.), Susana Aires de Sousa (coords.), Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009

FERNÁNDEZ BERMEJO, DANIEL

El abogado ante el blanqueo de diñeiro y el secreto professional
Último Acesso: 2020/10/22:
https://www.udima.es/sites/udima.es/files/aranz_periodical_106958546-2.PDF

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER GUSTAVO

«El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales», en *Diario La Ley*, nº 7657, 2011

«Adaptación de la normativa penal española a la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea», en Abel Souto, Miguel, Sánchez Stewart, Nielson (coords.), V Congreso..., *cit*., págs. 262-279.

Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (*compliance*), Navarra, Editorial Aranzadi, 2020

FERREIRA MENDES, RAFAEL JOSÉ

Os Deveres Deontológicos dos Advogados: O Cumprimento de Deveres Comunitàriamente Impostos em face do Crime de branqueamento de dinheiro; Dissertação de Mestrado em Direito: Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses; janeiro/2017 in: https://eg.uc.pt/bitstream/10316/84236/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Completa.pdf

FIGUEIREDO DIAS, JORGE DE; COSTA ANDRADE, MANUEL DA

«Problemática geral das infrações contra a economia nacional», in Direito penal económico e europeu: textos doutrinários. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 70

Direito Penal, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004

FLORES RECAS, LUZ PALOMA

El secreto profesional del abogado em relación com la normativa sobre prevención del blanqueo de capitales.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Último Acesso: 2020/10/23:
https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=h%2FFUDVnS87Y%3D

FONSECA, ARINOS

O papel do Advogado frente às alterações na Lei de lavagem do dinheiro
Último Acesso: 2020/10/22:
http://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/direito-Realidade/article/view/641

GAETKE, EUGENE R., WELLING, SARAH N.

«Money Laundering and Lawyers»
Syracuse Law Review, Vol. 43, No. 4 (1992), pp. 1165-1245
Último acesso: 2020/12/14
https://uknowledge.uky.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1404&context=law_facpub

GÁLVEZ KRUGER, MARIA ANTONIETA

Direito Comparado: Regulamentação do Segredo Profissional dos Advogados
Último Acesso: 2020/10/22:
https://www.yumpu.com/pt/document/read/12798544/direito-comparado-regulamentacao-do-segredo-profissional-dos-

GOMES CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM; MARTINS MOREIRA, VITAL

Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. 1; Coimbra Editora, 2014

Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 1998

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

GONZÁLEZ URIEL, DANIEL

Relaciones entre el blanqueo de dinero y el delito fiscal, Tesis doctoral, Universidad de Santiago de Compostela, 2021.

GRECO, LUÍS

Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GUEDES DA COSTA, ORLANDO

Direito profissional do advogado – noções elementares, Coimbra, Almedina, 2003

INSTITUTO UNIVERSITÁRIO DE INVESTIGÁCION SOBRE SEGURIDAD INTERIOR

El delito de blanqueo de capitales - Responsabilidad y comiso
Último Acesso: 2021/02/10:
http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PagE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/VICERRECTORADOS/INVESTIGACION/INSTITUTO%20UNIVERSITARIO%20DE%20SEGURIDAD/PUBLICACIONES/CUADERNILLO_MARZO05.PDF

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION

A Lawyer's Guide to Detecting and Preventing Money Laundering
Último Acesso: 2020/10/22:
https://www.actec.org/assets/1/6/A-Lawyers-Guide-to-Detecting-and-Preventing-Money-Laundering-October-2014.pdf

ITSIKOWITZ, ANGELA

Legal Professional Privilege/ Intermediary Confidential
Último Acesso: 2020/10/22:
https://issafrica.org/chapter-5-legal-professional-privilegeintermediary-confidentiality-the-challenge-for-anti-money-laundering

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

JAKOBS, GÜNTHER

Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid 1995

KAENEL, FRANS J. VON

Willful Blindness: A Permissible Substitute for Actual Knowledge Under the Money Laundering Control Act?
Último Acesso: 2020/10/23:
https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1818&context=law_lawreview

LAUREANO, ABEL

O Cliente e a Independência do Advogado (Uma chave da Deontologia Profissional), Deontologia Profissional). Lisboa: Quid Juris, 2000

LOPES CARDOSO, AUGUSTO

Do Segredo Profissional na Advocacia, Editora Almedina, 2020

LORENZO SALGADO, JOSÉ MANUEL

«En torno a alguna de las innovaciones de la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas», in *Drogodependencias y Sociedad, serie de estudios sectoriales 2*, Fundación Caixa Galicia, Imparesa, Santiago de Compostela, 1990, pp. 223-240

«El proyecto de Código Penal 1992 y los delitos relativos a drogas: una valoración crítica», in *Drogodependencias* / coords. Salazar Bernard, Isabel, Rodríguez López, Antonio, Becoña Iglesias, Elisardo, Vol. 1, Santiago de Compostela, 1994, págs. 57-116

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

«El tipo agravado de blanqueo cuando los bienes tengan su origen en el delito de tráfico de drogas», in III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Santiago de Compostela, coords. Abel Souto, Miguel, Sánchez Stewart, Nielson, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 223-249

«Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito y la extensión al blanqueo en 2015 del comiso ampliado, previsto inicialmente para la criminalidad organizada transnacional», in VI Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, coords. Abel Souto, Miguel, Sánchez Stewart, Nielson, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 585-588

«El blanqueo de dinero procedente de los delitos descritos en los arts. 368 a 372 del CP y las nuevas tendencias de financiación del terrorismo advertidas por las directivas de 2018», in VII Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, coords. Abel Souto, Miguel, Lorenzo Salgado, José Manuel y Sánchez Stewart, Nielson, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 439-470

LOZANO MIRALLES, JOSÉ

«Delitos contra la intimidad» em Bajo Fernández (dir.), Compendio de Derecho Penal (Parte Especial), v. II, Editorial Universitaria Ramon Areces, Pontecaldelas,1998

LUÍS, ALBERTO

A profissão de Advogado e a Deontologia
Centro Distrital de Estágio do Porto; Porto, 1999
Edição apenas em papel

Branqueamento de dinheiro – A experiência Portuguesa
Último Acesso: 2020/10/22:

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

https://portal.oa.pt/ordem/comissoes-e-institutos/trienios-anteriores/comissao-dos-direitos-humanos/trienio-2005-2007/comunicados-e-regulamentos/branqueamento-de-capitais-a-experiencia-portuguesa/

LUZADDER, MATTHEW C.

As financial-system gatekeepers, Lawyers must be careful with clients. Último Acesso: 22/10/2020: https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwig6ZrIqcjsAhWMERQKHS5oAMkQFjAAegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fwww.kelley drye.com%2Fgetattachment%2F51e7132a-3c9f-495e-9246-bcd8365bfba0%2Fattachment.aspx&usg=AOvVaw3KQsOJKrhNgXGJMzCK9srU

LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL

«Responsabilidad penal del asesor jurídico, en especial en relación con el blanqueo de capitales», in III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, coord. por Abel Souto, Miguel, Sánchez Stewart, Nielson, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013

«Responsabilidad penal del asesor jurídico», in *Revista De Derecho*, 2013 (15), 45-72, 2013. https://doi.org/10.5377/derecho.v0i15.1028

MAIA GONÇALVES, MANUEL LOPES

Código Penal Português Anotado e Comentado Legislação Complementar, 14.ª Ed, Coimbra, Almedina, 2002

MARIANO, ELSA

«Atos próprios dos advogados», in *Boletim da Ordem dos Advogados*, nº 15, set. 2018
http://ordemdosadvogados.impresa.pt/oa-13/destaque---actos-proprios-dos-advogados-2

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

MARMELSTEIN LIMA, GEORGE

A judicialização da ética
Último Acesso: 2020/10/22:
https://eg.uc.pt/handle/10316/24576

MARQUES DA SILVA, GERMANO

Direito Penal Português, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2020

MATALLÍN EVANGELIO, ÁNGELA

«El «autoblanqueo» de capitales», *Revista General de Derecho Penal*, nº 20, 2013

«Blanqueo de capitales y principios penales» in *Teoría y Derecho*, nº 24, 2018, págs. 273-300

MATEUS, CARLOS

Deontologia Profissional
Último Acesso: 2020/10/22:
https://www.oa.pt:6443/upl/%7Bcc14b165-34a2-4a0e-85e8-cc3fb-163f952%7D.pdf

Deontologia Profissional: O dever de Segredo
Último Acesso: 2020/10/22:
https://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/carlosMateus_segredo-profissional.pdf

A Ética Deontológica e as várias formas de exercício da profissão in:
https://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/carlosMateus_etica-deontologica.pdf

Parecer da Ordem dos Advogados, «A limitação da responsabilidade civil profissional do Advogado em prática isolada»:

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

http://www.oa.pt/upl/%7Bb7b024bb-0442-4911-9cd7-6b190b639bdd%7D.pdf

A violação do segredo profissional no caso de conhecimento de crime actual in:
https://www.oa.pt:6443/upl/%7B4a59edd4-5777-4246-9044-3dab5f7e1fe6%7D.pdf

MATIAS DE SOUZA, FABIANA; COIMBRA, MÁRIO

O Bem jurídico na Lavagem de dinheiro
Último Acesso: 2020/10/22:
http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/2111/2202

MATIAS SANTOS, FILIPE

«O advogado interno (de empresa lawyer): estatuto e particularidades do segredo profissional», in Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal, Almedina, 2018

MIGUEZ GARCIA, MANUEL/ CASTELA RIO, JOSÉ MANUEL

Código Penal Parte Geral e Especial com Notas e Comentários, Coimbra; Almedina, 2014

MOITINHO DE ALMEIDA, LUÍS PEDRO

Responsabilidade Civil dos Advogados, Coimbra Ed., 1998

MOLINA, JOSÉ ANTÓNIO

Derecho de defensa y secreto professional del abogado: especial referencia al conflicto en el ámbito del blanqueo de diñeiro
Último Acesso: 2020/10/22:
https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/348453

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

NUNES CARDOSO, TÂNIA VANESSA

A (I)licitude da Violação do Segredo Profissional do Advogado no Âmbito do Combate ao Delito de Branqueamento
Dissertação de Mestrado apresentada à FDUP
Disponível apenas em papel

NÚÑEZ PAZ, MIGUEL ÁNGEL

«El tipo agravado de blanqueo de dinero procedente de delitos urbanísticos», in III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Santiago de Compostela, coords. Abel Souto, Miguel, Sánchez Stewart, Nielson, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 267-279
«El tipo agravado del blanqueo por pertenencia a una organización y el acceso de los grupos terroristas a las instituciones financieras internacionales según la directiva 843/2018», in Abel Souto, Miguel/ Lorenzo Salgado, José Manuel/ Sánchez Stewart, Nielson, coords., VII Congresso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020

PAZ FERREIRA, EDUARDO

«O branqueamento de dinheiro», in AA. VV., Estudos em Direito Bancário, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, págs. 388

PEREIRA SÁEZ, CAROLINA

Una contribución al estudio del empleo del princípio de proporcionalidade en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional Español
Último Acesso: 2020/10/22:
https://www.researchgate.net/publication/278010539_Una_contribucion_al_estudio_del_empleo_del_principio_de_proporcionalidad_en_la_jurisprudencia_reciente_del_tribunal_constitucional_espanol

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

PEREIRA SILVA, GIRLANDO

O sigilo profissional do advogado à luz das alterações da lei de lavagem de capitais pela Lei 12.683/12
Mestrado em Direito - Universidade Estadual da Paraíba - 2012
http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/3413/1/PDF%20-%20Girlando%20Pereira%20da%20SILVA.pdf

PÉREZ LOBO, MARTA

El blanqueo de capitales: Obligaciones del abogado
Último Acesso: 2020/10/22:
https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/33301/TFM%20Marta%20P%C3%A9rez%20Lobo.pdf?sequence=1

PÉREZ MANZANO, MERCEDES

«Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las «conductas neutrales». La Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004», in: Barreiro, Agustín Jorge (coords.). Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Navarra: Civitas, 2005.

«Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales», in: Fernandez Miguel Bajo; Bacigalupo, Silvina (Ed.). Política criminal y blanqueo de capitales. Madrid: Marcial Pons, 2009

PINTO DE ABREU, CARLOS

«A Lei n.º 101/2001 de 25 de agosto, designada por Regime Jurídico das Acções Encobertas para Fins de Prevenção e Repressão Criminal», Parecer do Conselho Distrital de Lisboa, consulta n.º 29/2009, de 13 de maio, in Estatuto da Ordem dos Advogados Anotado, Ordem dos Advogados, Conselho Regional de Lisboa, 2017
https://www.oa.pt/cd/Conteudos/Pareceres/detalhe_parecer.aspx?sidc=31634&idc=501&idsc=42945&ida=80250

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

PINTO DE ALBUQUERQUE, PAULO

Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Editora: Universidade Católica Lisboa 2008

Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2015

PIRES, CATARINA LUÍSA

O advogado enquanto confidente necessário: Entre o dever de sigilo e o «dever de Justiça» in: https://carlospintodeabreu.com/public/files/o_sigilo_profissional_do_advogado.pdf

RAMOS FERREIRA, CREMILDA MARIA

Sigilo profissional na advocacia: responsabilidade decorrente da violação do dever do sigilo. Coimbra: Coimbra Editora, 1991

REALE JÚNIOR, MIGUEL

Instituições de Direito Penal: Parte Geral, 3a. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2009

ROBLES PLANAS, RICARDO

«Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos», in: Silva Sánchez, Jesus Maria (Dir.). ¿Libertad económica o fraudes punibles? Madrid: Marcial Pons, 2003

ROXIN, CLAUS

«Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estrutura de la teoria del delito», in: Peña, Diego-Manuel Luzón; Conlledo, Miguel Díaz y García; Remesal, Javier de Vicente (Trad.). Madrid: Civitas, 1997

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

SÁNCHEZ RIOS, RODRIGO

Advocacia; a lavagem de dinheiro, série Gvlaw, Editora Saraiva, 2010 https://www.saraiva.com.br/direito-penal-economico-advocacia-e--lavagem-de-dinheiro-1-edicao-3823890/p

SÁNCHEZ STEWART, NIELSON

Manual de deontología para abogados, 2019, Madrid, Wolters Kluwer, 459 págs.

SÁNCHEZ VÁSQUEZ, ADOLFO

Ética, editor: Grupo Planeta; coleção: Crítica Bolsillo, Espanha, 1999

SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES, JAVIER

Blanqueo de capitales y abogacía
Último Acesso: 2020/10/22:
https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/502.pdf

SANTIAGO, RODRIGO

«Considerações acerca do regime estatutário do segredo profissional dos advogados», *Revista da Ordem dos Advogados*, 57, janeiro de 1997

SILVA CAMPOS, CARLOS

O sigilo do advogado e seus limites
Último Acesso: 2021/01/22:
https://portal.oa.pt/upl/%7B539cf1dc-51d7-4f04-b33d-1546073e3c-9c%7D.pdf

SILVA CRISTÓVAM, JOSÉ SÉRGIO DA

A resolução das colisões entre princípios constitucionais
Último Acesso: 23/10/2020:
https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/o-principio-da-proporcionalidade-como-limite-da-discricionariedade/

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

SIMAS SANTOS, MANUEL E LEAL-HENRIQUES, MANUEL

Código de Processo Penal Anotado. Editora: Rei dos Livros. Lisboa. I Vol. 2004.

SOUSA MAGALHÃES, FERNANDO

A Advocacia: Uma síntese da sua evolução Histórica
Ordem dos Advogados - Centro de Formação do Porto
Edição apenas em papel

Estatuto da Ordem dos advogados: Anotado e Comentado, Almedina, Coimbra, 6º Edição., p.738.

SOUSA MENDES, PAULO DE

A problemática da punição do autobranqueamento e as finalidades de prevenção e repressão do branqueamento de dinheiro no contexto da harmonização europeia
Último Acesso: 21/02/19:
https://revistas.ucp.pt/index.php/catolicalawreview/article/view/1992

STESSENS, GUY

Money Laundering – A new international Law enforcement model
Último Acesso: 2020/10/22:
https://www.researchgate.net/publication/266879413_Money_Laundering_A_New_International_Law_Enforcement_Model

STOUTEN, MAAIKE AND TILLEMAN, ANDRÉ

Reporting duty for lawyers versus legal privilege – unresolved tension.
Último Acesso: 2020/10/22:
https://ideas.repec.org/h/elg/eechap/14442_30.html

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

SUÁREZ PLANOS, LEONOR

«Deontología del abogado. Descripción normativa y crítica», en Etica de las profesiones jurídicas: estudios sobre deontología, Vol. 2, Editores: Universidad Católica San Antonio de Murcia, Cátedra de Ciencias Sociales, Morales y Políticas, 2003

TOLEDO, FRANCISCO DE ASSIS

Princípios básicos de direito penal: de acordo, com a lei 7.209/84 e a Constituição Federal de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991

VELOSO, JOSÉ ANTÓNIO

Erro em direito penal, 2.ed., Lisboa: Associação Académica da Faculdade Direito Lisboa, 1999, págs. 50

VIDALES RODRÍGUEZ, CATALINA

Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997

«Blanqueo, ¿qué es blanqueo?», in *Revista General de Derecho Penal*, nº 8, 2012

«Blanqueo, responsabilidad de las personas jurídicas y programas de cumplimiento», in GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.), Tratado sobre *Compliance* Penal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 409-436

VILELA, ALEXANDRA

Considerações acerca da presunção de inocência em Direito Processual Penal, Coimbra Editora, 2000

VILLA RAMOS, BEATRIZ

«Deontología profesional e enquadre jurídico normativo», em Deontología profesional, Editor Dykinson, Madrid, 2013

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

WELZEL, HANS

El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução e notas de José Cerezo Mir. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2001.

Derecho penal alemán
Tradução de Bustos Ramírez, Juan J., Yañez Perez, S.
Editorial: Editorial Jurídica de Chile, 1993, Santiago de Chile, Chile

WIRTZ, GEORG; BERMEJO, MATEO

«Honorarios de los abogados defensores de las causas penales y blanqueo de dinero desde una perspetiva europea: ¿un mismo problema, una misma solución?», in: *Zeitschrift für Internationale Strafrehtsdogmatik*, 11, 2007

YURI KAWAKAMI, CYNTHIA

Lavagem do dinheiro e advocacia: Dos deveres jurídicos dos advogados à cumplicidade mediante ações neutras
Dissertação de Mestrado - Julho 2015 - Universidade de Coimbra
http://hdl.handle.net/10316/34674

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

LEIS:

Constitución Española, aprobada por las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978, ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978, sancionada por S. M. el Rey ante las Cortes el 27 de diciembre de 1978
Último Acesso: 2020/11/12:
https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf

Constituição da República Portuguesa, VII Revisão Constitucional [2005]
Último Acesso: 2021/06/08:
https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf

Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional

Último Acesso: 2020/11/12:
http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_nu_criminalidade_organizada_transnacional.pdf

Estatuto da Ordem dos Advogados Portugueses

Lei nº145/2015 de 9 de setembro (com a alteração da Lei 23/2020 de 6 de julho)
Último Acesso: 2020/11/12:
https://portal.oa.pt/ordem/regras-profissionais/estatuto-da-ordem-dos-advogados/

Regulamento da dispensa do Segredo Profissional – Regulamento nº 94/2006 de 12 de junho

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Código de Deontologia dos Advogados Europeus (CCBE) - Ordem dos Advogados Deliberação n.º 2511/2007
Último Acesso: 2020/11/12:
https://dre.pt/application/dir/pdf2s-dip/2007/12/249000000/3770837725.pdf

Real Decreto 658/2001, de 22 de Junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española
Último Acesso: 2020/11/12:
https://www.abogacía.es/wp-content/uploads/2012/06/Estatuto-General-de-la-abogacía-Espanola-1.pdf

Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.
Último acesso: 13/06/2021

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-4568

Strafgesetzbuch
Último Acesso: 2020/11/12:
https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/StGB.pdf

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ACORDÃOS:

ESPANHA

Tribunal Constitucional espanhol, em Sentença nº 219/1989, Sala 1ª, de 21 de dezembro de 1989.
STC 2/1987, de 21 de janeiro,
STC 42/1987, de 5 de março,
STC 42/1989, de 16 de fevereiro,
STC 69/1989, de 29 de abril
STS de 8 de março de 1996

Todos os acordãos referidos podem ser consultados em:
www.poderjudicial.es/jurisprudencia

PORTUGAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Processo nº 675/04
Último Acesso: 2021/02/19:
www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040566.html

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo: 2/16.5TRPRT-A.S1
http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b92d5a2a8f2412a3802582cf003af19e

Processo nº 7/10.0TELSB.L1.S1 in:
http://www.gde.mj.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a7ea6ac09e68eeac80257c82004b4600

Acordão nº 2007/13
Processo: 05P220
Último Acesso: 2021/02/19:
Publicação: DR, I série, 240, 13/12/2007, p. 8903

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Processo: 03B2121
Último Acesso: 2020/10/22:
http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bfd1e4364706804a80256ef50046d125?OpenDocument

Processo: 05P220
Último Acesso: 2020/10/22:
http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b3054e9c1b1eb8b9802573b7003ad380?OpenDocument

Processo: 2622/07.0TBPNF.P1.S1 29-04-2010
http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/6445e7dfde69fef280257715003ab427

SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 29/04/2014, processo n.º 01097/13
http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/838c664f24c30f1c80257ccf0050b55a?OpenDocument&ExpandSection=1

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA

Processo: 60/10.6TAMGR.C1
Último Acesso: 2020/10/23:
http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/d3970772881297a280257ba3004d4ec7?OpenDocument

Processo: 132/08.7JAGRD-C.C1
Último Acesso: 2020/10/22:
http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/84087cae53286ef180258105004aa4ed?OpenDocument

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Processo: 309/15.9JACBR-A.C1
Último Acesso: 2020/10/22:
http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/84087cae53286ef180258105004aa4ed?OpenDocument

Processo: 968/09.1TACBR.C1de 21/09/11
http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/8c4f3b1f9d19ae21802579210034ed2f?OpenDocument

Processo: 3878/04 de 12/01/05
http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/eca223ff159e7e1f80256f9c0055923e

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA

Processo: 66/08.5IDSTR-B.E1
Último Acesso: 2020/10/22:
http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/a840b26c97d9ff1680257d0800375e86?OpenDocument

Processo 377/08.0TALGS-A.E1 de 15/12/09
http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/-/9C0D9294B2B7435280257DE-100574F1C

Processo: 767/11.0TAOLH-C.E1
Último Acesso: 2020/10/23:
http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/daecc0af52bfee3080257e4a003a2775?OpenDocument

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES

Processo: 405/05-1 de 04/05/05
http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/23332EB403958D3B802570070049BBD1

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Processo: 615/16.5T9LLE-AE1
Último Acesso: 2020/10/23:
http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf-005f080b/00789674eefc8b3e8025814c004e338e?OpenDocument

Processo: 724/08-2
Último Acesso: 2020/10/23:
http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/21d7bb296e7f9c7a802574dc00515be4?OpenDocument

Processo:
4033/19.5T8BRG.G1 de 26-11-2020
http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/adc8eada595573468025864000056dde0?OpenDocument

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DA LISBOA

Processo: 1/05.2JFLSB.L1-3
Último Acesso: 2020/10/22:
http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/801de67a3093577580257be9003309a3?OpenDocument

Processo: 208/13.9TELSB.G.L1-5
Último Acesso: 2020/10/22:
http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ee-c/2426087866527eed80258147003818ea?OpenDocument

Processo: 602/08.7TBBNV-A.L1-7
Último Acesso: 2020/10/22:
http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/b02a1ff851f8c33c80257cc90031ffb4?OpenDocument

Processo: 1551/06.9TBBNVL1-8 de 05/05/11 in:
http://www.dgsi.pt/jtrl1.nsf/0/156d101b84169ae1802578a-9002faf59?OpenDocument

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Processo: 1698/10.7TA0ER.L1-5
Último Acesso: 2020/10/22:
http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/3d24ef9037ab779780257d5400434611?OpenDocument

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

Processo: 106/04.7TALMG-B.P1
Último Acesso: 2020/10/22:
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/b9313446cab5def6802577f4005afd98?OpenDocument

Processo: 238/12.8YRPRT
Último Acesso: 2020/10/23:
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/6a6357c59fd6f7fa80257ac400563770?OpenDocument

Processo: 430/14.0TAAMT.P1 de 07/12/2018
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/8b19aa9b7beafd3f80258398003f776d?OpenDocument

Processo: 552/06.1TAPGR.P1
Último Acesso: 2020/10/22:
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/dcacfe877c4f1e038025784c0040dba6?OpenDocument

Processo: 598/08.5GCVNF-A.P1
Último Acesso: 2020/11/02:
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/f125bf14d222d33d802577e400501add?OpenDocument

Processo: 964/11.9TBMAI-D.P1
Último Acesso: 2020/10/23:
http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/84087cae53286ef180258105004aa4ed?OpenDocument

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Processo: 1130/14.7TDLSB-C.L1-9
Último Acesso: 2020/10/23:
http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2f-1cf874c969def3802580d0006e6214?OpenDocument

Processo nº 1551/19.9T9PRT.P1 in:
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/16869f9c8e974916802585340056 26f1

Processo: 0140601
Último Acesso: 2020/10/22:
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/8d98b84c507b5c4180256b7c003332fe?OpenDocument

Processo: 2055/09.3TVPRTP1–
Último Acesso: 2020/10/22:
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/9f-1dcc84df8efdbb8025791a003c9619?OpenDocument

Processo: 3048/06.8TVSLB-A.L2-7
Último Acesso: 2020/10/23:
http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/3f-f78bb2fa12e17480257bf900541db6?OpenDocument

Processo: 0415092
Último Acesso: 2020/10/22:
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/89a-0ca4bda5bf5c580256f51004dafdb?OpenDocument

Processo: 5002/16.2T8LRS-A.L1-7 de 05/05/20
http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ee-c/13852b6708e97166802585650049ab81?OpenDocument

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Processo: 0515331 de 23/11/05
http://www.dgsi.pt/JTRP.NSF/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/5d9184271f1aff08802570cb003dcd7a

Processo: 0656351
Último Acesso: 22/10/2020:
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/b202379c58d3168080257241005146 73?OpenDocument

Processo: 0821390
Último Acesso: 22/10/2020:
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/5a8807e51b44e34e8025745e0049e023?OpenDocument

UNITED STATES

United States versus Lynne Stewart
Último Acesso: 22/10/2020:
https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1498462.html

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA