

AS MEDIDAS DE NATUREZA PREVENTIVA CONTRA O BRANQUEAMENTO E O FINANCIAMENTO DO TERRORISMO

Pelo Dr. Vitalino Canas ()*

SUMÁRIO:

1. Os traços essenciais – 2. Os sujeitos dos deveres – 2.1. Entidades financeiras 2.2. Entidades não financeiras 2.2.1. Em geral – 2.2.2. Em especial – 2.3. O Estado – 3. Os deveres das entidades sujeitas – 3.1. Dever de exigir e de verificar a identificação – 3.1.1. Deveres gerais de identificação – 3.1.1.1. Deveres gerais de identificação de clientes e seus representantes – 3.1.1.2. Dever geral de identificação do beneficiário efectivo – 3.1.1.3. Margem de livre apreciação e dispensa do cumprimento dos deveres gerais de identificação – 3.1.2. Deveres específicos de identificação – 3.1.2.1. Deveres específicos de identificação das entidades financeiras – 3.1.2.2. Deveres específicos de identificação das entidades não financeiras – 3.1.3. A quem compete prestar as informações sobre identificação – 3.2. Dever de diligência – 3.2.1. Dever de diligência geral – 3.2.1.1. Dever de diligência comum – 3.2.1.2. Dever de diligência simplificado – 3.2.1.3. Dever de diligência reforçado – 3.2.1.3.1. As operações que obrigam ao dever de diligência reforçado – 3.2.1.3.2. Pessoas politicamente expostas residentes fora do território nacional – 3.2.1.4. Margem de livre apreciação – 3.2.2. Deveres específicos de diligência – 3.3. Dever de recusa – 3.4. Dever de conservação de documentos – 3.5. Dever de exame – 3.6. Dever de comunicação – 3.6.1. O dever de comunicação em geral – 3.6.2. O dever de comunicação/informação do art.º 17.º, n.º 2 – 3.6.3. O dever de comunicação do artigo 17.º, n.º 4 – 3.6.4. O dever específico de comunicação das enti-

(*) Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa. Advogado

dades financeiras – 3.6.5. O dever de comunicação das autoridades supervisoras e das autoridades de fiscalização – 3.6.6. O uso das informações transmitidas em cumprimento do dever de comunicação – 3.7. Dever de abstenção e poder de suspensão – 3.7.1. Dever de abstenção – 3.7.2. Poder de suspensão – 3.8. Dever de colaboração – 3.8.1. Dever geral de colaboração – 3.8.2. Dever específico de colaboração das entidades financeiras – 3.9. Dever de segredo – 3.9.1. O âmbito material do dever de segredo – 3.9.2. O âmbito pessoal do dever de segredo – 3.9.3. O dever de segredo sobre a identidade de quem forneceu informações em cumprimento dos deveres dos arts. 16.º, 17.º e 18.º – 3.10. Dever de controlo – 3.11. Dever de formação – 4. Deveres do Estado – 4.1. O Instituto de Gestão Financeira e do Crédito Público – 4.2. Autoridades de supervisão e de fiscalização – 4.3. Unidade de Informação Financeira – dever de retorno – 4.4. Unidade de Informação Financeira e Direcção Geral da Política de Justiça – dever de recolha, manutenção e publicação de dados estatísticos – 5. Em especial: os advogados (e os solicitadores) – 6. A exclusão de responsabilidade

1. OS TRAÇOS ESSENCIAIS

Poucos anos volvidos após a aprovação da Lei n.º 11/2004, de 27 de Março (doravante, Lei de 2004), confirmando um traço marcante das legislações europeia e portuguesa, *a volatilidade*, nova Lei da Assembleia da República, a Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho (doravante, Lei de 2008), veio reformular o regime português da prevenção e repressão do combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita. Como também sucedeu anteriormente ⁽¹⁾, o impulso veio de fora, gerado pelas Directivas n.ºs 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 2005 (doravante, Directiva de 2005) e 2006/70/CE, da Comissão, de 1 de Agosto. Embora mais apuradas do que as anteriores, as directivas são complexas, com técnica legislativa por vezes imperfeita e soluções nem sempre coerentes. Nem sempre a lei de transposição consegue superar esses problemas, embora seja manifesto que a técnica legislativa da lei de 2008 é mais perfeita.

⁽¹⁾ Sobre isto pode ver-se o nosso *O crime de branqueamento: regime de prevenção e de repressão*, Coimbra, Almedina, 2004, 23 ss.

Uma das grandes inovações da Directiva de 2005, agora vertida na Lei de 2008, consiste em que, a par do combate ao branqueamento, os novos ventos internacionais de combate ao terrorismo levam a que o legislador aproveite o regime criado especificamente para o branqueamento para o combate ao financiamento do terrorismo. O regime de prevenção e repressão do branqueamento é, agora, também o regime de *prevenção e repressão* do financiamento do terrorismo.

A criminalização do branqueamento e do financiamento do terrorismo é a componente principal da *vertente repressiva*. A nova lei não introduziu alterações relevantes na dimensão penal referente ao branqueamento, mantendo-se quase intocado o regime anterior. Por isso não será aqui estudado ⁽²⁾. Quanto ao financiamento do terrorismo, o legislador aproveitou para introduzir alguns ajustamentos no domínio penal que não temos oportunidade de versar aqui.

Neste ensaio cingimo-nos à *dimensão preventiva* do regime legal do combate ao branqueamento e ao financiamento do terrorismo. A Lei de 2008 insere-se no esforço contínuo de criação de um conjunto de regras e de procedimentos administrativos que envolvem entidades públicas e pessoas privadas numa actuação preventiva, com vista a evitar que o crime se cometa ou a detectá-lo prontamente uma vez cometido. O combate ao branqueamento e ao financiamento do terrorismo é o motivo de um subsistema normativo próprio ⁽³⁾, especialmente rigoroso, distinto do existente para quaisquer outras actividades ilícitas. O sistema de prevenção, consubstanciado num conjunto de deveres impendentes sobre um círculo crescente de entidades, ocasionalmente confunde-se com a própria repressão, na medida em que é difícil traçar a fronteira

⁽²⁾ Sobre o regime penal, veja-se mais uma vez o nosso *O crime...*, 145 ss. Do ponto de vista do tratamento jurisprudencial, reveste-se de muito interesse, pela sua qualidade argumentativa e profundidade, o acórdão do pleno das secções criminais do STJ de fixação de jurisprudência n.º 13/2007, *in* DR, *I série*, de 13 de Dezembro de 2007, 8903 ss. O acórdão conclui pela possibilidade de concurso real de infracções entre o crime de branqueamento e um crime subjacente (no caso, o crime de tráfico de estupefacientes), o que merece a nossa concordância conforme exposto no local antes citado, p. 157.

⁽³⁾ Acentuando este aspecto Jorge Godinho, *Do crime de «Branqueamento» de capitais. Introdução e tipicidade*, Coimbra, 2001, 22.

entre as duas vertentes: por exemplo, a ordem de suspensão de operações pelo Procurador-Geral da República e o consequente cumprimento pela entidade sujeita ao dever de abstenção (art.º 17.º, n.º 2 ⁽⁴⁾) integra ainda um mecanismo de prevenção mas transporta já um evidente cariz repressivo. E o dever de colaboração regulado nos arts. 18.º e 35.º insere-se na maior parte dos casos numa óbvia lógica de repressão. Mesmo quando tratarmos dessas matérias aludiremos, por comodidade de expressão, a “*regime de prevenção do branqueamento e do financiamento do terrorismo*” e a “*deveres de prevenção*”, apesar de aí ela não ser inteiramente própria.

Este sistema de prevenção, tal como está arquitectado, constitui entidades não públicas em agentes mediatos, ou em auxiliares, da Administração Pública na prevenção do branqueamento e do financiamento do terrorismo. Pode afirmar-se que este regime leva mais longe do que qualquer outra área da prevenção criminal a exigência de que os cidadãos ajam como agentes dessa mesma actividade pública. Em muitos aspectos, esta exigência envolve verdadeiras limitações ou até restrições de direitos, liberdades e garantias, quer dos sujeitos a deveres, quer dos que são objecto ou são afectados pelo cumprimento desses deveres. Como veremos oportunamente (cfr. *infra* designadamente 6.), o cumprimento dos deveres previstos na lei pelas entidades a eles sujeitas envolve de modo geral a quebra de deveres para com outras pessoas: deveres resultantes de direitos liberdades e garantias, como a garantia da reserva da intimidade da vida privada, a garantia do sigilo da correspondência e de outros meios de comunicação privada, a garantia do não acesso a dados pessoais por terceiros, eventualmente o direito ao bom nome e reputação, todos eles com assento constitucional; deveres estatutários, como o dever de sigilo profissional impendente sobre muitas profissões, ou o dever de lealdade; deveres contratuais, como o dever de praticar certas operações em certo tempo e em certas circunstâncias.

⁽⁴⁾ Sempre que apareça menção a uma disposição sem referência ao instrumento normativo donde conste estamos a referir-nos à Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho, Lei de 2008.

Um dos corolários desta natureza *agressiva* do cumprimento dos deveres de prevenção é a necessidade da regra do art.º 20.º, n.º 1 (correspondente ao anterior art.º 13.º do DL 325/95, de 2 de Dezembro e ao art.º 12.º, n.º 1, da Lei de 2004). Embora naquele art.º 20.º, n.º 1, se afaste apenas a violação do dever de segredo, deve entender-se, que o cumprimento dos deveres dos arts. 16.º, 17.º e 18.º (comunicação, abstenção/suspensão, colaboração), bem como de outros deveres não mencionados no art.º 20.º, n.º 1 (como o novo dever de diligência, do art.º 9.º, ou o dever de exame do art.º 15.º), não constitui violação de *qualquer dever*, de segredo ou outro, antes sendo valorado pela lei como o imperativo cumprimento de dever imposto por superior interesse público. Por isso é excluída qualquer responsabilidade, *criminal, disciplinar, civil ou outra*.

Outro corolário da natureza *agressiva de direitos* das regras do regime de prevenção do branqueamento e do financiamento do terrorismo é o princípio da interpretação das regras vigentes de modo *não ampliativo*, a não ser que elas próprias tenham um sentido “restritivo da restrição”. Por outro lado, há que aplicar o princípio da legalidade, nas vertentes *precedência* e *prevalência* de lei, em termos que podem contender com a frequente opção do legislador em remeter para regulamentos ou outros actos das autoridades de supervisão e de fiscalização, e até do Governo, dimensões relevantes do regime de prevenção a que estão sujeitos privados, individuais e colectivos.

O incumprimento dos deveres de prevenção do branqueamento e do financiamento do terrorismo constitui a entidade sujeita infractora em responsabilidade, geralmente em sede de direito de mera ordenação social, o que parece adequado ⁽⁵⁾ (arts. 45.º a 57.º), ou disciplinar (arts. 58.º a 59.º) e, excepcionalmente, a partir 2004, em sede de direito penal (art.º 12.º, n.º 2), o que talvez seja criticável ⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Neste sentido, José de Oliveira Ascensão, «Branqueamento de capitais: reacção criminal» in *Estudos de Direito Bancário*, Coimbra, 1999, 353.

⁽⁶⁾ Nomeadamente com José de Faria e Costa, «O Branqueamento de Capitais» in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXVIII (1992), 76, entendemos que o direito penal só deve intervir como *ultima ratio* e que, no caso vertente, os instrumentos não

2. OS SUJEITOS DOS DEVERES

A composição da lista de entidades sujeitas aos deveres de prevenção do branqueamento (e a partir de 2008, também do financiamento do terrorismo) tem sido um dos aspectos que mais vezes tem originado alterações do regime jurídico. As mexidas no elenco de entidades sujeita aos deveres de prevenção do branqueamento e do financiamento do terrorismo de certa forma também motivaram esta nova versão do regime, embora com menor peso do que em ocasiões anteriores.

A técnica da lei baseia-se tradicionalmente na distinção entre entidades financeiras e entidades não financeiras. A lei de 2008 mantém essa arrumação, logo assinalada nos artigos 3.º e 4.º e confirmada pela arrumação dos deveres específicos das entidades financeiras na secção II, e das entidades não financeiras na secção III, do capítulo II. É manifesto, porém, que a tendência das Directivas, bem notória na Directiva de 2005, é para o esbatimento quase total das diferenças de regime a que estão sujeitos cada um desses grupos.

Uma análise do texto da Lei de 2008 mostra que essa bipartição, embora tradicional e mantida pelo legislador, esconde uma realidade muito mais complexa. Sujeitos a deveres e, em certos casos, a responsabilidade pelo seu incumprimento, estão cinco categorias e não apenas duas ⁽⁷⁾. Algumas dessas categorias têm subdivisões que interessa reter:

- (i) Entidades financeiras (públicas e privadas)
 - i. pessoas colectivas
 - ii. pessoas singulares

penais, se bem utilizados, são susceptíveis de atingir os objectivos de prevenção a que o legislador se propõe. Criticando a não criminalização do incumprimento dos deveres **Manuel Marques Ferreira**, «O sistema financeiro e a luta contra o branqueamento de capitais — o caso português» in Autores vários, *Blanqueo de Dinero y Corrupción en el sistema Bancário*, Salamanca, 2002, 147; propondo a criminalização do incumprimento do dever de comunicação, **João Davin**, «Branqueamento de capitais e a corrupção. Aspectos práticos» Autores vários *Blanqueo...* cit., 256.

⁽⁷⁾ Incidentalmente, poderia ainda falar-se de um grupo composto por *todas* as pessoas, sujeitas ao dever de segredo implicitamente consagrado no art.º 20.º, n.º 2. V. *infra*, 3.9.3.

- (ii) Entidades não financeiras (públicas e privadas)
 - i. pessoas colectivas
 - ii. pessoas singulares
 - a. profissionais liberais
 - b. outras pessoas singulares
- (iii) Autoridades de supervisão e de fiscalização
- (iv) Pessoas singulares, não elencadas na lista de entidades financeiras ou não financeiras e que se integrem nos seguintes grupos:
 - que sejam membros dos órgãos, exerçam funções de direcção, gerência ou chefia, sejam empregados ou mandatários e outras pessoas que prestem serviço a título permanente, temporário ou ocasional nas entidades financeiras e não financeiras que sejam pessoas colectivas;
 - empregados, mandatários ou que prestem serviço a título permanente, temporário ou ocasional a entidades não financeiras que não sejam pessoas colectivas;
- (v) Estado

Todas estas entidades estão sujeitas a deveres (em alguns casos poderes-deveres) no quadro da lei ⁽⁸⁾, embora com incidência variável. Tendo em conta a incidência dos deveres, há dois grupos: o das entidades financeiras e das entidades não financeiras está sujeito ao grau máximo de incidência, sendo o destinatário principal da lei e dos deveres por ela criados; o das restantes entidades está sujeito a um grau de incidência reduzido, sendo chamadas ao cumprimento de deveres apenas pontualmente.

Por isso concentrar-nos-emos primacialmente nas entidades financeiras (i) e nas entidades não financeiras (ii), reservando para as restantes referências ocasionais sempre que for oportuno. Quanto ao Estado, atendendo à lógica distinta que o conduz à auto-

⁽⁸⁾ A incidência da responsabilidade, designadamente contra-ordenacional, também varia de grupo para grupo, traçando a lei nesse campo outras categorias segundo lógicas e critérios ligeiramente distintos: v. o nosso *Crime...*, 138 e ss.

sujeição a deveres instrumentais em relação aos deveres das outras entidades, dedicaremos um número próprio.

Ao longo do texto utilizamos abreviadamente o conceito de *entidade* ou *entidade sujeita* para designar genericamente as entidades financeiras e as entidades não financeiras.

2.1. Entidades financeiras

Apesar da diversificação dos métodos e das técnicas de branqueamento e do financiamento do terrorismo, a maior parte das operações quase sempre passarão, em algum momento, pelo sistema financeiro ⁽⁹⁾. Isso justifica o especial cuidado com que os deveres específicos destas entidades (que acrescem aos deveres gerais enumerados no art.º 6.º) são desenvolvidos, embora, como se assinalou a tendência seja para estender a todas as entidades os deveres que começaram por ser desenhados a pensar nas entidades financeiras.

De acordo com o art.º 3.º, as entidades financeiras sujeitas aos deveres adiante enunciados são:

- i. instituições de crédito;
- ii. empresas de investimento e outras sociedades financeiras;
- iii. entidades que tenham a seu cargo a gestão ou comercialização de fundos de capital de risco;
- iv. organismos (na lei anterior falava-se de “entidades”) de investimento colectivo que comercializem as suas unidades de participação;
- v. empresas de seguros;
- vi. mediadores de seguros;
- vii. sociedades gestoras de fundos de pensões;
- viii. sociedades de titularização de créditos;
- ix. sociedades e investidores de capital de risco;

⁽⁹⁾ Embora, proliferem exemplos de utilização de mecanismos informais, substitutos do sistema financeiro tradicional, como é o caso dos *hawala*, facto que vem suscitando crescente atenção.

- x. sociedades de consultoria para investimento;
- xi. sociedades que comercializem bens ou serviços afectos ao investimento em bens corpóreos;
- xii. entidades que prestem serviços postais, na medida em que prestem serviços financeiros ao público;
- xiii. Instituto de Gestão da Tesouraria e do Crédito Público, I.P, na medida em que preste serviços financeiros ao público.

Todas estas entidades, com sede no território português, estão sujeitas aos deveres gerais e aos deveres específicos das entidades financeiras. Mas a lei acrescenta que mesmo quando as entidades das alíneas i. a xi. não tenham sede em território português, as suas sucursais aqui situadas ficam sujeitas aos deveres nela previstos. Desta previsão ficam assim excluídas as entidades das alíneas xii e xiii. A exclusão do Instituto de Gestão da Tesouraria e do Crédito Público, I.P (xiii) impõe-se por si. Já a exclusão das entidades que prestem serviços postais (xii) é menos óbvia. Na lei de 2004, falava-se, mais restritamente, de “entidades concessionárias do serviço postal universal”. Nessa medida era admissível (embora, porventura, discutível) que o legislador não configurasse a possibilidade de os concessionários daquele serviço postal universal em outros Estados terem sucursais em Portugal ou de os prestadores desses mesmos serviços em Portugal terem sucursais financeiras em países estrangeiros. Mas referindo-se agora a lei a “entidades que prestem serviços postais, na medida em que prestem serviços financeiros ao público”, num contexto de gradual abertura desse mercado é de admitir como possível que essas entidades tenham sede no estrangeiro e actividade em Portugal através de sucursais, ou sede em Portugal e sucursais exteriores, pelo que seria concebível a aplicação a estas dos deveres gerais e específicos das entidades financeiras.

O art.º 3.º, n.º 2, refere que são abrangidas pelos deveres fixados na lei as sucursais financeiras exteriores, expressão que permanece da Lei de 2004. No entanto, o legislador de 2008 introduziu um novo preceito, o art.º 29.º, que de certa forma diminui o alcance da previsão do art.º 3.º, n.º 2, em relação às sucursais, e a alarga em relação a *filiais* em que as entidades financeiras com

sede em território português tenham uma participação maioritária. Nos termos do art.º 29.º n.º 2, os deveres que sucursais e filiais estão obrigadas a cumprir, *através de medidas equivalentes* às previstas na lei portuguesa (se a legislação do país terceiro o permitir), são apenas os deveres de identificação, diligência, conservação e formação.

A lista de entidades financeiras sujeitas foi sofrendo alterações significativas ao longo dos últimos anos.

Não podendo ir muito atrás, recorde-se que em 2004 passaram a constar do elenco as empresas de investimento em geral (já estavam as sociedades financeiras), as sociedades de titularização de créditos, as sociedades de capitais de risco, as agências de câmbio, as entidades que tenham a seu cargo a gestão ou comercialização de fundos de capital de risco e as entidades (ou organismos) que comercializem as suas unidades de participação.

Em 2008, entraram os mediadores de seguros na medida em que exerçam certas actividades⁽¹⁰⁾, os investidores de capital de risco, as sociedades de consultoria para o investimento e as sociedades que comercializem bens ou serviços afectos ao investimento de bens corpóreos. Passaram a constar todos os prestadores de serviços postais (e não apenas os concessionários do serviço postal universal), embora apenas na medida em que prestem serviços financeiros ao público. O legislador sentiu a necessidade de excluir expressamente as empresas dos sectores turísticos e de viagens, autorizadas a exercer de modo acessório e limitado, a actividade de câmbio manual de divisas (art.º 5.º). Saliente-se que o facto de se aludir, inovatoriamente, aos *investidores de capital de risco*, de modo que parece incluir também os *investidores individuais*, se os houver, leva a que deixe de ser lícito afirmar-se que a lei assume que todas as entidades financeiras revestem sempre a natureza de pessoa colectiva⁽¹¹⁾. Esta circunstância, para além de dogmaticamente relevante, é susceptível de tornar o cumprimento de alguns

⁽¹⁰⁾ Isto é, a actividade referida na alínea c) do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 144/2006, de 31 de Julho. Excepcionam-se, todavia, os mediadores mencionados no artigo 8.º desse Decreto-Lei na medida em que exerçam actividades no âmbito do ramo «Vida».

⁽¹¹⁾ Como sustentávamos em *O crime...*, p. 80.

deveres por parte desses investidores individuais bastante problemática.

Da lista de entidades financeiras do art.º 3.º não constam agora as agências de câmbio. No entanto, a Directiva de 2005 inclui-as na lista de instituições financeiras (art.º 3.º, 2, a)) e o art.º 24.º, n.º 1, da Lei de 2008, dá clara indicação de que as agências de câmbio continuam a ser consideradas entidades financeiras para efeitos da lei. O mesmo art.º 3.º, 2, a) da Directiva de 2005, considera igualmente instituições financeiras as instituições de transferência/envio de fundos, mas também essas entidades estão ausentes da lista do art.º 3.º da Lei de 2008.

No art.º 40.º, n.º 2, são mencionadas algumas entidades que, não integrando o grupo das entidades financeiras para efeitos da lei do branqueamento e do financiamento do terrorismo e, consequentemente, não estando sujeitas aos deveres de prevenção e de repressão deste crime, funcionam como agentes *passivos* daquela actividade de prevenção. De facto, a lei não submeteu as sociedades gestoras de mercados de valores mobiliários, as sociedades gestoras de sistemas de liquidação e de sistemas centralizados de valores mobiliários e as sociedades gestoras de mercados de câmbios àquele sistema de deveres. Mas elas acabam por ser agentes passivos uma vez que através da inspecção sobre elas realizadas pelas autoridades de supervisão estas podem chegar ao conhecimento ou à fundada suspeita de factos que indiciem a prática de crime de branqueamento e do financiamento do terrorismo, devendo então informar o Procurador Geral da República (PGR) e a Unidade de Informação Financeira (UIF).

Algumas destas entidades financeiras estão ainda sujeitas a regras avulsas especiais, condensadas em outros diplomas, que complementam e se articulam com as da Lei de 2008. Para além das regras gerais que estruturam e regem a sua actividade e a das entidades de supervisão, merece referência própria a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, que estabelece para as instituições de crédito e para as sociedades financeiras importantes especialidades em vários domínios adjacentes aos regulados na lei de prevenção e repressão do branqueamento e do financiamento do terrorismo, em termos que por vezes requerem um minucioso esforço de coordenação e harmonização normativas.

2.2. Entidades não financeiras

2.2.1. *Em geral*

De acordo com o art.º 4.º, as entidades não financeiras sujeitas a deveres adiante enunciados são:

- i) concessionários de exploração de jogo em casinos;
- ii) que procedam a pagamentos de prémios de apostas ou lotarias;
- iii) que exerçam actividades de mediação imobiliária;
- iv) que exerçam a actividade de compra e revenda de imóveis;
- v) construtoras que procedam à venda directa de imóveis;
- vi) comerciantes que transaccionem bens cujo pagamento seja efectuado em numerário, em montante igual ou superior a €5 000;
- vii) revisores oficiais de contas;
- viii) técnicos oficiais de contas;
- ix) auditores externos;
- x) consultores fiscais;
- xi) notários (em certas circunstâncias);
- xii) conservadores de registos (em certas circunstâncias);
- xiii) advogados (em certas circunstâncias);
- xiv) solicitadores (em certas circunstâncias);
- xv) outros profissionais independentes, constituídos em sociedade ou em prática individual (em certas circunstâncias);
- xvi) prestadores de serviços a sociedades, a outras pessoas colectivas ou centros de interesses colectivos sem personalidade jurídica, que não estejam abrangidos em xii) a xvi).

Este grupo é mais desigual e heterogéneo que o das entidades financeiras, dele constando até realidades pouco determinadas ou muito genericamente definidas. Em 2004, a lei do branqueamento providenciou no sentido de que à lista vigente até aí se juntassem novos grupos, designadamente aqueles que mais controvérsia causaram, os advogados e os solicitadores (sobretudo os primeiros).

Mas para além destes, havia que assinalar o aditamento dos revisores oficiais de contas, dos consultores fiscais, dos leiloeiros e de certas sociedades, para além de uma referência a uma categoria residual de profissionais independentes que de certo modo já se poderia considerar englobada na designação genérica de «outras entidades» que intervenham em certos negócios (art.º 8.º-B da Lei 325/95, de 2 Dezembro, introduzido pela Lei 10/2002, de 11 de Fevereiro). Por outro lado, ainda que isso não fosse exigido pela Directiva comunitária de 2001 (Directiva de 2001, que reviu a de 1991, ora revogada e substituída pela Directiva de 2005), o legislador português de 2004 optou por incluir na lista, por iniciativa própria, os funcionários de finanças.

Em 2008, alguns ajustamentos a saber. Desaparece a referência aos funcionários de finanças, aos leiloeiros e aos transportadores de fundos. Mas incluem-se as entidades construtoras que procedam à venda directa de imóveis (apesar de poder entender-se que se trata de uma mera precisão do que já resultava da lei, é uma precisão necessária, uma vez que a lei não consente interpretação extensiva) e alargou-se a categoria dos comerciantes sujeitos.

Mais relevante, aditou-se a referência aos prestadores de serviços a sociedades, a outras pessoas colectivas ou centros de interesses colectivos sem personalidade jurídica, que não estejam abrangidos em xii) a xvi. Conforme consta do n.º 9 do art.º 2.º (v. também o art.º 3.º, 7, da Directiva de 2005), este grupo envolve várias categorias de pessoas individuais ou colectivas, que prestem a título profissional um vasto número de serviços, como são (i) a constituição de sociedades, outras pessoas colectivas ou centros de interesses colectivos sem personalidade jurídica; (ii) a prestação de serviços conexos de representação, gestão e administração a essas entidades; (iii) o desempenho das funções de administrador, secretário ou sócio de uma pessoa colectiva ou posição similar num centro de interesses colectivos sem personalidade jurídica. Só está sujeito aos deveres quem preste estes serviços a título profissional e por conta de terceiros o que exclui quem o faça a outro título, designadamente gracioso.

2.2.2. *Em especial*

A referência genérica às várias entidades não financeiras não dispensa uma apreciação sumária de algumas delas. Trataremos especificamente em número próprio (*infra* 5) dos advogados e dos solicitadores, uma vez que a lei lhes dedica, um regime especial.

Verifica-se que, no campo das entidades não financeiras que sejam pessoas colectivas, o legislador não criou expressamente uma regra equivalente à do art.º 3.º, n.º 2. Como vimos, este preceito dispõe que também estão sujeitas aos deveres as sucursais nacionais de entidades financeiras estrangeiras e as sucursais financeiras exteriores de entidades portuguesas. Não repugnaria que o disposto no art.º 3.º, n.º 2, fosse antes uma *regra geral* aplicável, com as adaptações necessárias, a sucursais de algumas pessoas colectivas não financeiras. Não foi, porém, essa a opção da Lei de 2008.

Estão sujeitos aos deveres os concessionários de jogos em *casinos*. Outros tipos de concessionários de jogos que eventualmente existam ou venham a existir (por exemplo, concessionários de corridas de cavalos, exploradores de estabelecimentos de jogo do Bingo) ou recaem na categoria das entidades pagadoras de prémios de apostas ou não ficam sujeitas. Ao invés da Directiva de 2005 (v. art.º 10.º), a lei do branqueamento e do financiamento do terrorismo de 2008 não distingue, como já não distinguia a de 2004, os casinos que estão sujeitos a fiscalização pública e outros casinos (se existirem).

Anteriormente, os comerciantes estavam sujeitos ao dever geral de identificação quando estivesse em causa a transacção de pedras e metais preciosos, antiguidades, obras de arte, aeronaves, barcos ou automóveis, vigorando o dever de identificação apenas nos casos de operações em que o montante pago em numerário fosse igual ou superior a € 5000. O cumprimento dos restantes deveres gerais não estava dependente da transposição desse limiar. A lista era taxativa, o que implicava que o que fosse omissis não constituía o comerciante nos deveres gerais (por exemplo, colecções numismáticas, roupas, electrodomésticos, relógios, etc). Na Lei de 2008, a circunstância de a operação ter um valor igual ou superior a € 5000 é um pressuposto do desencadeamento de todo

e qualquer dever dos comerciantes, mas deixou de figurar qualquer lista taxativa dos bens transaccionáveis que podem ser objecto da operação.

No regime de 2004 suscitava dúvida a inclusão dos transportadores de fundos. A intervenção destes esgota-se no transporte físico do dinheiro de um local ou de um País para outro. Não se processa nenhuma transformação na configuração ou na natureza dos capitais (em sentido próprio). Os transportadores movidos por uma intenção de branqueamento limitam-se, por enquanto, a procurar colocar os fundos ou bens num sítio onde o início do processo de branqueamento e do financiamento do terrorismo se afigura porventura mais fácil. Há uma *pré-lavagem*, que antecede a lavagem ou branqueamento propriamente ditos. Ao incluir os transportadores de fundos, o legislador abria em 2004 uma nova frente de ataque ao fenómeno, actuando a montante do *placement* ou colocação, que constitui, no esquema clássico, a primeira fase do processo de branqueamento. Em 2008, o legislador suprimiu os transportadores de fundos da lista de entidades não financeiras sujeitas aos deveres.

O grupo que envolve maior dificuldade, sobretudo por causa da delimitação material das actividades que os torna sujeitos dos deveres, é o dos notários, conservadores de registos, advogados, solicitadores e outros profissionais independentes que, conforme o art.º 4.º, alínea f), *intervenham* ou *assistam*, por conta de um cliente ou noutras circunstâncias, em operações:

- i. De compra e venda de bens imóveis, estabelecimentos comerciais e participações sociais;
- ii. De gestão de fundos, valores mobiliários ou outros activos 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 colectivos sem personalidade jurídica;
- v. Financeiras ou imobiliárias, em representação do cliente;
- vi. De alienação e aquisição de direitos sobre praticantes de actividades desportivas profissionais.

Note-se que a alínea referente à alienação e aquisição de direitos sobre praticantes de actividades desportivas profissionais (vi), resulta de opção própria do legislador português, tendo em conta a suspeita repetidamente propalada — mas ainda não demonstrada, reconheça-se — de que essa será uma forma de branquear capitais.

No conceito “outros profissionais independentes” incluir-se-ão, por exemplo, os juristas, que não sendo advogados, solicitadores, notários, possam assistir ou executar algumas das transacções enunciadas na lista em termos não reservados a estes.

2.3. O Estado

Para além de integrar, inovatoriamente, um instituto público (o Instituto de Gestão Financeira e do Crédito Público, I.P.) na lista de entidades financeiras sujeitas, e de atribuir funções às autoridades de supervisão e de fiscalização, a lei distribui alguns deveres por organismos do Estado ⁽¹²⁾. As autoridades de supervisão e fiscalização e a Unidade de Informação Financeira (UIF ⁽¹³⁾) devem emitir alertas e difundir informação actualizada sobre tendências e práticas conhecidas, com o propósito de prevenir o branqueamento e o financiamento do terrorismo (art.º 42.º); a UIF está obrigada a dar retorno de informação às entidades sujeitas (bem como às autoridades de supervisão e fiscalização) sobre o encaminhamento e o resultado das comunicações produzidas no exercício do dever de comunicação do art.º 16.º (art.º 43.º). Por outro lado, a UIF deve manter actualizados dados estatísticos, acessíveis ao público em geral, sobre as transacções comunicadas e o respectivo encaminhamento, (art.º 44.º, n.º 1); a Direcção Geral da Política de Justiça (Ministério da Justiça) deve proceder à publicação de dados

⁽¹²⁾ Seguindo de perto a Directiva de 2005: v. arts. 33.º e 35.º, 2 e 3.

⁽¹³⁾ Conforme esclarece a alínea 10) do art.º 2.º, a UIF é a unidade central nacional com competência para receber, analisar e difundir a informação [sobre] suspeita de branqueamento ou de financiamento do terrorismo. A UIF foi instituída no contexto da Polícia Judiciária pelo Decreto-Lei n.º 304/2002, de 9 de Novembro. As suas competências tal como constam do diploma referido são mais vastas do que o que é transcrito na referida alínea 10) das definições.

estatísticos sobre prevenção do branqueamento e do financiamento do terrorismo (art.º 44.º, n.º 3).

3. OS DEVERES DAS ENTIDADES SUJEITAS

A lei distingue dois tipos de deveres: (i) os deveres *gerais*, enunciados no art.º 6.º; e (ii) os deveres *específicos* de várias entidades financeiras e não financeiras, também previstos em disposições da lei, que por vezes consistem numa variação agravada ou aligeirada ou simplificada dos deveres gerais (e, por isso, esses serão aqui tratados em conjunto com eles), outras vezes são deveres estruturalmente diferentes dos deveres gerais. Inovatoriamente, concede-se agora às autoridades de supervisão e fiscalização discriminadas no art.º 38.º o poder de regulamentar as condições do exercício desses deveres (em geral, o art.º 39.º, n.º 1, *a*); especialmente para as autoridades de supervisão das entidades financeiras, o art.º 23.º, n.º 1; especialmente para as entidades não financeiras, art.º 31.º, prevendo-se, neste caso, também a emissão de normas regulamentares pelo Governo). Já salientámos a delicadeza desta opção legal, à luz do princípio da legalidade.

O artigo 6.º enumera um conjunto de deveres gerais de forma sistemática e ordenada, contrastando com o que sucedia na legislação vigente até 2004, onde a ordenação dos deveres decorria simplesmente da interpretação e tratamento doutriniais da lei ⁽¹⁴⁾, mas também em contraste com a própria Directiva de 2005, não obstante a melhoria por esta conseguida. São os seguintes os deveres gerais enumerados naquele preceito:

- a) Dever de identificação;
- b) Dever de diligência;
- c) Dever de recusa;
- d) Dever de conservação;

⁽¹⁴⁾ Na doutrina, v. o apanhado geral efectuado por Jorge Duarte, *Branqueamento de Capitais. O regime do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro e a Normativa Internacional*, Porto, 2002, 163-85 e por Nuno Brandão, *Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção*, Coimbra, 2002, 25-60.

- e) Dever de exame;
- f) Dever de comunicação;
- g) Dever de abstenção;
- h) Dever de colaboração;
- i) Dever de segredo;
- j) Dever de controlo;
- l) Dever de formação.

Além da identificação clara dos deveres gerais, a técnica legislativa adoptada tem também um alcance substantivo, uma vez que torna evidente que *todas* as entidades estão indiferenciadamente sujeitas a *todos* os deveres, salvo alguma especialidade que seja expressamente consagrada na lei.

Não desmente este esforço de sistematização do legislador o facto de deveres mencionados na Directiva não terem sido objecto de autonomização ou sequer de consideração, ou de deveres específicos de algumas entidades não terem sido incluídos na lista. Exemplos dos primeiros são o *dever de protecção* (art.º 27.º da Directiva de 2005), só parcialmente coberto pelo art.º 20.º da Lei de 2008, o *dever de estruturação de sistemas adequados de informação* (art.º 32.º da Directiva de 2005), ou o *dever de sensibilização* que na sistemática da Directiva de 2005 parece ser diferente do dever de formação (v. art.º 35.º da Directiva). Exemplos dos segundos: o dever das autoridades de supervisão e de fiscalização de *fiscalização* do cumprimento dos deveres (art.º 39.º, n.º 1, b)); o dever dos concessionários de exploração de jogo *emitirem cheques* seus em troca de fichas só em certas condições (art.º 32.º, n.º 1, alíneas b) e c)); o dever das entidades de mediação imobiliária ou similares de procederem às *comunicações* do art.º 34.º, n.º 1, a), 2 e 3 (que não se confundem com as do dever de comunicação da alínea f) do art.º 6.º e do art.º 16.º), isto é, data do início de actividade, certidão permanente, etc., e ao envio de elementos do art.º 34.º, n.º 1, b); ou os deveres da Ordem dos Advogados e da Câmara dos Solicitadores de exercerem o *poder disciplinar* nos termos dos arts. 58.º e 59.º. Em todos estes casos trata-se de deveres que recaem especificamente sobre uma entidade, isto é, não têm uma vocação de aplicação geral, por isso não constando da lista do art.º 6.º.

Alguns dos deveres avulsos constantes da lei de 2004, como o *dever de obter informação sobre a origem e o destino dos fundos* que, apesar de enunciado numa disposição respeitante ao dever de exame, não se confundia com este, deram corpo ao novel dever de diligência (cfr. art.º 9.º, n.º 1, c).

3.1. Dever de exigir e de verificar a identificação

O dever de identificação (*know your customer*) é uma das componentes em que o legislador português decidiu desdobrar aquilo que a Directiva designa de *deveres de vigilância da clientela* (arts. 6.º a 19.º da Directiva de 2005). Trata-se do mais básico de todos os deveres e correspondeu ao primeiro grande esforço da comunidade internacional para quebrar a opacidade de certas operações e de certas relações de negócio, sobretudo no sector financeiro ⁽¹⁵⁾. A erradicação da possibilidade de contas bancárias identificadas simplesmente pelo número ou por um código, por exemplo, representa um dos primeiros e mais simbólicos objectivos das instâncias de combate ao branqueamento e ao financiamento do terrorismo. Hoje está expressamente proibida a abertura de contas ou a existência de cadernetas anónimas, na sequência da injunção do art.º 6.º da Directiva de 2005.

O dever de identificação consiste na imposição de (i) exigir os elementos de identificação e (ii) verificar a identidade de certas pessoas: dos *clientes* e respectivos *representantes*, sejam pessoas singulares ou colectivas; em certas circunstâncias, também dos *beneficiários* efectivos. A lei, na senda da Directiva de 2005 (art.º 8.º, 1, a)) não se contenta com uma simples operação, mais ou menos mecânica ou burocrática, de exibição, recolha ou reunião de elementos de identificação de pessoas. A lei exige que esses elementos e a própria identificação produzida sejam objecto de *uma acção de verificação*, que pode ser mais ou menos rigorosa, mais

⁽¹⁵⁾ Sobre algumas das técnicas de ocultar a identidade dos titulares de contas bancárias e de posições de vantagem, v. **Luís Goes Pinheiro**, «O Branqueamento de capitais e a globalização (facilidades na reciclagem, obstáculos à repressão e algumas propostas de política criminal» in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 12, n.º 4, Out-Dez. 2002, 618 e segs.

ou menos adaptada às circunstâncias do caso, mas terá sempre de ocorrer, salvo nas situações excepcionais em que a lei dispensa a identificação (cfr. *infra* 3.1.1.3.).

Há deveres *gerais* de identificação e deveres *específicos* de identificação.

3.1.1. Deveres gerais de identificação

A lei prevê a identificação de clientes e respectivos representantes, mas também, em determinadas circunstâncias, dos beneficiários efectivos da operação. A verificação da entidade faz-se através dos documentos referidos no art.º 7.º, n.º 3, alínea *a*) (pessoas singulares) ou no art.º 7.º, n.º 3, alínea *b*) (pessoas colectivas). A regra sobre o momento em que se processa a verificação da identidade de clientes, representantes e, se for caso disso, beneficiários efectivos, consta do art.º 8.º, n.º 1: tem lugar no momento em que seja estabelecida a relação de negócio ou antes da realização de qualquer transacção ocasional. Esta regra geral admite porém ligeiros desvios: por um lado, em certas circunstâncias, a verificação pode ser *completada* depois do começo da relação de negócio (n.º 2 do art.º 8.º), o que significa que tem de ser, pelo menos, *iniciada* antes. No entanto, se a relação de negócio consistir na abertura de contas de depósito bancário, as instituições de crédito não podem permitir a realização de quaisquer movimentos a débito ou a crédito na conta subsequentes ao depósito inicial, disponibilizar instrumentos de pagamento ou efectuar quaisquer alterações da sua titularidade, enquanto a verificação não tiver sido completada (n.º 3 do art.º 8.º). Por outro lado, há mesmo situações em que a verificação pode ser *integralmente realizada* após o início da relação de negócio, em caso de contratos de seguro "Vida" (n.º 4 do art.º 8.º).

3.1.1.1. Deveres gerais de identificação de clientes e seus representantes

Nos termos da primeira situação de dever *geral*, todo e qualquer sujeito está obrigado a exigir e a verificar a identidade dos

seus clientes e respectivos representantes, sejam entidades colectivas ou singulares, quando estabeleçam relações de negócio (art.º 7.º, 1, a)). Entende-se por relação de negócio a relação de natureza comercial ou profissional que, no momento em que se estabelece, seja, ou se prevê venha a ser, duradoura (art.º 2.º, 2)). Este dever forma-se *qualquer que seja o valor* conhecido ou que se preveja vir a ser mobilizado no decurso da relação de negócio, e vigora mesmo que não haja qualquer suspeita de as operações inerentes à relação de negócio serem susceptíveis de estar relacionadas com a prática do crime de branqueamento e do financiamento do terrorismo.

Ao contrário do que sucedia com a Lei de 2004, a Lei de 2008 não esboça nenhuma lista, mesmo que exemplificativa (como era a de 2004), de relações de negócio.

A segunda situação de dever geral forma-se quando se efectua uma transacção ocasional, isto é, uma transacção que não se insira no âmbito de uma relação de negócio já estabelecida. Neste contexto, o valor da transacção adquire importância, uma vez que só existe o dever de identificação quando a transacção for de montante igual ou superior a € 15 000. Essa transacção pode ser efectuada através de uma única ou de várias operações, devendo a entidade sujeita ao dever estar atenta de modo a ajuizar se as várias operações estão ou não relacionadas entre si (art.º 7.º, 1, b)). Este mecanismo procura, por exemplo, enfrentar os casos em que eventuais branqueadores ou financiadores do terrorismo procuram contornar as regras sobre os limites mínimos a partir dos quais surge o dever de identificação. Nessas circunstâncias movimentam-se sucessivamente quantias inferiores a esses limites, por forma a fugir à obrigação de identificação.

Embora conste de uma alínea própria (alínea c), do n.º 1, do art.º 7.º), o próximo dever geral de identificação é uma versão especialmente agravada da situação do parágrafo anterior. Trata-se da situação de transacções ocasionais, como no caso anterior, mas em que haja suspeita de que as operações em causa possam estar relacionadas com o branqueamento ou financiamento do terrorismo. Nestas circunstâncias não há qualquer limiar mínimo quanto ao montante da transacção, bastando *a mera suspeita do relacionamento* da operação com o crime de branqueamento ou de

financiamento do terrorismo. Tratando-se de uma fórmula indeterminada, decorrente do art.º 7.º, c), da Directiva de 2005, o legislador interno procurou densificá-la, valendo essa densificação (bem como a do art.º 15.º, n.º 2, mais completa) para outros locais da lei onde se aluda a *operação suspeita de estar relacionada* com aqueles crimes ou se empregue expressão equivalente (por exemplo, 12.º, n.º 1, 13.º, n.º 2, 16.º, n.º 1, 17.º, n.º 1). Por isso, a lei enuncia uma série não taxativa de indícios ou de características das operações que devem ser ponderados: (i) a natureza; (ii) a sua complexidade; (iii) o carácter atípico ou não habitual em relação ao perfil do cliente; (iv) o carácter atípico ou não habitual em relação à actividade do cliente; (v) os valores envolvidos; (vi) a frequência; (vii) o lugar de origem e destino; (viii) a situação económico-financeira dos intervenientes; (vii) os meios de pagamento utilizados (art.º 7.º, 1, c)). Por si só, isoladas ou conjuntamente, estas características das operações não geram um dever automático de identificação independentemente do valor e da operação em causa. Um transacção ocasional pode ser complexa, inabitual em relação ao perfil ou à actividade do cliente, envolver valores e meios de pagamento fora do normal, ou ter outros traços definidos pela lei como merecedores de ponderação, sem que se justifique, todavia, qualquer operação especial de identificação. Os indícios ou características enunciadas só se traduzem nesse dever quando, ponderadas *em concreto* juntamente com outros dados de facto conhecidos da entidade sobre quem recai o dever, fundamentam uma suspeita razoável de que as operações são susceptíveis de estar relacionadas com a prática do crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo.

A última situação de dever geral de identificação de clientes e seus representantes pode designar-se de *dever superveniente de identificação*. O dever superveniente é susceptível de se desencadear em qualquer momento após a identificação inicial e em qualquer das circunstâncias enunciadas nos três parágrafos anteriores, sempre que a entidade sujeita tenha dúvidas quanto à veracidade ou à adequação dos dados de identificação dos clientes previamente obtidos (art.º 7.º, 1, d)). Note-se que o legislador condiciona o desencadeamento deste dever somente às dúvidas sobre a veracidade ou adequação dos dados de identificação dos *clientes*, omi-

tindo qualquer referência aos *representantes dos clientes*. Em termos estritos, isto parece querer dizer que se as dúvidas se formarem em relação aos dados destes últimos não surge a obrigação superveniente de exigência e verificação da identidade dos clientes e seus representantes.

3.1.1.2. Dever geral de identificação do beneficiário efectivo

O dever (*rectius* sub-dever) geral de identificação do *beneficiário efectivo* surge agora com uma colocação sistemática e com um sentido diferentes do que tinha na lei de 2004. Na Lei 11/2004, de 27 de Março, este dever genérico de identificação recaía sobre todas as entidades que executassem o dever de exame, em relação a operações que igualassem ou excedessem € 12 500. Nesse caso, deveria ser obtida a identidade *dos beneficiários*, no caso de não se tratar de quem promovesse a operação. Tratava-se do único exemplo em que se exigia a identificação não apenas do cliente ou da pessoa em nome de quem age (que umas vezes são beneficiários únicos, outras não são beneficiários únicos ou não são de todo beneficiários da operação), mas também de *terceiro(s)* em relação ao negócio celebrado entre a entidade e o cliente.

A noção de *beneficiário efectivo* da Directiva de 2005 (art.º 3.º, 6 e art.º 8.º, 1, a)), recolhida pela Lei de 2008 consta do art.º 2.º, n.º 5: trata-se da *pessoa singular* por conta de quem é realizada uma transacção ou actividade ou que, em última análise, detém ou controla o cliente. Pretende-se conhecer quem está por detrás de certos biombos, como são sociedades, pessoas colectivas não societárias e centros de interesses colectivos não personalizados que administrem e distribuam fundos (condomínios em imóveis em propriedade horizontal, heranças jacentes e *trusts* estrangeiros reconhecidos pelo direito interno). Quando os clientes tiverem essa configuração ou natureza, ou a entidade sujeita tiver a suspeita ou o conhecimento de que não agem por conta própria, a Directiva e a lei exigem que se esclareça quem são as pessoas singulares beneficiárias efectivas, independentemente do valor envolvido ou de qualquer suspeita de uma actividade de branqueamento ou de financiamento do terrorismo. A entidade sujeita deve

procurar obter do cliente os dados identificadores do beneficiário efectivo por conta da qual age. Cabe, por conseguinte, ao cliente (ou ao seu representante, julga-se) o ónus de fornecer à entidade sujeita informação que permita conhecer o beneficiário efectivo da operação. Esses dados devem ser verificados pela entidade sujeita através de medidas adequadas, em função do risco de branqueamento ou de financiamento do terrorismo (art.º 7.º, n.º 4). Estando a entidade sujeita obrigada a tomar as *adequadas* medidas de verificação da informação, não parece excluída — e até talvez seja obrigatória — a realização por esta de diligências officiosas suplementares destinadas a comprovar a veracidade da informação fornecida pelo cliente.

3.1.1.3. Margem de livre apreciação e dispensa do cumprimento dos deveres gerais de identificação

Uma das novidades mais significativas da Directiva de 2005 é a abertura a instrumentos de maleabilidade na avaliação do risco de branqueamento ou de financiamento do terrorismo. Porventura sensível a críticas anteriores, a Directiva admite agora não apenas que as soluções normativamente definidas para cada situação devem ser sensíveis e adaptadas ao grau de risco, mas também que as próprias entidades sujeitas aos deveres — e as autoridades de fiscalização e de supervisão — devem ter alguma margem de avaliação do grau de risco, adaptando os seus comportamentos concretos aos resultados dessa avaliação. Entre outros, podem destacar-se os seguintes locais da Directiva de 2005: no considerando 18, alude a um “princípio da supervisão em função do risco”; no considerando 22, fala de uma abordagem em função do risco; no art.º 8.º, n.º 2, atribui às entidades sujeitas o poder de determinar o alcance das medidas de vigilância em função do grau de risco associado ao cliente; no art.º 11.º, 2.º, parágrafo final, fala de clientes que representem um risco reduzido; no art.º 13.º, 1.º, alude à aplicação pelas entidades sujeitas de medidas de vigilância reforçada em função do grau de risco. Designaremos o princípio que subjaz a estas soluções normativas *princípio de decisão em função da avaliação do risco*.

Esta opção da Directiva merece aplauso. Um sistema totalmente rígido, insensível à avaliação do risco por quem está “no terreno”, é susceptível de exigir das entidades sujeitas estruturas e actuações excessivamente onerosas ou desproporcionadas, sobreposições de diligências repetidas ou mesmo injustificadas. Em última análise, pode levar a dispersão de esforços por uma miríade de situações, negligenciando aquelas que verdadeiramente requerem grande atenção. Ou então, uma “fuga” das entidades a cumprirem diligentemente os seus deveres, sobrecarregadas por obrigações mesmo em situações manifestamente pouco arriscadas.

No domínio do dever de identificação, a lei contempla agora mecanismos de maleabilidade: trata-se daquilo que poderemos designar de (i) margem de livre apreciação no que toca ao cumprimento do dever de identificação e (ii) das situações de dispensa do cumprimento do dever de identificação.

A *margem de livre apreciação* quanto ao cumprimento do dever de identificação extrai-se do n.º 1 do art.º 10.º, preceito que se situa entre dois outros referentes ao dever de diligência: no cumprimento do dever de identificação “... as entidades sujeitas podem adaptar a natureza e a extensão dos procedimentos de verificação ... em função do risco associado ao tipo de cliente, à relação de negócio, ao produto, à transacção e à origem ou destino dos fundos.” Fica evidente que essa margem de livre apreciação se aplica apenas quanto aos *procedimentos de verificação* da identidade e não aos elementos de identificação exigíveis. Voltaremos ao tema da margem de livre apreciação a propósito do dever de diligência, contexto em que esta margem de livre apreciação pode ser mais útil à operacionalidade e eficácia global do sistema de deveres.

Os pressupostos de *dispensa do cumprimento do dever de verificação da identidade* estão vertidos no art.º 11.º, que tem por epígrafe “dever de diligência simplificado”. Sendo o dever de identificação e o dever de diligência tratados autonomamente pela lei portuguesa (apesar de não o serem pela Directiva de 2005, que os engloba no dever de vigilância, coerentemente com o facto de serem decorrências directas do princípio *know your customer*), é criticável, do ponto de vista sistemático, o tratamento normativo de

aspectos do regime do dever de identificação no contexto de preceitos sobre outro dever.

A delimitação das situações em que pode haver dispensa faz-se de forma negativa e de forma positiva. Negativamente, exclui-se a possibilidade de dispensa quando existam suspeitas de branqueamento ou de financiamento de terrorismo. Positivamente, enunciam-se várias situações em que tal dispensa funcionará, não estando todavia a entidade impedida de promover a verificação da identidade de moto próprio. As situações variam, mas têm em comum o facto de haver em todas elas outras alternativas e oportunidades de verificação da identidade dos clientes susceptíveis de acautelar a eficaz prossecução do fim da norma que impõe o dever de identificação: (i) o cliente é uma entidade financeira estabelecida em qualquer Estado membro da EU ou em terceiro país equivalente em matéria de prevenção do branqueamento e do financiamento do terrorismo; (ii) quanto a sociedades cotadas em certos termos; (iii) o cliente é uma pessoa colectiva de direito público integrada na administração central, regional ou local (presume-se que portuguesa, cabendo as restantes autoridades públicas não portuguesas na alínea seguinte); (iv) o cliente é uma autoridade ou organismo público sujeito a práticas contabilísticas transparentes objecto de fiscalização, incluindo as instituições previstas no Tratado que institui a Comunidade Europeia e outras que venham a constar de lista preparada pelo Governo; (v) O cliente é a entidade que presta serviços postais (estranha-se aqui o singular, em contraste com o art.º 3.º, n.º 3) ou o Instituto de Gestão da Tesouraria e do Crédito Público, IP; (vi) quando se trate de contas-clientes, tituladas por advogados ou solicitadores estabelecidos em Portugal, em benefício efectivo de outras pessoas, se preenchidas certas condições. Em qualquer caso, as entidades sujeitas ficam obrigadas ao cumprimento de duas obrigações mínimas (art.º 12.º, n.º 3): a recolha de informação suficiente que permita assegurar que o cliente se enquadra em alguma das categorias ou profissões relevantes para efeito de qualquer das alíneas anteriores; e o acompanhamento da relação negocial de modo a poder garantir uma espécie de *early warning* em relação a transacções complexas ou de valor anormalmente elevado que não aparentem ter objectivo económico ou fim lícito.

3.1.2. Deveres específicos de identificação

Os deveres específicos de identificação complementam ou qualificam os deveres genéricos e incidem sobre determinadas entidades em circunstâncias próprias do desenvolvimento da sua actividade.

3.1.2.1. Deveres específicos de identificação das entidades financeiras

Na lei de 2004, as entidades financeiras estavam sujeitas a variados deveres específicos de identificação que, de modo geral, agravavam a sua posição em relação às entidades não financeiras. A tendência da Lei de 2008 foi para uniformizar, na medida do possível, o regime das entidades financeiras e das entidades não financeiras. A opção foi elevar a fasquia a que cada um dos grupos tem de se submeter ao nível de exigência que no passado existia *grosso modo* apenas para as entidades financeiras. Por isso, os deveres específicos de identificação destas últimas entidades foram reduzidos a uma expressão mínima.

Assinale-se apenas a proibição de contas ou a existência de cadernetas anónimas (art.º 23.º, n.º 1). Essa proibição não estaria assegurada pela simples obrigação de identificação do cliente, ou do seu representante, ou do beneficiário efectivo, em relações de negócio ou em transacções ocasionais. Assim, as entidades financeiras não apenas têm de cumprir o dever de identificação de clientes, representantes (e, em certas circunstâncias, beneficiários efectivos), como têm de identificar os titulares de contas ou de cadernetas.

Embora não se esteja aí perante um dever específico, mas sim perante uma *especificidade do exercício* do dever pelas entidades financeiras do dever geral de identificação, importa analisar o disposto no art.º 24.º. Em regra, o dever de identificação tem de ser cumprido pela própria entidade sujeita na relação de negócio ou na transacção ocasional. Mas a *execução* desse dever pode, em certas circunstâncias, ser transferido pelas entidades financeiras (e só elas estão autorizadas a tal, ao invés do que sucede na Directiva de 2005, art.º 14.º) para uma entidade terceira, nos termos do n.º 1 do

art.º 24.º. Essa transferência do exercício do dever para terceiros não obsta a que a *titularidade* do dever permaneça na entidade sujeita na relação de negócio ou na transacção ocasional. Conforme explicita o n.º 2 do art.º 24.º, as entidades transferentes do exercício do dever mantêm a responsabilidade pelo exacto cumprimento dos deveres, como se fossem seus executantes directos. Mas os terceiros podem ser cumulativamente responsáveis pelo cumprimento de todos os deveres, na medida em que eles próprios tenham com o cliente uma relação abrangida pela lei (v. nesse sentido, o considerando 27 da Directiva de 2005).

3.1.2.2. Deveres específicos de identificação das entidades não financeiras

No grupo das entidades não financeiras destacam-se, pelas regras próprias a que estão sujeitos, os concessionários de exploração de jogo em casinos, as entidades pagadoras de prémios de apostas e lotarias e as entidades com actividades imobiliárias.

Diferentemente da Directiva de 2005 (art.º 10.º), a lei portuguesa não distingue os casinos sujeitos a fiscalização pública e os não sujeitos a fiscalização pública, por essa distinção não fazer sentido no quadro legal português da exploração de jogos de fortuna ou azar. Conforme o art.º 32.º, 1, *a*) (v. também 7.º, n.º 2), os concessionários de jogos em casinos:

- (i) Identificam e verificam a identidade dos frequentadores logo à entrada da sala de jogo, isto é, mesmo antes de adquirirem qualquer ficha ou símbolo convencional, não havendo contudo nenhum dever de o fazerem nessa ocasião; ou, em alternativa,
- (ii) identificam os frequentadores e verificam a sua identidade quando eles adquirirem (em numerário ou não) ou trocarem fichas de jogo, ou símbolos convencionais utilizáveis para jogar, num montante total igual ou superior a € 2000 (na lei de 2004, o limiar mínimo estava fixado nos € 1000, passando a €2000 por força da Directiva de 2005).

Sublinhe-se que as concessionárias só podem emitir cheques seus à ordem de frequentadores, obrigatoriamente nominativos,

cruzados e com cláusula de insusceptibilidade de endosso, em duas circunstâncias e somente quando esses frequentadores tenham sido previamente identificados nos termos descritos nos parágrafos anteriores. Os cheques podem ser emitidos: (i) nas salas de jogos, em troca de fichas ou símbolos convencionais, qualquer que seja o seu valor, que tenham sido adquiridos através de cartão bancário ou cheque não inutilizado, não podendo os cheques da concessionária exceder o montante máximo das fichas e símbolos desse modo adquiridos (art.º 32.º, n.º 1, b)); (ii) nas salas de jogos e de máquinas automáticas, para pagamento dos prémios aos frequentadores premiados resultantes das combinações do plano de pagamentos das máquinas ou de sistemas de prémio acumulado (art.º 32.º, n.º 1, c).

A identidade dos frequentadores deve ser sempre objecto de registo (art.º 32.º, n.º 2; v. também a Directiva de 2005, art.º 10.º, 2). Desapareceu da lei a exigência anteriormente consagrada de as concessionárias registarem os montantes envolvidos nas operações efectuadas pelos frequentadores, talvez por se afigurar de difícil operacionalização.

As entidades pagadoras de prémios de apostas e lotarias são obrigadas a identificar e a verificar a identidade dos beneficiários de pagamentos resultantes de prémios de apostas ou lotarias iguais ou superiores a €5000 (art.º 33.º e 7.º, n.º 2).

As entidades com actividades imobiliárias, para além do dever geral de identificação e verificação da identidade dos clientes, estão sujeitas ao dever específico de “identificação clara dos contraentes”, bem como do imóvel objecto do negócio, uma vez que esses elementos integram o conjunto de informações que são enviadas semestralmente ao Instituto da Construção e do Imobiliário, IP. A obrigação de identificação “clara” dos contraentes alarga o âmbito subjectivo da incidência do dever de identificação, uma vez que pode abranger contraentes que não são clientes ou representantes dos clientes das entidades com actividades imobiliárias, ou não estão abrangidos pela noção de beneficiários efectivos da operação. A obrigação de identificação não está dependente de nenhum limiar mínimo no valor das transacções, caindo por isso o valor de €15 000 previsto na lei de 2004.

3.1.3. *A quem compete prestar as informações sobre identificação*

Na lei de 2004, por regra, a identificação deveria ser obtida *do cliente* ou através *do cliente*. Mas havia algumas situações em que a fórmula legal era ambígua, podendo conduzir à conclusão de que não teria forçosamente de ser assim. Por exemplo: “as entidades têm o especial dever de tomar todas as medidas adequadas para identificar os clientes” (art.º 3.º, n.º 5, da Lei de 2004); “as entidades devem obter informação (...) sobre a identidade” (art.º 6.º, n.º 2, da Lei de 2004); dever de “identificar os frequentadores” (art.º 22.º, da Lei de 2004); dever de “proceder à identificação” (art.º 23, n.º 1, 24.º, 25.º, 26.º, 27.º, 28.º, 29.º, da Lei de 2004). Poderia julgar-se que em todos estes casos, a entidade sujeita ao dever poderia obter a identificação por outros meios que não a informação prestada pelo próprio cliente. Mas não era assim. Em todas as situações legais, excepto duas, a informação era sempre obtida *do cliente*. Isto é, em todas as situações em que houvesse uma relação normal de negócio, inexistindo qualquer motivo para suspeita de relacionamento com o crime de branqueamento, cabia ao cliente o ónus de prestar as informações sobre a sua identidade (ou a daquele por conta do qual actuava).

A Lei de 2004 só abria a possibilidade de as informações sobre a identidade não serem obtidas do cliente, ou até de serem obtidas *sem o conhecimento* do cliente, nas situações em que a avaliação das circunstâncias conduzia à conclusão de que a operação podia estar relacionada com branqueamento e por isso havia que identificar o cliente (art.º 3.º, n.º 5, da Lei de 2004) e o beneficiário da operação, se este não fosse o cliente (art.º 6.º, n.º 2, da Lei de 2004) ⁽¹⁶⁾. Neste contexto, competia à entidade sujeita ao dever de identificação tomar “as medidas adequadas para identificar os clientes e, se for caso disso, os representantes ou outras pessoas que actuem por conta daqueles” (art.º 3.º, n.º 5, parte final, da Lei

⁽¹⁶⁾ Criticando o facto de, em legislação mais antiga, as informações terem de ser obtidas *do próprio* cliente, mesmo em casos de suspeita, **António Lourenço Martins**, «Branqueamento de Capitais: Contra-medidas a Nível Internacional e Nacional» in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 9, Fasc. 3, Jul-Set. de 1999, 479.

de 2004). Essas medidas adequadas podiam não ser uma solicitação suplementar ao cliente, ou outras diligências com o conhecimento do cliente. E o facto de, nesse contexto particular, haver um dever *especial* resultava também das circunstâncias *especiais* em que se formava o dever de identificar: as circunstâncias que apontavam para a susceptibilidade de haver operações relacionadas com a prática do crime de branqueamento. A especialidade da situação exigia da entidade um cuidado extremo, devendo aí ponderar não apenas a forma de melhor se informar e cumprir o seu dever de identificação, mas também o modo de salvaguardar o interesse público do combate ao branqueamento, devendo por isso evitar qualquer opção que pusesse de sobreaviso um eventual agente do crime.

Na Lei de 2008 foi mais uma vez opção do legislador, em regra quase sem excepção, deixar a cargo do cliente, ou do seu representante, o carregamento dos elementos ou documentos necessários à respectiva identificação, bem como, quando for caso disso, do beneficiário efectivo. Na Lei de 2008 está contemplada apenas uma situação em que elementos de identificação podem ser solicitados a, ou facultados por, um terceiro: o art.º 12.º, n.º 3, a), prevê a possibilidade de a entidade sujeita proceder à verificação da identificação do cliente ou do seu representante com recurso a documentos ou informações suplementares considerados adequados para verificar ou certificar os dados fornecidos pelo cliente. Esses documentos ou elementos suplementares podem ser facultados, designadamente, por uma entidade financeira. Mas aí pode sustentar-se que não se está perante a simples identificação, mas sim perante a verificação da identidade. Ora, a *verificação* da identidade poderá sempre implicar diligências oficiosas e à revelia dos clientes ou seus representantes.

3.2. Dever de diligência

O dever de diligência constitui uma inovação da lei de 2008, representando uma aplicação reforçada do objectivo *know your customer* e um desdobramento do dever de vigilância desenvolvido na Directiva de 2005. O dever de identificação visa garantir

que a entidade sujeita conheça a *identidade pessoal* dos clientes, representantes e beneficiários efectivos. O dever de diligência visa assegurar o conhecimento de outros aspectos relacionados com o cliente e com os seus negócios.

3.2.1. Dever de diligência geral

A Lei prevê (i) um *dever de diligência comum*, (ii) um *dever de diligência simplificado* e (iii) um *dever de diligência reforçado*. Está ainda desenhado um instrumento de maleabilidade que, conforme referimos anteriormente a propósito do dever de identificação (*supra* 3.1.1.3), se traduz na atribuição de uma *margem de livre apreciação*.

3.2.1.1. Dever de diligência comum

O dever de identificação tem um âmbito subjectivo amplo: incide sobre clientes, representantes e, em certos casos, beneficiários efectivos. O dever de diligência incide mais em aspectos relacionados com o cliente e com o negócio que pretende manter com a entidade sujeita. O dever de diligência obriga a que as entidades sujeitas tomem medidas adequadas para conhecer aspectos relacionados com o cliente, que não têm que ver directamente com os traços de identidade pessoal. O objectivo imediato é conhecer melhor o cliente e o contexto em que se move, pelo que as informações sobre outras pessoas ou entidades poderão apenas ser um subproduto mediato da actividade da entidade sujeita ao dever de diligência. A lei preocupa-se em garantir que a entidade sujeita tenha acesso aos seguintes núcleos de informação (art.º 10.º, 1, *a*), *b*) e *c*)): (i) estrutural e de controlo, quando o cliente for uma pessoa colectiva ou um centro de interesses colectivos sem personalidade jurídica; (ii) finalidade e natureza do negócio pretendido; (iii) origem e destino dos fundos movimentados.

No âmbito do dever de diligência, a entidade sujeita é obrigada a manter um acompanhamento contínuo da relação de negócio, a fim de assegurar que tais transacções são consentâneas com

o conhecimento que a entidade tem das actividades e do perfil de risco do cliente e a manter actualizados os elementos de informação obtidos no decurso da relação de negócio (art.º 9.º, 1, *d*) e *e*)).

O dever de diligência, com esta configuração, vincula entidades financeiras e não financeiras. Mas é óbvio que pela sua textura e alcance não se cumpre com facilidade em todas as relações de negócio, ou em transacções realizadas com a intervenção de certas entidades não financeiras. Por exemplo, não se vê como natural ou fácil o seu cumprimento por concessionários de exploração de jogo em casinos, por entidades pagadoras de apostas ou lotarias, ou por comerciantes que transaccionem bens de montantes iguais ou superiores a € 5000. E mesmo outras entidades como auditores externos, consultores fiscais, conservadores de registos, ou mediadores imobiliários encararão este dever de diligência na sua expressão comum como um encargo difícil de honrar em toda a extensão. Por isso se reveste de particular importância prática a margem de livre apreciação previsto no art.º 10.º (cfr. *infra*, 3.2.4)

3.2.1.2. Dever de diligência simplificado

Sob a epígrafe “dever de diligência simplificado”, abrigam-se, na verdade, no art.º 11.º, duas realidades distintas: (i) a previsão da dispensa do cumprimento do dever de diligência (art.º 11.º, n.ºs 1 e 2); e (ii) o dever de diligência simplificado *em sentido próprio* (art.º 11.º, n.º 3).

A delimitação das situações de dispensa do cumprimento do dever de diligência faz-se de forma negativa e de forma positiva. Como já vimos a propósito do dever de identificação (*supra* 3.1.1.3), negativamente exclui-se a possibilidade de dispensa quando existam suspeitas de branqueamento ou de financiamento de terrorismo. Positivamente, enunciam-se várias situações em que tal dispensa funciona, não estando todavia a entidade impedida de promover recolha das informações de moto próprio. As situações variam, mas têm em comum o facto de haver em todas elas outras alternativas e oportunidades de recolha de informação que assegurem a eficaz prossecução do fim da norma impositiva do dever de diligência. As entidades sujeitas ficam dispensadas quando o

cliente: (i) for uma entidade financeira estabelecida em qualquer Estado membro da EU, ou em terceiro país equivalente em matéria de prevenção do branqueamento e do financiamento do terrorismo; (ii) for uma sociedade cotada em certos termos; (iii) for uma pessoa colectiva de direito público integrada na administração central, regional ou local (presume-se que portuguesas, cabendo as restantes autoridades públicas não portuguesas na alínea seguinte); (iv) for uma autoridade ou organismo público sujeito a práticas contabilísticas transparentes objecto de fiscalização, incluindo as instituições previstas no Tratado que institui a Comunidade Europeia e outras que venham a constar de lista preparada pelo Governo; (v) for a entidade que presta serviços postais e o Instituto de Gestão da Tesouraria e do Crédito Público, IP; (vi) há também dispensa quando se trate de contas-clientes, tituladas por advogados ou solicitadores estabelecidos em Portugal, em benefício efectivo de outras pessoas, se preenchidas certas condições.

O dever de diligência simplificado *em sentido próprio* consiste na obrigação de as entidades sujeitas cumprirem, pelo menos, dois deveres mínimos (art.º 11º, n.º 3): o de recolha de informação suficiente que permita assegurar que o cliente se enquadra em alguma das categorias ou profissões relevantes para efeito de qualquer das alíneas anteriores; e o de acompanhamento da relação negocial de modo a poder garantir uma espécie de *early warning* em relação a transacções complexas ou de valor anormalmente elevado que não aparentem ter objectivo económico ou fim lícito.

3.2.1.3. Dever de diligência reforçado

O dever de diligência reforçado implica a aplicação pelas entidades sujeitas de “medidas acrescidas de diligência”. Da análise do art.º 12.º resulta que o legislador está sobretudo atento a certas *operações* que no seu juízo podem representar maior risco de branqueamento ou financiamento do terrorismo e bem assim a determinados tipos de *clientes*.

As *operações* sujeitas a dever de vigilância reforçado são as (i) realizadas à distância, especialmente as que possam favorecer o anonimato, (ii) as operações de correspondência bancária com instituições de crédito estabelecidas em países terceiros (iii) outras designadas pelas autoridades e supervisão ou fiscalização do respectivo sector, desde que legalmente habilitadas para o efeito.

Os *clientes* objecto de vigilância reforçada são as pessoas politicamente expostas residentes fora do território nacional.

3.2.1.3.1. As operações que obrigam ao dever de diligência reforçado

Havendo alguma base de indeterminação sobre quais são as operações que obrigam ao dever de diligência reforçado, uma vez que a lei remete em parte (talvez criticavelmente) para simples decisão da autoridade de supervisão ou fiscalização competente em razão do sector, podendo inclusivamente, por exemplo, variar de sector para sector, importa atentar nas duas situações já delimitadas na lei, (i) as operações realizadas à distância, especialmente as que possam favorecer o anonimato e (ii) as operações de correspondência bancária com instituições de crédito estabelecidas em países terceiros.

A técnica da lei não é linear. Por um lado, estatui no n.º 2 do art.º 12.º que a estas operações “são sempre aplicáveis medidas acrescidas de diligência”. Mas, por outro lado, as únicas medidas suplementares previstas na lei aplicáveis a estas operações são as do n.º 3 do preceito que, em rigor, configuram um *dever de identificação reforçado* (pelo que, do ponto de vista sistemático, até poderiam ser inseridas nos preceitos sobre dever de identificação). Ora, este dever de identificação reforçado é meramente *facultativo*, na medida em que se estatui que a “verificação da identidade *pode ser* complementada por um” (e só um) dos meios previstos nas alíneas *a)* e *b)*, isto é: ou (i) através de documentos ou informações suplementares considerados adequados para verificar ou certificar os dados fornecidos pelo cliente facultados, designadamente, por uma entidade financeira, ou (ii) pela realização do primeiro paga-

mento relativo à operação através de uma conta aberta em nome do cliente junto de uma instituição de crédito. Não sendo lícito adaptar a redacção da lei de modo a ver “deve” onde está simplesmente “pode”, temos de concluir que a lei pretende que a opção por uma destas alternativas constitua um *poder* da entidade sujeita e não um *dever*, podendo esta, no limite, prescindir das duas. Mas nessa eventualidade fica sem se saber de que forma se cumpre a cominação de que “são sempre aplicadas medidas acrescidas de diligência”. Diga-se desde já que não se afigura líquido que a questão possa ser resolvida pela regulamentação emitida pelas autoridades competentes, nos casos em que a operação tenha lugar sem que o cliente ou o seu representante estejam fisicamente presentes, regulamentação mencionada no n.º 3 do art.º 12.º. Para além de causar dúvida a definição de quem são as “autoridades competentes”, uma vez que a lei neste preciso contexto não utiliza a fórmula habitual de “autoridades de supervisão e de fiscalização” (que está, por exemplo, no n.º 2 do mesmo preceito), é merecedora de reservas uma fixação deste tipo de deveres, com carácter vinculativo e eventuais cominações legais, através de simples actos regulamentares ou até, no limite, de decisões não normativas, de qualquer entidade sem poder legislativo.

Na Lei de 2008 avulta mais uma vez a preocupação com as chamadas operações à distância. Na Lei de 2004, um dever *genérico* de identificação recaía sobre toda e qualquer das entidades enunciadas no diploma que efectuasse a pedido de alguém *transacções à distância* de montante igual ou superior a € 12 500 que não decorressem de contrato de prestação de serviços (art.º 3.º, n.º 4, da lei de 2004, retomando e desenvolvendo o art.º 8.º-C do Decreto-Lei 325/95, de 2 de Dezembro, com a redacção da Lei 10/2202, de 11 de Fevereiro). As transacções à distância que decorressem de contrato de prestação de serviços (de que devia ser produzida prova por meios idóneos) ou que fossem de montante igual ou inferior a € 12 500 não estavam sujeitas ao dever genérico de identificação, salvo se pelas suas características se revelassem susceptíveis de estar relacionadas com a prática do crime de branqueamento.

O conceito de transacções à distância era equivalente ao de operações à distância empregue pela Directiva de 2001 (art.º 3.º,

n.º 11) ⁽¹⁷⁾. Ambos eram conceitos indeterminados que careciam de densificação. Na ausência de qualquer subsídio da lei portuguesa para essa densificação, a opção mais óbvia era recorrer ao texto da própria Directiva de 2001. Sublinhava esta que haveria um “acréscimo de risco de branqueamento de capitais decorrente do estabelecimento de relações comerciais com um cliente *que não tenha estado fisicamente presente para fins de identificação* (operações à distância)”. Deste modo, a própria Directiva fornecia uma primeira definição de operações à distância — aquelas em que o cliente não está fisicamente presente para se identificar. Essa fórmula não era nem é, porém, suficiente para esclarecer algumas das interrogações que se suscitam. Por exemplo: basta o cliente identificar-se fisicamente *uma vez* para que todas as operações que ele solicite de futuro, esteja ou não presente, deixem de ser qualificadas, para efeitos da lei, como operações à distância? Ou terá de se identificar fisicamente por ocasião de toda e qualquer operação, sob pena de, se não o fizer, ela ser considerada operação à distância, para efeitos do dever de diligência reforçado? Fisicamente quer dizer presencialmente, ou pode haver identificação através, por exemplo, de meios vídeo (vídeo-conferência, por exemplo)?

Na Directiva de 2005 desapareceu o conceito de operações à distância. Mas permanece a previsão das situações em que o cliente *não esteja fisicamente presente para efeitos de identificação* (art.º 13.º, n.º 2, da Directiva). Continuando ciente do terreno volátil que pisa, a Directiva de 2005 continua a não ir muito longe no propósito de restringir ou regulamentar certas operações à distância ⁽¹⁸⁾, exortando apenas a um particular esforço na identifica-

⁽¹⁷⁾ Sobre as vulnerabilidades do sistema financeiro neste tipo de operações, v. entre nós **Nuno Brandão, Branqueamento...**, 56-60. O GAFI propugnava medidas bastante mais radicais do que as adoptadas pela Directiva de 2001.

⁽¹⁸⁾ **Jorge Patrício Paul**, «A legislação sobre branqueamento de capitais e as suas repercussões no exercício da actividade bancária» in *Estudos de Direito Bancário*, Coimbra, 1999, 326-30, apresenta um cenário muito nítido sobre o modo como o *e-money*, o *cybercash*, os *cyberpayments*, e em geral o dinheiro digital e os cartões inteligentes, podem ser utilizados em operações de branqueamento. Embora essa realidade seja hoje ainda mais evidente do que há 5 ou 10 anos, é certo que nem o legislador comunitário nem o nacional avançaram muito na prevenção de operações de branqueamento através desses meios. Por exemplo, a proposta feita por aquele autor (328) de que todas as entidades que ofere-

ção *não física* do cliente. Nesse sentido, determina a aplicação de uma ou mais das seguintes medidas: estabelecimento da identidade através de documentos, dados ou informações suplementares das que são em geral exigidas; medidas adicionais destinadas a verificar ou a certificar os documentos fornecidos ou a exigir um atestado de confirmação por uma instituição de crédito ou instituição financeira; medidas para assegurar que o primeiro pagamento das operações seja efectuado através de uma conta aberta em nome do cliente junto de uma instituição de crédito (art.º 13,º 2, *a*), *b*), e *c*), da Directiva de 2005).

O legislador nacional de 2004 preferiu agir com cautela, entendendo remeter para a entidade de supervisão pertinente a definição dos meios mais adequados para assegurar a real identidade do cliente (art.º 3.º, n.º 4, parte final, da Lei de 2004). O legislador de 2008 à primeira vista parece ter querido ir mais longe. Mas, como vimos, a interpretação do regime jurídico ora estabelecido não ficou mais fácil. Primeiro, porque continuando a utilizar a expressão “operações à distância”, a lei reincide em não a definir, agora com a agravante de a Directiva de 2005 não mais a utilizar, perdendo-se assim um elemento auxiliar da densificação do conceito. Segundo, porque para além de aludir a operações à distância (art.º 12.º, n.º 2), também utiliza a noção de “operação [que] tenha lugar sem que o cliente ou seu representante estejam fisicamente presentes” (art.º 12.º, n.º 3), não sendo óbvia a relação entre as duas expressões, embora pareça que se devem considerar coincidentes. Terceiro, porque, conforme notámos, os meios suplementares de verificação da identidade do art.º 12.º, n.º 3, *a*) e *b*), que condensam o elenco da Directiva, aparecem na lei portuguesa como meramente facultativos. Ora, a Directiva manda que em concreto *pelo menos um* deles seja adoptado. Acresce que a lei continua a delegar na regulamentação emitida “pelas autoridades competentes” a clarificação de aspectos do regime, sem que fiquem sequer claras as balizas em que essa regulamentação se deve conter.

çam sistemas de pagamento ligados aos cartões inteligentes e ao dinheiro digital, que muitas vezes não são instituições financeiras (são empresas distribuidoras, sociedades de telecomunicações, etc), passem a ser sujeitas a regulamentação idêntica à das instituições financeiras não teve ainda ressonância na lei.

3.2.1.3.2. *Pessoas politicamente expostas residentes fora do território nacional*

O especial cuidado colocado pela Directiva 2005 no enquadramento destas pessoas é uma das suas novidades (v. considerando 24, 25 e 26 e art.º 13.º, 4). O n.º 8 do art.º 3.º da Directiva define como pessoas politicamente expostas as pessoas singulares a quem estão ou foram cometidas funções públicas proeminentes, bem como os membros próximos da sua família ou pessoas conhecidas a elas estreitamente associadas. A Directiva 2006/70/CE da Comissão, de 1 de Agosto, que estabelece medidas de execução da Directiva de 2005, esclarece desenvolvidamente quem são as pessoas politicamente expostas (art.º 2.º), no que é seguida pela Lei de 2008 (art.º 2.º, n.º 6): (i) chefes de Estado; (ii) membros do Governo; (iii) Deputados ou membros de câmaras parlamentares; (iv) membros de supremos tribunais; (v) membros de tribunais constitucionais; (vi) membros de tribunais de contas; (vii) membros de outros órgãos judiciais de alto nível, cujas decisões não possam ser objecto de recurso; (viii) membros de órgãos de administração e fiscalização de bancos centrais; (ix) chefes de missão diplomática; (x) chefes de postos consulares; (xi) oficiais de alta patente das forças armadas; (xii) membros de órgãos de administração de toda e qualquer pessoa colectiva pública ou de capitais públicos com alguma vocação empresarial; (xiii) membros de órgãos executivos das Comunidades Europeias (noção algo imprecisa); (xiv) membros de órgãos executivos do Banco Central Europeu; (xv) membros de órgãos executivos de organizações de direito internacional. A esta longa lista acrescem membros próximos da família e pessoas com reconhecidas e estreitas relações de natureza societária ou comercial.

A Lei de 2008, na linha das Directivas, traça uma clara *divisão* entre pessoas politicamente expostas residentes em território nacional (qualquer que seja a sua nacionalidade e o lugar em que se tenham tornado politicamente expostas), e pessoas politicamente expostas não residentes em território nacional (mais uma vez, qualquer que seja a sua nacionalidade e o lugar onde se tornaram politicamente expostas). As primeiras não são objecto de nenhum dever de diligência reforçado. As segundas são.

Em relação a estas pessoas, podem ser usados os meios de *verificação reforçada da identidade*, previstos no n.º 3 do art.º 12.º, nos exactos termos e com as limitações já afloradas a propósito das operações à distância e das operações de correspondência bancária (*supra* 3.2.3.1). Mas para além do uso de algum dos meios suplementares de verificação da identidade, a lei manda (desta feita, *imperativamente*) que as entidades tenham determinadas cautelas (art.º 12.º, 4): (i) devem dispor de procedimentos adequados e baseados no risco para determinar se o cliente pode ser considerado uma pessoa politicamente exposta; (ii) os funcionários ou agentes devem obter autorização da hierarquia imediata antes de estabelecer relações de negócio com tais clientes; (iii) devem tomar as medidas necessárias para determinar a origem do património e dos fundos envolvidos nas relações de negócio ou nas transacções ocasionais; (iv) devem efectuar um acompanhamento contínuo acrescido da relação de negócio (só aplicável nas relações de negócio e não nas transacções ocasionais).

É relevante notar, mais uma vez, que estas obrigações se aplicam a *todas* as entidades sujeitas. Ora, parece manifesto que o integral cumprimento deste dever de diligência reforçado só está ao alcance de estruturas altamente sofisticadas e dotadas de meios, designadamente financeiras e, porventura, nem todas. Por outro lado, as pessoas que se pretende vigiar terão instrumentos presumivelmente eficazes de camuflar ou de se eximir á vigilância. Por tudo isto, o modo como estas disposições vão ser atendidas constitui certamente uma das pedras de toque da eficácia da Lei de 2008, bem como um dos pontos que mais curiosidade suscitarão.

3.2.1.4. Margem de livre apreciação

Já antes (*supra* 3.1.1.3.) aludimos à inovação da Directiva de 2005 de aderir a um *princípio de decisão em função da avaliação do risco*. Este princípio tem também expressão na Lei de 2008, designadamente no art.º 10.º, n.º 1, onde se consagra aquilo que se configura como uma margem de livre apreciação. O conceito de margem de livre apreciação é importado com propriedade da dou-

trina e da dogmática do Direito Administrativo ⁽¹⁹⁾, uma vez que os sujeitos de deveres no contexto da prevenção e repressão do crime de branqueamento e de financiamento do terrorismo exercem uma função auxiliar da Administração Pública de natureza materialmente administrativa. Tipicamente, a lei pode atribuir margem de livre apreciação designadamente através do uso de conceitos indeterminados na definição dos pressupostos de facto que legitimam/obrigam a entidade a uma decisão ou actuação. O artigo 10.º, n.º 1, atribui às entidades sujeitas a faculdade de apreciar livremente o risco associado ao tipo de cliente, à relação de negócio, ao produto, à transacção e à origem ou destino dos fundos, para modelar a natureza e extensão das medidas de diligência (e, como se assinalou antes, também dos procedimentos de verificação da identidade). O preceito não torna lícita uma decisão de pura e simplesmente deixar de tomar medidas de diligência. Estas terão sempre de ser garantidas, ainda que reduzidas a um grau de exigência mais modesto, atentas as circunstâncias. Sem embargo, o sujeito dos deveres pode adaptar a natureza e a extensão dos mecanismos de diligência à apreciação que fizer do risco de branqueamento e de financiamento do terrorismo, podendo optar por procedimentos mais ou menos intensos. As medidas de diligência a tomar sobre um jogador à entrada de uma sala de jogo serão certamente infinitamente menores, na intensidade e no dispêndio de tempo, que as tomadas no momento de uma abertura de conta num banco, com numerário, por quem se admite ser uma pessoa politicamente exposta de um País conhecido pelos altos níveis de corrupção. A Lei de 2008 exige que essa margem de livre apreciação se traduza em opções intersubjectivamente sustentáveis, uma vez que as entidades sujeitas devem acautelar a possibilidade de terem de demonstrar perante as autoridades de supervisão ou de fiscalização que os procedimentos de verificação da identidade (e as medidas de diligência, diremos...) adoptados foram os adequados (art.º 10.º, 2).

⁽¹⁹⁾ V. por exemplo **Marcelo Rebelo de Sousa, André Salgado de Matos**, *Direito Administrativo Geral*, tomo I, 2.ª ed., Lisboa, 2006, 187 ss.

3.2.2. Deveres específicos de diligência

A lei prevê deveres específicos de diligência (i) simplificado e (ii) reforçado *apenas para as entidades financeiras*, e mesmo esses deveres específicos são em boa parte meras precisões dos deveres gerais, aplicáveis a todas as entidades sujeitas.

Assim, o art.º 25.º estabelece um *dever específico de diligência simplificado* (i) para certas situações de emissão de moeda electrónica (art.º 25.º, 1, *a*) da Lei de 2008 e 11.º, 5, *d*) da Directiva de 2005, com algumas diferenças); (ii) para contratos de seguros de Vida e de fundos de pensões ou produtos de aforro de natureza semelhante, dentro de certos limites (art.º 25.º, 1, *b*) da Lei de 2008 e 11.º, 5, *a*) da Directiva de 2005, com diferenças); (iii) para contratos de seguro associados a planos de pensões, em certas circunstâncias (art.º 25.º, 1, *c*) da Lei de 2008 e 11.º, 5, *b*) da Directiva de 2005 *ipsis verbis*); (iv) para regimes de pensão, planos complementares de pensão ou regimes semelhantes de pagamento de prestações a trabalhadores assalariados, em certas circunstâncias (art.º 25.º, 1, *d*), da Lei de 2008 e 11.º, 5, *c*) da Directiva *ipsis verbis*).

Por seu turno, o art.º 26.º define um *dever específico de diligência reforçado* no tocante às relações transfronteiriças de correspondência bancária com instituições estabelecidas em países terceiros, que constitui um aprofundamento do disposto no art.º 12.º no que toca às operações de correspondência bancária com instituições de crédito estabelecidas em países terceiros. O resultado do dever de diligência pode, inclusive, conduzir à total inibição de algumas entidades financeiras — as instituições de crédito — estabelecerem relações de correspondência, se concluírem que estão perante *bancos de fachada*, ou perante instituições de crédito que permitem que as suas contas sejam utilizadas por bancos de fachada (art.º 30.º; a definição de banco de fachada consta do n.º 7 do art.º 2.º).

Sublinhe-se, por último, que o dever gerar de diligência, tal como o dever geral de identificação (cfr. *supra* 3.1.2.1.), em regra tem de ser cumprido pela própria entidade sujeita na relação de negócio ou na transacção ocasional. Mas a *execução* desse dever pode, em certas circunstâncias, ser transferido pelas entidades

financeiras (e só elas estão autorizadas a tal, ao invés do que sucede na Directiva de 2005, art.º 14.º) para uma entidade terceira, nos termos do n.º 1 do art.º 24.º, que deverá ser (i) uma entidade financeira estabelecida em território nacional e que não seja agência de câmbio ou (ii) uma entidade financeira com sede na União Europeia ou em país terceiro equivalente em matéria de prevenção do branqueamento e do financiamento do terrorismo. Essa transferência do exercício do dever para terceiros não obsta a que a *titularidade* do dever permaneça na entidade sujeita na relação de negócio ou na transacção ocasional. No entanto, os terceiros podem ser cumulativamente responsáveis pelo cumprimento de todos os deveres, na medida em que eles próprios tenham com o cliente uma relação abrangida pela lei (v. nesse sentido, o considerando 27 da Directiva de 2005).

3.3. Dever de recusa

Solicitada a identificação nos casos em que a lei o exija, se não forem facultados os elementos do art.º 7.º sobre o cliente, o seu representante, ou o beneficiário efectivo (caso se coloque a necessidade suplementar de identificação deste), a entidade financeira ou não financeira tem o dever de recusar o início da relação de negócio proposta ou qualquer transacção ocasional. A lei de 2008 especifica ainda o dever de recusar qualquer operação em conta bancária (art.º 13.º, 1, *a*), em articulação com 8.º, n.º 3). Este fundamento para a recusa constitui uma ampliação e aperfeiçoamento do disposto na Lei de 2004.

A Lei de 2008 aditou um outro fundamento: a recusa de fornecimento de certos elementos requeridos no cumprimento do dever de diligência, isto é (i) sobre a estrutura de propriedade e controlo do cliente (art.º 9.º, 1, *a*)), (ii) a natureza e a finalidade da relação de negócio (art.º 9.º, 1, *b*)) e (iii) a origem e destino dos fundos (art.º 9.º, 1, *c*), segunda parte). Da formulação restrita do art.º 13.º, 1, depreende-se que a recusa do cliente em fornecer outros elementos, designadamente os mencionados no preceito sobre o dever de diligência reforçado, não constitui fundamento

para o dever de recusa, podendo a entidade iniciar a relação ou realizar a transacção.

Inovação da Lei de 2008 é também o disposto no n.º 2 do art.º 13.º: quando ocorrer a recusa, as entidades analisam as circunstâncias que a determinaram e devem efectuar as comunicações do art.º 16.º, se suspeitarem de branqueamento ou financiamento do terrorismo, bem como ponderar *pôr termo à relação de negócio*, se ela já se tiver iniciado (por exemplo, ao abrigo do art.º 8.º, n.ºs 2 e 4), o que constitui uma mera faculdade e não um dever.

3.4. Dever de conservação de documentos

O art.º 14.º, n.º 1, estabelece que as cópias ou referências aos documentos comprovativos do cumprimento dos deveres de identificação e diligência devem ser conservados — sem que tenham de ser enviados ou revelados a ninguém — por um certo período de tempo.

Há dois prazos a atender: se se tratar de transacções ocasionais, os elementos devem ser conservados por um período de 7 anos (eram 10 anos na Lei de 2004) após o momento em que a identificação se processou; se se tratar de relações de negócio, os elementos devem ser mantidos até 7 anos (5 anos, na Lei de 2004) após o termo das mesmas. Este último momento — termo das relações de negócio — pode não ser fácil de determinar. À falta de um acto que formalmente cesse a relação de negócio deve tomar-se em consideração o último acto realizado pelo cliente no âmbito dessa relação, ou realizado pela entidade a pedido do cliente.

O n.º 2 do art.º 14.º incide sobre outro tipo de documentos, aqueles que respeitam às operações em si. Os originais, cópias, referências ou quaisquer suportes duradouros com idêntica força probatória dos documentos comprovativos e dos registos das operações devem ser conservados por um período de 7 anos (na Lei de 2004 eram 10) a contar da data da execução da operação respectiva, ainda que, no caso de se inserir numa relação de negócio, esta já tenha terminado.

O suporte em que são conservados os documentos do n.º 1 pode suscitar dúvidas. Na medida em que a lei alude às “cópias *ou referências* aos documentos comprovativos”, não parece de excluir que sejam suficientes as notações que contenham as referências da identificação do cliente guardadas numa base de dados informatizada ⁽²⁰⁾.

O art.º 15.º, n.º 3, embora incidente sobre o dever de exame, define uma nova vertente do dever de conservação: os resultados do exercício do dever de exame devem ser reduzidos a escrito e conservados pelo período mínimo de 5 anos.

3.5. Dever de exame

O art.º 15.º, n.º 1, da Lei de 2008, define o dever de exame, que continua a autonomizar, não obstante o facto de a Directiva de 2005 não o fazer, ao invés do que sucedia com a Directiva de 1991 (art.º 5.º, mantido pela Directiva de 2001). Pode discutir-se se o dever de exame simples, depois do reforço do dever de identificação e da criação do dever de diligência, com versões reforçadas (na sequência da criação pela Directiva de um “super dever” de vigilância), não está naturalmente consumido por estes, uma vez que o cumprimento destes deveres supõe inevitavelmente o *exame* das relações de negócio e das transacções ocasionais. O que o art.º 15.º realmente consagra é um *dever de exame reforçado*, incidente sobre situações particularmente susceptíveis de poderem estar relacionadas com o branqueamento ou o financiamento do terrorismo.

O dever de exame (*reforçado*, diríamos) consiste, de acordo com o art.º 15.º, “na obrigação de examinar com especial cuidado e atenção, de acordo com a sua experiência profissional, qualquer conduta, actividade ou operação cujos elementos caracterizadores a tornem particularmente susceptível de estar relacionada com aqueles crimes. À natureza, complexidade, valores envolvidos, frequência, meios de pagamento utilizados, que a Lei de 2004 já con-

⁽²⁰⁾ Gil Galvão, «O branqueamento de capitais e o sistema financeiro», in *Droga e Sociedade – o novo enquadramento legal*, coord. José Niza, Lisboa, 1994, 145.

siderava, entre outros, elementos caracterizadores sinalizadores de uma operação a ser examinada com particular atenção, juntam-se agora vários outros: (i) a finalidade, a invulgaridade e a atipicidade da conduta, actividade ou operação (a Lei de 2004 falava de “carácter inabitual relativamente à actividade do cliente”), (ii) a aparente inexistência de um objectivo económico ou de um fim lícito, (iii) a origem e destino dos fundos movimentados (na Lei de 2004 a informação só tinha de ser obtida se se tratasse de operações acima de €12 500), (iv) a natureza, a actividade, o padrão operativo e o perfil dos intervenientes (a Lei de 2004 falava de situação económico financeira dos intervenientes), (v) o tipo de transacção ou produto que possa favorecer especialmente o anonimato.

O n.º 4 do art.º 15.º esclarece agora que a aferição do grau de suspeição não pressupõe a existência de qualquer tipo de documentação confirmativa da suspeita, o que implica, designadamente, que o cumprimento do dever de exame, ao contrário do que sucedia na Lei de 2004, não impõe (nem legitima...) a recolha de qualquer tipo de informação, elementos, ou documentos, para além dos reunidos no contexto do cumprimento dos deveres de identificação e, particularmente, de diligência. A aferição do grau de suspeição decorre, por isso, da apreciação das circunstâncias concretas, à luz dos critérios de diligência exigíveis a um profissional.

O facto de as entidades sujeitas promoverem o exame com especial atenção não está, em si, *sujeito ao dever de segredo* do artigo 19.º. Por isso, as entidades podem *sempre* informar o cliente da suspeição ou do exame reforçado efectuado.

Na descrição *exemplificativa* da factualidade ou circunstâncias indiciárias em que se forma o dever de exame reforçado é flagrante e natural a proximidade com a fórmula adoptada no art.º 7.º, 1, c), onde também se trata de enunciar — de modo mais sucinto — aspectos indiciadores de operações particularmente susceptíveis de estar relacionadas com a prática dos crimes de branqueamento ou de financiamento do terrorismo. O dever de exame, com a especial configuração e consequências do art.º 15.º, não surge a propósito de toda e qualquer operação. Só na eventualidade de indícios do crime de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, comprovados por uma concreta avaliação das circunstân-

cias exemplificativamente enunciadas pela lei ou de outras, se activa o dever de exame. Se esses ou outros indícios de igual valor inexistirem não há nenhum dever de exame reforçado, isto é, não há um dever de exame que vá além do normal dever de cuidado inerente à natureza das operações em causa.

O cumprimento deste dever de exame requer uma formação adequada, nos termos do art.º 22.º, n.º 2.

3.6. Dever de comunicação

Aquilo que a lei designa, desde 2004 e agora em 2008, por *dever de comunicação*, designava-se anteriormente dever especial de colaboração (art.º 10.º do Decreto-Lei n.º 313/93, de 15 de Setembro). A lei reserva a designação de dever de colaboração para a assistência prestada *a pedido das autoridades e organismos* do art.º 18.º e utiliza a expressão dever de comunicação para o dever de informar a PGR e a UIF, *por iniciativa da própria entidade sujeita*, sobre eventual suspeita, razões para suspeitar ou conhecimento de factos que indiquem a prática do crime de branqueamento.

O dever de comunicação tem várias manifestações na Lei de 2008. No art.º 16.º está definido em termos gerais. Mas ulteriormente desenham-se várias aplicações com alguma especialidade: (i) o dever de comunicação/informação do art.º 17.º, n.º 2; (ii) o dever de comunicação/informação do art.º 17.º, n.º 4; (iii) o dever específico de comunicação das entidades financeiras do art.º 27.º; (iv) o dever de comunicação das autoridades supervisoras e das autoridades de fiscalização, do art.º 40.º. Finalmente, também (v) o dever de comunicação de advogados e solicitadores (art.º 35.º). Estas várias situações serão tratadas sucessivamente, ficando o dever de comunicação dos advogados e solicitadores para momento posterior, dada a especial complexidade do tema.

O dever de comunicação assume uma importância vital na economia do sistema de prevenção e repressão do branqueamento e do financiamento do terrorismo. É nele que se depositam as maiores expectativas, já que será através dele que as autoridades poderão ter um acesso mais espontâneo e pronto à notícia de ope-

rações de branqueamento que de outro modo só esporadicamente alcançariam. Contudo, como veremos já de seguida, o seu cumprimento enfrenta dificuldades conceptuais que ainda não foram satisfatoriamente ultrapassadas, a isso se devendo boa parte do alegado insucesso deste sistema de prevenção e repressão.

3.6.1. *O dever de comunicação em geral*

Em consequência do exame efectuado nos termos do art.º 15.º, ou por qualquer outro meio, a entidade sujeita pode chegar ao conhecimento, a uma suspeita ou à percepção de razões suficientes que fundamentam uma suspeita, sobre factos que indiciam a prática dos crimes de branqueamento ou do financiamento do terrorismo, isto é, conforme explicita a Lei de 2008, que teve lugar, está em curso ou foi tentada uma operação susceptível de configurar qualquer daqueles crimes. Não se trata simplesmente da existência de circunstâncias ou características da operação *susceptíveis* de indiciar um relacionamento com a prática do crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo, mas de razões que consintam a suspeita efectiva, a percepção de razões suficientes para suspeitar ou o conhecimento (que as entidades “saibam”, diz agora a Lei de 2008) de factos indiciários da prática desses crimes. O legislador de 2008 alargou o círculo objectivo de situações em que deve processar-se a comunicação, aditando as situações em que haja “razões suficientes para suspeitar”, situação de contornos mais objectivos do que o *conhecimento* ou a *suspeita* (art.º 16.º,

(21) Esta nova expressão na previsão da norma constitui um acréscimo em relação à lei de 2004. Nesta Lei a definição deste dever de comunicação não coincide plenamente com o texto da Directiva, ou com o texto da lei anterior. Importa conhecer a evolução legal: a Directiva de 1991 (art.º 6.º) impunha às entidades o dever de informar por iniciativa própria de quaisquer factos que possam constituir indícios de operações de branqueamento de capitais. A mera potencialidade da existência desses indícios seria bastante para o desencadeamento do dever de comunicação. O legislador português de 1993 reproduziu quase *ipsis verbis* o texto da Directiva (art.º 10.º, n.º 1, parte final do Decreto-Lei n.º 313/93, de 15 de Setembro). O legislador de 2004 entendeu que a fórmula “que possam constituir indícios” era demasiado vaga, podendo induzir as entidades a proceder a comunicações em situações em que não há qualquer indício objectivo de uma operação de branqueamento, mas uma mera *dúvida* ou *conjectura* pouco fundamentada. Por isso, o

n.º 1) ⁽²¹⁾. Como veremos, a Lei de 2008 não introduziu este novo fundamento no âmbito do dever de abstenção (cfr. art.º 17.º, n.º 1), o que significa que a existência de razões suficientes para suspeitar é fundamento de comunicação, mas não de abstenção de execução das operações em causa. Não é imediatamente apreensível a *ratio* desta diferenciação na previsão dos dois deveres, não sendo ela irrelevante porque embora não seja fácil distinguir a situação em que *se suspeita*, da situação em que *se tem razões suficientes para suspeitar*, esta segunda situação parece ter contornos mais objectivos do que a primeira, a qual é de natureza totalmente subjectiva.

A previsão normativa suscita a questão de saber em que consiste a *suspeita* ou o *conhecimento*, e agora também de que forma se ajuíza se há *razões suficientes para suspeitar*, que determinados factos indiciam que teve lugar, está em curso ou foi tentada, a prática do crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo. Nesta questão (que também se coloca, designadamente, a propósito do dever de abstenção, quando à *suspeita* ou ao *conhecimento*) reside um dos principais nós górdios da lei. A *suspeita* ou *conhecimento* (ou a percepção de que existem razões para suspeitar) requerem especiais conhecimentos que, em geral, não são exigíveis nem estão na posse das entidades enumeradas na lei de prevenção do branqueamento e do financiamento do terrorismo (ou, pelo menos, a *todas* elas). Essa dificuldade não terá pouca influência no habitual reduzido número de comunicações efectuadas. Apertadas, por um lado, pelo dever de comunicar *de boa fé* e pelo interesse de não afectar a relação de negócio com um cliente e, por outro lado, pela ausência de meios específicos que possibilitem uma *suspeita* ou um *conhecimento* abalizados, a tentação das enti-

enunciado do art.º 7.º, n.º 1 da Lei de 2004, só constituía as entidades no dever de comunicar quando existisse uma *efectiva suspeita* ou o *efectivo conhecimento* de factos que indiciassem a prática do crime de branqueamento. Estes contornos do dever de comunicar desoneravam as entidades de fazer – e eximiam as autoridades de apreciar – comunicações inúteis, desse modo se podendo atingir mais eficazmente os objectivos gerais da luta contra o branqueamento. Como se refere no texto, a lei de 2008, inseriu um novo inciso submetendo à obrigação de comunicação, não apenas quem *suspeite* (estado de natureza subjectiva), *mas também quem tenha razões suficientes para suspeitar* (situação de contornos mais objectivos).

dades é de não comunicar. À lei não se pode exigir muito mais, uma vez que não é viável a definição material e exaustiva do que pode fundamentar a suspeita ou o conhecimento do branqueamento, cabendo-lhe quanto muito enunciar, *indícios, indicadores, elementos caracterizadores* ou *critérios*, como faz nos arts. 7.º, 1, b), ou 15.º, 2. Tudo dependerá das regras da experiência e da especial formação que as entidades se auto-ministrem ou ministrem aos seus funcionários. Haverá certamente situações em que a situação é clara: o próprio cliente admite voluntária ou inadvertidamente o branqueamento ou o financiamento do terrorismo, ou chega uma denúncia circunstanciada, ou a entidade é alertada pelas autoridades para certas operações que depois efectivamente se vêem a realizar, etc. Mas estas situações serão raras e não parece que a lei pretenda que o dever de comunicação se restrinja aos casos em que ocorram.

Como é que a entidade chega ao conhecimento, à suspeita, ou ao domínio de razões suficientes para suspeitar? Naturalmente, através do cumprimento de qualquer dos deveres até aqui estudados, designadamente os de diligência e exame, mas não são de descartar outras possibilidades, inclusive de ocorrência mais ou menos fortuita: por exemplo, são lícitos a suspeita sobre, ou o conhecimento de, factos resultantes de eventos mais ou menos fortuitos (descoberta fortuita), de confissão do cliente, ou de denúncia de terceiro (s). Já se afigura mais difícil admitir que a entidade possa criar (ou ser solicitada a criar) uma verdadeira unidade de investigação privativa com o intuito de investigar toda e qualquer operação, qualquer que seja a sua configuração, com vista a detectar indícios que fundamentem uma suspeita ou que conduzam ao conhecimento de operações de branqueamento.

A entidade que adquiriu conhecimento, que formou a suspeita ou que tem razões para suspeitar da existência de operações susceptíveis de configurar a prática dos crimes, deve informar de imediato o Procurador-Geral da República ou o magistrado em quem este delegar (art.º 63.º) e a UIF (art.º 16.º, n.º 1). A lei designa o PGR e a UIF como a “caixas de correio” centrais de todas as comunicações.

Esta norma requer pelo menos três notas explicativas. Uma sobre o *que deve ser objecto da comunicação*; outra, sobre *quem*

em concreto deve fazer a comunicação; outra ainda *sobre o quando da comunicação*.

Objecto da comunicação devem ser todos os elementos recolhidos sobre os quais a entidade funda a sua suspeita ou baseia o seu conhecimento ou que no seu entender configurem razões para suspeitar, mas também outros que embora não decisivos ou considerados relevantes, tenham sido ponderados e sirvam para o PGR e a UIF formarem a sua própria opinião sobre o valor dos elementos, que pode ou não ser coincidente com a da entidade. Entre os elementos relevantes a entidade não tem a liberdade de seleccionar o que envia ao PGR e à UIF, embora deva evitar o envio de elementos manifestamente irrelevantes.

A propósito dos concessionários de casinos, a lei retoma a regra, que vem de legislação anterior (v. art.º 4.º, n.º 3, do Decreto-Lei 325/95, de 2 de Dezembro), de que as comunicações devem ser feitas pela administração (art.º 32.º, n.º 4). Esta regra não é repetida para as restantes entidades que assumam a forma de pessoa colectiva. Deve entender-se, porém, que este preceito expressa uma regra tendencialmente abrangente de todas as entidades que assumam esta forma. Isto é, no caso das pessoas colectivas não compete *ao funcionário* ou *ao grupo de funcionários* que em concreto chegaram aos factos fazer a comunicação directamente ao PGR e à UIF, passando por cima das instâncias de decisão e de representação formal da organização. Em contrapartida, no caso de profissionais em regime de profissão liberal ou outra que implique o exercício individual de uma actividade abrangida pela lei, o dever recai directamente sobre essa pessoa.

A comunicação deve ser realizada de *imediato*. Este conceito admite alguma maleabilidade, mas não parece que entre o momento em que uma ou várias pessoas individuais (enquadradas ou não numa organização) adquire a suspeita ou o conhecimento e o momento em que é feita a comunicação possam decorrer mais do que um ou dois dias, sob pena de se frustrarem os objectivos de prevenção criminal subjacentes ao cumprimento deste dever. Isto representa, sobretudo, um desafio para estruturas complexas onde as decisões desta natureza se tomem centralizadamente ou envolvem um processo de circulação da informação relativamente longo.

3.6.2. O dever de comunicação/informação do art.º 17.º, n.º 2

O dever de comunicação desenvolvido no art.º 16.º, deve ser cotejado e articulado com um outro dever de comunicação/informação contido no art.º 17.º, n.º 2. Têm ambos os mesmo sujeito e destinatários. Mas o primeiro incide sobre factos indiciários de crime de branqueamento ou de financiamento de terrorismo, que estão relacionados com uma operação concreta, já realizada ou não, enquanto o segundo incide sobre uma atitude assumida pela entidade. Este dever de comunicação/informação tem fins específicos (*maxime* possibilitar que o PGR e, eventualmente, a autoridade judiciária decidam sobre a suspensão da operação: v. *infra*) e na prática poderá haver frequentes situações em que o cumprimento dos dois deveres se esgota num único acto de comunicação. Nos termos deste n.º 2 do art.º 17.º, a entidade que saiba ou suspeite que determinada operação está relacionada com a prática dos crimes de branqueamento ou de financiamento do terrorismo deve informar de imediato o Procurador Geral da República (ou o magistrado em quem este delegar para receber as informações e comunicações, art.º 63.º) e a UIF, de que se absteve de executar a operação. A interpretação sobre *quem* deve fazer a comunicação coincide com o que se disse acima. A noção de *informar de imediato* tem aqui um sentido ainda mais preciso e urgente do que o do art.º 16.º, n.º 1, uma vez que visa um efeito útil, permitir ao PGR mandar suspender a operação. O *conteúdo* da informação da entidade não era explicitado pela Lei de 2004 (embora se pudesse inferir), mas resulta claro na Lei de 2008: trata-se da informação de que aquela se absteve de executar a operação.

3.6.3. O dever de comunicação do artigo 17.º, n.º 4

Ainda ramificação ou manifestação do dever de comunicação é a que consta da parte final do n.º 4 do art.º 17.º: se uma operação não puder deixar de se realizar pelos motivos e nos termos expostos nesse preceito, a entidade pode realizá-la, devendo

comunicar de imediato ao PGR e à UIF todas as informações respectivas.

3.6.4. O dever específico de comunicação das entidades financeiras

O art.º 27.º abre a possibilidade de formação de um dever de comunicação especial *eventual* ao PGR e à UIF, em determinadas operações a propósito das quais se configura um *especial risco* de branqueamento ou de financiamento do terrorismo. A acrescer aos critérios, indícios ou elementos caracterizadores gerais do art.º 7.º, n.º1, c) ou, mais pormenorizadamente, do art.º 15.º, 2, a lei define elementos objectivos indiciadores do risco especial de tais operações: (i) relacionam-se com um determinado país ou jurisdição sujeito a contramedidas adicionais decididas pelo Conselho da União Europeia; (ii) e o montante é igual ou superior a 5 000 euros. A formação deste dever na esfera das entidades financeiras está dependente de uma condição: a decisão das entidades de supervisão do respectivo sector às quais compete definir em última análise se deve haver comunicação ou não (art.º 27.º, parte final).

3.6.5. O dever de comunicação das autoridades supervisoras e das autoridades de fiscalização

De acordo com o art.º 40.º, sempre que, no exercício das suas funções, as autoridades de supervisão e de fiscalização tenham conhecimento ou suspeitam de factos susceptíveis de poder configurar a prática dos crimes de branqueamento e de financiamento do terrorismo, devem participá-lo prontamente ao PGR e à UIF, caso a comunicação ainda não tenha sido feita por uma entidade. Em comparação como disposto na Lei de 2004, é de notar o acrescento da referência aos casos de mera suspeita. Este dever é extensível a certas outras entidades, conforme o n.º 2 do art.º 40.º.

3.6.6. *O uso das informações transmitidas em cumprimento do dever de comunicação*

Para além de vedar a revelação da identidade de quem forneceu as informações, *em caso algum*, enunciado que estudaremos *infra* ⁽²²⁾ a propósito do dever de segredo, o art.º 16.º, n.º 2, prescreve que as informações fornecidas nos termos do número 1 apenas podem ser utilizadas em processo penal. É relevante notar que a Lei de 2004 sujeitava à mesma regra as informações prestadas à PGR pelas autoridades de supervisão das entidades financeiras e de outras entidades no cumprimento do seu próprio dever de comunicação. Essa regra deixou de constar da Lei de 2008.

A regra de que as informações fornecidas através do exercício do dever de comunicação apenas poderem ser utilizadas em processo penal compreende-se bem. O que se pretende com o dever de comunicação (e com os outros deveres) é exclusivamente acautelar os interesses da investigação e da reacção criminal. Designadamente, estas informações não podem ser utilizadas para a verificação, declaração ou comprovação da responsabilidade civil de quem quer que seja.

A formulação do art.º 16.º, n.º 2, é distinta da que constava do art.º 10.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 313/93, de 15 de Setembro. Este determinava que “as informações (...) só podem ser utilizadas para investigação e punição dos crimes dos artigos 21.º a 23.º, 25.º e 28.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro” ⁽²³⁾. O art.º 9.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de Dezembro recebia esta solução e alargava-a a outras infracções. Aparentemente era um formulação mais restritiva, uma vez que apenas autorizava o uso das informações para a investigação e a punição do branqueamento, dos tipos de ilícito subjacentes e de outros tipos de ilícito delimitados, constantes da chamada “Lei da Droga”. A lei de 2004 e agora a 2008 deixaram de fazer essa delimitação, limitando-se a referir a utilização *em processo penal*.

⁽²²⁾ 3.9.3.

⁽²³⁾ Restrição que era elogiada por José de Oliveira Ascensão, «Branqueamento...», 353.

No entanto, esta divergência é menos relevante do que aparenta. Os deveres criados pela lei são *primacialmente* estruturados com vista à prevenção e à repressão do crime de branqueamento e só *instrumental e indirectamente* poderão auxiliar a prevenção e a repressão da criminalidade subjacente. Por isso, as informações obtidas pela autoridade em virtude do seu exercício pelas entidades só podem ser utilizadas para a investigação do branqueamento e dos tipos de ilícito subjacentes, e agora para a investigação do financiamento do terrorismo, nunca se devendo entender que são instrumentais em relação à investigação e punição de outra criminalidade.

A regra do *exclusivo uso em processo penal* é formulada de modo aparentemente restritivo (só são referenciadas as informações transmitidas no quadro dos art.º 16.º, n.º 1). Mas a *ratio* da norma determina, certamente, uma interpretação extensiva ou ampliativa, de modo a cobrir *toda e qualquer* informação transmitida ao abrigo do dever de comunicação nas suas várias manifestações. O art.º 16.º, n.º 1, consagra o dever geral de comunicação. As outras obrigações de comunicação que recenseámos na lei são meras aplicações ou especificações daquele dever geral, aplicando-se-lhes, na ausência de contra-indicação, a regra da primeira parte do n.º 2 do art.º 16.º.

3.7. Dever de abstenção e poder de suspensão

O dever de abstenção do artigo 17.º tem associado um *poder de suspensão* da operação pelo Procurador Geral da República. Trataremos dos dois em separado.

3.7.1. Dever de abstenção

Esclarece o art.º 17.º, n.º 1, que o dever de abstenção consiste na proibição de executar operações sobre as quais recaia o conhecimento ou a suspeita de estarem relacionadas com a prática dos crimes de branqueamento e de financiamento do terrorismo. Como já se referiu, neste caso a simples existência de razões para suspei-

tar não são fundamento do dever de abstenção, ao invés do que sucede com o dever de comunicação.

O n.º 4 estabelece, porém, duas situações que eximem do dever de abstenção: (i) quando essa abstenção não for possível; (ii) quando a abstenção for susceptível de prejudicar a actividade preventiva ou a futura investigação dos crimes de branqueamento ou financiamento do terrorismo. Em ambos os casos, a decisão de realizar a operação, isto é, de não se abster da execução da operação, cabe estritamente à entidade, embora no segundo caso a entidade tenha, antes de decidir, de consultar o PGR e a UIF, importando aí saber qual o valor do parecer que estas autoridades emitam. Em ambos os casos, o dever de comunicação da abstenção é substituído pelo dever de comunicação, de imediato, das informações respeitantes à operação. Em ambos os casos o PGR fica sem o poder de determinar a suspensão, uma vez que este só é desencadeado após uma comunicação da entidade de que se absteve de realizar a operação (art.º 17.º, n.º 2).

Ambas as situações suscitam dúvidas quanto aos seus pressupostos.

Na primeira, é difícil definir com precisão quais as situações em que a entidade pode considerar que não é possível a abstenção. Teoricamente, qualquer operação envolverá sempre o concurso da vontade da entidade, seja esta manifestada de forma *positiva* (a entidade tem de contribuir através de uma acção para que a operação se realize), ou de forma *negativa* (a entidade tem contribuir através de uma omissão, ou de uma não oposição, para que a operação se realize). Por isso, salvo nas situações de coacção física ou moral — ou em que haja fundamento de natureza jurídica que obrigue à execução da operação que sobreleve sobre o dever de abstenção do art.º 17.º, n.º 1 — a entidade terá sempre possibilidade de se abster de realizar a operação. Ora, não parece que a lei esteja a pensar simplesmente nas situações em que a vontade da entidade não se pode exercer livremente, ou em que há fundamento jurídico superior que obriga à execução da operação. Sendo assim, no conceito de impossibilidade de abstenção implícito no art.º 17.º, n.º 4, cabem certamente outras situações. A maior dúvida surgirá nos casos em que a entidade verifica que se a operação não realizar naquele preciso momento seguramente não se realizará, perdendo-

-se a oportunidade do negócio. Por exemplo, se uma pessoa pretende comprar um relógio de ouro numa *duty free* no aeroporto pouco antes de embarcar no avião, a abstenção por parte do comerciante que suspeite de branqueamento de capitais é possível, mas inviabiliza a operação, presumivelmente para sempre. Nestas circunstâncias não há uma impossibilidade fáctica ou jurídica de abstenção, mas a operação poderá ser praticada desde que outros deveres possam ser cumpridos, designadamente o de identificação.

Quanto à segunda situação, de decisão após prévia consulta ao PGR e à UIF, colocam-se várias questões, designadamente: (i) em que circunstâncias deve a entidade proceder à consulta do PGR e da UIF? (ii) Qual o valor do parecer do PGR e da UIF? (iii) O que sucede se os pareceres destas duas entidades forem contraditórios?

Sobre as circunstâncias em que se deve processar a consulta ao PGR e à UIF, afigura-se que ela se justifica quando a entidade sujeita, sabendo que há possibilidade de se abster de realizar a operação, antecipe, de acordo com o seu próprio conhecimento dos mecanismos, constrangimentos, cautelas e quadro jurídico de prevenção e investigação criminal, que essa abstenção pode vir a prejudicar a prevenção ou investigação no futuro de crimes de branqueamento ou de financiamento do terrorismo. De todo e qualquer crime dessa natureza e não apenas do crime que *em concreto* possa estar prestes a ser cometido.

Quanto ao valor dos pareceres da PGR e da UIF, a questão está em saber se são meramente indicativos ou se são vinculativos. Não estando a entidade, em absoluto, obrigada a fazer a consulta, mas sendo obrigada a fazê-la quando tiver dúvidas sobre se a abstenção pode vir a prejudicar a prevenção ou investigação no futuro de crimes de branqueamento ou de financiamento do terrorismo, a lei não pode deixar de ligar alguns efeitos aos pareceres resultantes da consulta a cada uma das autoridades. Assim, se os pareceres das duas entidades forem no sentido de que nenhum perigo existe de a abstenção da execução da operação vir a prejudicar a prevenção ou investigação no futuro de crimes de branqueamento ou de financiamento do terrorismo, não parece que seja lícito à entidade realizar a operação com fundamento em que a abstenção poderia gerar aquele perigo. Se os pareceres forem, ao invés, no sentido de

que a abstenção de execução da operação suscita efectivamente o perigo de prejudicar a prevenção ou investigação no futuro de crimes de branqueamento ou de financiamento do terrorismo, também não parece que a entidade possa deixar de atender ao sentido dos pareceres, pelo que deve executar a operação. Havendo efectivo perigo de prejuízo da futura prevenção e investigação criminal, devidamente assinalado pelo PGR e pela UIF, não parece admissível que a entidade sujeita tome qualquer decisão que não seja a de agir conforme seja mais adequado à cabal realização dos fins da prevenção e da investigação criminal, isto é, executando a operação.

Pressupomos que a consulta ao PGR e à UIF, feita directamente pela entidade sujeita a cada um deles, gera duas opiniões ou dois pareceres, um de cada um desses órgãos. Não parece que, tratando-se de dois órgãos diferentes, independentes um do outro, um integrado no Ministério Público, outro na Polícia Judiciária, o resultado da consulta feita pela entidade seja a produção de um *parecer único* subscrito pelos dois órgãos. Mas isso suscita um óbvio problema quando, havendo dois pareceres, estes não coincidem no seu sentido ou nas suas conclusões. A lei não fornece nenhuma solução para isso, embora pareça que o facto de o Ministério Público ter o domínio da acção penal determina que o sentido da opinião do PGR deva prevalecer.

3.7.2. *Poder de suspensão*

O Procurador Geral da República tem o poder (delegável, como todos os que recebe na presente lei) de determinar a suspensão da execução de uma operação após a comunicação/informação de uma entidade financeira de que se absteve de executar uma operação por saber ou suspeitar que ela está relacionada com a prática de crime de branqueamento ou do financiamento do terrorismo (art.º 17.º, n.º 2).

A Lei de 2008 não prevê, como já não previa anteriormente a de 2004, a possibilidade de o PGR determinar a suspensão sem que haja uma prévia informação da entidade de que *se absteve de executar uma operação* por suspeitar ou saber da sua relação com a

prática de crimes de branqueamento ou de financiamento do terrorismo.

Formada a suspeita ou adquirido o conhecimento de que uma operação está relacionada com a prática de um daqueles crimes, a entidade abstêm-se de a praticar, se puder (uma vez que isso se pode revelar impossível, como reconhece o n.º 4 do art.º 17.º), e informa o PGR e a UIF. O PGR pode então assumir uma de quatro atitudes: (i) admitir que a operação pode prosseguir, por a suspeita ou o conhecimento se afigurar manifestamente infundado; (ii) entender que, por a abstenção ser susceptível de prejudicar a actividade preventiva ou a investigação criminal de crimes de branqueamento ou de financiamento do terrorismo, a operação pode e deve ser executada; (iii) determinar que a abstenção por iniciativa da entidade seja secundada, confirmada e reforçada por uma ordem de suspensão da execução; (iv) não fazer nada.

No primeiro caso, a entidade sujeita *pode* executar a operação. Não é, porém, obrigada a fazê-lo, ficando a sua opção simplesmente entregue às regras que enquadram em geral a sua actividade, sejam elas jurídicas, deontológicas ou simplesmente do mercado em que actua.

No segundo caso, ao invés, não havendo nenhuma outra razão de natureza negocial que leve a entidade a abster-se de executar a operação, ela deve executá-la, de modo a não pôr em perigo a actividade preventiva ou a investigação criminal de crimes de branqueamento ou de financiamento do terrorismo.

No terceiro caso, a determinação de suspensão feita pelo PGR pode desencadear a intervenção do juiz das liberdades, uma vez que se aquele quizer que tal suspensão perdure além de dois dias úteis a contar da comunicação da entidade, tem de obter a confirmação da ordem de suspensão pelo juiz de instrução criminal competente.

Na legislação anterior à lei de 2004, o período disponível para o PGR obter a confirmação judicial da sua ordem era de 24 horas ou, em situações excepcionais, de 48 horas (art.º 11.º, n.º 2, do Decreto-Lei 313/93, de 15 de Setembro), sendo ainda hoje este último o prazo do caso especial de suspensão de movimentos de contas bancárias (art.º 4.º, n.º 5, da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro, não derogado pela lei do branqueamento e do financiamento do

terrorismo por ser lei especial). Em qualquer caso, o prazo transcorria inclusive em dias feriados ou fins de semana, o que se revelava normalmente impraticável. O prazo agora previsto são dois dias *úteis*.

Assim, se no prazo dos dois úteis o juiz de instrução criminal não confirmar a ordem, esta deixa de ser vinculativa, podendo a entidade executar, se assim entender, a operação em causa. Se o juiz confirmar a ordem, pode fazê-lo em termos definitivos ou por um certo prazo. Isto é, mediante promoção do PGR, pode determinar que a operação não mais possa ser executada, ou definir um prazo no fim do qual ela o pode ser. Embora a lei não estabeleça expressamente estas duas hipóteses, admitindo, como é seguro, a possibilidade de uma determinação definitiva de inexecução, por maioria de razão admitirá uma determinação menos derradeira ⁽²⁴⁾.

No quarto caso, isto é, se o PGR nada fizer, vale também a resposta do art.º 17.º, n.º 3: não havendo uma ordem de suspensão do PGR confirmada pelo juiz de instrução no prazo de dois dias úteis a contar da comunicação, a operação pode ser realizada pela entidade, cabendo-lhe, mais uma vez, a decisão no quadro das regras gerais a que está submetida a sua actividade.

3.8. Dever de colaboração

Aquilo que se designa na Lei de 2008 (e já na Lei de 2004) por *dever de colaboração* teve uma evolução legal com alguns percalços. O art.º 60.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, criara o dever de quaisquer entidades públicas e privadas, nomeadamente instituições bancárias, financeiras ou equiparadas, sociedades civis ou comerciais, bem como repartições de registo ou fiscais, prestarem informações em dadas circunstâncias, a pedido da autoridade judiciária competente. O Decreto-Lei n.º 313/93, de 15 de Setembro, confirmou esse dever para as entidades finan-

⁽²⁴⁾ Em sentido diverso Nuno Brandão, *Branqueamento...*, 55, sustentando que a confirmação pelo juiz implica a abstenção definitiva da realização da transacção.

ceiras (art.º 10.º, n.º 2). O Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de Dezembro, que alargou a lista de crimes subjacentes e de entidades sujeitas aos deveres, especificou que o dever de colaboração vigorava para efeitos de inquérito, instrução e julgamento e reafirmou no art.º 19.º a sua aplicação às entidades financeiras e às entidades referidas no art.º 60.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro. O art.º 15.º, alínea *b*), da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro, revogou este art.º 19.º do Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de Dezembro. Ora, porventura inadvertidamente, desta forma o legislador veio diminuir o âmbito pessoal de aplicação deste dever de colaboração para efeitos de inquérito, instrução e julgamento de vários crimes, designadamente do crime de branqueamento. No diploma de 1995 ele incidia sobre *todas* as entidades financeiras enunciadas nesse diploma; em 2002, em todas as hipóteses de branqueamento excepto o que tivesse subjacente o tráfico de estupefacientes, passou a incidir apenas sobre *algumas* dessas entidades financeiras: as instituições de crédito e as sociedades financeiras. A Lei de 2004 repôs esse dever, desta vez *para todas as entidades*, financeiras e não financeiras, embora para *algumas* entidades financeiras (instituições de crédito e sociedades financeiras) permaneça em vigor um regime especial constante, no essencial, dos arts. 2.º a 5.º e 13.º e 14.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro.

Até aqui, os deveres estudados cumprem-se no essencial por iniciativa ou acção exclusiva das próprias entidades sujeitas. No âmbito do dever de colaboração estas entidades são instadas a colaborar com as autoridades *por iniciativa destas*.

Há (i) um dever geral de colaboração e (ii) um dever específico de colaboração das entidades financeiras.

3.8.1. Dever geral de colaboração

Na Lei de 2004 o dever de colaboração das entidades visava a assistência à autoridade judiciária (e só em relação directa com a autoridade judiciária, estando excluídos os órgãos de polícia criminal, diferentemente do que sucede no quadro do art.º 3.º, n.º 1, da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro ⁽²⁵⁾) responsável pela condução *do*

processo, ou à autoridade competente para a fiscalização do cumprimento dos deveres previstos na lei, designadamente as autoridades de supervisão e de inspecção, organismos tutelares e associações de direito público enquadradoras de profissionais liberais (v. arts. 19.º e 32.º da lei de 2004). Na Lei de 2008 a lista de beneficiários directos do dever de colaboração alargou-se: consta agora também o PGR e a UIF.

Também em relação ao dever de colaboração, tal como no que toca ao dever de comunicação, o regime respeitante aos advogados e solicitadores mereceu algumas especialidades que aconselham a um desenvolvimento separado sobre a forma como esses deveres se refractam na actividade daqueles profissionais. Porém, o que se disser aqui também vale em boa parte para eles.

Sobre o dever de colaboração, importa dilucidar com maior pormenor qual o alcance ou sentido de: (i) prestar prontamente a colaboração requerida; (ii) por autoridade judiciária responsável pela direcção do inquérito; (iii) acesso *directo* às informações e apresentação dos documentos ou registos solicitados. Por outro lado, interessa compreender o que significa (iv) colaboração requerida pelas autoridades competentes para a fiscalização do cumprimento dos deveres.

Começando pela última questão, a assistência às autoridades competentes para a fiscalização do cumprimento dos deveres previstos na lei do branqueamento e do financiamento do terrorismo não se destina, obviamente, a habilitá-las a agir, elas próprias, como agentes de primeira linha na prevenção e da repressão do branqueamento ou do financiamento do terrorismo. As funções que a lei lhes confere neste contexto são as de exercer poder regula-

(25) Da conjugação entre o preceito citado no texto e o art.º 2.º da mesma Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, resulta que no caso de inquérito, instrução ou julgamento de processos relativos ao crime de branqueamento de capitais (e a outros crimes enumerados no art.º 1.º, n.º 1) o pessoal das instituições de crédito e sociedades financeiras pode ver o seu segredo profissional incidente sobre informações necessárias para a descoberta da verdade ceder, mediante despacho da autoridade judiciária. Após esse despacho, o órgão de polícia criminal com competência para a investigação solicita-lhes as informações e documentos de suporte relevantes (art.º 3.º, n.º 1), sendo as instituições de crédito e as sociedades financeiras obrigadas a fornecer os elementos solicitados num prazo previsto na lei (art.º 3.º, n.º 2).

mentar, designadamente com vista ao efectivo cumprimento dos deveres, fiscalizar o cumprimento pelas entidades financeiras ou não financeiras dos deveres que sobre elas impendem no contexto da lei e exercer poder sancionatório (art.º 39.º, 1). Por isso, a assistência ou colaboração a que obriga o art.º 18.º circunscreve-se à necessidade de lhes proporcionar informação e documentação e registos adequados ao exercício daquelas funções.

Diferentemente, a colaboração com a autoridade judiciária responsável pela direcção do inquérito visa apoiá-la no exercício das suas competências, que não são de fiscalização do cumprimento dos deveres previstos na lei, mas antes de repressão dos crimes de branqueamento e de financiamento do terrorismo. A Lei de 2008 fala especificamente em *autoridade judiciária responsável pela direcção do inquérito*, isto é, o Ministério Público (art.º 263.º, n.º 1, do Código de Processo Penal). Na Lei de 2004 aludia-se, diferentemente, ao “responsável pela condução do processo”, pelo que era legítimo entender que a autoridade judiciária a que a lei se referia não era apenas o Ministério Público, por intermédio do PGR ou de outro órgão ou magistrado. Autoridade judiciária para efeitos da Lei de 2004 era a que tivesse a seu cargo a direcção ou a condução de um certo processo de natureza penal ou, porventura mais rigorosamente, competência para a prática dos actos próprios da sua competência numa fase do processo penal (cfr. art.º 1.º, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Penal). A formulação do art.º 18.º, n.º 1, da Lei de 2008 é, por conseguinte, mais limitativa, *excluindo o juiz e o juiz de instrução* do elenco de beneficiários do dever de colaboração. Do art.º 18.º infere-se que *tem de estar em curso* um processo devidamente formalizado. Isto é, deverá já estar aberto o inquérito. A colaboração não pode ser solicitada em nenhuma outra circunstância. Designadamente, é extemporânea quando ainda se estiver a efectuar meras acções de prevenção criminal específica tendente à recolha de informações que permitam chegar a uma eventual notícia do crime que dará *então* lugar à abertura de um processo penal. A colaboração só pode ser requerida em fase de inquérito. Trata-se de assistir a autoridade judiciária no cumprimento das suas funções, designadamente investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas (inquérito). A colabo-

ração não pode hoje ser requerida para comprovar a decisão de deduzir a acusação em sede de instrução (d direcção do juiz de instrução) ou orientar e promover a produção de prova em julgamento (d direcção do juiz do julgamento).

O que se deve entender por *prestar prontamente a colaboração*? Prontamente, expressão que não constava na lei de 2004, significa em tempo útil e sem qualquer delongas.

Prestar colaboração é uma expressão aparentemente ilimitada, mas há parâmetros que confinam tal colaboração. A colaboração só pode ser solicitada com este carácter vinculativo para a repressão de crimes de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo. Embora esta actividade repressiva vise, em boa medida, atingir indirectamente a criminalidade subjacente, não parece lícito admitir que a lei autoriza a autoridade judiciária a requisitar a assistência *primacialmente* para atingir os crimes subjacentes.

É verdade que se admitiu anteriormente que informações transmitidas pelas entidades no exercício de um dever de *comunicação* podem ser utilizadas para a investigação (e eventualmente instrução e julgamento) *dos tipos de ilícito subjacentes*. Mas a situação e o contexto são diferentes. Aí a autoridade judiciária utiliza informações que lhe foram transmitidas, sem que isso envolva qualquer encargo ou empenho suplementar das entidades sujeitas. Mesmo que as informações sejam ponto de partida ou elemento importante na investigação de tipos de ilícito subjacentes, não se pode dizer que as entidades sujeitas ao dever de comunicação colaboram *activamente* na investigação desses ilícitos. Pelo contrário, se o dever de colaboração pudesse ser invocado pela autoridade judiciária para requisitar a assistência das entidades na investigação, instrução ou julgamento de qualquer outro crime que não o de branqueamento, estas tornar-se-iam peças *activas* de uma actividade de investigação criminal muito mais vasta do que aquela que a lei lhes pede.

A assistência e as informações solicitadas têm de resultar da actividade normal da entidade requisitada a colaborar. A entidade não pode invocar o segredo profissional ou qualquer outro condicionamento que obste à colaboração. Mas a autoridade judiciária (ou, bem entendido, qualquer das outras que podem solicitar a

colaboração) também não pode pedir informações que não resultem do exercício normal da actividade, ou que exijam da entidade um esforço anormal ou até a criação de mecanismos de investigação não requeridos expressamente pela lei ou pelo seu negócio.

Finalmente, as entidades têm de garantir o acesso directo às informações e apresentar os documentos ou registos solicitados. Acesso *directo* significa facultar a informação da forma mais imediata possível, sem filtragens e sem tratamento ou processamento. As informações devem ser disponibilizadas na sua expressão mais pura.

3.8.2. Dever específico de colaboração das entidades financeiras

O art.º 28.º impõe às entidades financeiras o encargo de possuir sistemas e instrumentos que lhes permitam responder, de forma pronta e cabal, aos pedidos de informação do PGR, da UIF e das autoridades judiciárias legalmente competentes, destinados a determinar se mantêm ou mantiveram, nos últimos 5 anos, relações de negócio com uma determinada pessoa singular ou colectiva e qual a natureza dessas relações (art.º 28.º). Compreende-se que este encargo incida apenas sobre as entidades financeiras, tendo em conta a sofisticação requerida para estes sistemas e instrumentos.

3.9. Dever de segredo

A configuração do dever de segredo requer leitura conjugada do art.º 19.º com os vários preceitos que estabelecem deveres de realização de comunicações ou de transmissão de informações de vária natureza pelas entidades sujeitas (*maxime* 16.º, 17.º, 18.º, 27.º, 28.º, 29.º, 1, b), 32.º, 34.º, 1, a)). O art.º 19.º estabelece que “as entidades sujeitas, bem como os membros dos respectivos órgãos sociais, os que nelas exerçam funções de direcção, de gerência ou chefia, os seus empregados, os mandatários e outras pessoas que lhes prestem serviço a título permanente, temporário ou ocasional, não podem revelar ao cliente ou a terceiros que trans-

mitiram as comunicações legalmente devidas ou que se encontra em curso uma investigação criminal.”

Na delimitação dos contornos e dos vários matizes do dever de segredo deve também estudar-se o art.º 20.º, n.º 2. Este preceito comina com a pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa “quem, ainda que com mera negligência, revelar ou favorecer a descoberta da identidade de quem forneceu as informações, nos termos do número anterior”, isto é, nos termos dos arts. 16.º, 17.º e 18.º. Como se verá *infra*, ao pretender dar especial força à preservação da identidade de quem concretamente forneceu informações em cumprimento dos deveres enunciados nos arts. 16.º, 17.º e 18.º, recorrendo inclusive à criação de sanções penais contra aqueles que revelarem ou favorecerem a descoberta da identidade de quem forneceu tais informações, a lei criou através do art.º 20.º, n.º 2, uma dimensão implícita especial do dever de segredo, que se destaca do “tronco comum” do dever de segredo por especificidades ao nível da incidência pessoal (pessoas que estão sujeitas ao dever) e da incidência material (factos objecto do segredo). Dedicaremos a este última questão um número próprio (*infra* 3.9.3.).

O dever de segredo é estabelecido em nome de interesses públicos, mas também em nome do interesse da entidade sujeita aos deveres de comunicação, de abstenção e de colaboração. Na verdade, visa preservar e garantir a máxima eficácia e confidencialidade de uma eventual investigação, mas também subtrair a entidade sujeita ao dever a pressões ou até actuações ilícitas, sobre ela incidentes, do cliente. Em certa medida, serve também o interesse da entidade em evitar que se crie uma situação de desconfiança ou de desagrado do cliente que se repercute na relação de negócio, conduzindo, eventualmente, a uma ruptura.

Estudaremos de seguida, sucessivamente, os âmbitos material e pessoal do dever de segredo do art.º 19.º.

3.9.1. O âmbito material do dever de segredo

Quanto ao âmbito *material*, o dever de segredo incide sobre *actos* praticados e *factos* conhecidos pela entidade no cumprimento de deveres previstos na lei. A lei enuncia, em concreto, dois

objectos *directos* do dever de segredo: (i) as comunicações legalmente devidas; (ii) o facto de se encontrar em curso uma investigação criminal. Registam-se ligeiras discrepâncias com a disposição correspondente da Directiva de 2005 (art.º 28.º, 1): por um lado, esta só coloca ao abrigo do dever de segredo o facto de terem sido transmitidas informações no cumprimento do que a lei portuguesa designa de deveres de comunicação e de colaboração; por outro, coloca também sob o dever de segredo a informação de que pode vir a ser realizada uma investigação sobre branqueamento de capitais ou financiamento do terrorismo.

Nos termos da Lei de 2008, o primeiro objecto do dever de segredo são *as comunicações legalmente devidas*. A Lei de 2004 colocava sob o dever de segredo apenas o facto de se terem transmitido informações ao abrigo dos preceitos respeitantes aos deveres de comunicação, abstenção e colaboração. Porém, esta opção era questionável uma vez que deixava de fora algumas comunicações e transmissões de informação que deveriam estar protegidas pelo dever de segredo (por exemplo, as comunicações realizadas em cumprimento do dever específico de comunicação das entidades financeiras), suscitando até a tentação de uma interpretação extensiva da lei, em todo o caso indesejável. A Lei de 2008 opta por uma formulação mais genérica: estão cobertas pelo dever de segredo “*as comunicações legalmente devidas*”, isto é, *todas* as comunicações que a lei obriga as entidades sujeitas a efectuar no âmbito das várias dimensões da lei. O conceito de *comunicações* (legalmente devidas) não se deve confundir com as comunicações efectuadas ao abrigo de qualquer dos deveres (geral e específico) de comunicação previstos na lei. Dentro da noção de comunicações legalmente devidas não podem deixar de caber, por exemplo, as prestações ou transmissões de informação feitas no cumprimento do dever de colaboração.

A fórmula de 2004 era criticável por ser demasiado restritiva, mas a de 2008 é censurável por ser excessivamente ampla, uma vez que é susceptível de abarcar comunicações (legalmente devidas) que decerto não têm de ser abarcadas pelo dever de segredo. Assim, as comunicações efectuadas em cumprimento dos artigos 16.º, 17.º, 18.º, 27.º, 28.º, 32.º devem efectivamente considerar-se abrangidas pelo dever de segredo do n.º 1 do art.º 19.º, mas

há outras a propósito das quais isso não faz sentido (art.º 29.º, 1, b), ou não se justifica (art.º 34.º, 1, a)). Saliente-se que o legislador não cometeu o mesmo lapso no art.º 20.º, n.º 1, onde continua a aludir exclusivamente aos preceitos sobre os deveres de comunicação, abstenção e colaboração, como já sucedia na lei de 2004. Mas, como veremos *infra*, esta solução também não é perfeita por ser insuficiente, carecendo por isso a norma de uma interpretação hábil.

O dever de segredo incide não apenas sobre o teor das informações prestadas pela entidade, e sobre quem foram as pessoas que as prestaram, mas sobre o próprio facto de ter ocorrido um acto de prestação de informações. O sujeito do dever não só não pode dizer aquilo que foi informado, como não pode dizer que houve informação ⁽²⁶⁾.

Por outro lado, embora não seja inevitável que esteja em curso uma investigação criminal (pode não estar em curso no momento do cumprimento dos deveres de comunicação, de abstenção ou de colaboração), quando isso se verificar e a entidade tiver sido solicitada a prestar assistência (dever de colaboração) num momento em que tal se encontre ainda em segredo, deve evitar revelar a existência de tal investigação. Isto é, a entidade não só não pode transmitir qualquer informação de que tenha tido conhecimento sobre o sentido e a situação da investigação criminal, como não pode desvendar que há uma investigação criminal em curso. Embora a lei não o explicita, deverá também a entidade omitir a informação de que foi requerida colaboração por parte de alguma das entidades do n.º 1 do art.º 18.º (cfr. *supra* 3.8.1.). Este é um corolário do disposto no art.º 19.º. Os vários interesses protegidos pelo dever de segredo não ficariam integralmente salvaguardados se a entidade, embora não revelasse que fizera comunicações ou prestara infor-

⁽²⁶⁾ **Jorge Patrício Paul**, «A legislação...», 331, coloca a seguinte hipótese: se o cliente acciona uma entidade financeira por ter sabido, por qualquer meio, que esta quebrou o sigilo bancário, obrigando-a a defender-se em tribunal, pode ou não a entidade financeira, com vista a prevalecer-se da exclusão de responsabilidade do (actual) art.º 20.º, revelar no processo o motivo por que quebrou o sigilo foi o cumprimento de um dever legal (de comunicação, colaboração ou abstenção)? Em nosso entender, tal como sustenta o autor, pode a entidade financeira defender-se desse modo, quebrando o dever de segredo.

mações, ou o teor das informações ou que está em curso uma investigação criminal, pudesse anunciar que haviam sido solicitadas pela autoridade judiciária assistência e informações. Conhecido o conteúdo da obrigação legal de colaboração, o cliente ou o terceiro sempre poderia deduzir daí a potencial existência de uma investigação criminal.

Notámos que o texto da Directiva de 2005 vai mais longe do que a lei portuguesa, uma vez que também mete sob o dever de segredo a informação de que *pode vir a ser* realizada uma investigação criminal sobre os crimes de branqueamento ou de financiamento do terrorismo. Não parece porém desajustado entender que a proibição de divulgação dessa informação, se ela for conhecida pela entidade sujeita, ou pelas as pessoas a ela ligadas, está também implicitamente coberta pela fórmula legal: se é proibida a divulgação ao cliente ou a terceiros de que se procedeu às comunicação dos arts. 16.º e 17.º, para não pôr de sobreaviso os eventuais agentes do crime sobre uma possível investigação futura a que venham a ser sujeitos, por igualdade de razões não se deve informar de que pode vir a haver uma investigação criminal sobre actos por eles praticados ou em vias de praticar. Todavia, há que articular esta solução com o disposto no art.º 36.º, sobre a possibilidade de certos sujeitos poderem dissuadir clientes da prática de um crime sem que isso configure violação do art.º 19.º, n.º 1.

Abrangidos pelo dever de segredo estão seguramente as informações sobre actos e factos referidos pela lei, praticados ou conhecidos pelas entidades e pessoas *no exercício da sua actividade ou das respectivas funções e por causas delas* (utilizando aqui uma formulação quase decalcada do art.º 242.º, n.º 1, alínea *b*), do CPP) e em cumprimento dos seus deveres legais. Porém, a lei não diz expressamente que *só essas informações* sobre tais actos e factos estão abrangidas pelo dever de segredo. Justifica-se, por conseguinte a interrogação: são também objecto do dever de segredo informações sobre actos e factos não praticados ou não conhecidos no exercício da actividade ou das funções e por causa delas? Se uma entidade, ou uma das pessoas a ela vinculadas, sabe de uma investigação criminal sobre um cliente por uma via que nada tem

a ver com o exercício da sua actividade ou funções, está também inibido de informar disso o cliente (ou terceiro)?

A resposta é negativa. No entanto, há que averiguar cautelosamente, caso a caso, se o conhecimento não tem efectivamente nada que ver com a actividade ou o exercício das funções da entidade ou das pessoas a ela ligadas, uma vez que podem ocorrer casos limite em que, embora com dúvidas, as informações sobre determinados actos e factos ainda possam ser consideradas obtidas ou *valiosas* por causa do exercício da actividade ou das funções. Assim, por exemplo, se o administrador de um banco que informou o PGR sobre determinados factos indiciadores da prática de crime de branqueamento vem a saber fortuitamente num jantar social, através de um agente da Polícia Judiciária seu amigo, que a comunicação deu lugar à abertura de inquérito, esta mesma informação não pode ser transmitida ao cliente ou a terceiros.

3.9.2. O âmbito pessoal do dever de segredo

Quanto ao âmbito *pessoal*, a formulação do preceito denota uma especial preocupação em conferir a este dever uma lata aplicação. Isso manifesta-se: (i) na sujeição de todas as entidades e de um conjunto significativo de pessoas a elas ligadas; (ii) na delimitação e enumeração das pessoas concretamente sujeitas; (iii) na definição daqueles a quem as revelações não podem ser feitas.

No entanto, a lei define agora também uma lista significativa de excepções.

Para além da entidade em si, as pessoas concretamente sujeitas são todas aquelas que estejam ligadas por algum vínculo funcional à entidade: membros dos seus órgãos sociais, quaisquer que sejam, executivos, administrativos, consultivos, de fiscalização ou outros; no exercício de funções de direcção, gerência ou chefia; empregados, colaboradores, funcionários, qualquer que seja o vínculo laboral ou profissional; mandatários; quaisquer outras pessoas que lhe prestem serviço permanente, temporário ou ocasional. De fora ficam todos os que não possuem qualquer vínculo desta natureza, designadamente os outros clientes. De fora ficam também os accionistas, os sócios, associados ou fundadores, quando não

desempenhem uma das funções acima enumeradas. Informações obtidas por estes, de modo fortuito ou outro, não estão abrangidos pelo dever de segredo *previsto nesta lei*, embora possam estar sujeitos a esse mesmo dever ou a limitações de idêntica natureza por força de normas contidas em outra legislação (caso, por exemplo, do dever de segredo que incide sobre os colegas de escritório ou sociedade do advogado mandatário da entidade).

As pessoas a quem as informações objecto do segredo não podem ser desvendados são os clientes ou terceiros. Na expressão “terceiros” estão abrangidas as autoridades, excepto as autoridades perante quem se cumprem “as comunicações legalmente devidas”, e as autoridades de supervisão e fiscalização, incluindo os organismos de regulação profissional das actividades ou profissões sujeitas à Lei de 2008. Estas para o exercício das suas funções estatutárias, têm acesso à informação *estritamente necessária* ou *legalmente devida* (art.º 19.º, n.º 2).

Este art.º 19.º, n.º 2, sobre as informações disponibilizadas às autoridades de supervisão e fiscalização é uma mera explicitação do que já resultava da lei. Diversamente, as excepções ao dever de segredo dos n.ºs 3 e 4 do art.º 19.º são novas.

É possível a divulgação da informação delimitada n.º 1 do art.º 19.º, sem quebra do dever de segredo, para efeitos (*exclusivos* em todas as situações, embora a exigência só conste do n.º 4 do art.º 19.º) de prevenção do branqueamento e do financiamento do terrorismo: (i) entre instituições que integrem o mesmo grupo empresarial; (ii) entre pessoas referidas nas alíneas *e*) e *f*) do art.º 4.º (revisores oficiais de contas, técnicos oficiais de contas, auditores externos, consultores fiscais, notários, conservadores de registos, advogados, solicitadores e outros profissionais independentes), que prestem serviço ou sejam trabalhadores da mesma pessoa colectiva ou de um grupo de sociedades a que esta pertença, com propriedade ou órgãos de administração comuns; (iii) entre entidades financeiras e as entidades não financeiras das alíneas *e*) e *f*) do art.º 4.º, desde que a informação respeite a uma relação negocial comum, relativa ao mesmo cliente e desde que estejam sujeitas a obrigações equivalentes de sigilo profissional e de protecção de dados pessoais. Requisito comum é que todas estas entidades e pessoas, difusoras e receptoras da informação, se encon-

trem estabelecidas em Estados membros ou em países terceiros equivalentes em matéria de prevenção do branqueamento e do financiamento do terrorismo (v. a definição no n.º 8 do art.º 2.º, que remete para portaria do Ministro das Finanças o elenco completo).

Algumas destas excepções podem ser acusadas de excessiva latitude. Por exemplo, levado ao extremo o disposto no art.º 19.º, 3, b, um conjunto indeterminado de advogados, solicitadores ou notários que prestem serviço a uma entidade financeira multinacional poderiam trocar informações sobre clientes e processos de forma quase ilimitada, mesmo que os seus fins fossem apenas os fins preventivos definidos na lei.

3.9.3. O dever de segredo sobre a identidade de quem forneceu informações em cumprimento dos deveres dos arts. 16.º, 17.º e 18.º.

Como se viu, o art.º 20.º, n.º 2, comina com a pena de prisão até 3 anos ou com multa “quem, ainda que com mera negligência, revelar ou favorecer a descoberta da identidade de quem forneceu as informações, ao abrigo dos artigos [16.º, 17.º e 18.º]”.

Observe-se que não é tipificada toda e qualquer quebra do dever de segredo enunciado na art.º 19.º, n.º 1. A lei procede a um duplo corte: (i) dentro de todas as informações protegidas pelo dever de segredo do art.º 19.º, n.º 1, recorta as que resultam do cumprimento dos arts. 16.º, 17.º e 18.º, que corporizam apenas *algumas* das comunicações legalmente devidas; (ii) e no âmbito destas informações recorta aquelas que especificamente revelem ou favorecem a descoberta da identidade de quem, no âmbito de uma entidade colectiva, ou a título individual, forneceu as informações a que se reportam aqueles três preceitos (16.º, 17.º e 18.º). O legislador sinaliza de modo particularmente enfático a preocupação (também patente no art.º 27.º da Directiva de 2005) em proteger a(s) pessoa(s) que protagonizaram em concreto o fornecimento da informação, admitindo que, pela sua individualidade, sejam susceptíveis de ficar especialmente desprotegidas ou vulneráveis perante eventuais agentes de um crime de branqueamento

ou de financiamento do terrorismo ou, simplesmente, de pessoas desagradadas pela circunstância de aspectos íntimos da sua vida terem sido expostos. Nessa perspectiva pode compreender-se a opção legal (embora não a tutela penal...) para proteger com especial vigor os interesses dessas pessoas, só não sendo inteiramente óbvia a razão porque outros sujeitos não beneficiam de igual protecção (por exemplo quem fornece as informações no contexto dos arts. 27.º ou 28.º, ou as pessoas das autoridades de supervisão e de fiscalização). Todavia, tratando-se de uma norma tipificadora de uma infracção penal, é insusceptível de aplicação analógica.

Uma vez que as informações podem ser utilizadas em processo penal, se chegar um momento em que o processo é público e acessível a todos os sujeitos processuais e até a terceiros, a identidade de quem forneceu a informação poderá deixar de estar coberta pelo segredo. A lei não fornece nenhuma indicação de que pretenda preservar o segredo sobre quem prestou a informação mesmo nessa fase ⁽²⁷⁾.

Por último, o desdobramento ou especificação do dever de segredo implicitamente resultante do art.º 20.º, n.º 2, tem um âmbito pessoal *mais amplo* do que o recortado pelo art.º 19.º, uma vez que *todos* — quaisquer pessoas — estão sujeitos a ele e não apenas as categorias de entidades e pessoas enumeradas neste último.

3.10. Dever de controlo

Na Lei de 2004 o dever de controlo e de formação era tratado unitariamente pela lei. No entanto já era evidente que ele se deveria desdobrar em dois, conforme agora faz a Lei de 2008.

O dever de controlo é *instrumental* (tal como o de formação) em relação ao cumprimento de todos os restantes deveres até aqui

⁽²⁷⁾ Note-se que o n.º 3 do art.º 7.º, da Lei 36/94, de 29 de Setembro, sobre um dever de sigilo semelhante, no âmbito das medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira, estipula que o dever de sigilo cessa com a instauração do procedimento criminal.

desenvolvidos. Isto é, não existe por si próprio, mas apenas em função do objectivo do cumprimento dos restantes.

Segundo o art.º 21.º, o *dever de controlo* consiste na definição e aplicação de “políticas e procedimentos internos que se mostrem adequados ao cumprimento dos deveres previstos na [...] lei, designadamente em matéria de controlo interno, avaliação e gestão de risco e de auditoria interna, a fim de eficazmente prevenirem o branqueamento e o financiamento do terrorismo”.

A lei não define qual o grau de eficácia, de sofisticação ou de tecnologia dos mecanismos a serem criados. A decisão sobre esses aspectos fica em geral na disponibilidade dos próprios sujeitos do dever, sendo certo que incorrerão em responsabilidade se não criarem mecanismos minimamente adequados para um desempenho razoável da missão de reconhecimento de operações relacionadas com a prática dos crimes de branqueamento e de financiamento do terrorismo. Haverá, por isso, um mínimo variável de caso para caso e de actividade para actividade: os mecanismos de um complexo sistema financeiro não serão iguais aos mecanismos de uma empresa de mediação imobiliária.

A formulação do art.º 21.º poderia levar a concluir que os destinatários destes deveres são apenas as organizações ou pessoas colectivas. Numa primeira apreciação, poderia julgar-se que estes deveres só fazem sentido em ambientes integrados por um número razoável de pessoas, onde haja distribuição de funções, uma estrutura organizativa e procedimentos internos de decisão e de circulação da informação. No entanto, as pessoas enquadráveis nas chamadas entidades não financeiras, que não exerçam a sua profissão na qualidade de assalariado de uma pessoa colectiva, são também responsáveis pelo cumprimento destes deveres. Só não serão individualmente responsáveis se integradas numa pessoa colectiva. Destinatárias destes deveres são todas as entidades financeiras e não financeiras, pessoas colectivas ou singulares, que no diploma recebem o encargo de cumprir outros deveres de prevenção e repressão do branqueamento e do financiamento do terrorismo. O art.º 21.º, apesar de se coadunar mais facilmente com a realidade das pessoas colectivas, deve ser interpretado e *adaptado* aos casos das pessoas singulares sujeitas aos deveres de prevenção e repres-

são daqueles crimes, como é o caso, designadamente, dos profissionais liberais.

No que toca aos funcionários/oficiais públicos (como os conservadores dos registos, por exemplo), embora os deveres recaiam sobre eles individualizadamente, estão integrados numa organização mais vasta a quem competirá criar os mecanismos de controlo.

3.11. Dever de formação

Quanto ao *dever de formação*, ele traduz-se no dever das entidades sujeitas tomarem “as medidas necessárias para que os dirigentes e empregados, cujas funções sejam relevantes para efeitos da prevenção do branqueamento e do financiamento do terrorismo, tenham um conhecimento adequado das obrigações impostas pela legislação e regulamentação em vigor nesta matéria” (art.º 22.º, 1). Sobre o conteúdo e programas da formação, dispõe o n.º 2 do artigo citado.

Também o art.º 22.º, n.º 1, poderia induzir a ideia de que os destinatários deste dever de formação são apenas as organizações ou pessoas colectivas. No entanto, as pessoas enquadráveis nas chamadas entidades não financeiras, que não exerçam a sua profissão na qualidade de assalariado de uma pessoa colectiva, são também responsáveis pelo cumprimento destes deveres. Só não serão individualmente responsáveis se integradas numa pessoa colectiva. Tal como referimos a propósito do art.º 21.º, também o art.º 22.º, apesar de se coadunar mais facilmente com a realidade das pessoas colectivas, deve ser interpretado e *adaptado* aos casos das pessoas singulares sujeitas aos deveres de prevenção e repressão do branqueamento e do financiamento do terrorismo, como é o caso, designadamente, dos profissionais liberais, os quais terão o dever de *procurar formação*, adaptando o conteúdo e os termos dessa formação ao disposto no art.º 22.º.

No caso das pessoas integradas em pessoas colectivas ou ao serviço de profissionais liberais, coloca-se, porém, a questão de saber se estão sujeitos a uma obrigação legal de frequentar formação proporcionada pelos seus empregadores. Não sendo esta uma formação no interesse *próprio* dos funcionários, mas no interesse

público do combate ao branqueamento, não parece congruente com o espírito do diploma que os funcionários se possam eximir ou escusar da frequência das acções de formação executadas em cumprimento dos dispositivos legais.

4. DEVERES DO ESTADO

4.1. O Instituto de Gestão Financeira e do Crédito Público

O Instituto de Gestão Financeira e do Crédito Público, organismo da Administração indirecta do Estado é uma das entidades financeiras sujeitas a todos os deveres gerais e aos deveres específicos das entidades financeiras.

4.2. Autoridades de supervisão e de fiscalização

As autoridades de supervisão e fiscalização devem emitir alertas e difundir informação actualizada sobre tendências e práticas conhecidas, com o propósito de prevenir o branqueamento e o financiamento do terrorismo (art.º 42.º).

4.3. Unidade de Informação Financeira — dever de retorno

A UIF para além de emitir alertas e de difundir informação actualizada sobre tendências e práticas conhecidas, com o propósito de prevenir o branqueamento e o financiamento do terrorismo, está obrigada a dar retorno de informação às entidades sujeitas (bem como às autoridades de supervisão e fiscalização) sobre o encaminhamento e o resultado das comunicações produzidas no exercício do dever de comunicação do art.º 16.º (art.º 43.º). Já em 2004 entendíamos *de jure condendo* que o dever de informação às entidades sobre o destino ou a tramitação dada às comunicações e informações transmitidas por aquelas deveria ser instituído ⁽²⁸⁾.

⁽²⁸⁾ *O crime...*, p. 125.

Embora não fosse nem seja possível, nem desejável, criar mecanismos de quebra do segredo de justiça sobre casos concretos, quando esteja em vigor, pode conceber-se um sistema de informação que permita pelo menos à entidade conhecer quantas das suas comunicações deram lugar a uma investigação ou a um processo e quantas (sem especificar quais) geraram suspeitas efectivas, ou certeza, de branqueamento de capitais⁽²⁹⁾. O simples facto de as entidades verificarem que o seu esforço foi correspondido pelo empenho e atenção da autoridade judiciária poderá ter um impacto positivo na sua própria dedicação e diligência. O *dever de retorno* está agora consagrado no art.º 43.º, dando sequência ao art.º 35.º, n.º 3, da Directiva de 2005.

4.4. Unidade de Informação Financeira e Direcção Geral da Política de Justiça — dever de recolha, manutenção e publicação de dados estatísticos

A UIF deve manter actualizados dados estatísticos, acessíveis ao público em geral, sobre as transacções comunicadas, o respectivo encaminhamento e o resultado de tais comunicações (art.º 44.º, n.º 1).

Por seu turno, a Direcção Geral da Política de Justiça deve proceder à publicação de dados estatísticos sobre prevenção do branqueamento e do financiamento do terrorismo (art.º 44.º, n.º 3).

O art.º 35.º, n.º 2, da Directiva de 2005, estatui um dever ou, mais rigorosamente, um ónus dos Estados. Estes devem assegurar que as instituições e as pessoas (as entidades) sujeitas ao disposto na Directiva “tenham acesso a informações actualizadas sobre as práticas de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo, bem como sobre os indícios que permitem identificar transacções suspeitas”. É um ónus a que o Estado não se pode exi-

⁽²⁹⁾ Faz uma sugestão parecida **Patrício Paul**, «A Banca...», 54, encaramos com maior reserva que as autoridades judiciárias possam informar com quebra do segredo de justiça se *uma operação concreta* foi considerada relacionada com o narcotráfico ou qualquer outro facto ilícito típico subjacente ao branqueamento ou com o financiamento ao terrorismo.

mir e que deve ser cumprido exemplarmente, sob pena de não ser exigível que as entidades sujeitas aos encargos que estudámos os cumpram pontual e diligentemente. Como o deverá fazer? A Lei de 2008 criou finalmente o enquadramento para o cumprimento da injunção da Directiva (que já vinha pelo menos de 2001). O cumprimento deste dever implica arranjos institucionais a vários níveis que envolvem algumas alterações profundas ao nível da orientação de certos serviços (nomeadamente, entidades judiciais e órgãos de polícia criminal) e mobilização de recursos. Mas a omissão reiterada do desenvolvimento de mecanismos que permitam o acesso a informação adequada constituirá uma circunstância dirimente para o incumprimento, ou para o incumprimento parcial, de certos deveres que suponham um maior conhecimento dos meandros, dos métodos e dos processos do branqueamento e do financiamento do terrorismo, como é o caso dos deveres de exame, de comunicação e de abstenção.

5. EM ESPECIAL: OS ADVOGADOS (E OS SOLICITADORES)

Versaremos agora as soluções adoptadas para os advogados. Estes são, juntamente com os solicitadores, os únicos a quem a lei nacional comete a consulta jurídica e o patrocínio judiciário, sendo, por isso, as duas únicas categorias profissionais que podem em Portugal beneficiar do regime especial previsto pelo art.º 23.º, n.º 2, da Directiva de 2005 (em termos semelhantes, mas não totalmente coincidentes, à Directiva de 2001) para as profissões forenses.

O que dissermos a partir daqui sobre os advogados *vale indiferentemente para os solicitadores*, apenas com a óbvia diferença de que o organismo profissional destes é a Câmara dos Solicitadores, dirigida por um Presidente (v. Decreto-Lei n.º 88/2003, de 26 de Abril).

Na senda da Directiva, o legislador optou por identificar um conjunto de operações a propósito das quais, se houver intervenção do advogado, se activam para este os vários deveres do sistema de

prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo.

De acordo com o art.º 4.º, alínea f), são operações: de compra e venda de bens imóveis, estabelecimentos comerciais e participações sociais; relativas a gestão de fundos, valores mobiliários ou outros activos pertencentes a clientes; de abertura e gestão de contas bancárias, de poupança e de valores mobiliários; de criação, exploração ou gestão de empresas, ou estruturas de natureza análoga, bem como de centros de interesses colectivos sem personalidade jurídica; financeiras ou imobiliárias, em representação do cliente; de alienação e aquisição de direitos sobre praticantes de actividades desportivas profissionais.

Conforme a Directiva, mas com uma técnica normativa diferente, a Lei de 2008 distingue duas formas de o advogado intervir ou assistir na operação: (i) em representação (ou em nome) do cliente; (ii) por conta de um cliente, sem ser em representação deste.

A intervenção ou assistência em *representação do cliente* é considerada pela lei uma situação de maior envolvimento ou empenho na posição jurídica do cliente, pelo que os deveres são activados sempre que estiver em causa *qualquer* operação financeira ou imobiliária, qualquer que seja a sua natureza. É o que resulta do ponto v. da alínea f) do art.º 4.º. Nestas operações financeiras e imobiliárias não cabem apenas as dos restantes pontos daquela alínea f). Por exemplo, as operações imobiliárias não são apenas as de compra e venda de bens imóveis.

Diversamente, quando intervém ou assiste na operação simplesmente *por conta* do cliente, é este quem continua a praticar os actos juridicamente relevantes e não o advogado em sua representação. Neste caso de menor envolvimento do advogado, a lei enumera taxativamente as operações que activam os seus deveres: são as dos pontos i., ii., iii., iv., e vi. da alínea f) do art.º 4.º. O ponto v. está excluído porque, conforme vimos, se aplica apenas quando o advogado intervém ou assiste na operação em *representação* do cliente.

Note-se que a possibilidade de intervenção ou assistência na operação *noutras circunstâncias* que não por conta de um cliente,

em rigor não será aplicável aos advogados mas apenas a outras pessoas singulares e colectivas referidas no proémio da alínea f).

É só no âmbito destas operações e preenchidos os pressupostos legais sobre o grau de participação do advogado, que a lei cria um regime específico, contido no art.º 35.º, preceito que, ao invés do que sucedia com o preceito correspondente da Lei de 2004 (art.º 30.º), se refere exclusivamente aos advogados e solicitadores. Além dos deveres a que os advogados já estão estatutariamente vinculados e dos deveres gerais de *identificação*, de *diligência*, de *recusa*, de *conservação*, de *exame*, de *segredo*, de *controlo* e de *formação*, os advogados estão sujeitos aos deveres de *comunicação*, *abstenção* e *colaboração* conforme as especificações do art.º 35.º. Antes de versarmos estes últimos, há outros deveres, que merecem alguns comentários.

Sobre os *deveres de controlo e de formação*, previstos nos arts. 21.º e 22.º, importa frisar que a sua aplicação aos advogados requer algumas adaptações. Na verdade, a noção “de processos de controlo interno e de comunicação que possibilitem o cumprimento” dos deveres não se coaduna sem mais ao exercício profissional da advocacia. Por isso, quanto muito pode entender-se que os advogados devem criar condições para uma permanente formação e actualização sobre as questões do branqueamento.

Os *deveres de comunicação e de colaboração* são, como se viu, os que contendem mais intensamente com o segredo profissional. Também relevantes nessa linha de preocupações são os deveres de *abstenção* e de *segredo*.

Quanto aos limites negativos à quebra do segredo profissional dos advogados, a lei portuguesa utilizou a faculdade (e até talvez a *indicação*) da Directiva no sentido de salvaguardar aquele direito-dever em certas circunstâncias. Com efeito, no âmbito das operações enumeradas na alínea f) do art.º 4.º, únicas que activam os deveres de comunicação e de colaboração dos advogados (e os restantes deveres de prevenção, bem entendido), nunca são dadas 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”, conforme se lê no n.º 2 do art.º 35.º.

Deste inciso resulta com toda a clareza e sem qualquer restrição a preservação das informações obtidas no âmbito do *mandato ou do patrocínio judicial*. A lei, como a Directiva de 2005 (e já antes, a de 2001), esforçou-se por cobrir todas as hipóteses. São protegidas as informações obtidas antes, durante ou depois do processo: (i) no exercício da missão de defesa ou representação do cliente num processo judicial; (ii) a respeito de um processo judicial; (iii) no âmbito do aconselhamento relativo à maneira de propor um processo; (iv) no âmbito do aconselhamento relativo à maneira de evitar um processo (estando talvez as duas últimas alíneas já mais na zona da consulta jurídica do que na do mandato judicial).

Já no que toca à consulta jurídica, a redacção do art.º 35.º, n.º 2, é menos generosa. Na verdade, a Lei de 2008 adoptou uma formulação que parece não abranger tudo o que resultar da actividade de consulta jurídica, ao aludir a “informações obtidas no contexto da avaliação jurídica do cliente, *no âmbito da consulta jurídica*” (sublinhado nosso). Esta fórmula normativa indicia que o legislador considerou a consulta jurídica algo mais amplo que a determinação da situação jurídica, uma vez que esta é feita *no âmbito* da consulta jurídica, podendo por isso haver consulta jurídica que não se traduza na avaliação da situação jurídica do cliente. Mesmo considerando que o aconselhamento relativo à maneira de propor ou evitar um processo (em concreto e não em abstracto, presume-se) está protegido, admite-se que o legislador não quis salvaguardar toda a informação obtida no exercício da consulta jurídica. Difícil, porém, é avaliar com certeza o que fica de fora, uma vez que não há nenhuma indicação precisa. Mas certamente que tudo o que for consulta jurídica que não se possa considerar simples *avaliação da situação jurídica do cliente* fica de fora da zona de salvaguarda do segredo profissional do advogado para efeitos da Lei de 2008 e está potencialmente sujeito ao dever de comunicação. Assim, o advogado que é contratado para elaborar um contrato, para aconselhar sobre uma operação de compra de imóveis ou de sociedades comerciais, para colocar de forma juridicamente correcta certos recursos financeiros em valores mobiliá-

rios numa zona *off shore*, não está a praticar uma acto de simples avaliação da situação jurídica do cliente.

Mesmo assim pode dizer-se que lei interna não foi além do mínimo exigido pela Directiva no que toca à quebra do segredo profissional dos advogados. O núcleo essencial do exercício profissional da advocacia ficou salvaguardado, embora, como se verá de seguida, a barreira de protecção criada em 2004 em torno do advogado seja hoje mais ténue.

Para o exercício do dever de comunicação, a lei estabelece um regime especial para os advogados. Sempre que qualquer advogado entenda que as circunstâncias determinam que proceda a uma comunicação de suspeita de branqueamento ou de financiamento do terrorismo, essa comunicação é feita ao Bastonário da Ordem dos Advogados (art.º 30.º, n.º 2). O Bastonário, por seu turno, envia a comunicação *prontamente e sem filtragem* para o Procurador Geral da República (ou para o magistrado em quem este delegar, art.º 33.º) e para a UIF.

Por força da Directiva de 2005 (art.º 23.º, n.º 1), o sistema da Lei de 2008 é significativamente diferente do que constava na Lei de 2004. Nesta o Bastonário só enviava a comunicação ao PGR se *considerasse que tal se justificava*, isto é, se também ele, tal como o advogado, entendesse que se estava perante uma operação que configurava, indiciava ou fazia suspeitar da prática de crime de branqueamento. Além disso, o Bastonário devia certificar-se que não se verificavam as circunstâncias do antigo n.º 3 do art.º 30.º da Lei de 2004, idênticas às do art.º 35.º, n.º 2, da Lei de 2008, acima transcrito. Para poder decidir, o Bastonário tinha acesso a toda a informação, podendo ouvir, se necessário, o advogado. Daqui se extraía que o Bastonário tinha a última palavra, competindo-lhe a avaliação decisiva dos factos. Mas se concluísse que estavam preenchidos os pressupostos da lei não podia deixar de fazer a comunicação.

Na redacção actual da lei, o Bastonário tem de fazer a comunicação *prontamente e sem filtragem* (as expressões foram transpostas da Directiva de 2005, sem alterações). O sentido do inciso é inequívoco: do Bastonário exige-se uma actuação célere que não deve deixar transcorrer mais do que um ou dois dias (o prazo de dois dias úteis do art.º 17.º, n.º 3, é um bom referencial); o

Bastonário funciona agora como mera caixa do correio, sem qualquer margem de apreciação ou domínio do fluxo de comunicações⁽³⁰⁾.

Relacionados com isto estão o dever de *abstenção* e o correlativo dever de *informação*. Nos termos do art.º 17.º, n.º 1, o dever de abstenção consiste na proibição de executar operações sobre as quais recaia o conhecimento ou a suspeita de estarem relacionadas com a prática do crime de branqueamento e de financiamento do terrorismo. O advogado está sujeito a este dever, quer por força do seu próprio estatuto, quer por força da Lei de 2008 (art.º 35.º, n.º 3), quer até por força da lei penal, uma vez que a execução da operação pode ser já participação no crime de branqueamento. Nos termos do n.º 2 do art.º 17.º, tem de ser enviada ao PGR e à UIF *informação* sobre a abstenção e sobre esta operação iminente ou em curso. Recebida a informação, o PGR decide se emite ordem de suspensão (que consolidará a abstenção entretanto decidida pelo advogado). Se determinar a suspensão, a sua decisão tem de ser confirmada pelo juiz de instrução criminal no prazo de dois dias úteis, sob pena de a ordem de suspensão ficar sem efeito e de a operação poder ser executada se o advogado *assim entender*. Na verdade, pode o advogado considerar que não deve executar a operação por, no *seu próprio juízo*, esta se afigurar ilícita, apesar de o juiz de instrução não se ter pronunciado a favor da suspensão, por não lhe ter sido submetida a questão em prazo, ou por ter decidido contra a suspensão. O dever de abstenção e de informação, tal como enunciado no art.º 17.º, n.º 2, cumpre-se também através do

⁽³⁰⁾ É discutível, nesta circunstância, se a comunicação não devia, então, ser feita directamente pelo advogado, como defendia **Augusto Lopes Cardoso**, «A Directiva sobre o branqueamento de capitais e o segredo profissional da advocacia», in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 27, Jul-Ag. 2003, pág. 35-6. Embora menos do que face à redacção de 2004, continuamos a entender que merece aplauso a solução escolhida pela lei. No branqueamento de capitais (e no financiamento do terrorismo) frequentemente não está em causa uma relação *normal* entre um advogado e um cliente, perante o qual aquele deve assumir, sozinho, as suas opções. O branqueamento de capitais envolve, cada vez mais, organizações altamente organizadas, poderosas e altamente manipuladoras. Para lidar com esse fenómeno, o advogado deve ser institucionalmente enquadrado e suportado pela sua Ordem, sendo indesejável que fique só e isolado perante um fenómeno que pode ultrapassar largamente as suas forças e a sua capacidade. O advogado ficará mais protegido e mais capaz de decidir bem se aparecer respaldado por uma lógica de actuação institucional.

mecanismo do art.º 35.º, n.ºs 1 e 3, isto é, com a intermediação do Bastonário e nos mesmos termos (art.º 30.º, n.º 3) ⁽³¹⁾.

O cumprimento do *dever de colaboração* está sujeito a um enquadramento jurídico apenas em parte semelhante ao do cumprimento do dever de comunicação. Logo que solicitada a assistência pela autoridade judiciária, o advogado faculta a informação ao bastonário da Ordem que a transmite prontamente e sem filtração àquela autoridade. O mandado de colaboração é endereçado directamente ao advogado (art.º 30.º, n.º 3), que, por seu turno, suscita a intervenção do Bastonário, facultando-lhe os elementos solicitados. Ao invés do que sucedia na Lei de 2004, o Bastonário não pode sequer avaliar se se está perante uma situação enquadrada pelo n.º 2 do art.º 35.º

Note-se que o art.º 35.º se refere apenas a “autoridade judiciária”, não dizendo, como o art.º 18.º, “autoridade judiciária *responsável pela direcção do inquérito*”. Uma interpretação possível seria a de que o legislador pretende vincular o advogado ao dever de colaboração com toda e qualquer autoridade judiciária “dona” do processo em qualquer das suas fases, incluindo juiz de instrução e juiz de julgamento. No entanto, esta interpretação conduziria a que os advogados estivessem sujeitos a um dever de colaboração mais extenso do que os outros sujeitos, hipótese que não tem qual-

⁽³¹⁾ Relacionado com o dever de abstenção está a delicada questão respeitante aos honorários do advogado. Se este, tendo prestado um serviço de consulta jurídica ou de patrocínio judiciário ou qualquer outro serviço no exercício da sua profissão, tenha ou não o dever de comunicar, de colaborar ou de se abster, concluir que o seu cliente pretende pagar os seus honorários com meios financeiros provenientes da prática de crimes subjacentes ao branqueamento, poderá aceitar ou deve recusar-se a receber sob pena de poder ser acusado de branqueamento? A questão era mais delicada face a legislação anterior a 2004. Hoje não se vê que essa factualidade possa caber nos n.ºs 2 e 3 do art.º 368.º-A do Código Penal, particularmente se os honorários se destinarem a pagar os serviços prestados no âmbito do direito de defesa do cliente ou do seu direito de acesso à consulta jurídica. Sobre isto, no contexto do quadro legal anterior, mas com relevância para o regime actualmente vigente, v. **Jorge Duarte, Branqueamento...**, 153-6 (propõe, por exemplo, uma norma que determine que em caso de condenação do cliente o advogado seja pago pelo Estado) e 201; **Rodrigo Santiago**, «O “branqueamento” de capitais e outros produtos do crime» in *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, vol II, Coimbra, 1999, 546-7; **Jorge de Almeida Cabral**, «O crime de branqueamento...», 82; **António Lourenço Martins**, «Branqueamento...», 474.

quer âncora na Lei de 2008, antes pelo contrário, como se verá seguidamente. Por isso, o entendimento mais razoável é o de que a expressão “autoridade judiciária” do art.º 35.º, n.º 3, deve ser integrada por remissão para o art.º 18.º, considerando-se assim que se trata da autoridade judiciária responsável pela direcção do inquérito e só dessa.

O art.º 35.º, n.º 3, tem uma redacção muito semelhante ao preceito equivalente da lei de 2004 (art.º 30.º, n.º 5). Por isso, o pedido de assistência no âmbito do dever de colaboração dos advogados continua a poder ser efectuado unicamente pela autoridade judiciária (a autoridade judiciária *responsável pela direcção do inquérito*) e não por todas as restantes entidades agora enumeradas no art.º 18.º. Ou seja, diferentemente do que sucede com todas as restantes entidades sujeitas não abrangidas pelo art.º 35.º, o dever de colaboração dos advogados exercita-se perante a autoridade judiciária responsável pela direcção do inquérito (e só perante ela, estando excluídos, designadamente, o PGR, a UIF e os órgãos de polícia criminal).

A assistência à autoridade judiciária visa apoiá-la no exercício das suas competências de prevenção e de repressão dos crimes de branqueamento e de financiamento do terrorismo. *Tem de estar em curso* um inquérito devidamente formalizado. Isto é, o Ministério Público (ou, por delegação, um órgão de polícia criminal) deverá já ter aberto o inquérito. A colaboração não pode ser solicitada em nenhuma outra circunstância. Designadamente, é extemporânea quando ainda estiverem em curso meras acções de prevenção criminal específica tendente à recolha de informações que permitam chegar a uma eventual notícia do crime que dará *então* lugar à abertura de um processo penal.

A colaboração só pode ser solicitada para a prevenção e repressão de crimes de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo. Além disso, a assistência e as informações solicitadas têm de resultar da actividade normal do advogado chamado a colaborar. A autoridade judiciária não pode pedir informações que não resultem do exercício normal da actividade, ou que exijam do advogado um esforço anormal ou até a promoção de acções de investigação de todo estranhas à sua actividade.

O *dever de segredo* do art.º 19.º é aplicável, nos termos gerais, aos advogados. Não poderá, por conseguinte, o advogado revelar ao cliente ou a terceiros qual o teor de actos ou informações que praticou ou transmitiu no âmbito dos deveres de comunicação, de abstenção e de colaboração ou sequer que transmitiu uma informação. Também não pode revelar que se encontra em curso uma investigação criminal, ou que irá ser aberta, se o cliente ainda não o souber. Quem revelar ou favorecer a descoberta da identidade de advogado que tenha fornecido informações no cumprimento dos deveres de comunicação, abstenção e colaboração é punido com a pena do art.º 20.º, n.º 2.

A sujeição dos advogados ao dever de segredo deve ser, porém, condimentada com o disposto no art.º 36.º: “a tentativa de dissuasão de um cliente de realizar um acto ou actividade, considerada ilegal nos termos da presente lei, pelas pessoas referidas nas alíneas e) e f) do artigo 4.º não configura divulgação de informação proibida nos termos do n.º 1 do artigo 19.º”. Esta ressalva aplica-se aos advogados e a outros profissionais liberais, profissionais independentes e oficiais públicos sujeitos a deveres. A redacção do preceito não é obviamente perfeita, mas subentende-se que se pretende exonerar estes profissionais quando estes utilizem determinado tipo de informações para dissuadir o cliente de realizar um acto ou actividade de branqueamento ou de financiamento do terrorismo (únicos actos ou actividades do cliente que a Lei tipifica, designadamente no art.º 2.º, n.º 1).

O advogado que pretenda dissuadir o cliente (e só o cliente) da prática de um acto ou actividade, como é, aliás, sua obrigação, obviamente terá de o fazer através de uma argumentação jurídica alicerçada em factos conhecidos. Por isso estará obrigado a respeitar balizas na definição das informações que pode utilizar (ou até revelar) para a construção da sua argumentação. Já vimos que está proibido revelar ao cliente o teor concreto de actos ou informações que o advogado praticou ou transmitiu no âmbito dos deveres de comunicação, de abstenção e de colaboração ou sequer que transmitiu uma informação. Também não pode revelar que se encontra em curso uma investigação criminal, ou que irá ser aberta, se o cliente ainda não o souber. Mas sem que haja violação do dever de

segredo pode o advogado, por exemplo, elucidar o cliente de que se certa operação vier a ser realizada configura ou pode ser objecto de suspeita de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, desencadeando, por isso, os deveres de comunicação e de abstenção. E também se afigura possível, no limite, que o advogado, já depois de iniciada uma certa actividade pelo cliente e de terem sido cumpridos deveres, por ele ou por terceiros, de comunicação ou colaboração, o procure dissuadir de prosseguir a actividade sem divulgação de qualquer das informações que a lei proíbe que divulgue, mas apenas com um argumentário abstracto, de natureza teórico-jurídica. Em qualquer caso, o balanceamento entre a informação que pode utilizar e divulgar sem quebra do dever de segredo e a que não pode utilizar nem divulgar tem de ser feita em concreto pelo advogado.

A lei de 2004 não diz nada sobre a situação específica dos advogados que exerçam a sua profissão na qualidade de empregados com contratos de trabalho. Isso significa que em relação a esses se aplica o regime geral. Isto é, se estiverem inscritos na sua associação de direito público, com inscrição activa, o cumprimento dos deveres previstos na lei está sujeito ao mesmo enquadramento e os mecanismos de comunicação e de colaboração, bem como os procedimentos de abstenção e suspensão, são idênticos àqueles que vigoram para os advogados e solicitadores em regime de profissão liberal

Sempre que qualquer advogado não cumpra as obrigações que lhe são impostas pela lei, fica sujeito a sanções disciplinares (e não à aplicação de coimas), nos termos do estatuto da Ordem dos Advogados, competindo a esta aplicar a sanção disciplinar que entenda mais conveniente, para o que deve promover a abertura e realização do competente procedimento disciplinar (art.º 58.º, n.ºs 1). As penas disciplinares são as que constam do n.º 2 do art.º 58.º. Na aplicação das penas disciplinares e na respectiva medida e graduação deve atender-se à gravidade da violação dos deveres pelos advogados, tomando como referência os critérios do art.º 126.º do Estatuto da Ordem dos Advogados. Também esta solução legal procura preservar a independência dos advogados, tratando a violação dos deveres legais como mera questão disciplinar a ser sancionada internamente, pelos seus pares.

6. A EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE

Assinalou-se antes que o cumprimento dos deveres previstos na lei envolve de forma geral a quebra de deveres para com outras pessoas. Envolve a inobservância de *deveres resultantes de direitos, liberdades e garantias constitucionais*, como a garantia da reserva da intimidade da vida privada (art.º 26.º, n.º 1, da CRP), eventualmente o direito ao bom nome e reputação (*idem*), a garantia do sigilo da correspondência e de outros meios de comunicação privada (art.º 34.º da CRP), a garantia do não acesso a dados pessoais por terceiros (art.º 35.º, n.º 4, CRP). Esta circunstância determina, aliás, que as disposições que traçam os contornos e o conteúdo dos deveres de prevenção e repressão do branqueamento respeitem estritamente o disposto no art.º 18.º, n.ºs 2 e 3, da CRP, sobre a restrição de direitos, liberdades e garantias, designadamente a regra da reserva de lei (reserva de lei da Assembleia da República). São também quebrados deveres estatutários, como o dever de lealdade, ou o dever de sigilo profissional impendente sobre muitas profissões e instituições: as instituições bancárias, os advogados, notários, solicitadores e outros profissionais, etc. Porventura haverá ainda deveres ou obrigações de natureza legal e administrativa desrespeitados, bem como deveres contratuais, como o dever de praticar certas operações em certo tempo e em certas circunstâncias.

Esta enumeração é meramente exemplificativa, mas serve para compreender a regra geral do art.º 22.º, n.º 1, que transpõe o art.º 26.º da Directiva de 2005 e retoma a doutrina do anterior art.º 13.º do DL 325/95, de 2 de Dezembro, não obstante as críti-

(32) V. Oliveira Ascensão, «Branqueamento...» 353; concordante, Nuno Brandão, *Branqueamento...*; considerando a transposição do art.º 9.º da Directiva de 2001 (art.º 26.º da Directiva de 2005) em princípio desnecessária, uma vez que a quebra do sigilo se consideraria justificada nos termos do art.º 31.º, n.º 2, alínea c) do Código Penal e do regime geral das contra-ordenações, o que implicaria a exclusão da ilicitude; v. também Jorge Godinho, *Do crime...*, 23 sustentando que ao contrário do que o enunciado normativo transmite há, de facto, violação do dever de segredo. Porém erradamente. O dever de segredo é normativamente delimitado e o que a norma do art.º 20.º, n.º 1, determina é justamente que não estão sujeitos a segredo determinados factos. Isto é, delimita negativamente o dever de segredo, enunciando factos que *não estão* no círculo daqueles sobre os quais certas pessoas ou entidades estão obrigadas a guardar sigilo.

cas a que foi submetida ⁽³²⁾. Embora se mencione apenas o dever de segredo, deve entender-se que o cumprimento dos deveres dos arts. 16.º, 17.º e 18.º (comunicação, abstenção/suspensão, colaboração), bem como de outros deveres não mencionados no art.º 20.º, n.º 1 (como o dever de diligência, ou o dever de exame, na medida em que isso possa envolver a indagação de factos relacionados com a intimidade ou os negócios do cliente ou de terceiros), não constitui violação de *qualquer dever*, de segredo ou outro, antes sendo valorado pela lei como o imperativo cumprimento de dever imposto pelo interesse público. Por isso é excluída qualquer responsabilidade, *criminal, disciplinar, civil ou outra*.

Além do requisito de se tratar de uma conduta em cumprimento de um daqueles deveres, para a exclusão da responsabilidade o art.º 20.º, n.º 1, exige que as informações tenham sido prestadas de *boa fé*. Em contrapartida, não exige que a invocação de razões para a suspeita, de suspeita ou de certeza da prática de branqueamento de capitais seja validada por posterior investigação ou sanção criminal. Tão pouco requer a prova de que existia um *fundamento mínimo* para qualquer invocação de razões para a suspeita, de suspeita ou de certeza.

A exigência de *boa fé* pode resultar dos princípios gerais ⁽³³⁾, mas nem por isso está isenta de dúvidas, particularmente se a motivação que move o agente se desviar dos objectivos de prevenção e de repressão do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo. Se a entidade transmite a informação ou se abstém de executar uma operação convicta do seu dever legal e do bem fundado da suspeita ou da certeza, mas também movida pela vontade de prejudicar um dado cliente, *quid juris?* A questão terá pertinência sobretudo quando se comprova que aquela entidade avaliou mal a situação e, afinal, não havia fundamento para a sua conduta. Nesta hipótese deverá apurar-se se o que motivou o acto da entidade influenciou a sua avaliação das circunstâncias. Se sim deve considerar-se que houve má fé. Se não, a motivação desviada não tem relevância para a valoração da licitude da conduta da entidade.

⁽³³⁾ Nuno Brandão, *Branqueamento...*, 51.

Este regime é porventura essencial para se garantir a eficácia do sistema sem constrangimento intransponível para as entidades. Mas não deixa de ser altamente penalizador para alvos inocentes de comunicações, abstenções e colaborações lesivas de interesses merecedores de uma tutela mínima. Face à evolução recente da regulamentação da responsabilidade, designadamente da responsabilidade objectiva e da responsabilidade extracontratual dos órgãos do Estado, parece legítimo sustentar que alguma forma de responsabilidade deveria ser acautelada em situações onde se comprova que a transmissão da informação foi feita de boa fé, mas que quaisquer indícios, suspeitas ou até “certezas” se revelaram infundadas após apreciação ou investigação. Se uma entidade serve de boa fé e com escrúpulo um interesse público de excepcional relevância, não seria de todo desrazoável que o Estado pudesse ser responsabilizado por eventuais danos sofridos pelo cliente ⁽³⁴⁾. Seria uma solução excepcional. Mas excepcional é, também, a situação de “requisição” a que a lei sujeita muitas entidades públicas e privadas em nome de interesses de prevenção e de repressão criminal.

Lisboa, Agosto de 2008

⁽³⁴⁾ Aparentemente neste sentido, já Gil Galvão, «O branqueamento...», cit., 147.