



Rafael José Ferreira Mendes

Os Deveres Deontológicos dos Advogados

O Cumprimento de Deveres Comunitariamente Impostos em face do Crime de
Branqueamento de Capitais

Dissertação de Mestrado em Direito: Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses

Janeiro/2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Rafael José Ferreira Mendes

Os Deveres Deontológicos dos Advogados
O Cumprimento de Deveres Comunitariamente Impostos em face do Crime de
Branqueamento de Capitais

The Deontological Duties of Lawyers:
The Fulfilling of Commonly Enforced Duties Towards the Money Laundering
Crime

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no
âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na
Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses

Orientadora: Professora Doutora Anabela Maria Pinto de Miranda Rodrigues

Coimbra, 2017

**“We make ourselves powerless
when we pretend we don’t know”**

Margaret Heffernan

Agradeço àqueles que suportaram o meu percurso académico, em todas alegrias e amarguras de que foi composto. À Professora Doutora Anabela Rodrigues, minha orientadora, por me guiar, por ter cultivado em mim algo que nunca morrerá, a sede de conhecimento. Aos amigos de faculdade pela partilha do esforço que agora frutificará. À minha namorada pelas horas que este estudo lhe roubou de mim. À minha mãe, pelo apoio. A ti pai, que nunca duvidaste, que tinhas mais certezas do que eu, que sabias que o dia iria chegar.

Obrigado a todos os que contribuíram para a realização desta dissertação.

Resumo

O Advogado é uma das engrenagens da sociedade moderna, na manutenção e boa aplicação da Justiça, enquanto defensor daqueles que necessitam mobilizar a tutela jurídica dos seus direitos. É na sua figura que reside também o âmbito de aplicação de deveres que auxiliam na prevenção de uma criminalidade globalizada, transnacional, afectando transversalmente várias áreas da sociedade, o Branqueamento de Capitais.

A Deontologia da profissão, atentando a todos os deveres de aplicação genérica, tem por fonte vital o Estatuto da Ordem dos Advogados, onde estão enunciados os preceitos conformadores da actuação do profissional em toda a sua extensão. Preceitos existem também para disciplinar o advogado que não cumpra tais disposições conformadoras, preceitos que pelo seu carácter genérico são auxiliados pelos da Lei de Combate ao Branqueamento de Capitais, na óptica do princípio da especialidade.

O cumprimento dos deveres pode gerar discussão, sobre o conflito entre estes e aqueles que o Estatuto da Ordem dos Advogados prevê, mas é na hipótese de incumprimento que mais questões emergem, nomeadamente no que toca à modalidade de dolo a usar na imputação de responsabilidade. Aqui julga-se da cegueira deliberada de um sujeito que tem por dever profissional conhecer das regras e preceitos legais que mobiliza numa base diária. Observar-se-á a validade desta modalidade, nas suas valências, positivas e negativas, para estabelecer um critério de imputação de responsabilidade ao advogado incumpridor.

Far-se-á uma incursão sobre o regime da responsabilidade disciplinar do advogado que incumpe os deveres relativos ao crime de branqueamento de capitais, através de uma lógica contra-ordenacional, preconizando um aumento de eficácia face às actuais sanções.

Palavras-chave: Deontologia; Combate ao Branqueamento de Capitais; Deveres do Advogado; Segredo Profissional; Cegueira Deliberada; Regime Disciplinar; Contra-Ordenação;

Summary

The figure of the lawyer is one of the cogs of modern society, maintaining and rightly applying Justice, as the protector of those in need to mobilize the legal ward of their rights. In its figure resides also the sphere of application of the duties that aid in the prevention of a globalized criminality, transnational, affecting multiple areas across society, the Money Laundering Crime.

The professional deontology, attempting at all the generic applied duties, as is vital source in the Lawyers Professional Association Statute, where are stated the shaping statements of the professional performance in all its extent. Statements exist too to discipline the lawyer that does not abide those shaping statements, statements that for their generic character are aided by those in the Fight against Money Laundering Act., through the standpoint of the specialty principle.

The fulfillment of the duties can make an argument rise, about the conflict between these and those the Lawyers Professional Association Statute state, however it's in the case of not fulfilling those duties that more questions arise, namely towards the malice genre mobilized to attribute responsibility. In here we judge of the wilfull blindness of an individual that by professional duty has to know the rules and legal statements that it mobilizes in a daily basis. We will try to demonstrate the legal validity of this genre of malice, in its facets, positive and negative ones, to establish the responsibility attribution standard for the non-abiding lawyer.

We will be making an incursion on the disciplinary regime of the lawyer who does not fulfill the duties related to the money laundering crime, through an administrative offence regime, recommending an increase of the effectiveness of the current sanctions.

Keywords: Deontology; Money Laundering Combat; Lawyers Duties; Professional Secrecy; Wilfull Blindness; Disciplinary Regime; Administrative Offence;

Índice

Siglas e Abreviaturas	7
1-Introdução.....	8
2-Deveres Deontológicos dos Advogados á luz do EOA.....	13
2.1 Princípio da Integridade.....	14
2.2 Princípio Independência.....	14
2.3 Deveres para com a Comunidade.....	15
2.4 Segredo Profissional	15
3-Deveres Relativos ao Combate ao Branqueamento de Capitais.....	17
4-Conflito de Deveres (O segredo profissional vs. Dever de Comunicação).....	21
5-Questões de Imputação	29
5.1 A conduta exclusivamente dolosa.....	30
5.2 Dolo Directo.....	33
5.2 O Dolo Eventual e a Teoria da Cegueira Deliberada.....	35
6-A Sanção Contra-Ordenacional á luz da Lei 25/2008: Inversão do paradigma	41
7-Conclusão.....	51
8. Bibliografia.....	54

SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.º/arts. – Artigo/artigos

CCBE – Código Deontológico do Conselho Consultivo dos Advogados Europeus

CE – Comunidade Europeia

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL/ Dec. Lei – Decreto-Lei

EOA – Estatuto da Ordem dos Advogados

GAFI- Grupo de Acção Financeira Internacional

LOSJ – Lei da Organização do Sistema Judiciário

OA – Ordem dos Advogados

PGR – Procurador-Geral da República

RGCO – Regime Geral das Contra-Ordenações

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

STS - Sentença do Tribunal Supremo de Espanha

1-Introdução

A Deontologia “legal” é um dos pilares de apoio á realização da justiça, da descoberta da verdade material e da reposição da paz jurídica da comunidade, tendo como instrumento de materialização de tais objectivos do Direito, em especial do Direito Penal, a figura profissional e institucional do advogado que, “serve a justiça mais do que o direito, e o direito mais do que a lei”¹, e que “sem a deontologia ... é um mercenário, porque não serve a Justiça”².

A Deontologia configura o conjunto das regras ético-jurídicas pelas quais o advogado deve pautar o seu comportamento profissional e cívico, pelo que servirão de limitadores à sua actuação, correcta e adequada perante as presunções costumariamente estabelecidas para a classe profissional, sendo que tudo o que se enquadrar, ou melhor, não se enquadrar, dentro de tais pressupostos, irá constituir uma falta, e a falta cometida por um atinge-os a todos, ameaçando assim o prestígio da classe, consequência de este ser alicerçado no prestígio dos seus membros.

Todavia a Deontologia jurídica portuguesa tem desde 1984, no corpo da peça legislativa do Decreto-Lei n.º 84/84, de 16 de Março, entretanto já revogada pela Lei n.º 145/2015, de 09 de Setembro, um corpo positivado 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 representativa, 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*³, figurando aqui a disposição mais idónea a ser mobilizada em toda a extensão deste estudo, em virtude de se querer mostrar uma perspectiva que, não relevando para efeitos de consciência daqueles que não se furtam de cometer algum tipo de ilícito ou desrespeito pelas regras deontológicas, afecta a classe profissional no seu todo, denegando a honra da profissão e diminuindo o respeito social pela mesma, levando a um grau de desconfiança que não se coaduna com a posição de garante do advogado.

¹ Arnaut, António, Iniciação à Advocacia – História Deontológica. Questões práticas, 11ª Edição, Coimbra Editora, 2011, Prefácio

² Ibidem

³ Vd. Al.d) do Art.º3 da Lei 145/2015

Nas palavras de António Arnaut, “a exigência de conduta privada irrepreensível radica, assim, na própria natureza da advocacia. Se o advogado exerce uma função de interesse público, não pode ser respeitado e impor-se quando a sua vida pessoal merece censura ética, não se consubstanciando na sua pessoa um pólo de autoridade moral”⁴.

Sabendo que à mulher de César não basta ser séria, mas também tem de o ser, o advogado enquanto “órgão auxiliar” da realização da justiça, não deve ter um escopo deveras antagónico à sua função social, tendo para isso que contribuir com o necessário decoro ligado à profissão, quer no exercício da profissão quer na sua vida particular, na medida em que tal não adentre o direito à reserva da vida privada e do livre desenvolvimento da personalidade⁵.

Visto o núcleo de investigação, os deveres deontológicos dos advogados, relacionaremos tal temática com o delito de branqueamento de capitais, crime previsto no Código Penal Português no seu artigo 368-A⁶, que progressivamente tem “usado” da amplitude da profissão, dos actos de mandato irregular, que contemporaneamente se adaptaram à nova realidade de celebração de negócios jurídicos através de um mandatário forense, para se disseminar, sub-repticiamente e de forma encapotada, na forma de negócios jurídicos, aparentemente, lícitos.

O branqueamento de capitais é um crime iminentemente económico, que apesar de ter em pano de fundo um crime⁷ do qual provêm os bens, pecuniários ou não, que posteriormente serão convertidos ou transferidos de modo a ocultar a sua origem ilícita, preceitua na sua génese punitiva um combate à criminalidade económica, tutelando uma pretensão estadual de confisco de vantagens do crime ou, mais especificamente, o interesse do aparelho judiciário na deteção e perda das vantagens de certos crimes.

Em virtude da comunitarização de medidas legais, na óptica de um esforço comum em face da transnacionalização de actividades criminosas, foram transpostas para a ordem jurídica interna as Directivas⁸ relativas à prevenção da utilização do sistema financeiro e das actividades e profissões

⁴ Arnaut, António, *Iniciação à Advocacia – História Deontológica. Questões práticas*, 11ª Edição, Coimbra Editora, 2011, pág.81

⁵ “O patrocínio ficará irremediavelmente ferido se a vida privada do advogado estiver em contradição com os valores jurídicos que defende. Para persuadir é preciso ter razão. Por isso, os instrumentos do advogado são, além do seu saber e da sua cultura, a retidão de consciência e o sentido de dever”. *Ibidem*

⁶ Cfr. N.º2 do Artigo 368-A CP: 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.

⁷ Cfr. N.º1 do Art.º 368.º-A do CP

⁸ Directivas n. os 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro, e 2006/70/CE, da Comissão, de 1 de Agosto

especialmente designadas para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo, através da Lei n.º 25/2008, de 05 de Junho, onde são estabelecidas medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo.

Acarretam especial interesse os deveres a que os advogados estão adstritos no âmbito da sua actividade profissional em face do crime de branqueamento, isto é, na perspectiva de contacto ou de enquadramento da sua conduta no tipo legal. Deveres estes que levam a uma acentuação da característica de órgão auxiliar de justiça dos advogados, na medida em que tais deveres são impostos com base na pretensão de prevenir a materialização da tipicidade criminal através da idoneidade técnica dos advogados na detecção, quase precognitiva, deste tipo de criminalidade.

Além de uma parcial resignação profissional e doutrinária quanto ao enquadramento dos advogados enquanto “órgão auxiliar da Justiça”, o maior problema relaciona-se em especial com o dever de comunicação previsto no n.º1 do Art.º16 da Lei 25/2008 em face de um possível conflito com o dever de garante, de impossível dissociação da profissão, o segredo profissional, previsto no Art.º92 do Estatuto da Ordem dos Advogados, levando à questão do cumprimento do código deontológico imposto pelo Estatuto da Ordem dos Advogados, que apesar de actuar como limitador da observância destes deveres, não deixa de colidir com os mesmos.

Esta questão remete inteiramente, numa primeira impressão, para a possibilidade de configuração do advogado como um “delator oficial” a favor das pretensões estaduais, ignorando o dever deontológico de segredo, todavia, a própria Lei 25/2008, de 05 de Junho contém uma disposição coadjuvadora do dever previsto no Art.º 16 da mesma, acautelando e até afastando esta presunção, presente no n.º2 do Art.º35, no qual se exime o advogado de cumprir o dever de comunicar “*as informações obtidas no contexto da avaliação da situação jurídica do cliente, no âmbito da consulta jurídica, no exercício da sua missão de defesa ou representação do cliente num processo judicial, ou a respeito de um processo judicial, incluindo o aconselhamento relativo à maneira de propor ou evitar um processo, bem como as informações que sejam obtidas antes, durante ou depois do processo.*”⁹

A posição de auxiliar, do advogado, da boa administração da justiça tem vindo a ser subvertida por juízos sociais, tomando, em alguns desses juízos, até natureza delativa, de modo algo injusto, uma vez que os advogados serão, pela sua capacidade técnica, ainda que não hipocraticamente

⁹ Vd. Art.º35 n.º2 da Lei 25/2008, de 05 de Junho

ajuramentados, ajuramentados ainda assim¹⁰, uns dos naturais defensores da aplicação e boa administração da justiça, como tal, é do interesse das sociedades adstritas, em virtude da transposição das directivas comunitárias que impõem deveres aos advogados, procurar entender a ratio da posição do advogado no combate ao branqueamento de capitais observando estes deveres.

Apesar de todos os imperativos deontológicos, éticos e até morais, que deveriam reter a vontade do causídico na prossecução de um acto de branqueamento de capitais, com total consciência da natureza ilícita deste, os advogados são ainda agentes deste crime, mas, no âmbito deste estudo apenas daremos atenção ao incumprimento dos deveres contidos na Lei 25/2008, e não da imputação da prática do facto que se tenta prevenir.

Em virtude da proficiência técnica que se atribui ao advogado médio, de conhecimentos, presume-se que nenhum possa alegar que, com a consciência total dos factos, realizados ou a realizar, pelo seu cliente, não conseguisse enquadrá-los no tipo legal de crime consubstanciado no Art.º368-A do CP, não tendo assim incumprido com qualquer dos deveres impostos na detecção e prevenção do crime de branqueamento de capitais.

Pretende-se aqui afastar a ideia de um possível erro sobre as circunstâncias do facto¹¹, na linha da teoria da cegueira deliberada, com base na censurabilidade da falta de diligências do advogado para tomar conhecimento de toda a factualidade e conseqüentemente puder tomar consciência da ilicitude do facto preceituando *“um desconhecimento intencional ou construído, concluindo-se pela culpabilidade, que não pode ser em menor grau quando referente àquele que, podendo e devendo conhecer, opta pela ignorância.”*¹²

Na senda da teoria da cegueira deliberada, emergente de uma imputação do facto ilícito típico a título de dolo eventual, faz-se necessário um confronto entre o dolo directo e o dolo eventual de modo a estabilizar o critério de imputação, sendo que tanto a doutrina, como a jurisprudência, pendem para o critério de imputação do dolo eventual, isto é, que a realização do tipo objectivo de ilícito seja representada pelo agente apenas como *“consequência possível da conduta”*¹³, não submetendo a imputação ao agente segundo o critério do dolo directo intencional, segundo disposto no Art.º14 n.º1

¹⁰ “Juro, pela minha honra, exercer a advocacia com independência, espírito de serviço, coragem e dignidade e, como servidor da humanidade, da justiça, do direito e da lei, cumprir escrupulosamente os deveres fundamentais, legais e deontológicos, da profissão.”, in Art.º 42 do Regulamento n.º 232/2007 OA (2.ª série), de 4 de Setembro de 2007

¹¹ Vd. Art.º16 do CP

¹² V.V.A.A, Lavagem de Capitais e Sistema Penal, Contribuições hispano-brasileiras a questões controvertidas, 2014, Verbo Jurídico Editora, pág.156

¹³ Vd.Art.º 14 n.º3 do CP

do CP, sendo o real e principal escopo da sua conduta a realização consciente de um ilícito típico, atendendo às dificuldades apresentadas na, posterior ao facto, determinação do conhecimento e vontade de realização do tipo objectivo de ilícito do agente, numa atitude de *contrariedade ou indiferença perante o dever-ser jurídico-penal*¹⁴.

Em última linha, far-se-á uma incursão sobre o regime contra-ordenacional¹⁵ que sanciona as Entidades Não-Financeiras, nas quais se inserem os advogados, que não atentem aos deveres que lhes são impostos pela Lei de Combate ao Branqueamento de Capitais e do Financiamento ao Terrorismo, corpo legal onde igualmente se situa o referido regime.

Analisaremos a eficácia das sanções aplicadas e da eficiência do instituto do agravamento previsto no Art.º54-A da mesma lei, em face da impossibilidade genérica de determinar o benefício económico de modo concreto e total , de modo a introduzir uma ideia de inversão do paradigma contra-ordenacional, em especial no que toca ao princípio da dependência da aplicação de sanções acessórias, apelando assim a uma redefinição da estratificação das sanções contra-ordenacionais, ou apenas a total queda do princípio da dependência em nome da efectividade das sanções aplicadas a quem incumpra na observância de tais deveres, sendo que a influência dos “resultados” práticos do sistema sancionatório contra-ordenacional não pode ser afastada no contexto da avaliação de uma possível inversão do ilícito de mera ordenação social, quanto á sua sanção principal única e sanções acessórias, no presente estado de coisas.

Apesar de tudo o que fora dito acima, o regime aplicável aos advogados (e solicitadores) é regulado, em virtude de remissão do Art.º58 da Lei 25/2008, pelo Estatuto da Ordem dos Advogados, estabelecendo-se aí os critérios de quantificação da multa ou sanção diversa, resultante de procedimento disciplinar, verificando-se uma maior rigidez, comparativamente ao regime “adaptável” presente no 54º-A da Lei 25/2008, denotando-se a ausência de sanções acessórias e da aplicação de uma única sanção¹⁶ até em casos de concurso de infracções¹⁷.

Perante tal quadro sancionador, será designado como objectivo estabelecer uma relação comparatística entre as infracções disciplinares assacadas aos advogados no art.º58 da Lei 25/2008, com

¹⁴ Figueiredo Dias, Jorge de; Direito Penal - Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime, 2ªEdição, 2012, Coimbra Editora, pág. 545

¹⁵ Vd. Art.º45 e ss. da Lei 25/2008, de 05 de Junho

¹⁶ Vd. Art.º 135 nº1 e 2 do EOA, - “(...)Não pode ser aplicada ao mesmo advogado mais de uma sanção disciplinar”

¹⁷ Vd. Art.º136 nº1 do EOA, - “(...) É igualmente condenado numa única sanção disciplinar o advogado que, antes de se tornar definitiva a sua condenação por uma infracção, venha também a ser condenado pela prática de outra ou outras infracções, apreciadas em processos distintos e que não tenham sido apensados.

a necessária remissão para o regime do EOA, e as coimas presentes no art. 54 do mesmo diploma, sob a égide do Direito de Mera Ordenação Social, promovendo também o debate acerca das posições ocupadas pelas sanções de que este ramo do Direito dispõe, na sua missão reguladora, através da posição crítica de Marcelo Madureira Prates,” (...) *se houver situações em que a Administração pretenda aplicar uma sanção diferente da coima... ela não poderá fazê-lo (...). A sanção pecuniária (...) dificilmente será adequada para atender aos diferentes interesses publico-administrativos presentes em cada caso concreto (...)*”¹⁸.

2-Deveres Deontológicos dos Advogados á luz do EOA

A Deontologia é o conjunto das regras ético-jurídicas pelas quais o advogado deve pautar o seu comportamento profissional e cívico, inculcando a ideia de essencialidade das normas deontológicas na formação do advogado e na dignificação da classe. O prestígio da Ordem é alicerçado no prestígio dos seus membros. E a falta cometida por um atinge-os a todos.

A exigência de conduta privada irrepreensível radica, assim, na própria natureza da advocacia. Se o advogado exerce uma função de interesse público, não pode ser respeitado e impor-se quando a sua vida pessoal merece censura ética, não se consubstanciando na sua pessoa um pólo de autoridade moral.

O advogado, como a mulher de César, tem de ser, e parecer, sério¹⁹. O patrocínio ficará irremediavelmente ferido se a vida privada do advogado estiver em contradição com os valores jurídicos que defende. A principal fonte de deontologia é o Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei nº145/2015), sendo igualmente importante Código Deontológico do Conselho Consultivo dos Advogados Europeus (CCBE).

A Deontologia constitui assim um verdadeiro direito profissional como ramo de direito autónomo.

Atentaremos agora aos princípios, não todos, mas aqueles que nuclearmente conformarão a actuação do Advogado em face do Branqueamento de Capitais.

¹⁸ Prates, Marcelo Madureira; Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia, 2005, Almedina, p.149

¹⁹ Art.88.ºEOA - “O advogado é indispensável à administração da justiça e, como tal, deve ter um comportamento público e profissional adequado à dignidade e responsabilidades da função que exerce (...)”

2.1 Princípio da Integridade

O Advogado exerce a sua função social no âmbito do direito à justiça e ao acesso efetivo à mesma, seja no sistema de acesso ao direito e aos tribunais, que se destina a assegurar que a ninguém seja dificultado ou impedido, em razão da sua condição social ou cultural ou por insuficiência de meios económicos, seja no conhecimento, exercício ou a defesa dos seus direitos.

A conceção atual do advogado como participante da administração da Justiça, consagrada expressamente, conforme vimos, na própria letra da lei, decorre do preceito constitucional do artigo 208º da CRP, considerando o Advogado como participante da Administração da Justiça, competindo-lhe, de forma exclusiva, o patrocínio das partes, com discricionariedade técnica e vinculação exclusiva a critérios de legalidade e às normas deontológicas da profissão e com direito à protecção do segredo profissional.

Apesar de não poder esperar-se do Advogado imparcialidade, pois tem por missão o patrocínio de uma das partes, sempre pode falar-se de uma independência de “imparcialidade” do Advogado, mesmo em relação ao cliente, como decorre de as relações com o cliente, que assentam no princípio da confiança, terem a norteá-las também as normas legais e deontológicas, não podendo o Advogado negligenciar as normas deontológicas no intuito de agradar ao cliente.

2.2 Princípio Independência

A independência do Advogado traduz-se em plena liberdade perante o poder, a opinião pública, os tribunais e terceiros, não devendo o Advogado depender, em momento nenhum, de qualquer entidade.

A dignidade do Advogado tem que ver com a sua conduta no exercício da profissão e no seu comportamento público, com a probidade e com a honra e a consideração pública que o Advogado deve merecer. A multiplicidade dos deveres a que o Advogado está sujeito exigem a sua absoluta independência, isenta de qualquer pressão, especialmente a resultante dos seus próprios interesses ou de influências exteriores. Esta independência é tao necessária à confiança na Justiça como a imparcialidade do Juiz. O advogado deve, pois, evitar qualquer atentado à sua independência e estar atento para não negligenciar a ética profissional no intuito de agradar ao seu cliente, ao Juiz ou a terceiros.

2.3 Deveres para com a Comunidade

Deve o Advogado pugnar pela boa aplicação das leis, não advogar contra lei expressa, não usar de meios ou expedientes ilegais, nem promover diligências inúteis ou prejudiciais para a correta aplicação da lei.

Deve o Advogado pugnar pela rápida administração da Justiça e pelo aperfeiçoamento das instituições jurídicas.

Prestaremos especial atenção ao dever de recusar a prestação de serviços, pelo advogado, quando suspeitar seriamente que a operação ou atuação jurídica em causa visa a obtenção de resultados ilícitos

e que o interessado não pretende abster-se de tal operação²⁰, uma vez que aqui se gera uma presunção de cognoscibilidade da ilicitude da hipotética actuação em virtude do conhecimento jurídico necessário ao desempenho da profissão, que irá resultar numa incessante dúvida sobre a sua actuação, a menos que este, à partida recuse prestar serviço em tais moldes, que fariam do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objectivo ilegal.

2.4 Segredo Profissional

O dever de guardar segredo profissional é uma regra de ouro da advocacia e um dos mais sagrados princípios deontológicos²¹. Foi sempre considerado honra e timbre da profissão, condição *sine qua non* da sua plena dignidade. O cliente, ou simples consultante, deve ter absoluta confiança na descrição do advogado para lhe revelar toda a verdade, e considera-lo um “sésamo” que nunca se abre.

Da leitura do artigo 92º EOA, podemos concluir que o advogado está obrigado ao segredo profissional quanto a todos os factos de que tiver conhecimento, no exercício da profissão, qualquer que seja a fonte do seu conhecimento.

O valor da confiança na profissão resulta, antes de mais, da autoridade profissional ou do facto de a preparação teórico-científica fornecer ao profissional um tipo de conhecimento inacessível ao não profissional ou leigo e resulta do acesso condicionado e do exercício regulamentado em função do interesse público ou função social da profissão, designadamente da deontologia profissional.

²⁰ Vd. Art.º90, n.º2 al. d) do EOA

²¹ “é da natureza da missão do Advogado que o mesmo seja depositário de segredos do seu cliente”, Orlando Guedes da Costa, Direito Profissional do Advogado, 6ª Edição, 2008, Almedina, pág. 341

Fundado no princípio da confiança, pedra angular da advocacia, permite ao cliente a revelação de factos da sua vida privada, ou a entrega de documentos, que a mais ninguém confiaria, e que podem ser imprescindíveis para a boa defesa dos seus interesses. Não é concebível o patrocínio sem que lhe assista, quer a confiança do seu cliente, quer o sigilo do advogado. Confiança e sigilo são as duas faces da mesma relação. A obrigação de segredo não é limitada no tempo, o dever de segredo profissional mantém-se seja qual for o tempo decorrido sobre o conhecimento dos factos por ele abrangidos, mesmo que o Advogado venha a suspender ou até cancelar a sua inscrição como Advogado. Sempre existirá obrigação de segredo, bastando o simples exercício profissional e não sendo necessária a existência de mandato, uma vez que não poderia ser a remuneração do serviço a “comprar” o segredo profissional do Advogado.

O Advogado deve fazer respeitar o segredo profissional pelos membros do seu pessoal e por todos aqueles que consigo colaborem na sua actividade profissional.²²

Mas existe ainda outro fundamento, de manifesto interesse público²³, diretamente ligado á função do advogado como participante indispensável da administração da Justiça.²⁴

A obrigação do Advogado relativa ao segredo profissional serve tanto os interesses da administração da justiça²⁵ como os do seu cliente e que, conseqüentemente, esta obrigação deve beneficiar de uma protecção do Estado.

Não é demais realçar que é a própria administração da justiça que é posta em causa quando não é respeitado o segredo profissional, que, por isso, exige do Estado a necessária protecção, com a

²² Vd. N. °7 do Art.º92 EOA. A obrigação estende-se a todos os advogados que, directa ou indirectamente, tenham qualquer intervenção no serviço, como pode acontecer com um colega substabelecido para uma diligência, aos estagiários, empregados e colaboradores do escritório e aos juristas ou peritos consultados sobre o caso, quer tenham ou não emitido parecer.

²³ Como é jurisprudência da Ordem, o segredo profissional tem carácter social ou de ordem pública e não uma natureza contratual. “As normas que proíbem a revelação de factos abrangidos pelo segredo profissional estatutariamente imposto ao Advogado são de interesse e ordem pública” In Parecer do Conselho Geral da OA de 31/01/83 por José Manuel Coelho Ribeiro

²⁴ 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. Sem a garantia de confidencialidade não pode haver confiança. O segredo profissional é, pois, reconhecido como direito e dever fundamental e primordial do advogado. A obrigação do advogado de guardar segredo profissional visa garantir razões de interesse público, nomeadamente a administração da justiça e a defesa dos interesses dos clientes. Conseqüentemente, esta obrigação deve beneficiar de uma protecção especial por parte do Estado, in ponto 2.3.1, CCBE, de 28 de Outubro de 1988

²⁵ Jorge Figueiredo Dias entende que o advogado exerce “uma função pública de administração de justiça e é, por conseguinte, um órgão dessa administração” Gomes Canotilho e Vital Moreira qualificam-no, do ponto de vista institucional, como “parte no processo e um órgão independente da justiça”, in ARNAUT, António, Iniciação á Advocacia – História Deontológica. Questões práticas, 9ª Edição, Coimbra Editora, 2006, pág.108

devida incriminação²⁶, sendo que o bem jurídico subjacente à tutela penal do segredo profissional é o interesse social da confiança no profissional, necessária à garantia da reserva da vida privada e da preservação da própria liberdade profissional.

3-Deveres Relativos ao Combate ao Branqueamento de Capitais

Atentar-se-á à lei nº25/2008, de 05 de junho, lei que transpôs para o Ordenamento Jurídico Português as Diretivas n.ºs 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro, e 2006/70/CE, da Comissão, de 1 de agosto, relativas à prevenção da utilização do sistema financeiro e das actividades e profissões especialmente designadas para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo. Em tal diploma são dispostos deveres e "cuidados" a ter por certas entidades, mais expostas em função da sua actividade, passíveis de serem sujeitos ativos do crime de branqueamento de capitais.

Os principais destinatários destas disposições são as entidades financeiras, descritas no artigo 3º da Lei supra referida, onde se inserem de forma mais notória as instituições de crédito (Bancos), todavia, são as entidades não-financeiras, dispostas no artigo 4º da Lei 25/2008, que serão objecto da mais focada atenção neste estudo.

Dispõe a alínea g), do artigo 4º da Lei 25/2008 que "estão sujeitas às presentes disposições da presente lei as seguintes entidades, que exerçam actividade em território nacional"²⁷, notários, conservadores de registos, advogados, solicitadores e outros profissionais independentes, constituídos em sociedade ou em prática individual, que intervenham ou assistam, por conta de um cliente ou noutras circunstâncias, em operações²⁸(...), operações essas onde não se encontra a defesa dos direitos do cliente pelo advogado/mandatário judicial, no contexto da avaliação da situação jurídica do cliente, no âmbito da consulta jurídica ou da representação em processo judicial.

²⁶Art.º195CP "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."

²⁷ Disposição introdutória do Art.4º da Lei 25/2008

²⁸ i) De compra e venda de bens imóveis, estabelecimentos comerciais e participações sociais;
ii) De gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos pertencentes a clientes;
iii) De abertura e gestão de contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários;
iv) De criação, exploração, ou gestão de empresas ou estruturas de natureza análoga, bem como de centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica;
v) Financeiras ou imobiliárias, em representação do cliente;
vi) De alienação e aquisição de direitos sobre praticantes de actividades desportivas profissionais;
h) Prestadores de serviços a sociedades, a outras pessoas coletivas ou centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica, que não estejam abrangidos nas alíneas f) e g).

Configuram-se os **deveres de Identificação**, estabelecendo uma necessária identificação do cliente, em especial, no caso de ocorrerem transações pecuniárias de montante igual ou superior a 15 000 € ou até tendo em conta “a sua natureza, complexidade, carácter atípico ou não habitual em relação ao perfil ou actividade do cliente, valores envolvidos, frequência, local de origem e destino, situação económica e financeira dos intervenientes ou meios de pagamento utilizados”, da operação.²⁹

O dever de Diligência, o dever de Recusa, o dever de Conservação são disposições de carácter geral, assim como são todas, abrangendo as entidades acima referidas, todavia, para os advogados, assumem particular relevo o Dever de Exame, o Dever de Comunicação e o Dever de Abstenção, Art.^{os} 15,16 e 17 do diploma em apreço, respectivamente.

O dever de Exame, na óptica da avaliação dos elementos da situação, imbui os advogados numa obrigação de determinar a possível configuração de facto ilícito típico em face da situação exposta pelo cliente. Começa aqui a delinear-se o “procedimento” necessariamente observado aquando do contacto, pelos advogados, com actividades ou operações passíveis de estarem relacionadas com o branqueamento de capitais, uma vez que na hipótese de este dever não ser cumprido de forma diligente os deveres consequentes irão ser deficientemente cumpridos, veja-se o dever de comunicação a essa luz, numa perspectiva prática de que se o “ajuizador”, em primeira mão, da situação falhar ou sequer, enquanto lacuna moral e deontológica, realizar o necessário exame da actividade de que irá tratar, numa completa aversão pelos princípios de Direito e da Deontologia, fazendo “vista grossa” à operação que irá, após avaliação baseada na experiência profissional e conhecimento técnico, constituir, presuntivamente, um crime de branqueamento de capitais, a comunicação da situação às autoridades competentes não terá o designado escopo preventivo uma vez que a avaliação, inexistente ou ineficiente, não configurou a factualidade da situação como um ilícito típico.

O dever de Comunicação preceitua uma obrigação de informação imediata, ao Procurador-Geral da República e à Unidade de Informação Financeira “sempre que saibam, suspeitem ou tenham razões suficientes para suspeitar que teve lugar, está em curso ou foi tentada uma operação susceptível de configurar a prática do crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo.”³⁰. Aqui jaz um dos grandes problemas doutrinários, observando-se o confronto entre a caracterização constitucional do advogado como “elemento essencial à administração da justiça”³¹ e as preocupações

²⁹ Vd. Al.s a), b) e c) do nº1 do Art.º7 da Lei 25/2008

³⁰ Vd. Nº1 do Art.16 da Lei 25/2008

³¹ Vd. Art.º208 da CRP

deontológicas da erosão da posição de garante do advogado, alicerçada no segredo profissional, ocupando esta discussão o próximo capítulo deste estudo.

O dever de Abstenção surge em linha com disposição legal do EOA, no seu art. °90 n°2 d), onde se enuncia como dever para com a comunidade “recusar a prestação de serviços quando suspeitar seriamente que a operação ou atuação jurídica em causa visa a obtenção de resultados ilícitos e que o interessado não pretende abster-se de tal operação”, estabelecendo-se aqui a observância de uma necessária concertação entre disposições reguladoras da actuação dos advogados, comunitárias e nacionais. Este dever surge de igual modo como meio de protecção dos advogados que tenham de lidar com potenciais situações embrionárias de um facto ilícito típico, uma vez que ao se absterem de praticar qualquer acto forense com base em mandato irregular estarão a garantir que, em caso de cognoscência do ilícito e conseqüente prossecução penal, não serão responsabilizados a qualquer título, servindo a informação direccionada ao PGR e à Unidade de Informação Financeira para efeitos de prova.

No Art.° 19 da Lei 25/2008 surge, em juízo próprio, um dos deveres mais complexos, **o dever de Segredo**, enquanto obrigação de não revelar as comunicações a que o dever presente no Art.°16 obriga. Este dever revela-se quase perverso, uma vez que irá levar a que o agente continue a divulgar factos ao advogado ou a requerer-lhe diligências forenses que contribuam para a sua incriminação, tendo, todavia, já sido iniciados os procedimentos investigativos necessários à sua prossecução penal.

Contudo o adjectivo acima conferido não poderia ser defendido, uma vez que estamos a lidar com um agente criminoso, que pelo desprezo mostrado pelas regras legais que regem esta área da sociedade, pode suportar, em benefício de um bem maior, um estado de inconsciência, e de assim ser mantido, quanto aos factos que iniciaram a sua prossecução penal, tendo esta a sua devida consequência.

Vistos alguns dos deveres constantes da Lei 25/2008, aqueles que possuem caracter genérico, trataremos agora de uma disposição referente aos deveres específicos das entidades não financeiras, onde se inclui o advogado, presente no art. °35, sendo a sua epígrafe³² elucidativa quanto á sua amplitude subjectiva. Esta disposição legal relaciona-se directamente com o dever de Comunicação, sobre o qual atrás discurremos de forma breve, estabelecendo no seu n°1 os destinatários das comunicações a que os advogados se encontram adstritos em caso de suspeita ou contacto objectivo com um crime de branqueamento de capitais. Apesar da importância da disposição inicial do artigo em causa, o n°2 do Art.°35 revela-se como um instituto de preclusão da observância do dever de

³² Art.°35 “Advogados e solicitadores”, da Lei 25/2008, de 05 de Junho

Comunicação pelos advogados e solicitadores, acerca das “operações referidas na alínea g) do artigo 4.º, 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 ou representação do cliente num processo judicial, ou a respeito de um processo judicial, incluindo o aconselhamento relativo à maneira de propor ou evitar um processo, bem como as informações que sejam obtidas antes, durante ou depois do processo.”³³. Esta preclusão surge fundada na premissa do segredo profissional e da inexistência efectiva de um crime ou mesmo da inexistência de uma vontade, ao nível do dolo, de realizar os actos “necessários” a enquadrar no ilícito típico, com plena consciência da ilicitude da sua conduta, sendo que os últimos pontos se referem ao cliente.

A protecção da avaliação da situação jurídica revela-se deveras importante porque é nesta fase que, o advogado, pode determinar o preenchimento de um facto ilícito típico nas possíveis acções do seu cliente, actuando aqui, mais uma vez como elemento essencial da justiça, como um dissuasor das condutas iminentes, muitas das quais perspectivadas sem a consciência da sua natureza ilícita. Sem o contexto de validação ou invalidação técnica dada por um profissional forense, o cliente, desprovido de conhecimento jurídico, não mais estaria a fazer do que encetar as diligências necessárias à fundamentação da sua actuação, com todos os efeitos jurídicos que lhe sejam inerentes, pelo que seria desproporcionada a afectação deste tipo de situações ao dever de Comunicação, principalmente para o cliente, que se veria perseguido criminalmente por uma conduta, da qual não tinha consciência do seu enquadramento criminal ou até da sua perspectiva errada, ou com maior acuidade, recaindo a sua conduta no erro jurídico, como uma “ignorância ou má representação da realidade”, como afirma a doutrina³⁴, de cariz intelectual, enquanto “atitude de descuido ou leviandade perante o dever-ser jurídico penal e a danosidade social que está na sua base, ou referente à consciência ética do agente, enquanto atitude de contrariedade ou indiferença perante aquele dever-ser”³⁵.

Quanto ao advogado, revela-se a disposição do art.º35 da Lei 25/2008, uma protecção da posição de garante assente no segredo profissional, um dos bastiões ideológicos e deontológicos da classe profissional, caso contrário não teriam os clientes a confiança necessária no seu defensor para relatar na totalidade os factos que o levaram a requisitar a capacidade técnica do causídico, podendo

³³ Vd. N.º2 do Art.º35 da Lei 25/2008, de 05 de Junho

³⁴ Beleza, Teresa e Da Costa Pinto, Frederico de Lacerda, O Regime Legal do Erro e as Normas Penais em Branco, Almedina, 1999, pág. 10

³⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; Direito Penal - Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime, 2ª Edição, 2012, Coimbra Editora, pág.549

até omitir partes dessa mesma factualidade, temendo a prossecução penal por aquele que é um “auxiliar da justiça” e não um órgão ou instituto de prossecução penal, levando à dificultação da actividade forense.

Como se vê após breve explanação da questão dos deveres imputados aos advogados pelas disposições comunitárias transpostas para o ordenamento jurídico português, esta ideia de transformar, o advogado, num delator oficial é afastada³⁶, uma vez que existem situações objetivas, apenas nas quais, se têm de observar os deveres contidos na Lei 25/2008, com a importante exclusão de quebrar o sigilo profissional no âmbito da consulta jurídica, do momento de avaliação da situação jurídica do cliente, ou até no aconselhamento que objectiva a instauração de processo ou a forma de o evitar, caso contrário subverter-se-ia o direito das partes a um processo equitativo.³⁷

*“Assim se compreende que, ponderados os interesses em conflito, e pesada a dignidade dos princípios subjacentes, o segredo profissional cede em determinados pontos. Lembremos que o segredo profissional assume uma relevância supra individual e que na sua génese figura um princípio e interesse público: servir a justiça.”*³⁸

4-Conflito de Deveres (O segredo profissional vs. Dever de Comunicação)

Observaremos agora um ponto doutrinamente fracturante, o conflito entre o cumprimento do Dever de Comunicação, imposto por diplomas de origem comunitária, transposto para a Lei 25/2008, de 05 de Junho, ou o cumprimento do dever deontológico e estatutariamente previsto³⁹, isto é, um em detrimento do outro, ou, se, podendo existir um consenso doutrinário e jurisprudencial sobre as situações onde estes deveres são conciliáveis, determinando até os casos em que um se sobrepõe ao outro, numa óptica de avaliação genérica com situações pré-objectivadas.

Chegamos assim ao cerne da questão quanto aos deveres dos advogados em face da lei 25/2008, de 05 de Junho, ainda que tal disposição legal enuncie um conjunto alargado de deveres para as entidades suprarreferidas, centrar-me-ei naquele disposto na alínea f) do Art.6º daquela lei: o dever de comunicação.

³⁶ “Admitir o regime da iniciativa delatária do advogado seria ferir de morte a nobreza da profissão e seria, (...) rebaixar a actividade advocatícia a um torpe instrumento do poder, ainda que sob a capa da sacrossanta verdade material, tantas vezes tentação totalitária da investigação criminal (...)” Vd. Cit. Parecer CL/01/00, Relator: Bastonário Augusto Lopes Cardoso

³⁷ cfr. art.º. 6º CEDH

³⁸ MARQUES, Pedro Miguel Faustino, Branqueamento de Capitais, da Prevenção e Repressão e Dos Deveres Deontológicos do Advogado, FDUC, 2009

³⁹ Cfr. Art.º92 do EOA

No artigo 16º da Lei 25/2008 surge o dever de comunicação, como um dever de diligência própria de informação, ao Procurador-Geral da República e à Unidade de Informação Financeira, acerca de suspeitas cognoscíveis ao advogado da prática, realizada ou a realizar, de actos passíveis de serem enquadrados no crime de branqueamento de capitais.

Este dever pressupõe a "delação" de quaisquer comportamentos passíveis de gerarem um delito criminal no quadro da disposição penal do Art.368º-A do CP, tornando o advogado num instrumento de deteção e prevenção do crime em causa. Este imperativo na actuação dos advogados surge em virtude da moderna amplitude da actuação dos mesmos, isto é, a não cindibilidade da realização de "actos de tribunal", uma vez que em face do mandato jurídico, o advogado irá representar o seu cliente nos mais variados actos de índole jurídica, inclusive naqueles que se encontram incluídos nas subalíneas da alínea g) do Art.4º da Lei 25/2008, actos visados pela sua "vulnerabilidade", ou até apetência idónea, à prática do crime de branqueamento de capitais, senão veja-se a simples hipótese da compra de um imóvel, em país estrangeiro, através da transmissão directa do numerário, preço do objecto do contrato de compra e venda, ao vendedor. Apesar de o negócio não estar enfermeado de ilegalidade directa 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? Uma vez que o homem médio, médio de sensatez e médio de rendimentos, não tem capacidade financeira de aquisição de tal bem a "pronto" e que não é comum, até ao mais abastado dos indivíduos, circular-se com grandes somas de dinheiro "no bolso", em virtude da virtualização do património pecuniário causada pelo desenvolvimento do sistema bancário por modo a garantir ao cliente conforto e segurança quanto ao seu dinheiro, é possível desconfiar da origem de tão avultada soma de pecúnia. 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) 15 000"⁴⁰, determinando-se assim o patamar em que se pode, legitimamente, presumir uma origem 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 origem na transação enquadrada nos preceitos legais acima referidos, este é, em sede de juízo próprio, o objectivo prático da identificação dos agentes que pratiquem actos enquadrados nas várias alíneas do Art.º7 da Lei 25/2008, de 05 de Junho, servindo de base à matéria indiciária utilizada pelos institutos de prossecução penal na fase de inquérito, remetendo para o nº2 do Art.º 16 da Lei de Combate ao Branqueamento de Capitais

⁴⁰ cfr. Nº1 do Art.º 7º da Lei 25/2008

e para o Art.º262 do Código de Processo Penal⁴¹, reproduzindo a disposição do primeiro, no seu nº2, para efeitos de legitimação desta “prova” como indício de uma incriminação, “as informações fornecidas nos termos do número anterior apenas 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 Capitais, 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 actividade forense, no seu artigo 92º, 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.”*⁴²

Quando uma pessoa recorre aos serviços de um advogado porque suspeita que esta a ser investigado por um Orgão de Polícia Criminal, solicita uma avaliação jurídica para o caso de ser detido e citado a declarar, o advogado puder assessora-lo, sendo que os factos que o profissional venha a conhecer nesta actuação, estão sujeitos ao dever de segredo profissional. Se um advogado leva a cabo tal assessoramento perante a eventualidade de que no futuro conduza um processo penal contra o seu cliente, está, sem dúvida, obrigado a guardar segredo.

A actividade do advogado pressupõe uma estrita relação de confiança entre ele e o seu cliente sem a qual a prestação profissional é esvaziada, seja no âmbito do exercício da defesa, seja na esfera da consultoria jurídica. O segredo profissional é uma garantia essencial para o exercício da advocacia e consequentemente da Justiça, que comporta tanto a proibição de revelar o segredo como a proibição de obrigar o advogado à dita revelação. Como é jurisprudência da Ordem, o segredo profissional tem carácter social ou de ordem pública e não natureza contratual.⁴³

O dever do segredo profissional, atentas as razões éticas, sociais e históricas que lhe subjazem, constitui, pois, verdadeiro património moral da advocacia.

⁴¹ Cfr. Nº1 do Art.262 CPP, “O inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação.”

⁴² Cfr. Nº1 do Art.92º do EOA

⁴³ Efetivamente, o segredo profissional tem na sua génese a necessidade não só de garantir a relação de confiança entre o advogado e o cliente, mas também o interesse público da função do advogado enquanto ativo da administração da justiça. Entendida esta “justiça” em sentido amplo, e não restrita à actividade judicial apenas. Tanto assim que a obrigação do Advogado guardar segredo profissional, com respeito a factos nele compreendidos, existe quer o serviço cometido envolva, ou não, representação judicial.

Portanto, é a própria administração da justiça que é posta em causa quando é violado o segredo profissional, o que exige do Estado a sua protecção, como decorre dos arts. 208º da CRP e 92º do EOA. Donde resulta que os actos praticados pelos advogados com violação de segredo profissional não possam fazer prova em juízo (artigo 92º, nº 5, do EOA), in Parecer do Conselho Geral da OA N.º 14/PP/2008-G

E não residindo a natureza jurídica do segredo profissional do advogado no foro contratual – nem estando regulado, nem podendo estar, pelas mesmas regras do mandato puramente civil conferido a quem não seja Advogado – então não surpreende que a autorização do cliente não baste para a sua desvinculação⁴⁴.

É através de tão douda afirmação que introduzimos os necessários requisitos para que o segredo profissional possa ser levantado, de outro modo, da cessação deste dever a observar pelo advogado.

A inobservância do segredo profissional irá produzir o conhecimento de factos atinentes a um só sujeito, reservados à sua intimidade e à esfera da relação jurídica que deteve com o advogado, junto de terceiros, levando assim á quebra da reserva da vida privada e dos factos que a constituem, hipoteticamente originando lesões na sua honra e imagem enquanto ser social, traduzidas em lesões a direitos de personalidade. Assim podia pensar-se que, enquanto principal prejudicado, fosse o cliente o único com idoneidade, enquanto *primo* sujeito legitimado a “gerir” os seus interesses, direitos e liberdades, para aferir do preenchimento dos requisitos para que o segredo profissional se não cumprisse, imbuído este incumprimento de todos as consequências que dele podem resultar, através da prestação do seu consentimento, como causa de exclusão da ilicitude⁴⁵, uma vez que se configura como titular do interesse jurídico lesado e naturalmente que para que se possa presumir a existência de consentimento é necessário que a manifestação do cliente se produza de forma livre e voluntária. No caso de este consentimento ter sido requerido pelo tribunal ou pelo próprio advogado, a manifestação em tal sentido, não constituirá um verdadeiro e próprio consentimento, e, conseqüentemente, careceria de eficácia excludente de ilicitude em relação á revelação feita pelo advogado.

À primeira vista seria suficiente para que o advogado pudesse divulgar factos privados e reservados emergentes das consultas jurídicas que teve com o cliente, todavia, este consentimento tem de ser coadjuvado imperativamente por autorização do Presidente do Conselho Regional da OA, podendo “o advogado (...) 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”⁴⁶, estabelecendo as situações em que, preenchidos os requisitos, seja legítima a cessação do dever de guardar segredo, situações que passaremos a individualizar, não sem antes mencionar o regime disposto no Art.º135 do CPP, que face á sua natureza

⁴⁴ cfr. Dr. Luís Sáragga Leal, Parecer do Conselho Geral de 30/11/1984, in ROA, ano 44, dezembro 1984, fls. 735 ss.

⁴⁵ Cfr. Al. c) do N.º2 do Art.º31 do CP. “O facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade.”

⁴⁶ Vd.N.º4 do Art.º 92 do EOA

excepcional, observa no seu nº3 a possibilidade de quebra do segredo profissional com base no interesse preponderante a salvaguardar⁴⁷, enquadrando aqui um preceito do Código Penal para assegurar a exclusão da ilicitude da quebra do segredo profissional“(..).Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado”⁴⁸, sendo que “(..) só o próprio advogado e o tribunal têm legitimidade para requerer ou decretar a cessação do dever de sigilo.”⁴⁹

Quanto á necessidade de defesa do cliente esta situação surge, na senda da absoluta necessidade disposta no nº4 do Art.º92 do EOA, na medida em que, ou estão esgotados todos os meios 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.

Quanto á necessidade de defesa do advogado esta surge em face de um rompimento, muitas vezes deliberadamente provocado pelo cliente, da relação de confiança, substância do segredo profissional, levando o profissional a requerer a dispensa de tal dever porque a preservação da própria liberdade profissional é também um bem jurídico subjacente à tutela penal do segredo profissional⁵⁰, na medida em que se terá de defender perante alegações do cliente, muitas das vezes atentatórias da honra, decoro e rectidão profissional, minimizando a dignidade profissional do Advogado que o serviu, melhor nas palavras de António Arnaut, “ *Se o advogado requer dispensa do segredo profissional para demandar criminalmente o antigo cliente, ou testemunhar na acção, deverá ser-lhe concedida*

⁴⁷ ” se mostre justificada face às normas e princípios aplicáveis da lei penal, 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 protecção de bens jurídicos”, vd. N.º3 do Art.º 135 do CPP

⁴⁸ Cfr. Al.b) do Art.º 34 do CP

⁴⁹ Arnaut, António, Iniciação á Advocacia. História – Deontologia. Questões Práticas, 11ª Edição Revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2011,p.113

⁵⁰ Vide menção a Acórdão da Relação de Coimbra de 20 de Janeiro de 1993 in Arnaut, António, Iniciação á Advocacia. História – Deontologia. Questões Práticas, 11ª Edição Revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2011,p.116

em nome de valores prevalecentes⁵¹ aos que fundamentam, no caso concreto, os do sigilo, até por que foi o cliente a quebrar, afrontosamente, o princípio da confiança.”

Feito este enquadramento dos deveres em questão, passamos agora a desvelar sobre o “choque” entre o cumprimento de ambos.

Uma vez que os advogados estão adstritos quer ao segredo profissional, enquanto regra deontológica, e ao dever de comunicação, emergente de legislação comunitária de cariz específico, e se o segundo por vezes levará à quebra do primeiro, é necessário observar se existem espaços de concertação e até, se existem, os de conflito.

A questão, quanto ao cumprimento, coloca-se na óptica da prevalência, isto é, deve deixar de cumprir-se um destes deveres em prol do cumprimento do outro, ou se, é possível cumprir ambos?

Apesar de o dever de comunicação, em sede de interpretação legal precoce, pôr em causa aquilo que é a função de garante do advogado, escopo primário do segredo profissional, temos para nós que a primeira parte da interrogação é liminarmente afastada, em razão da necessidade de coadunação de dois bens jurídicos de grande monta, em que assentam as necessidades de prevenção geradas pela tutela penal do incumprimento de qualquer um dos deveres. Passamos à segunda parte da interrogação, existência de espaços de conflito ou de conciliação, afastando a existência dos primeiros e simultaneamente comprovando a conciliação, até de cariz legislativo, dos deveres de comunicação e de segredo profissional.

O nº2 do art.º35 da Lei 25/2008, de 05 de Junho, cria um espaço de concertação, através da previsão de situações onde o advogado, sem deixar de observar o cumprimento do dever de segredo profissional, não se encontrará adstrito ao dever de comunicação, dispondo o artigo que “Tratando-se de advogados ou solicitadores e estando em causa as operações referidas na alínea g) do artigo 4.º, *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 ou representação do cliente num processo judicial, ou a respeito de um processo judicial, incluindo o*

⁵¹“Um cliente procura um advogado, revela-lhe que é pai natural de certa pessoa e pede-lhe que trate da perfilhação, de modo a que esta só seja tornada pública após a sua morte. O advogado, redige, de acordo com o cliente, a minuta de um testamento destinado a reconhecer a paternidade. O cliente, porém, morre antes de formalizar o testamento e o filho é obrigado a intentar a ação respectiva. Como não tem outros meios de prova, ou os que possui são insuficientes, pede ou indica o advogado como testemunha. Também neste caso, o advogado deve prontificar-se a depor e a exhibir o documento em seu poder, requerendo, obviamente, a necessária autorização. Esta deve ser-lhe concedida, não só em respeito pela vontade do falecido, mas ainda porque se trata de uma hipótese tipicamente prevista no 92/4 do EOA.”

Exemplo da preponderância de interesses necessariamente observáveis, noutra das perspectivas onde este fundamento é idóneo, disposto na pág.120 de Arnaut, António, Iniciação à Advocacia. História – Deontologia. Questões Práticas, 11ª Edição Revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2011

aconselhamento relativo à maneira de propor ou evitar um processo, bem como as informações que sejam obtidas antes, durante ou depois do processo.”

Cria-se assim um reduto inabalável da privacidade, necessária, da relação entre cliente e advogado, até porque, desconstruindo a disposição legal, a avaliação jurídica configura-se como um pré-estado de coisas, onde o leigo em face da disciplina jurídica procura auxílio em consulta, para a determinação da sua actividade futura e das consequências que daí advêm, não surgindo aqui necessidades de prevenção da criminalidade que possam fundamentar o Dever de Comunicação, o que também não se pode verificar aquando da defesa do cliente em processo judicial, caso contrário 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 perante qualquer autoridade”* - do nº2 do Art.º20 da CRP, não garantindo assim qualquer defesa àquele que se visse delatado pelo seu defensor, sendo que o último também se veria afectado na sua independência profissional, estatutariamente prevista⁵², em caso de estar obrigado à comunicação da factualidade transmitida, consequência do enquadramento da acção, só cognoscível ao advogado por meio de consulta jurídica ou representação jurídica, no ilícito típico sobre o qual versa a Lei 25/2008, de 05 de Junho, cognoscibilidade que ainda que seja posterior ao processo é de igual modo protegida⁵³.

Ainda que se verifique este espaço intocável, onde impera o segredo profissional e a posição de garante, para que dúvidas não restem acerca da rectidão do advogado, este pode, logo que tome conhecimento da factualidade da actuação do seu cliente, hipoteticamente ilícita, ou da que venha a desempenhar, em caso de futura representação jurídica, recusar tal prestação, à luz de que mesmo após a avaliação jurídica da sua actuação e da natureza criminal da mesma, o cliente venha a reiterar a convicção de a praticar.⁵⁴

Aqui denota-se já a possibilidade de afastar qualquer tipo de responsabilidade a imputar ao advogado que proveu, ou proveria, pelas diligências necessárias à realização das condutas ilícitas previstas no Art.º 368-A do CP, seja ela a título principal ou de participação, ilidindo as presunções que fariam do advogado um agente criminoso, porém o principal escopo desta incursão remete para a comprovação da conciliação entre o dever de comunicação e o segredo profissional, através da

⁵² Cfr. Art.º89 do EOA

⁵³ Cfr. Nº2 do Art.º35 da Lei 25/2008, de 05 de Junho

⁵⁴ Cfr. Al.d) Nº2 do Art.º90 do EOA

verificação de espaços onde o primeiro não é passível de ser imposto e excepções onde o segundo cessa, revelando assim uma coexistência entre os dois deveres a que os advogados estão adstritos, não sendo necessário preterir o cumprimento de um deles em face do outro, pelo contrário, são já visíveis preocupações remissivas em cada uma das peças legislativas, veja-se para isso a disposição da alínea c) do nº2 do Art.90 do EOA que reflecte o dever de Identificação previsto no Art.º7 da Lei 25/2008, de 05 de Junho, corpo da disposição nº2 do art.35, já aqui analisada, onde claramente se protege um dos pilares deontológicos da profissão, o segredo profissional.

É perante um quadro de concertação que o advogado pode exercer a sua profissão de modo ético e legal, não deixando de “pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça”⁵⁵, cumprindo ambos os deveres, não deixando de acautelar, por um lado a pretensão estadual na deteção e perda das vantagens provenientes do crime de branqueamento de capitais, em face da natureza auxiliar que o advogado tem para com a administração da Justiça, e por outro lado, a intransponibilidade da posição de garante do advogado, do segredo que protege o conteúdo das informações e documentos transmitidos em ambiente de consulta jurídica, onde podem ser revelados factos que tornem visível a prática de um crime, consumada ou futura, e que em caso algum seriam revelados ao pretensu defensor se este tivesse um dever imperativo e por prescrição legal de revelar tais factos, idóneos a despoletar a prossecução penal do seu cliente, provocando um dano quer nas expectativas do cliente quer nas do Estado, que pugna pela manutenção do segredo profissional, com base na função auxiliar do advogado na administração da Justiça, sem deixar de referir que o acesso ao direito, e mais especificamente as garantias de defesa constitucionalmente previstas, estariam, de certa forma, obsoletas, uma vez que o objecto jurídico que defendem, estaria desprovido das mesmas garantias que enunciam, por força da transmutação dos advogados em órgãos “oficiais” de delação, privilegiando a prossecução penal, preterindo as garantias que o Estado de Direito dá aos seus cidadãos, nomeadamente as que estão previstas no Art.º32 da CRP, através de uma precognição fundada na capacidade técnica do advogado de ajuizar sobre a natureza, criminal, do facto conhecido, eliminando a presunção de inocência, princípio de direito que pretende afastar a mácula social de um processo jurídico de qualquer natureza, obstando ao pré-julgamento social e a todos os efeitos nefastos que possa acarretar, nomeadamente a lesão da honra de um indivíduo, que, e voltando à hipótese de o advogado se configurar como delator “oficial”, em caso de uma avaliação incorrecta, por incapacidade ou por conduta dolosa, pelo advogado ao qual foram transmitidos os factos avaliados, levará a um contexto de desprotecção e vulnerabilidade dos direitos daquele que ainda não viu recair sobre si uma sentença

⁵⁵ Cfr. Nº1 do Art.º90 do EOA

judicial que lhe imputasse uma conduta ilícita típica e a respectiva sanção, e só aí, legitimamente determinado como culpado e condenado pela prática de crime.

Temos assim uma coexistência entre os dois deveres, uma vez que ambos os interesses que defendem se configuram como essenciais à boa administração da justiça, e que apesar do possível choque, ambos garantem excepcionalidades quanto à sua aplicação ou cessação de cumprimento.

5-Questões de Imputação

Em face das condutas dos advogados, aquelas que ignorarem quer os deveres deontológicos, quer os deveres emergentes da Lei de Combate ao Branqueamento de Capitais e do Financiamento ao Terrorismo, faz-se necessário que lhes sejam imputadas estas omissões no cumprimento dos deveres supra referidos, o que, contudo, não se revela fácil. A evolução das premissas preventivas quanto à criminalidade económica tem deslocado opiniões doutrinárias e tem sido merecedora de acompanhamento jurisprudencial em alguns países que transpuseram as Directivas n.os 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro, e 2006/70/CE, da Comissão, de 1 de Agosto, relativas à prevenção da utilização do sistema financeiro e das actividades e profissões especialmente designadas para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo, nomeadamente pelo Tribunal Supremo de Espanha⁵⁶, onde agora se imputam ilícitos relacionados com o branqueamento de capitais a título de dolo eventual, na óptica da teoria da cegueira deliberada, à qual iremos, mais abaixo, dar a devida atenção.

Apesar de a doutrina e a jurisprudência tenderem para a imputação destas acções ilícitas a título de dolo eventual, até porque o momento volitivo do dolo é de tal ordem subjectivo que o torna de difícil comprovação⁵⁷, isto é a vontade do agente de realizar a acção sabendo que esta se irá materializar, onde “*age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar*”⁵⁸, surgindo a realização do tipo objectivo de ilícito como o verdadeiro fim da conduta, alicerçando-se em especial, a preferência pelo dolo eventual, no conteúdo da teoria da cegueira

⁵⁶ Vd. STS 1637/99 de 10 de Janeiro

⁵⁷ Vd. Nota 148 de Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários Vol.III, 2009, Coimbra Editora, V.V. A.A.

⁵⁸ Cfr. Nº1 do Artº.14 do CP

deliberada, o “desconhecimento intencional ou construído”⁵⁹ dos elementos objectivos que configuram o tipo ilícito de crime em causa, daí emergindo a culpabilidade do sujeito que “podendo e devendo conhecer, opta pela ignorância”⁶⁰, é ainda defendida a imputação a título de dolo directo, não pela maior eficácia da imputação a tal título mas, pela presença de efeitos colaterais que a dispensa de um conhecimento efectivo da conduta destinada a ocultar ou dissimular a possível origem criminosa de determinados bens tem para os sujeitos privados e para a economia.

5.1 A conduta exclusivamente dolosa

O crime de branqueamento de capitais configura-se como um crime exclusivamente doloso, uma vez que tem na sua génese a prática de um facto ilícito precedente, do qual emergem as vantagens que serão objecto do crime de branqueamento, numa manobra que pretende impedir a perda das vantagens de origem criminosa, convertendo, transferindo ou ocultando essas vantagens, que não recaindo sobre o instituto de perda de vantagens do crime, numa interpretação da alínea a) do nº2 do Art.º3 da Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo de 16 de Maio de 2005, se configurará como uma “*conversão ou transferência de bens, sabendo o seu autor que esses bens constituem produtos do crime, com o objectivo de dissimular ou ocultar a origem ilícita dos referidos bens ou de auxiliar qualquer pessoa implicada na prática da infracção subjacente a furtar -se às consequências jurídicas dos seus actos*”⁶¹, sendo que a intenção de criar dificuldades à detecção da origem criminosa das vantagens obtidas na perspectiva do seu confisco, com plena consciência do efeito das suas acções e da origem dos produtos é iminente dolosa, já que quem não tiver consciência da origem do produto nunca poderia incorrer na prática de um crime de branqueamento de capitais, visto que não existe, para o comum dos cidadãos, uma exigência de verificar a origem do produto ou a identidade da pessoa com a qual contrata.

Façamos uma análise introdutória do tipo subjectivo ilícito doloso de modo a criar base para a discussão entre as modalidades de dolo, directo e eventual.

⁵⁹ Callegari, André Luís; e Weber, Ariel Barazetti, Dolo eventual e a teoria da cegueira deliberada no delito de lavagem de dinheiro, in Lavagem de Capitais e Sistema Penal, Contribuições hispano-brasileiras a questões controvertidas, 2014, Verbo Jurídico Editora, pág.156

⁶⁰ Ibidem

⁶¹ Cfr. Al. A) do Nº1 do Art.º9 da Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo de 16 de Maio de 2005

Estruturando-se no dolo do tipo, no conhecimento e vontade de realização do tipo objectivo de ilícito, o desvalor jurídico do tipo subjectivo levará à punição por facto doloso quando o agente revela no facto uma posição ou uma atitude de contrariedade ou indiferença perante o dever-ser jurídico penal.

O dolo como elemento subjectivo geral do tipo de ilícito doloso tem dois momentos constitutivos, o **momento intelectual**, enquanto conhecimento, correcta representação e consciência das circunstâncias do facto que preenche um tipo de ilícito objectivo. Melhor nas palavras de Figueiredo Dias, “(...) ao actuar, o agente conheça tudo quanto é necessário a uma correcta orientação da sua consciência ética para o desvalor jurídico que concretamente se liga à acção intentada, para o seu character ilícito (...)”⁶². Esta necessária cognoscência psicológica do agente acerca da ilicitude dos elementos do facto, juntamente com a sua atitude contrária ou indiferente ao bem jurídico lesado pela conduta, é um dos elementos primaciais para que se possa enquadrar a culpa do agente no instituto do dolo e não no instituto da negligência, previsto no artigo 15º do CP, onde o agente por não actuar com o cuidado que lhe é exigido realiza um acto típico ilícito, mas podendo até nunca ter representado a “possibilidade de realização do facto”⁶³. Naquilo que irá constituir a factualidade típica, da qual se exige conhecimento, destacamos o conhecimento dos elementos normativos, na óptica da apreensão do sentido e conteúdo valorativo da sua conduta, para o enquadramento jurídico cabal⁶⁴ do cariz ilícito do facto, sendo de igual modo indispensável o conhecimento da proibição legal para fundar uma adequada orientação da consciência ética do agente para o problema da ilicitude, divergindo do erro sobre a factualidade, instituto exclutor do dolo mediante um erro sobre as proibições cujo conhecimento seja razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto.⁶⁵

O segundo momento, o **volitivo**, tem por conteúdo a vontade do agente, a intenção dirigida à prática do facto, previamente valorado. Aqui teremos de qualificar, tarefa que não se revela fácil, a intencionalidade do agente, no que toca à decisão de realizar a conduta e à sua execução, assim como a possibilidade de conformação da sua realização como consequência da sua conduta.

⁶² Figueiredo Dias, Jorge de, Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime; 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012, pág.351

⁶³ Cfr. Al. B) do Art.º15 do CP

⁶⁴ Acerca do grau do conhecimento da factualidade legal que enquadra os factos ilícitos diz Figueiredo Dias que não se exige “a exacta subsunção jurídica dos factos na lei que os prevê, sob pena de só o jurista (e o jurista sabedor...) poder actuar dolosamente” Figueiredo Dias, Direito Penal, 2012, pág.352

⁶⁵ Cfr.Nº1 do Art.º16 do CP

O momento volitivo reparte-se em dolo directo e dolo indirecto, cada um com as suas sub-categorias, as quais veremos em ponto próprio para introduzir uma ligação específica com o objecto do estudo.

É neste âmbito que iniciaremos a “discussão” sobre a modalidade de dolo que deve relevar para efeitos de imputação da inobservância dos deveres a que os advogados estão adstritos no cumprimento da Lei do Combate ao Branqueamento de Capitais e do Financiamento ao Terrorismo.

O advogado enquanto profissional jurídico, contacta com situações ilícitas, nomeadamente o branqueamento de capitais, tipicidade sobre a qual impende uma tutela preventiva baseada nos deveres contidos na legislação acima referida, mais concretamente, os deveres contidos no Art.º6 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 meio 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 ilícito típico de branqueamento de capitais, os advogados serão imputados através um regime exclusivo, por remissão da alínea c) do Art.54º da Lei 25/2008 onde se excluem os advogados da punição das infrações cometidas através das coimas previstas no artigo, o que, face à observância do princípio da acessoriedade⁶⁶ da aplicação das 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.º58 da Lei 25/2008, de 05 de Junho, remetendo, em virtude da competência exclusiva⁶⁷, 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 artigos 135º e 136º do EOA que apenas permite a aplicação de uma única sanção, até mesmo em caso de concurso de infracções, uma reflexão do instituto do cúmulo jurídico que conforma a aplicação das penas, em Direito Penal, para o concurso de crimes⁶⁸, estabelecendo-se os critérios de determinação da pena, os critérios do Art.º131 e ss. do EOA, por aplicação remissiva do nº3 do Art.º58 da Lei 25/2008.

⁶⁶ Cfr. Art.º21 do Decreto-Lei N.º 433/82, de 27 de Outubro

⁶⁷ Os advogados (...) estão sujeitos ao poder disciplinar exclusivo dos órgãos da Ordem dos Advogados, nos termos previstos no presente Estatuto e nos respetivos regulamentos. Vd. Art.º114 do EOA

⁶⁸ Cfr. Art.º77 do CP

5.2 Dolo Directo

O dolo directo é enquadrado pelo N.º1 do Art.º14 do CP, no qual a representação do tipo objectivo de ilícito surge como o verdadeiro fim da conduta.

Não trataremos aqui das questões de persecução penal sobre o crime de branqueamento de capitais previsto no Código Penal no artigo 368º-A, porque não analisaremos o advogado enquanto agente de tal crime, mas sim enquanto infractor dos deveres que lhe são impostos pelo Direito Penal Secundário. Aqui o advogado irá incumprir com qualquer dos deveres acima aludidos de forma consciente, consciente da factualidade e do enquadramento normativo, para assim consequentemente se aperceber da proibição legal em que a factualidade, já valorada, assenta.

Faz-se necessário, para efeitos de imputação a título de dolo directo, mais propriamente de dolo específico, em virtude da necessidade de conhecer da origem dos bens que posteriormente irão ser branqueados, que o advogado consciente das suas obrigações, uma vez que delas não se pode eximir por simples desconhecimento, conheça quer da origem dos bens, quer das intenções ilícitas do seu cliente. Examinada a situação do cliente como um possível facto típico de branqueamento de capitais, deve o advogado nos termos do dever de comunicação, previsto no Art.º16 da Lei do Combate ao Branqueamento de Capitais, informar as autoridades aí dispostas “sempre que saibam, suspeitem ou tenham razões suficientes para suspeitar que teve lugar, está em curso ou foi tentada uma operação susceptível 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.

Põe-se agora a questão do incumprimento consciente fundado num dolo específico do advogado, isto é, da deliberada inobservância dos deveres a que se encontra adstrito com o propósito de ocultar a conduta ilícita, objectivando até a retirada de benefícios da situação criminosa. Vemos aqui a configuração de situações de cumplicidade através da prestação de auxílio material⁶⁹ do advogado, materializado através da realização das necessárias diligências à conversão, transferência ou ocultação tendo por escopo a dissimulação da sua origem ilícita, onde este ainda que tenha cumprido com os deveres de identificação e de exame, e sabendo da natureza ilícita das operações que o cliente lhe requiere, enquadradas nos vários pontos da alínea g) do Art.º 4 da Lei 25/2008, numa atitude plenamente contrária às suas obrigações legais e funções sociais, assim como contrária às pretensões estatais de prevenção deste tipo de criminalidade económica, sobrepõe os seus interesses ao desvalor representado

⁶⁹ Cfr. Art.º27 do CP, com remissão para o n.º2 do Art.º368-A do CP

pelo ilícito que virá a realizar, estando a conduta do advogado dirigida a esse propósito, aí residindo o dolo do agente.

Preenchido o momento intelectual e o momento volitivo, preenchido estará o dolo, que tomará a modalidade de dolo directo em caso de se demonstrar que a realização do tipo objectivo de ilícito é o verdadeiro fim da conduta, mas, é preciso ainda analisar o momento do conhecimento da procedência dos valores obtidos de forma ilícita, momento que deve ser contemporâneo ao momento da consumação do delito previsto na lei, uma vez que ele tem que saber que os bens procedem de um dos delitos expressamente enumerados na incriminação do Art.º 368-A do CP.

Em suma, o autor dos factos tem que ter o conhecimento absoluto da procedência dos bens, conhecendo com exatidão que estes tiveram origem num dos delitos expressamente previsto pela lei e, além disso, a sua conduta deve estar dirigida a esta finalidade. Se o sujeito na comissão do delito não tem a certeza absoluta, senão que só se representa como provável que os bens têm uma origem delitiva, não se pode condenar.

Porém é de difícil determinação, a vontade do agente que toma a decisão de contrariar a Justiça, de se abster de cumprir os deveres que lhe foram atribuídos, ignorando o âmbito de prevenção que nestes está imbuído. As exigências de determinação do dolo directo, como a cognoscência da proveniência dos bens que serão objecto das diligências legais a encetar por conta do cliente ou até a identidade do cliente, em face dos deveres de exame e identificação, como factos enquadrantes do tipo objectivo de ilícito, são de difícil preenchimento, já que apesar da necessidade de cumprir estes deveres, as operações necessárias ao seu cumprimento podem ter sido propositadamente realizadas de forma deficiente resultando na ineficácia destas na detecção da possível facticidade típica, senão veja-se o exemplo do advogado que não se indague da proveniência da quantia que lhe é confiada para a aquisição de uma propriedade imóvel a pronto e em numerário, quando uma das situações onde emerge um dever, de identificação do cliente, é precisamente essa, a realização de “(...) transacções ocasionais de montante igual ou superior a (euro) 15 000 (...)”, e podemos dizer que, geralmente, o preço médio uma propriedade imóvel é superior ao valor definido pelo Art.º7 da Lei 25/2008.

É através da imposição de deveres, imperativamente atribuídos, de escopo preventivo e atribuídos apenas a certas entidades, legalmente previstas nos arts.º3 e 4 da Lei de Combate ao Branqueamento de Capitais que podemos defender a não imputação, aos advogados, do incumprimento desses mesmos deveres a título de dolo directo, uma vez que as dificuldades de determinação desta modalidade produziram sempre uma dúvida, ou melhor, não produziram uma certeza suficiente no espírito do julgador para determinar da culpa do advogado no incumprimento do

dever, quer porque um exame que não tenha sido diligentemente exaustivo, quer porque o advogado “confiou” na boa fé do seu cliente, ou até porque nada perguntou acerca do negócio jurídico a realizar, não investigando a real proveniência dos bens, não podendo assim determinar o enquadramento ilícito da factualidade. Toda a dificuldade apresentada revela-se antagónica ao escopo preventivo da aplicação destes deveres a certas entidades, tendo nós que pugnar pela sua inidoneidade para efeitos de imputação da conduta ao advogado.

5.2 O Dolo Eventual e a Teoria da Cegueira Deliberada

O Dolo Eventual, enquanto modalidade do Dolo Indirecto, preceitua que a realização do tipo objectivo de ilícito seja representada pelo agente, mas apenas como consequência possível da conduta, conformando-se com a hipotética realização.⁷⁰

Figueiredo Dias estabelece que *“o agente que revela uma absoluta indiferença pela violação do bem jurídico, apesar de ter representado a consequência como possível e a ter tomado a sério, sobrepõe de forma clara a satisfação do seu interesse ao desvalor do ilícito e por isso decide-se (...) pelo sério risco contido na conduta e, nesta acepção, conforma-se com a realização do tipo objectivo”*⁷¹

Pode até considerar-se mais perversa a atitude daquele que apesar da representação da situação e de saber do seu cariz ilícito, simplesmente se conforme com a possibilidade da sua realização em prol da satisfação de um interesse egoístico. A inércia daquele que apesar de ter a capacidade, até técnica, de determinar legalmente a sua conduta e as consequências que dela advêm é algo abominável na figura do advogado, uma vez que a sua função social é o completo oposto, é servir a justiça e não usar-se dela para servir propósitos individualistas. Seria, porém, mais perverso ainda a utilização dos preceitos da teoria do dolo limitada, isto é, que as concepções do agente, quanto ao incumprimento dos deveres em estudo sejam, “de todo incompatíveis com os princípios da ordem jurídica sobre o lícito e o ilícito ((...) não sabe que é proibido (...))”, quando um defensor da boa aplicação da Justiça tem por obrigação ser tão dinâmico quanto os padrões evolutivos da Lei.

⁷⁰ Cfr. N. °3 do Art.°14 do CP.

⁷¹ Figueiredo Dias, Direito Penal, 2012, pág. 375, §49. No final do parágrafo o autor sustenta o estabelecido através da formulação de Claus Roxin, - “Quando a verificação de um resultado como possível é completamente indiferente, então tanto está bem a sua verificação como a sua não verificação; perante uma tal posição, uma decisão pela violação possível do bem jurídico existe já”.

Todavia introduzindo uma indagação, interpretada com as devidas precauções, de Pedro Caeiro⁷², “como deve o sistema penal lidar com o agente que admite seriamente a possibilidade de certas vantagens serem provenientes dos ilícitos típicos descritos e que, conformando-se com tal possibilidade, decide prosseguir com as condutas branqueadoras?”, sendo certo que aqui não falaremos do agente do crime de branqueamento, mas do advogado que incumprir os deveres que lhe são impostos por conta da prevenção do mesmo crime, observaremos que existem dificuldades na imputação do incumprimento a título de dolo eventual.

Continuando sobre a égide da questão enunciada podemos discorrer sobre alguns dos inconvenientes que decorrem da admissão do dolo eventual, começando por criar um âmbito prático que sirva de exemplo. O advogado que actua por conta do cliente, através de procuração que legitime o mandato forense, sendo todas as operações necessárias à realização de um negócio jurídico tratadas e realizadas apenas com o advogado da outra parte, materializa o negócio através do seu “auxílio material”, como prevê a regra incriminadora do Art.º 368-A do CP, vindo-se a configurar tal negócio jurídico como um crime de branqueamento de capitais. Ora aqui temos uma situação onde, ainda que, todos os deveres enunciados na Lei 25/2008, de 05 de Junho tenham sido cumpridos em face do seu cliente, o crime de branqueamento de capitais teve lugar, e poderíamos discutir, por exemplo, que caso os valores do negócio fossem superiores aos previstos na presunção estabelecida no Art.º7 da Lei 25/2008, despoletando assim a necessidade de cumprir o dever de identificação do cliente, haveriam razões para suspeitar da operação e do seu possível carácter ilícito, o que poderia levar á abstenção da prática da mesma. Mas a questão perniciososa impõe-se quando nos deparamos com a amplitude subjectiva do cumprimento do dever de identificação, isto é, terá, de igual modo, o advogado que observar todos os deveres que lhe são impostos em face da outra parte do negócio? Pensamos que não, uma vez que tal violaria a sua privacidade, na busca por informações que apenas foram transmitidas em contexto de confiança, independentemente de o representante da outra parte ser ou não advogado, e ainda que tais informações estivessem salvaguardadas pelo dever de segredo profissional. O alargamento destes deveres a todas as partes do negócio levariam a que o advogado, suspeitando da possível ocorrência do crime de branqueamento, através do exemplo acima referido, acerca dos valores do mesmo, se abstinisse da prática de qualquer outra diligência para que o negócio se realizasse, acarretando consequências económicas e jurídicas de grande valor, levando à não realização de

⁷² Vd. Caeiro, Pedro, A Decisão-Quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a Relação entre a Punição do Branqueamento e o Facto Precedente: Necessidade e Oportunidade de uma Reforma Legislativa; in *Direito Penal Economico e Europeu: Textos Doutrinários Vol.III*, 2009, Coimbra Editora, V.V. A.A.

negócios importantes e ferindo as expectativas dos particulares na consumação dos mesmos, suportadas apenas nas suspeitas determinadas com base nos critérios dos deveres aqui em causa.

Obstando à nova amplitude do mandato forense, à actuação do advogado fora da matéria de aconselhamento e defesa jurídica, levaria a uma retracção dos profissionais deste campo de actuação que garante aos advogados um maior volume de trabalho e aos clientes uma maior segurança na prática de operações financeiras de grandes importâncias, quanto à sua validade jurídica.

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”⁷³.

Com base na teoria da cegueira deliberada, de génese inglesa⁷⁴, equipara-se a conduta de quem tem o conhecimento efectivo dos elementos objectivos da acção ilícita com aquele que, não tendo conhecimento do facto, mas podendo potencialmente conhecê-lo, opta pela ignorância, uma vez que “o estado de espírito necessário apenas diverge do conhecimento efectivo apenas o necessário para abarcar um esforço calculado para evitar sanções da Lei enquanto viola a sua substância”⁷⁵.

Em definição de um académico inglês a cegueira deliberada, ou *wilfull blindness*, pode ser descrita nos seguintes termos: “Um tribunal pode apenas encontrar cegueira deliberada onde quase se pode dizer que o arguido realmente conhecia (do facto). Ele supunha o facto; ele conhecia da sua probabilidade; mas absteve-se de obter o derradeiro conhecimento porque almejava, em caso de consumação, ser capaz de negar a sua cognoscência”⁷⁶. Aqui apercebemo-nos da conduta única e exclusivamente orientada para evitar o conhecimento da verdade do facto, de modo consciente e voluntário, resultado de uma abstenção de investigação sobre a factualidade objectivando a denegação de um conhecimento actual dos factos, como é exigido pelo dolo directo em face da proveniência dos bens que serão objecto do crime de branqueamento. Contudo os casos de cegueira deliberada não versam sobre uma perspectiva em retrospectiva dos factos, mas sim sobre uma informação contemporânea que estava disponível, mas foi, de forma deliberada, ignorada com o intuito de enganar

⁷³ Callegari, André Luís; e Weber, Ariel Barazetti, Dolo eventual e a teoria da cegueira deliberada no delito de lavagem de dinheiro, in *Lavagem de Capitais e Sistema Penal, Contribuições hispano-brasileiras a questões controvertidas*, 2014, Verbo Jurídico Editora, pág.156

⁷⁴ Vd. Caso Regina vs. Sleep de 1861

⁷⁵ Caso United States Vs. Jewell; N. 74-2832. United States Court of Appeals, Ninth Circuit, Fevereiro de 27, 1976.

⁷⁶ Citação do Professor Glanville Williams presente no artigo de Robbins, Ira P.; *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol.81 Issue 2, 1990

a Justiça, furtando-se à punição consequente da factualidade representada, não podendo assim afastar-se o possível conhecimento contemporâneo do facto à altura da consumação da conduta em caso de existirem meios de averiguar do real estado dos factos através de diligências ordinárias, obrigação fundada no critério do *pater familias*, e muito mais vincada para um profissional que tem um dever de correção e probidade no exercício da sua profissão.

Aqui reside uma das virtudes do dolo eventual, a quebra da premissa perversa da inexistência de um conhecimento actual para a exclusão de responsabilidade dolosa sobre a conduta ilícita, nos casos em que o enquadramento legal, ilícito, da operação fosse de fácil apreensão.

Uma vez que a abordagem da teoria da cegueira deliberada resulta numa prossecução penal menos onerosa, no que toca à maior facilidade de comprovação da cegueira deliberada em face do conhecimento efectivo, numa perspectiva de defesa das garantias em processo penal enunciaremos requisitos limitadores da utilização da teoria no ordenamento jurídico.

Na linha de Ramón Ragués I Vallés⁷⁷, o **primeiro requisito** diz respeito à suspeita justificada do advogado sobre a ilicitude da sua conduta. Aqui podemos denotar que apesar da inexistência de uma representação concreta do facto, este abstém-se de adquirir, voluntariamente, concreto conhecimento sobre o mesmo, observando-se mesmo a criação de barreiras ao conhecimento, estas levantadas pelo próprio agente, objectivando a não obtenção do pleno conhecimento do que suspeita que seja o verdadeiro estado dos factos, fazendo emergir uma linha consciente de cegueira deliberada.

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 cognoscência da ilicitude, uma vez que o advogado precisa de se manter informado e actualizado perante o dispositivo legal que mobiliza para o exercício da prática forense, pelo que tal requisito apesar de não ser indispensável, não tem a devida eficácia perante os advogados.

O **terceiro e último requisito** dado pelo autor refere-se à intenção da manutenção do estado de ignorância para se proteger de uma eventual descoberta do delito e futura condenação, de modo que sempre poderá alegar que nada sabia a respeito. Podemos arguir aqui que, em virtude da obrigação derivada dos deveres impostos pela Lei de Combate ao Branqueamento de Capitais, o advogado não pode alegar o desconhecimento das intenções do cliente ou proveniência dos bens “transformados”, quanto ao seu enquadramento legal, uma vez que pode apenas 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

⁷⁷ Ragués I Vallés, Ramón. La ignorância deliberada en derecho penal. Barcelona: Atelier, 2007. p.142 e ss

tal “despreocupação” suficiente para se dar como provado o incumprimento de um dos deveres e sobre o advogado fazer recair as devidas sanções.

Em jeito de síntese e através de uma interpretação restritiva, Pierpaolo Bottini diz que, “*A cegueira deliberada somente é equiparada ao dolo eventual nos casos de criação consciente e voluntária de barreiras que evitem o conhecimento de indícios sobre a proveniência ilícita dos bens, nos quais o agente represente a possibilidade de a evitação recair sobre atos de lavagem de dinheiro*”⁷⁸. É visível que tal afirmação é dirigida ao crime de branqueamento de capitais, mas através de uma interpretação cuidada podemos abranger no seu conteúdo a violação de um dos deveres em estudo, pelos advogados, transmutando a evitação do conhecimento para efeitos de punição sobre o incumprimento, caso tal seja descoberto.

Depois de termos discorrido sobre a cegueira deliberada e suas valências, temos imperativamente de diferenciar dolo eventual da negligência consciente, uma vez que tais institutos, apesar de diferentes, podem ser confundidos.

Começando pelos critérios da legislação penal portuguesa, o art.º15 do CP tem como fundamento a inobservância de um dever de cuidado, exigido segundo certas circunstâncias, dividindo-se em duas modalidades nas sua alíneas, a negligência consciente e a inconsciente, distinção que nas palavras de Figueiredo Dias “*visa tão-só estabelecer os requisitos puramente psicológicos – positivos ou negativos – que pode assumir a negligência no seu conjunto: representação do resultado típico na negligência consciente, ausência dessa representação na inconsciente*”⁷⁹. Com a introdução da premissa de um dever de cuidado estabelecido em certas circunstâncias, é notório que a situação em apreço, o (in)cumprimento de deveres impostos por fonte normativa, impondo um comportamento aos advogados, se poderia encaixar aqui, todavia estamos a lidar com um agente que viola um “dever de cuidado que sobre ele impende e que conduziu à produção do resultado típico”⁸⁰ sendo que por meio das suas capacidades técnicas o resultado lhe era “previsível e evitável”⁸¹, mas que o faz conformando-se com a sua realização, na senda da teoria da conformação exposta no n.º3 do Art.º14 do CP, residindo aqui a diferença entre quem viola um dever de cuidado, apesar de ter representado a ocorrência de um facto ilícito, não se conformando com a sua realização, e quem viola o mesmo dever de cuidado,

⁷⁸ Citação contida a págs.159 e ss de Callegari, André Luís; e Weber, Ariel Barazetti, Dolo eventual e a teoria da cegueira deliberada no delito de lavagem de dinheiro, in Lavagem de Capitais e Sistema Penal, Contribuições hispano-brasileiras a questões controvertidas, 2014, Verbo Jurídico Editora

⁷⁹ Figueiredo Dias, Direito Penal, 2012, pág. 862, §6

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Ibid.

representando a realização de um facto como consequência possível da sua conduta, conformando-se com aquela realização, em geral sobrepondo um interesse individual em face do desvalor do ilícito.

Termino esta diferenciação com a exposição de dois requisitos que afastarão a possibilidade do dolo eventual presente na teoria da cegueira deliberada se confundir com a negligência, primeiro, a crença do agente acerca da grande possibilidade do incumprimento de algum dos deveres e consequente inércia perante o crime de branqueamento de capitais, segundo, a acção deliberada e positiva do agente para evitar o conhecimento de tal ocorrência.⁸²

Confusão que pode ser liminarmente afastada é a da cegueira deliberada com o erro do tipo, uma vez que em virtude das capacidades individuais e intelectuais, surgidas da formação técnica do advogado, não pode o advogado arguir que desconhecia a factualidade do tipo, numa clara falta do elemento intelectual do dolo, e, uma vez que o dolo implica a representação da factualidade típica, dos elementos do tipo para “*uma correcta orientação da sua consciência ética para o desvalor jurídico que concretamente se liga à acção intentada, para o seu carácter ilícito*”⁸³, ser a sua conduta dissociada do dolo, em face da exclusão prevista no nº1 do Art.º16 do CP, com base no desconhecimento e consequente falta de representação da tipicidade em que a sua conduta se enquadraria.

Na cegueira deliberada exige-se a firme convicção da possibilidade de crime, havendo, contudo, uma acção positiva do agente para evitar chegar ao conhecimento. No erro do tipo, não há sequer representação do elemento típico do delito, excluindo o dolo.

Foram assim expostas as valências de uma teoria de utilização restrita, mas de grande eficácia perante os incautos que julgam puder ludibriar a Justiça através de um desconhecimento consciente das normas. Os advogados merecem especial atenção uma vez que, embora não se queira instituir uma cláusula geral sobre a revelação da proveniência dos bens, se enquadram no leque de entidades sujeitas perante a Lei 25/2008, de 05 de Junho e como tal para estes profissionais surge um dever de cuidado, de conhecer e conformar a sua actuação, até de fazer cumprir, os deveres enunciados no Art.º 6 do diploma acima referido, sendo esta obrigação um dos critérios mais idóneos à fundamentação da imputação do incumprimento destes mesmos deveres a título de dolo eventual, em face da necessidade de observar tais disposições imperativas, quer no seu conteúdo como na sua aplicação.

⁸² Callegari, André Luís; e Weber, Ariel Barazetti, Dolo eventual e a teoria da cegueira deliberada no delito de lavagem de dinheiro, in Lavagem de Capitais e Sistema Penal, Contribuições hispano-brasileiras a questões controvertidas, 2014, Verbo Jurídico Editora, pág.160

⁸³ Figueiredo Dias, Direito Penal, 2012, pág. 351, §8

6-A Sanção Contra-Ordenacional á luz da Lei 25/2008: Inversão do paradigma

Pretende-se agora enunciar os pontos que constituirão a “revolução” deste estudo, a ideia de que o sistema contra-ordenacional de uma forma geral não se encontra adequado à sua actuação, nem sequer aos pressupostos doutrinários de cisão entre as sanções neste contidas e aquelas contidas no sistema penal, como ramos do Direito punitivo.

Não querendo resolver uma questão geral e demasiado ampla em face de qualquer estudo individual, cinjo-me ao regime disciplinar presente na Lei 25/2008, de 05 de Junho, com imperativa remissão para o Estatuto da Ordem dos Advogados em virtude de questões de legitimidade disciplinadora, enunciado no seu Art.º58, de pendor contra-ordenacional, constituindo uma censura de natureza social, traduzindo-se num mal com o sentido de mera advertência despido de toda a mácula ético-jurídica. Este regime disciplinar surge neste sector do Direito em virtude da especificidade em que se enraíza, isto é, o facto de estarmos perante um sector iminentemente penal do Direito, mas que pelo facto de se relacionar com várias outras áreas de actuação, nomeadamente, a área económica, meio predileto da emergência do branqueamento de capitais, leva à “inidoneidade” do Direito penal para se ocupar de tais desígnios, em virtude do seu carácter genérico, resistente às mutações, ou pelo menos, possivelmente, extemporaneamente adaptável às mutações necessárias à prevenção da delinquência económica, em virtude da sua constante mudança para “adequadamente” se furtar à tutela repressiva do Direito. A solução reside em codificações sectoriais, fragmentárias, imbuídas de escopo específico para agir e reagir às “inovações” de tão complexo panorama criminal, desde logo permitindo uma efetivação mais consequente do princípio da intervenção mínima em matéria penal e por outro lado em virtude da articulação da componente preventiva e da vertente sancionatória, nas áreas respetivas, podendo até recair, no Direito Contra-Ordenacional, dada a verosimilhança com o regime disciplinar em análise.

Nas palavras de Frederico de Lacerda Costa Pinto, “o *Direito das Contra Ordenações é um sistema autónomo*⁸⁴ *de Direito Sancionatório Público que cumpre importantes funções político-criminais, nomeadamente permitindo uma seleção mais rigorosa do campo de intervenção penal, evitando o recurso a meios mais violentos e estigmatizantes como são os do Direito Criminal, garantindo um controlo e uma resposta sancionatória mais expedita através da intervenção em primeira linha duma autoridade administrativa, libertando, desse modo, as autoridades judiciais deste tipo de*

⁸⁴ Vide Art.32º n.º10 da CRP e Art.º41 do RGCO

processo e reservando a intervenção dos tribunais para os casos em que o arguido queira impugnar judicialmente a decisão da autoridade administrativa’⁸⁵.

O sistema contra-ordenacional português baseia-se numa aceção bicéfala, a coima, enquanto sanção de natureza pecuniária dirigida á punição do ilícito administrativo, a título principal, e a sanção acessória, que se pode interpretar como uma influência da lógica penal sobre o regime das contra-ordenações, enquanto complemento da coima.

Introduzido o ilícito de mera ordenação social de forma breve, iremos agora focar-nos no cerne deste ponto, as razões que fundamentam a inversão do paradigma contra-ordenacional, isto é, o afastamento quer da dependência e subsidiariedade da sanção acessória em face da coima, sanção principal do regime contra-ordenacional, indo até mais longe, teorizando que, em virtude da sua maior eficácia e preenchimento das pretensões socio-administrativas de repressão de tais omissões⁸⁶ no cumprimento de disposições regulamentares de natureza administrativa, a sanção acessória cumpriria por si só o interesse público administrativo.

Pese embora existam fundamentos que desaprovam esta teoria, muito pelo facto de as sanções acessórias, hoje, se aproximarem, em termos de censura ético-jurídica, das sanções penais, tendência antagónica à que fundou o movimento de descriminalização, preconizador do Direito de Mera Ordenação Social, ou até da desigualdade de tratamento, em termos de garantias e condução de processo contra-ordenacional em face do processo penal e ainda que a mácula que impende sobre as sanções acessórias seja equiparável, e por vezes mais acentuada, àquela da pena criminal, é notória a inadequação de a sanção contra-ordenacional principal ser única, manifestando-se exclusivamente como sanção pecuniária. Na hipótese dada por Marcelo Prates, “*Se houver situações em que a administração pretenda aplicar uma sanção diferente da coima, no caso em que a finalidade administrativa punitiva seja atingida apenas com a interdição do exercício de certa profissão, ou somente com a suspensão de determinada licença, ou, ainda, só com a privação do direito a certo benefício público, ela não poderá fazê-lo. No direito de Mera Ordenação Social a Administração não encontra espaço para impor nenhuma dessas medidas de forma autónoma, já que elas constituem, a par de outras, sanções acessórias, somente podendo ser aplicadas simultaneamente com a coima.*”⁸⁷

⁸⁵ Cfr. Art.º59 do RGCO. Vd. da Costa Pinto, Frederico de Lacerda, As codificações sectoriais e o papel das contra-ordenações na organização do direito penal secundário, in V.V.A.A, Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários Vol.III, pág.685, 2009, Coimbra Editora.

⁸⁶ A contra-ordenação apenas contende com o cidadão enquanto “órgão auxiliar” da Administração que se furta à obediência daí decorrente.

⁸⁷Prates, Marcelo Madureira; Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia, pág.149, 2005, Almedina

Julga igualmente o autor acima referido que *“essa unicidade de sanção não esteja ajustada á flexibilidade que a Administração deve ter no momento da escolha da sanção a ser concretamente infligida, sobretudo quando ela vise punir infrações diretamente relacionadas á ordem e á atividade administrativa.”*⁸⁸

A sanção pecuniária dificilmente será adequada para atender aos diferentes interesses público-administrativos presentes em cada caso concreto, em face do seu carácter genérico e limitado, observando os critérios de determinação da medida da coima presentes no Art.º18 do RGCO, em especial o seu n.º2, determinando a eliminação do benefício económico surgido da contra-ordenação com base numa presunção de que a elevação aí disposta será suficiente para a total eliminação do benefício, o que levará a situações de insuficiência do escopo da coima quando o benefício for parcialmente indeterminável.

A grande dificuldade da eficácia da aplicação da coima enquanto punição em face da prática de uma contra-ordenação surge quando o alvo dessa sanção é uma entidade, singular ou colectiva, que pode absorver o sacrifício patrimonial dentro daquilo que serão os custos da operação, que acabará por produzir um benefício compensatório desta hipotética sanção, sendo assim necessário recorrer ao elenco das sanções acessórias dispostas no Art.º21 do RGCO para garantir a eficácia sancionatória pretendida, nomeadamente através de sanções restritivas de direitos, o que se revela altamente burocrático, em virtude da dependência das sanções acessórias em relação à sanção principal, observado o princípio da acessoriedade.

*“Portanto se a administração tencionar interditar o exercício de uma atividade em razão de uma contra-ordenação, ela terá de em primeiro lugar impor uma sanção pecuniária ainda que não a considere necessária na hipótese, o que poderá gerar situações de desproporção entre a sanção principal, um mero requisito formal, e a sanção acessória, o verdadeiro objectivo pretendido pela administração.”*⁸⁹

Vemos assim uma possível inadequação do sistema contra-ordenacional quanto à sua eficácia, quanto à revalidação dos seus preceitos junto da sociedade aquando de uma violação dos mesmos, que regulam a ordem social e garantem a sua manutenção.

O cerne da questão reside no sistema contra-ordenacional, que em virtude do cariz não administrativo deste estudo, não será objecto de maior desenvolvimento, mas que fundamenta a próxima questão, já direccionada ao âmbito deste estudo, a análise do regime sancionatório disciplinar

⁸⁸ Ibid. Nota 87

⁸⁹ Prates, Marcelo Madureira; Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia, pág.154, 2005, Almedina

presente no Art.º58 da Lei 25/2008, de 05 de Junho que prescreve um conjunto de sanções para o advogado que incumpre com as disposições aí contidas em face dos deveres que obrigam os advogados, numa óptica preventiva, perante a criminalidade económica.

Apesar de a sanção disciplinar ter a sua menção no diploma supra, o mesmo remete toda a competência, de forma exclusiva, para a ordem profissional, a OA, de modo que a responsabilidade do advogado que pratica uma infração disciplinar em face da Lei de Combate ao Branqueamento de Capitais é determinada segundo as disposições próprias da Ordem dos Advogados, afastando, e até em virtude de disposição autónoma quanto á responsabilidade dos advogados, o elenco de sanções dispostas no Art.º53 e ss. da Lei 25/2008.

Apesar do afastamento das sanções contra-ordenacionais, mais acentuadas, do Art.º53, as sanções dispostas no Art.º58 com devida remissão para o Art.º 130 do EOA, onde são dispostas as sanções de cariz genérico aplicadas aos advogados que incorram em responsabilidade disciplinar, espelham uma estratificação análoga à do RGCO, ainda que aqui não se possa adaptar o princípio da acessoriedade que o Art.º 21 do RGCO preceitua. As primeiras sanções dispostas no regime disciplinar do EOA são de advertência e censura, respectivamente nas alíneas a) e b) do nº1 do Art.º130, na linha da única sanção penal de cariz oral, a admoestação, prevista no Art.º60 do CP, sendo que os pressupostos da aplicação da última são preenchidos analogamente pela disposição imperativa do n.º12 do Art.º130 da EOA, isto é a reparação do dano prevista como necessária para a aplicação da admoestação, seria, in casu, observável neste regime disciplinar pelo cumprimento do dever omitido, mobilizando o exemplo do incumprimento do dever de comunicação a umas das autoridades previstas no Art.º16 da Lei 25/2008, de 05 de Junho.

Em seguida na alínea c) é prevista a multa, uma sanção de pendor económico, onde se pune a infração através do património do infractor, não se sacrificando qualquer direito, qualquer liberdade, em virtude de patamares de elevada gravidade ainda não se associarem à infração analisada, presumindo que esta será determinada como grave, segundo os critérios da alínea b) do nº3 do Art.º 115 do EOA com a devida remissão para a disposição do n.º4 do Art.º 130 do EOA, onde se prenuncia o procedimento de aplicação da multa. Ainda neste campo da gravidade “mediana” da infracção surge a suspensão, sanção que levará ao “afastamento total do exercício da advocacia durante o período de cumprimento da sanção”⁹⁰, igualmente de origem penal, sendo idónea a sua aplicação aos advogados segundo o nº3 do Art.º67 do CP, que enuncia o alargamento da sua amplitude às profissões cujo exercício dependa de título público ou de autorização, o que comprova a inserção dos advogados neste

⁹⁰ Cfr. N.º 5 do Art.º 130 do EOA

âmbito. Necessário também nos parece referir que tal sanção é igualmente prevista no Direito de Mera Ordenação Social, ainda que com cariz acessório da sanção principal única, a coima, prevista na al. b) do n.º 1 do Art.º 21 do RGCO, enunciando semelhantes pressupostos de aplicação, previstos no n.º 2 do artigo seguinte, em face daqueles que estão dispostos no n.º 4 do Art.º 130 da EOA.

Para os casos de infracções de natureza muito grave está prevista a sanção de expulsão, um afastamento total do exercício da advocacia. Aqui prenuncia-se a sanção mais grave de todo o regime de responsabilidade disciplinar previsto no EOA, retirando, “sem prejuízo de reabilitação”, ao advogado a capacidade de praticar actos próprios de advocacia de forma legítima uma vez que “só os advogados com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados podem (...) praticar atos próprios da Advocacia”⁹¹, disposição que pode igualmente aplicar-se à sanção de suspensão.

Parece-nos que este regime disciplinar tem um carácter iminente contra-ordenacional, relevando a exclusividade da “jurisdição” da Ordem dos Advogados para tratar de tais casos, em perspectiva análoga à da desjudicialização do processo sancionatório seguido pelo Direito de Mera Ordenação Social. Aqui se verifica a legitimidade da inserção da responsabilidade emergente da violação dos deveres contidos na Lei 25/2008, de 05 de Junho no regime sancionatório contra-ordenacional, através da introdução da semelhança observável no regime disciplinar.

Uma sanção como a suspensão do exercício de profissão num período de até 10 anos, revela um escopo em tudo idêntico ao previsto nas sanções acessórias previstas no Código Penal e no regime Geral das Contra-Ordenações, sanção acessória que hoje tem um efeito muito mais negativo do que uma pena de multa aplicada em substituição de pena de prisão, por exemplo, por não se observar o critério da necessidade da aplicação da última, sabendo que os critérios de determinação de pena de multa fixados no n.º 2 do Art.º 47 e n.º 2 do Art.º 77, ambos do CP, limitam a “moldura” da multa em 900 dias, num quantitativo diário máximo de 500€ por dia, comportando um valor total de 450 000€, como valor da responsabilidade determinada e à qual foi conseqüentemente aplicada uma sanção, levando a arguir a maior intensidade sancionatória do regime disciplinar, com um claro cunho contra-ordenacional, do EOA, fundada na perspectiva de rendimentos cessantes, para tal veja-se o exemplo de, um advogado com mais de dez anos de experiência, que labore numa das sociedades de advogados portuguesas de topo, ganha cerca de 98 000€ anuais⁹², o que perante a aplicação de uma sanção disciplinar de suspensão irá resultar na perda de rendimentos resultantes do exercício profissional, o que, tendo em conta a remuneração supra, levava a que no caso de uma suspensão do exercício da actividade profissional, no mínimo, no prazo de 5 anos, esta sanção iria resultar num

⁹¹ Cfr. N.º 1 do Art.º 66 do EOA

⁹² In Estudos de Remuneração para 2016, realizados pela Michael Page, consultado a 15/11/2016, no sítio http://www.michaelpage.pt/sites/michaelpage.pt/files/MP_POR_ON_ER_TAX%26LEGAL_2016.pdf

prejuízo económico maior do que o previsto na situação de pena de multa descrita acima.

Pugnando pela correcta aplicação de sanções àqueles que se furtam à cooperação e obediência perante a Administração, apontando á eficácia da sanção na prevenção e repressão deste tipo de infracções, analiso agora o regime de multa previsto nas alíneas c) e d) do n. °1 do Art.º130 do EOA. A alínea b) determina como máximo da moldura da sanção de multa a alçada dos tribunais de comarca, que, segundo o Art.º44 da LOSJ, é de 5000€, recorrendo ao mesmo artigo para determinar a moldura da multa prevista na alínea seguinte, configurando-se entre o valor, já determinado, da alçada dos tribunais de comarca e o valor da alçada dos tribunais da Relação, estando previsto para a última 30 000€, o que em nada se aproxima dos valores enunciados para os casos de aplicação de multa penal ou de aplicação de sanção de suspensão do exercício da profissão pelo advogado, quando a multa proveniente do regime disciplinar e a suspensão compartilham o estatuto de infracção grave.

Considero que tal diferenciação de sanções graves servirá um objectivo de produzir uma gradação na reacção dos institutos sancionadores de tais infracções, mas o que se pode configurar como uma estratificação das sanções aplicadas, segundo critérios casuísticos, atentas aos princípios de necessidade, adequação e proporcionalidade, pode não ser o mais idóneo em questões de eficácia.

Os advogados são um dos bastiões da boa aplicação da Justiça, a Lei Fundamental considera-os até um órgão auxiliar dessa tarefa, comportando uma das missões mais dignas e nobres da nossa sociedade, o aconselhamento jurídico e se caso disso for, da defesa judicial daquele que vê cominar sobre si algum efeito jurídico prejudicial, como tal, deveria ser a malha da justiça muito mais apertada aqueles que apesar de pares no exercício da profissão, levam à depreciação social da mesma, criando consequentemente uma desconfiança que conspurca a nobreza daqueles que exercem com rectidão as suas funções. Enquanto indivíduos capazes de reconhecer dos efeitos nefastos, quer para a sociedade, quer para a honra e dignidade da classe profissional, merecem menos consideração do que aqueles que praticam infracções, geradoras de efeitos transversais a vários planos, desconhecendo a sua natureza e enquadramento legal, em geral porque se encontram desprovidos de conhecimentos acerca da factualidade.

A imputação da responsabilidade da prática de ilícitos e infracções na pessoa dos advogados terá de ser feita a título de dolo eventual, como vimos no ponto acima, uma vez que não é passível de serem ignoradas disposições imperativas, conformadoras do exercício da profissão, quer por critérios de legalidade, quer por questões de actualização do advogado em face da Lei, levando consequentemente a que os deveres que emanem das disposições, agora violadas, não possam ser

considerados “desconhecidos” ou “ignorados” por aqueles que juraram defender a boa aplicação da Lei. Consideramos que a punição daqueles que, por preterirem o desempenho da função social da profissão em prol de um interesse material individual, não merecem da tutela legal uma atenuação ou um “desconto” aquando da prática de infracções legais, atenuação porque não se revela adequada a punição de condutas que irão denegrir uma classe profissional no seu todo, com a simples afectação do seu património.

Concertando agora as duas ideias veiculadas ao longo do ponto, a inversão do sistema contra-ordenacional, ou pelo menos da queda do princípio da acessoriedade, e da eficácia das sanções em face do advogado que incumpe algum dos deveres presentes na Lei de Combate ao Branqueamento de Capitais e do Financiamento do Terrorismo, e sabendo bem que a responsabilidade contra-ordenacional não se aplica ao advogado, pela observável autonomização do regime sancionador da Lei 25/2008, em face da exclusiva competência da Ordem dos Advogados para disciplinar os seus profissionais⁹³, pretende-se afastar do regime sancionatório conjunto, do Art.º58 da Lei 25/2008, de 05 de Junho e o do Art.º130 do EOA, as sanções pecuniárias, as multas aí previstas, uma vez que os pressupostos de prevenção que orientam os fins da pena não se encontram satisfeitos.

Quanto à prevenção geral, objectiva-se que “(...) a ameaça de uma pena, a sua imposição e a sua execução, por um lado, sirva para intimidar os potenciais criminosos (concepção negativa da prevenção geral) e, por outro lado, sirva para fortalecer a consciência jurídica dos cidadãos e a sua confiança e fé no Direito (concepção positiva da prevenção geral)”⁹⁴. Aqui podemos logo duvidar da eficácia sancionatória de uma multa que tem por limite 250 000€, como previsto na al. a) do nº2 do Art.º58 da Lei 25/2008, em face de um agente que ao incumprir com os deveres que lhe são impostos não detecta a possível prática de um crime económico, de alta rentabilidade, que gera uma “transnacionalização das actividades criminosas”⁹⁵, uma vez que tal tipo de operações típicas são sempre despoletadas em virtude da necessidade de “transformar” grandes somas de dinheiro ou bens de luxo, de valor exponencialmente maior do que o limite da multa acima referido, levando assim à inocuidade do efeito pretendido pela aplicação da sanção pecuniária, senão veja-se um exemplo conhecido da nossa sociedade, o Caso Homeland, onde foram implicados advogados, ainda que a responsabilidade provada destes se tenha circunscrito ao facto precedente do crime de branqueamento

⁹³ Vd. supra Nota 67

⁹⁴ Manso, Luís Duarte; Direito Penal, Casos Práticos Resolvidos, pág.152, Vol.I, 4ª Edição, Quid Juris, 2011

⁹⁵ Vd. Caeiro, Pedro, A Decisão-Quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a Relação entre a Punição do Branqueamento e o Facto Precedente: Necessidade e Oportunidade de uma Reforma Legislativa, pág.392; in Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários Vol.III, 2009, Coimbra Editora, V.V. A.A.

de capitais, e onde os valores do “negócio” rondavam os 40 milhões de euros. Ora, não podemos ser ingênuos ao ponto de pensar que estes valores, de origem ilícita, não foram utilizados também para cobrir os “honorários” dos advogados que actuaram como intermediários da operação, ou que o “benefício” do advogado neste tipo de cooperação criminosa, através de uma cegueira deliberada paga a peso de ouro, tenha sido inferior ao valor da multa, em face do exemplo acima dado.

Assim, mobilizando o jargão popular, “o crime compensa”, uma vez que as exigências de prevenção geral não são de maneira alguma preenchidas com o simples sacrifício do património do agente incumpridor, já que este ao pesar o benefício que o incumprimento lhe pode trazer e o prejuízo da sanção, irá optar pela prática do primeiro, numa óptica de compensação, o que não surte o efeito intimidatório veiculado pela prevenção geral negativa.

Aqui surge numa perspectiva analógica a questão de tornar a sanção pecuniária apenas numa sanção acessória geral, complemento da sanção principal, passível de ser encontrada nas alíneas e) e f) do Art.º130 do EOA, cumprindo estas os pressupostos de prevenção geral em face de um agente que, apesar de munido de vasto conhecimento legal escolheu ignorar uma disposição imperativa que obriga uma classe no seu todo, e para agravar, fê-lo até para perseguir interesses individuais, e em caso de o ter feito, ignorando um juízo de consciência sobre os efeitos da sua conduta. Além da evidente quebra na prevenção da criminalidade económica, temos também a possibilidade da sua efectivação, mas o foco recairá sobre a degradação da honra de uma classe profissional inteira em face do incumprimento deliberado de deveres, impostos aos advogados face à sua natureza auxiliar da boa aplicação da Justiça.

O advogado que almeja, com o incumprimento de um dever legal, obter para si um qualquer benefício, resultante da prática de um crime de branqueamento de capitais, objecto de prevenção pelo dever violado, é um agente que faz uso do seu conhecimento, da sua experiência, da sua posição profissional para perturbar os objectivos da Justiça, através da perversão dos valores que a sociedade associa à figura do causídico, conspurcando assim a imagem deste profissional, no seu todo, junto da sociedade que deveria “proteger” quanto ao acesso, defesa e aplicação da legalidade. O advogado que tem por objectivo um fim perverso, alheio a todas as possíveis consequências, não deve ter por parte da ordem profissional qualquer consideração na hora de aplicar uma sanção disciplinar, uma vez que foi produzido um dano à reputação de uma classe profissional, de que a nova amplitude do mandato forense é causadora de situações de aproveitamento ilícito da posição profissional, e especialmente que, aplicando uma sanção de multa ao agente de um crime tão vantajoso em termos pecuniários, não preenche as expectativas sócio-jurídicas de reprovação da violação analisada.

Na linha da inversão contra-ordenacional que encabeça este ponto, pretende-se aqui demonstrar, através do caso em estudo, a maior eficácia das sanções acessórias no sancionamento de infracções, comparativamente à da coima.

A coima, enquanto sanção contra-ordenacional principal exclusiva limita o campo de actuação da Administração na sua reacção aos vários delitos, uma vez que existe uma obrigatoriedade de aplicação de coima ao agente que não coopera com a Administração, contudo a proficiência de preenchimento das exigências de prevenção é mais visível nas sanções acessórias, através da afectação de um direito e não de um bem fungível, como objectiva a coima. O agente que vê o exercício da sua profissão ser interdito pela entidade que a regula, é deveras punido com maior intensidade do que aquele que pode suportar a sanção á custa de mera pecúnia. O agente interdito sofre várias consequências, desde a impossibilidade de exercer a profissão para a qual se formou, à deterioração da sua honra profissional, até à perda de rendimentos provenientes do exercício profissional, determinando-se assim muito mais onerosa nos seus efeitos negativos a interdição do exercício profissional, do que uma mera multa. Poderíamos falar de um acompanhamento dos valores que determinam o benefício económico do agente, pela sanção de multa, numa ideia de compensação, isto é, elevar a multa ao valor do benefício económico, implicando a destruição de qualquer benefício emergente da infracção, por meio do retorno da situação patrimonial do agente ao estado em que estava antes de praticar a infracção, na senda do interesse contratual negativo, mas o grande revés para esta solução reside na indeterminabilidade do benefício, uma vez que não são produzidos registos ou documentos que auxiliem nessa determinação, dada a natureza sub-reptícia destas operações.

O interesse a satisfazer com a aplicação da sanção ao advogado incumpridor enquadra-se na prevenção geral, já supra referida, mas também na prevenção especial, tentando salvaguardar a comunidade do delinquentes através da sua ressocialização, tentando de igual modo evitar a reincidência do agente, assim, depois do que vimos no parágrafo anterior, assolam-nos dúvidas sobre a eficácia no preenchimento dos pressupostos da prevenção especial, sobretudo no que toca à evitação da reincidência, já que a maioria dos agentes, estando ciente das sanções que sobre eles poderão recair em virtude da sua capacidade técnica, constroem um juízo de prognose sobre o “benefício” da operação, já depreciado face à possível sanção, e se o “benefício” for compensatório do risco, voltarão a agir, reiterando um comportamento deliberado de se furtarem às obrigações a que estão adstritos.

Ainda que precocemente se possam ver desvirtuados os objectivos de desjudicialização e economia processual presente no Direito de Mera Ordenação Social, lembramos que esta inversão contra-ordenacional surge de forma adaptada ao regime disciplinar presente no EOA e no do Art.º58

da Lei 25/2008, de 05 Junho, que de forma conjunta sancionam os advogados que não cumprem os deveres prescritos pelo último diploma, sendo que a competência para aplicação de processo disciplinar e de consequente sanção é exclusiva⁹⁶ da Ordem dos Advogados, o que não atenta contra os objectivos do regime contra-ordenacional, e mais, vai ao encontro da premissa de ser dada “uma resposta sancionatória por uma entidade com índices de especialização em certas matérias que escapam em absoluto às autoridades judiciárias tradicionais”⁹⁷

Em sede de juízo próprio, e observando tudo o que fora até agora dito, as sanções passíveis de cumprirem eficazmente os pressupostos de prevenção em face do advogado que incumpra algum dos deveres contidos na Lei 25/2008, de 05 de Junho, serão aquelas que “ameaçarem” o exercício profissional do agente, suspendendo-o ou expulsando-o, imbuídas de um sentido penalizador mais vincado, mas proporcional àquele que não olha a meios nem a consequências para materializar um interesse egoísta, prejudicando a imagem de uma classe profissional que se funda no brio e na rectidão.

Igual pressuposto, a eficácia, levaria à fundamentação da inversão do paradigma das sanções contra-ordenacionais, fundado, no mínimo, na queda do princípio da acessoriedade quanto à aplicação de sanções, que apesar de se revelarem mais idóneas ao cumprimento do interesse público da Administração, são acessórias, dependentes da aplicação de uma coima, que por vezes não cumpre outro objectivo senão o de financiar o aparelho estatal que regula a sociedade e que despoleta uma reacção em face da falta de cooperação do administrado. A apreciação casuística seria um dos entraves à aplicação de sanções acessórias como se principais se tratassem, todavia aquando da abertura de um processo disciplinar a um advogado, os tramites do Art.º131 do EOA levam a isso mesmo, a uma apreciação individual do caso e à determinação da sanção disciplinar a aplicar, se bem que no regime disciplinar da OA não se possam observar sanções acessórias.

Construído sob a égide da inversão do regime contra-ordenacional, a queda da exclusividade da sanção pecuniária única e principal, passando a servir de complemento às sanções, acessórias, que tomariam cariz principal dentro deste regime, em virtude da sua maior eficácia e cumprimento de objectivos de prevenção e interesse público, este ponto pretendeu afastar a ideia de que uma simples afectação do património irá dissuadir os agentes que praticam reiteradamente omissões deliberadas de cumprimento de deveres a que estão adstritos em face de pertencerem a uma classe profissional privilegiada na sua função social, já que o benefício surgido do incumprimento poderá, na maior parte das situações compensar o prejuízo que a sanção traz, considerando que apenas as sanções de

⁹⁶ Vd. Nota 67

⁹⁷ Cfr. Nota 85, Ibid. Pág. 686

suspensão do exercício da actividade ou a expulsão se revelam proporcionais aos efeitos nefastos produzidos por tal cegueira deliberada que, mais não objectiva que um ganho pessoal.

7-Conclusão

A deontologia jurídica é um dos mais importantes aspectos no exercício da advocacia, conformando e estabelecendo padrões de actuação de uma das classes profissionais mais importantes de uma qualquer sociedade, um membro auxiliar da boa aplicação da justiça, o advogado é responsável pelo aconselhamento e defesa, enquanto missões principais, daqueles que precisam de mobilizar a Justiça para garantir uma adequada tutela dos seus direitos e também dos que se vêm confrontados com responsabilidade de qualquer natureza jurídica e necessitam de se defender, sejam ou não os autores da responsabilidade que lhe imputam.

O núcleo deste estudo residiu na figura do advogado, o profissional que se encontra vinculado a observar os deveres contidos na Lei de Combate ao Branqueamento de Capitais e Financiamento do Terrorismo, de natureza preventiva face à criminalidade económica, determinando-se legítima esta imposição em face da natureza auxiliar do advogado na boa aplicação da justiça, como prevê a Constituição da República Portuguesa, afastando qualquer juízo infundado que determine a figura do advogado como delator oficial da Administração.

Tal natureza, delatária, não se observa no advogado, contudo dúvidas poderiam surgir quando em face dos deveres impostos quer pela Lei 25/2008, de 05 de Junho, quer pelo Estatuto da Ordem dos Advogados, mais especificamente o dever de segredo profissional, surge um conflito, uma vez que têm propósitos antagónicos.

O dever de comunicação, disposto no Art.º16 da Lei 25/2008, de 05 de Junho pressupõe que os advogados, enquanto entidade não-financeira sujeita às disposições deste diploma, informe, através de diligência própria, as entidades competentes em caso de conhecimento ou suspeita de uma operação, já realizada ou a realizar, enquadrada no tipo ilícito presente no Art.º368-A do CP. Tal disposição não seria objecto de desconfiança, não fosse o caso de o advogado obter as informações, que transmitirá a terceiros, no âmbito da consulta jurídica ou no exercício da missão de defesa do cliente, e possivelmente destruindo uma das garantias deontológicas que leva o possível agente de um crime a descrever a factualidade a um advogado, confessando até a autoria do facto, objectivando que o profissional o defenda da repressão que pode ver recair sobre si, o Segredo Profissional.

O Segredo Profissional encerra no seu conteúdo a impossibilidade de transmitir os factos de que tenha conhecimento no exercício da sua actividade ou na prestação dos seus serviços, salvo raras excepções, como disposto no Art.º92 do EOA.

Ver-nos-íamos numa situação de conflito caso não existisse um espaço de concertação entre deveres corporizado pelo Art.º35 da Lei 25/2008, de 05 de Junho, onde o dever de comunicação cessa perante as informações obtidas no contexto da avaliação da situação jurídica do cliente, no âmbito da consulta jurídica, no exercício da sua missão de defesa ou representação do cliente num processo judicial, ou a respeito de um processo judicial, incluindo o aconselhamento relativo à maneira de propor ou evitar um processo, bem como as informações que sejam obtidas antes, durante ou depois do processo.

Uma das questões mais controversas relaciona-se com a modalidade de dolo mais idónea ao caso de incumprimento de um dos deveres em análise. Ambas as modalidades foram analisadas, construtivamente criticadas e elogiadas, mas dada a conjuntura apresentada pelo, cada vez mais, amplo mandato forense, até em operações que não carecem de um apoio jurídico específico, o advogado tem de ser cada vez mais consciente na sua actuação, prevendo e enquadrando os seus actos, assim como os do seu cliente, através de uma actualização da sua capacidade técnica, da contemporaneidade dos seus conhecimentos e do cumprimento dos deveres deontológicos a que a profissão obriga, em consequência, o desconhecimento é por vezes mais perverso do que o erro sobre a factualidade, mas acresce ainda que tal desconhecimento seja propositado, que se cegue deliberadamente para não conhecer, obstando a qualquer responsabilidade sobre o facto consumado. Aqui reside a preferência da doutrina, ou para lá pende, na modalidade de dolo eventual, onde *“o agente que revela uma absoluta indiferença pela violação do bem jurídico, apesar de ter representado a consequência como possível e a ter tomado a sério, sobrepõe de forma clara a satisfação do seu interesse ao desvalor do ilícito e por isso decide-se (...) pelo sério risco contido na conduta e, nesta acepção, conforma-se com a realização do tipo objectivo”*⁹⁸, a juntar a tudo isso temos a capacidade de se manter informado de um profissional que tem por dever conhecer a lei, não podendo de maneira alguma alegar um desconhecimento total de um conjunto de normas que devem enformar as diligências jurídicas que realiza, surgindo assim a willful blindness daquele que conhece a existência de regras imperativas mas opta por tentar criar uma imagem de desconhecimento, apenas objectivando a sua salvaguarda em caso de prossecução penal pelo crime que poderia ter sido evitado, caso tivesse cumprido diligentemente o seu dever.

⁹⁸ Vd. Nota 71

Quanto à questão sancionatória, após estudo das sanções aplicadas ao advogado incumpridor, parece-nos que este seja parcialmente inócuo em face de um crime económico de elevada rentabilidade, que pode facilmente cobrir o prejuízo que advém de uma sanção como a prevista na al. a) do nº2 do Art.º58 da Lei 25/2008, de 05 de Junho, a multa, enquanto sacrifício patrimonial do agente incumpridor.

É no corpo das sanções presentes nas restantes alíneas que podemos observar a necessária eficácia, quer na intimidação do agente levando à evitação de reincidir na mesma infracção, quer no reforço da validade e na força das normas de tutela de bens jurídicos do Estado, que estão em linha com as sanções acessórias dispostas no RGCO, em especial a de interdição do exercício de profissão, presente na al. b) do nº1 do Art.º21, do supra mencionado diploma, transportando a questão de eficácia para o Direito de Mera Ordenação Social, numa perspectiva de inversão dos estratos sancionatórios, para melhor servir o interesse público da Administração quanto às reações adequadas às exigências sancionatórias específicas, isto é, as sanções agora acessórias transformar-se iam em principais, complementadas pela coima, sanção insuficiente para lidar casuisticamente com as exigências diversas de cada caso, mas que serviria um propósito complementar com grande eficiência.

Enquanto reflexão conclusiva surge-nos uma perspectiva de ineficácia, de brandura, perante o indivíduo que, apesar de não ter capacidade para a destruir, deteriora a honra de uma classe profissional no seu todo, que se exime da sua função social, que ignora a devida cooperação com a Justiça e com o Estado, e que tem uma moldura sancionatória demasiado ampla, levando à hipótese de um tal agente infractor passar pelo crivo da Justiça apenas com sacrifício do seu património, continuando a exercer a profissão da qual se aproveitou para, egoisticamente, gerar benefícios consequentes da actividades ilícitas que falhou, deliberadamente, em prevenir.

Uma revisão do regime disciplinar do EOA seria adequada para estabelecer padrões sancionatórios mais eficazes tendo a situação do advogado que incumpre deveres, em face da Lei de Combate ao Branqueamento de Capitais e Financiamento do Terrorismo, em mente, criando assim um regime que discipline e que repreenda de forma adequada este tipo de agente.

Preenchidas as etapas delineadas, provendo pela clareza textual, capaz de fundamentar a retórica consequente, através da validade das opiniões aqui expostas, dou por terminado este estudo.

8. Bibliografia

ARNAUT, António, Iniciação á Advocacia – História Deontológica. Questões práticas, 9ª Edição, Coimbra Editora, 2006

ARNAUT, António, Iniciação á Advocacia – História Deontológica. Questões práticas, 11ª Edição, Coimbra Editora, 2011

BECCARIA, Cesare, Dos Delitos e das Penas, Serviço de Educação da Fundação Calouste Gulbenkian, 1998

BELEZA, Teresa e PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, O regime legal do erro e as normas penais em branco, Almedina, 1999

Código de Deontologia dos Advogados Europeus, de 28 de Outubro de 1988

Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo de 16 de Maio de 2005

DA COSTA, Orlando Guedes, Direito Profissional do Advogado, 6ª Edição, 2008, Almedina

FARIA COSTA, José de, Noções fundamentais de Direito Penal, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2012

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; Direito Penal - Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime, 2ª Edição, 2012, Coimbra Editora

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; Direito Penal Português - Parte Geral - Tomo II – As Consequências Jurídicas do Crime, 1ª Edição, 1993, Editorial Notícias

MANSO, Luís Duarte; Direito Penal, Casos Práticos Resolvidos, Vol.I, 4ª Edição, Quid Juris, 2011

MARQUES, Pedro Miguel Faustino, Branqueamento de Capitais, da Prevenção e Repressão e Dos Deveres Deontológicos do Advogado, FDUC, 2009

PALMA, Maria Fernanda e OTERO, Paulo, Revisão do regime legal do ilícito e mera ordenação social, in "Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa", vol. XXXVII, pp. 577

PARECER do Conselho Geral da OA de 28 de Julho de 2008, N.º 14/PP/2008-G, Relator: João Loff Barreto

PARECER do Conselho Geral da OA de 31 de Janeiro de 1983, Relator: Bastonário José Manuel Coelho Ribeiro, in ROA, Ano 43, Ano 1983, fls. 211 ss.

PARECER do Conselho Geral da OA n.º E-950, Relator Augusto Ferreira do Amaral, 22 de Setembro de 1995

PARECER do Conselho Geral de 30/11/1984, Relator: Luís Sáragga Leal, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 44, dezembro 1984,

PARECER do Gabinete de Estudos da OA, CL/01/00, Relator: Bastonário Augusto Lopes Cardoso

PRATES, Marcelo Madureira; Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia, 2005, Almedina

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. La ignorância deliberada en derecho penal. Barcelona: Atelier, 2007

REGULAMENTO n.º 232/2007 OA

REVISTA de Ciência Criminal Ano 23 N.º1

ROBBINS, Ira P.; The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea, in Journal of Criminal Law and Criminology, Vol.81 Issue 2, 1990

RODA, Juan Córdoba, Abogacia, secreto profesional y blanqueo de capitales, in Cuadernos de Critica Juridica, Nº1, 2006, Marcial Pons Ediciones Juridicas y Sociales

ROQUE, Miguel Prata, O Direito Sancionatório Público enquanto bissectriz (imperfeita) entre o direito penal e o direito administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional in Revista da Concorrência e Regulação – Ano IV. Nº14/15 – Abr/Set 2013

ROXIN, Claus, Problemas Fundamentais de Direito Penal, 3ª Edição, Vega, 1998

V.V. A.A, Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários Vol.I, 2009, Coimbra Editora.

V.V. A.A, Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários Vol.III, 2009, Coimbra Editora.

V.V.A.A, Lavagem de Capitais e Sistema Penal, Contribuições hispano-brasileiras a questões controvertidas, 2014, Verbo Jurídico Editora