

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

M. POIARES MADURO

apresentadas em 14 de Dezembro de 2006¹

1. A obrigação de informar as autoridades competentes de todo e qualquer facto do seu conhecimento, que possa ser um indício de branqueamento de capitais, imposta aos advogados pela Directiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Dezembro de 2001, que altera a Directiva 91/308/CEE do Conselho relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais (JO L 344, p. 76), é conforme com o direito comunitário e com os princípios fundamentais que este protege? A questão suscitada no presente processo deve levar o Tribunal de Justiça a interrogar-se sobre um dos valores fundamentais dos Estados de Direito que compõem a União Europeia, o segredo profissional do advogado². Embora este valor pareça incontestável, o regime jurídico da sua protecção continua contudo a ser incerto e controverso. Com que fundamento se deve conceder esta protecção? Podem admitir-se derrogações à mesma e, em caso afirmativo, em que condições? Segundo que critério deve realizar-se, na prática, a demarcação entre o que está e o que não está abrangido pelo segredo?

2. Este Tribunal não será o primeiro a colocar-se estas questões. Alguns órgãos jurisdicionais nacionais dentro e fora da União já tiveram de analisar problemas idênticos³. Além disso, o Tribunal de Justiça pode apoiar-se utilmente em alguns dos seus precedentes. Já consagrou na sua jurisprudência o princípio da confidencialidade da correspondência trocada entre o advogado e o seu cliente⁴ e reconheceu a especificidade da profissão de advogado e das regras a que esta obedece⁵.

I — Contexto do processo

3. A fim de perceber o que está em causa no presente processo, parece-me útil, a título

1 — Língua original: português.

2 — A protecção do segredo profissional é expressamente recordada no artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, nos termos do qual se consagra «o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial».

3 — Citemos, assim, por exemplo, a decisão da Cour suprême de Colombie britannique (Canadá) de 20 de Novembro de 2001. Tendo de se pronunciar sobre a questão de saber se os advogados deviam ficar isentos da obrigação de declarar ao centre d'analyse des opérations et des déclarations financières du Canada determinadas operações financeiras suspeitas, considerou útil fazer referência às disposições da Directiva 2001/97, que estava, então, na fase final de adopção.

4 — Acórdão de 18 de Maio de 1982, AM & S (155/79, Recueil, p. 1575). V., sobre este tema, o estudo de Vesterdorf, B. — «Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EC Law: Recent Developments and Currents Issues», em *Fordham International Law Journal*, 2005, p. 1179.

5 — Acórdão de 19 de Fevereiro de 2002, Wouters e o. (C-309/99, Colect., p. I-1577).

preliminar, reconstituir a génese da disposição controvertida e as condições em que foi posta em causa.

A — Contexto comunitário

4. Diz-se que o termo «branqueamento» tem origem numa prática que se desenvolveu nos Estados Unidos da América, que consistia em a criminalidade organizada adquirir lavandarias automáticas e empresas de limpeza de viaturas, com o fim de misturar as suas receitas provenientes, designadamente, do contrabando de álcool, na época da lei seca, com os lucros legalmente obtidos. Se se discute a origem do termo, o sentido do mesmo não é de forma alguma dúbio. O branqueamento de capitais designa um conjunto de acções cujo objectivo é conferir uma aparência legal a recursos de origem criminosos.

5. Sendo um fenómeno que acompanha e que tira mesmo vantagens da liberalização das trocas económicas mundiais, o branqueamento exige uma luta à medida da sua expansão, sob a forma de uma cooperação internacional⁶. O Conselho da Europa adoptou em 1980 uma recomendação relativa às medidas contra a transferência e a

colocação a salvo dos capitais ilícitos⁷. Embora tenha apenas carácter incentivador, este texto teve a virtude de lançar o movimento de luta internacional contra o branqueamento de capitais. Em 19 de Dezembro de 1988, foi adoptada em Viena a Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas⁸. Nesta convenção, o branqueamento de capitais foi declarado infracção penal e foram instituídas sanções. Em 1990, o Conselho da Europa adoptou uma Convenção relativa ao branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime⁹. Aprofundando a cooperação ao nível regional, esta convenção tem por efeito alargar a definição do conceito de branqueamento e obrigar os Estados signatários a adoptar medidas repressivas. Simultaneamente, foi instituído o Grupo de Acção Financeira contra o Branqueamento de Capitais (a seguir «GAFI»), um organismo internacional criado por iniciativa do G7 em Paris, em 1989, com vista a elaborar e a promover estratégias de combate a este flagelo. Desde 1990, o GAFI publicou uma série de quarenta recomendações destinadas a servir de base a uma luta coordenada à escala internacional¹⁰.

6. É neste contexto normativo já relativamente denso que a Comunidade Europeia

6 — V., neste sentido, quinto considerando da Directiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 2005, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo (JO L 309, p. 15).

7 — Recomendação n.º R (80) 10 do Conselho da Europa, relativa às medidas contra a transferência e a colocação a salvo dos capitais com origem criminosos, adoptada em 27 de Junho de 1980.

8 — Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, adoptada pela Conferência na sua sexta sessão plenária, em 19 de Dezembro de 1988.

9 — Conselho da Europa, Convenção relativa ao branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime, adoptada em Estrasburgo, em 8 de Novembro de 1990.

10 — GAFI, *Les Quarante Recommendations*, 1990, revistas em 1996 e em 2003.

toma a iniciativa de agir. Para esta, tratava-se não apenas de participar neste movimento de luta internacional mas também de proteger a integridade do mercado único europeu¹¹. Assim, foi adoptada a Directiva 91/308/CEE do Conselho, de 10 de Junho de 1991, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais (JO L 166, p. 77), através da qual o legislador comunitário estabelece o princípio da proibição do branqueamento de capitais na Comunidade e exige aos Estados-Membros que instituíam um regime de obrigação de identificação, de informação e de prevenção das operações duvidosas a impor às instituições de crédito e às instituições financeiras.

7. A disposição posta em causa no presente processo resulta de uma alteração introduzida na Directiva 91/308. A Directiva 2001/97 procede, com efeito, da vontade do legislador comunitário de actualizar a Directiva 91/308, tendo em conta as conclusões da Comissão e os desejos expressos pelo Parlamento Europeu e pelos Estados-Membros, e, à luz da experiência acumulada durante os primeiros anos da sua aplicação, de estender a sua cobertura a novos domínios e a novas actividades. É daqui que resulta, designadamente, o alargamento do âmbito de aplicação da obrigação de informar as autoridades

responsáveis de eventuais suspeitas em matéria de branqueamento de capitais, visada no artigo 6.º da Directiva 91/308, aos «notários e profissionais forenses independentes», no exercício de algumas das suas actividades.

8. Este alargamento, aspecto central do presente processo, foi o resultado de uma longa reflexão, realizada em diferentes instâncias. Em 1996, o GAFI, ao rever as suas recomendações, pedia às autoridades nacionais que alargassem o âmbito de aplicação das medidas de luta contra o branqueamento às actividades financeiras efectuadas por profissionais de áreas não financeiras. Em 2001, o GAFI reiterava que, tendo em conta «o recurso crescente dos criminosos a profissionais e a outros intermediários para obter conselhos ou outro tipo de auxílios a fim de branquear fundos de origem criminosa», considera que «o âmbito de aplicação das quarenta recomendações deve ser alargado de forma a abranger sete categorias de actividades e profissões não financeiras», entre as quais «os advogados e os notários»¹².

9. Esta recomendação não podia ser ignorada pelo quadro comunitário. A própria Directiva 91/308 previa, no artigo 12.º, que «[o]s Estados-Membros procurarão tornar a totalidade ou parte das disposições da presente directiva extensivas às profissões e categorias de empresas que, não sendo estabelecimentos de crédito nem instituições financeiras tal como referidas no artigo 1.º, exercem actividades especialmente susceptí-

11 — V. conclusões do advogado-geral A. Saggio no processo Comissão/Austria, no qual foi proferido o despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 29 de Setembro de 2000 (C-290/98, Colect., p. I-7835, n.º 3).

12 — GAFI, Relatório Anual de 2000-2001, 22 de Junho de 2001, pp. 17 e 19.

veis de ser utilizadas para efeitos de branqueamento de capitais». Além disso, nos termos do artigo 13.º da referida directiva, foi criado junto da Comissão um comité de contacto, tendo designadamente por missão «[a]nalisar a oportunidade de incluir, no âmbito de aplicação do artigo 12.º, as profissões ou categorias de empresas que se verifique terem sido utilizadas, num dado Estado-Membro, para efeitos de branqueamento de capitais».

transportadores de fundos, os notários, os contabilistas, os advogados, os consultores fiscais e os revisores de contas, tendo em vista

- aplicar-lhes plena ou parcialmente as disposições da mesma, se necessário,
- aplicar-lhes novas disposições que tenham em conta as condições específicas do exercício dessas profissões e, nomeadamente, a obrigação de sigilo que lhes é específica;
- [...]»¹⁴.

10. Na sequência dos primeiros relatórios da Comissão sobre a aplicação da directiva, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia defenderam a extensão da obrigação de comunicar informações, prevista no artigo 6.º da directiva, a pessoas e a categorias profissionais diferentes das instituições de crédito¹³. Em Março de 1999, na sua resolução sobre o segundo relatório da Comissão, o Parlamento convidou expressamente Comissão a apresentar uma proposta legislativa destinada a alterar a directiva no sentido de ser prevista «a inclusão, no âmbito de aplicação da directiva, de profissões susceptíveis de estarem implicadas no branqueamento de capitais ou de serem utilizadas abusivamente pelos branqueadores, tais como os agentes imobiliários, os comerciantes de objectos de arte, os leiloeiros, os casinos, as agências de câmbio, os

11. Foi com base nesta resolução que a Comissão apresentou a sua proposta de alteração da directiva, em Julho de 1999¹⁵. Esta exige que os Estados-Membros velem por que as disposições previstas pela directiva sejam imposta aos «[n]otários e outros profissionais forenses independentes quando assistem ou representam clientes» no âmbito de um certo número de actividades financeiras e comerciais. Contudo, prevê igualmente uma derrogação de alcance limitado: os Estados-Membros não são obrigados a impor as obrigações de informação previstas pela

13 — V., designadamente, o Plano de acção contra a criminalidade organizada, adoptado pelo Conselho em 28 de Abril de 1997 [JO C 251, p. 1, n.º 26, alínea e)].

14 — Resolução sobre o «Segundo relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a aplicação da Directiva relativa ao branqueamento de capitais» (JO C 175, pp. 39 a 42).

15 — Proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Directiva 91/308 [COM (1999) 352 final, de 14 de Julho de 1999].

directiva aos membros das profissões jurídicas, «no que diz respeito a informações por eles recebidas por parte de um cliente a fim de lhes permitir representá-lo em qualquer processo judicial». Esta derrogação, no entanto, «não abrangerá qualquer caso em que existam motivos para suspeitar que a consultadoria pretendida tem por objecto facilitar o branqueamento de capitais».

12. Esta proposta foi amplamente discutida. A formulação finalmente adoptada é o reflexo dos termos em que este debate decorreu. No seu parecer relativo à proposta da Comissão, o Parlamento excluía em absoluto que pudessem ficar submetidos a estas obrigações de informação os advogados independentes, as sociedades de advogados ou os membros de uma profissão jurídica regulamentada que exerçam a sua actividade não apenas no âmbito da sua função de patrocínio judiciário mas igualmente no âmbito da consultoria jurídica¹⁶. Assim, este parecer afastava-se da proposta relativamente a dois aspectos: por um lado, ao transformar a faculdade oferecida aos Estados-Membros de preverem uma derrogação numa obrigação de prever essa derrogação e, por outro, ao alargar o âmbito da derrogação do âmbito do patrocínio judiciário ao âmbito da consultoria jurídica.

13. A posição comum adoptada pelo Conselho em Novembro de 2000 adopta uma solução de compromisso¹⁷. Foi proposta a seguinte redacção para a disposição controvertida:

«Os Estados-Membros não são obrigados a aplicar as obrigações previstas no n.º 1 aos notários, profissionais forenses independentes, auditores, técnicos de contas externos e consultores fiscais no que diz respeito a informações por eles recebidas de um dos seus clientes ou obtidas sobre um dos seus clientes no processo de determinar a situação jurídica por conta do cliente ou no exercício da sua missão de defesa ou de representação desse cliente num processo judicial ou a respeito de um processo judicial, inclusivamente quando se trate de conselhos relativos à forma de instaurar ou evitar um processo judicial, quer essas informações tenham sido recebidas ou obtidas antes, durante ou depois do processo»¹⁸.

14. Embora a derrogação continue a ser uma simples faculdade oferecida aos Estados-Membros, o seu âmbito de aplicação encontra-se assim sensivelmente alargado. Na opinião da Comissão, esta posição é não só compatível com a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e

16 — Parecer do Parlamento Europeu de 5 de Julho de 2000 (JO 2001, C 121, p. 133).

17 — Posição comum (CE) n.º 5/2001, adoptada pelo Conselho em 30 de Novembro de 2000, tendo em vista a adopção de uma directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Directiva 91/308 (JO 2001, C 36, p. 24).

18 — *Ibidem*, p. 28.

das Liberdades Fundamentais (a seguir «CEDH») mas também conforme com o espírito das correcções apresentadas pelo Parlamento¹⁹. No entanto, o parecer do Parlamento não foi neste sentido. Na sua resolução sobre a posição comum do Conselho, o Parlamento, reproduzindo embora a formulação da posição comum relativamente ao âmbito de aplicação da derrogação, voltou a afirmar a sua vontade de transformar em disposição imperativa para os Estados-Membros a faculdade que lhes permitia prever uma derrogação²⁰.

15. Relativamente a esta questão, a Comissão adoptou uma posição ambígua²¹. Por um lado, «[d]ada a necessidade de garantir a compatibilidade com a [CEDH], a Comissão manifesta alguma empatia com a vontade do Parlamento de tornar obrigatória a não exigência de participar suspeitas de branqueamento de dinheiro com base em informações obtidas através de advogados ou notários que assistem os seus clientes em processos judiciais ou no decurso da determinação da situação jurídica dos mesmos». Mas, por outro, «não aceita, no entanto, que

as mesmas considerações sejam aplicadas de forma geral às profissões fora do domínio forense». Por este motivo, a alteração proposta pelo Parlamento foi recusada.

16. Tendo o Conselho decidido seguir a Comissão quanto a este ponto, foi instituído um comité de conciliação. Ora, durante esta conciliação, verificou-se, nas palavras do Parlamento, que «os acontecimentos de 11 de Setembro de 2001 nos Estados Unidos alteraram profundamente os pontos de vista sobre a questão, sendo a directiva relativa ao branqueamento de capitais de ora em diante considerada um elemento essencial da luta contra o terrorismo»²². Neste novo contexto, chegou-se a um compromisso que permitiu a aprovação do texto pelo Parlamento, por uma larga maioria, em terceira leitura, em 13 de Novembro de 2001, e a sua aprovação pelo Conselho, em 19 de Novembro de 2001.

17. O compromisso assumiu a seguinte forma. Os novos artigos 2.º-A e 6.º da Directiva 91/308, conforme alterados pela Directiva 2001/97 (a seguir «directiva»), não são alterados.

19 — Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, feita em conformidade com o artigo 251.º, n.º 2, segundo parágrafo, do Tratado CE, relativa à posição comum adoptada pelo Conselho com vista à adopção de uma directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Directiva 91/308, de 12 de Janeiro de 2001 (SEC/2001/12).

20 — Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 5 de Abril de 2001, relativa à posição comum do Conselho [C 21 E (2002)], p. 305, alteração n.º 22].

21 — Parecer da Comissão nos termos do n.º 2, alínea c), do artigo 251.º do Tratado CE, sobre as alterações do Parlamento Europeu à posição comum do Conselho respeitante à proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Directiva 91/308, de 13 de Junho de 2001 [COM (2001) 330 final].

22 — Relatório do Parlamento Europeu sobre o projecto comum, aprovado pelo Comité de Conciliação, de uma directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Directiva 91/308, de 5 de Novembro de 2001 [PE-CONS 3654/2001 — C5-0496/2001 — 1999/0152(COD)].

18. Assim, o artigo 2.º-A prevê:

iii) a abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários,

«Os Estados-Membros devem assegurar que as obrigações estabelecidas na presente directiva sejam impostas às seguintes instituições:

iv) a organização dos fundos necessários à criação, exploração ou gestão de sociedades,

[...]

v) a criação, exploração ou gestão de *trusts*, de sociedades ou de estruturas análogas;

5) Notários e outros profissionais forenses independentes, quando participem:

a) Prestando assistência, na concepção ou execução de transacções por conta dos clientes relacionadas com:

b) Agindo em nome e por conta dos clientes, em quaisquer transacções financeiras ou imobiliárias.»

i) a compra e venda de bens imóveis ou de entidades comerciais,

19. Relativamente ao artigo 6.º, este dispõe:

ii) a gestão de fundos, valores mobiliários ou outros activos, pertencentes ao cliente,

«1. Os Estados-Membros devem assegurar que as instituições e as pessoas sujeitas ao disposto na presente directiva, bem como os respectivos dirigentes e empregados, colabo-

rem plenamente com as autoridades responsáveis pela luta contra o branqueamento de capitais:

a) Informando-as, por iniciativa própria, de quaisquer factos que possam constituir indícios de operações de branqueamento de capitais;

b) Facultando-lhes, a seu pedido, todas as informações necessárias, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pela legislação aplicável.

2. As informações referidas no n.º 1 devem ser enviadas às autoridades responsáveis pela luta contra o branqueamento de capitais do Estado-Membro em cujo território se encontra a instituição ou a pessoa que enviou essas informações. Este envio deve ser normalmente efectuado pela pessoa ou pessoas designadas pelas instituições ou pessoas, em conformidade com os processos previstos no n.º 1, alínea a), do artigo 11.º

3. No caso dos notários e profissionais forenses independentes referidos no ponto 5 do artigo 2.º-A, os Estados-Membros podem designar como autoridade que deve ser informada dos factos a que se refere a alínea

a) do n.º 1 um organismo adequado de auto-regulamentação da profissão em causa, e, nesse caso, devem estabelecer as formas adequadas de cooperação entre este organismo e as autoridades responsáveis pela luta contra o branqueamento de capitais.

Os Estados-Membros não são obrigados a aplicar as obrigações previstas no n.º 1 aos notários, profissionais forenses independentes, auditores, técnicos de contas externos e consultores fiscais no que diz respeito a informações por eles recebidas de um dos seus clientes ou obtidas sobre um dos seus clientes no processo de determinar a situação jurídica por conta do cliente ou no exercício da sua missão de defesa ou de representação desse cliente num processo judicial ou a respeito de um processo judicial, inclusivamente quando se trate de conselhos relativos à forma de instaurar ou evitar um processo judicial, quer essas informações tenham sido recebidas ou obtidas antes, durante ou depois do processo.»

20. Pelo contrário, a conciliação levou a que se introduzissem determinadas alterações à formulação dos considerandos da directiva relativos ao regime aplicável às profissões jurídicas. O décimo sexto considerando expõe o princípio segundo o qual «[o]s notários e outros profissionais forenses independentes, tal como definidos pelos Estados-Membros, devem ser sujeitos ao disposto na directiva quando participem em transacções financeiras ou empresariais, nomeadamente quando prestem serviços de consultadoria fiscal, em relação às quais prevaleça um risco mais acentuado de os serviços desses profissionais forenses serem utilizados de forma abusiva para efeitos de

branqueamento do produto de actividades criminosas». Contudo, o considerando seguinte precisa: «[t]odavia, sempre que membros independentes de profissões que prestam consulta jurídica, legalmente reconhecidas e controladas, tais como os advogados, determinem a situação jurídica de um cliente ou representem um cliente no âmbito de um processo judicial, não seria adequado, ao abrigo da directiva, impor a esses profissionais forenses, a respeito dessas actividades, uma obrigação de notificarem as suas suspeitas relativas a operações de branqueamento de capitais. Há que exonerar de qualquer obrigação de declaração as informações obtidas antes, durante ou depois do processo judicial, ou no processo de determinação da situação jurídica por conta do cliente. Por conseguinte, a consulta jurídica permanece sujeita à obrigação de segredo profissional, excepto se o consultor jurídico participar em actividades de branqueamento de capitais, se a consulta jurídica for prestada para efeitos de branqueamento de capitais ou se o advogado souber que o cliente pede aconselhamento jurídico para efeitos de branqueamento de capitais».

21. Precisemos, por último, que a Directiva 91/308 foi recentemente revogada pela Directiva 2005/60. Esta directiva reproduz, sem alteração, as disposições controvertidas do presente processo²³.

23 — Artigos 2.º e 23.º, n.º 2.

B — Contexto nacional

22. Este processo teve origem em duas acções intentadas paralelamente na Cour d'arbitrage (Bélgica), uma pela Ordre des barreaux francophones et germanophone (a seguir «OBFG») e pela Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, e a outra pela Ordre des barreaux flamands e pela Ordre néerlandais des avocats de Bruxelles. Nestas acções, pede-se que seja declarada a nulidade de determinadas disposições da Lei de 12 de Janeiro de 2004, que altera a Lei de 11 de Janeiro de 1993 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais, a Lei de 22 de Março de 1993 relativa ao estatuto e à fiscalização dos estabelecimentos de crédito e a Lei de 6 de Abril de 1996 relativa ao estatuto das empresas de investimento e à sua fiscalização, aos intermediários e consultores financeiros. Nestes processos, o Conseil des barreaux de l'Union européenne (a seguir «CCBE»), a Ordre des avocats du barreau de Liège e o Conseil de ministres intervieram em apoio dos demandantes.

23. Devemos precisar que a Lei de 12 de Janeiro de 2004 tem por objecto transpor para a ordem jurídica belga a Directiva 2001/97, que altera a Directiva 91/308. Adita igualmente um novo artigo, o 2.º *ter*, cujos termos são idênticos ao artigo 2.º-A, n.º 5, da directiva. Além disso, aproveitando a faculdade conferida pelo artigo 6.º, n.º 3, segundo parágrafo, da directiva, a lei insere na legislação belga um artigo novo, o 14.º *bis*, n.º 3, que dispõe que «as pessoas visadas no artigo 2.º *ter* não transmitirão essas informações se estas tiverem sido fornecidas por um dos seus clientes ou obtidas a respeito de um dos seus clientes no momento da avaliação

da situação jurídica desse cliente ou no exercício da sua missão de defesa ou de representação desse cliente num processo judicial, ou a respeito de um processo desta natureza, incluindo no âmbito de conselhos relativos à forma de dar início ou de evitar um processo, independentemente de as referidas informações serem obtidas antes, durante ou após tal processo».

24. Resulta do despacho de reenvio que os recorrentes criticam principalmente o facto de esta lei estender aos advogados as obrigações estabelecidas pela Lei de 11 de Janeiro de 1993. Segundo os recorrentes, esta extensão viola o princípio do segredo profissional e da independência dos advogados, que são protegidos pelos direitos reconhecidos na Constituição e na CEDH. No seu acórdão, a Cour d'arbitrage determina que, embora a regra do segredo profissional seja um «elemento fundamental dos direitos da defesa», este pode ceder «sempre que uma necessidade o imponha ou quando um valor julgado superior entre em conflito com ela», na condição, contudo, de o levantamento do segredo se justificar por razões imperiosas e ser estritamente proporcionado.

25. No entanto, deve ter-se em conta que as disposições controvertidas são produto de uma extensão imposta pela transposição da Directiva 2001/97. Consequentemente, o debate sobre a constitucionalidade da lei belga depende da questão da validade da directiva comunitária. Esta questão, apresen-

tada ao Tribunal de Justiça ao abrigo do artigo 234.º, terceiro parágrafo, CE, é a seguinte:

«O artigo 1.º, n.º 2, da Directiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Dezembro de 2001, que altera a Directiva 91/308/CEE do Conselho, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais, viola o direito a um processo equitativo tal como este é garantido pelo artigo 6.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e, consequentemente, o artigo 6.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia, na medida em que o novo artigo 2.º-A, n.º 5, que o referido artigo 1.º, n.º 2 inseriu na Directiva 91/308/CE, impõe a inclusão dos profissionais forenses independentes, sem excluir a profissão de advogado, no âmbito de aplicação pessoal dessa mesma directiva, que, em substância, tem por objecto impor às pessoas e às instituições por ela visadas a obrigação de informar as autoridades responsáveis pela luta contra o branqueamento de capitais de todos os factos que possam ser indício de um tal branqueamento (artigo 6.º da Directiva 91/308/CEE, substituído pelo artigo 1.º, n.º 5, da Directiva 2001/97/CE)?»

II — Âmbito da fiscalização da validade

26. A fim de apreciar a validade da disposição controvertida à luz do direito comunitário, deve determinar-se previamente, com precisão, a norma com base na qual esta

disposição deve ser fiscalizada. No despacho de reenvio, a Cour d'arbitrage faz referência ao artigo 6.º da CEDH, relativo ao direito a um processo equitativo e, na sequência disso, ao artigo 6.º, n.º 2, UE.

independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. [...]

27. Recordemos a redacção do artigo 6.º UE:

[...]

«1. A União assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito, princípios que são comuns aos Estados-Membros.

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

[...]

2. A União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a [CEDH] e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário.»

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

28. O artigo 6.º da CEDH tem o seguinte teor:

«1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal

29. Algumas partes no processo sugerem, entretanto, que se alarguem as normas de referência da fiscalização. Por um lado, a referência ao artigo 6.º da CEDH é demasiado restrita e deve alargar-se à apreciação da conformidade da disposição controvertida, designadamente, com o princípio da independência do advogado, o princípio do

segredo profissional, o dever de lealdade, o princípio dos direitos de defesa (direito à assistência jurídica e direito de não se auto-incriminar) e o princípio da proporcionalidade. Por outro, o CCBE interroga-se sobre a relevância e a validade das bases jurídicas da directiva.

30. No entender das referidas partes, a natureza da fiscalização da validade prevista no artigo 234.º CE permite proceder a este alargamento. Para este efeito, baseiam-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça, nos termos da qual «a competência do Tribunal de Justiça para decidir, nos termos do artigo 177.º do Tratado [234.º CE], sobre a validade dos actos adoptados pelas instituições da Comunidade não comporta qualquer limite quanto às causas com base nas quais a validade dos actos pode ser impugnada»²⁴.

31. Esta jurisprudência não é de forma alguma questionável. No entanto, não tem o significado que as referidas partes lhe atribuem. Com esta afirmação, o Tribunal de Justiça não declara ter toda a liberdade para alterar, no essencial, o conteúdo da questão de validade apresentada pelo órgão jurisdicional de reenvio. Pretende simplesmente salientar que, neste contexto, a sua fiscalização pode ser estendida a todas as causas jurídicas que delimitam o âmbito da fiscalização da legalidade prevista no artigo 230.º CE. Apesar disso, mantém-se o

princípio de que a apreciação da validade de um texto de direito comunitário se deve situar «no âmbito da questão prejudicial» que lhe foi apresentada²⁵.

32. Sem dúvida, o limite assim formulado é susceptível de oferecer ao Tribunal de Justiça uma certa flexibilidade. O Tribunal de Justiça tem sempre a possibilidade de precisar o conteúdo da questão prejudicial à luz das observações formuladas pelas partes no processo principal ou conforme resulta da exposição de motivos do despacho de reenvio²⁶. De igual modo, deve admitir-se a possibilidade de apreciar oficiosamente, para além do âmbito da questão colocada, certos vícios substanciais²⁷.

33. Contudo, no presente caso, não me parece útil solicitar que o Tribunal de Justiça faça uso dessa flexibilidade. Relativamente a dois dos fundamentos invocados, a questão é evidente. No que se refere à contestação relativa à base jurídica da directiva, é óbvio que esta se situa fora do âmbito e do sentido da questão colocada. Esta diz unicamente respeito à conformidade de algumas dessas disposições com os princípios fundamentais da ordem jurídica comunitária e não à origem da competência de que a Comunidade dispunha para a adoptar. Quanto ao princípio da proporcionalidade, este consti-

25 — Acórdão de 28 de Outubro de 1982, Dorca Marine e o. (50/82 a 58/82, Recueil, p. 3949, n.º 13).

26 — Acórdãos de 10 de Janeiro de 1973, Getreide Import (41/72, Recueil, p. 1, n.º 2, Colect., p. 1), e de 25 de Outubro de 1978, Royal Scholten-Honig (103/77 e 145/77, Recueil, p. 2037, n.ºs 16 e 17, Colect., p. 685).

27 — Acórdão de 18 de Fevereiro de 1964, Internationale Crediet- en Handelsvereniging (73/63 e 74/63, Colect. 1962-1964, pp. 371, 375).

24 — V., designadamente, acórdão de 16 de Junho de 1998, Racke (C-162/96, Colect., p. 1-3655, n.º 26).

tui um elemento de realização e de controlo dos direitos fundamentais reconhecidos pela ordem jurídica comunitária. Como tal, deve sempre ter-se em consideração relativamente à aplicação destes direitos. Consequentemente, não há que alargar, para este efeito, o âmbito da fiscalização solicitada pelo órgão jurisdicional de reenvio.

34. O mesmo não é válido relativamente aos outros princípios invocados pelas intervenientes. Embora não sejam desprovidos de relevância no âmbito da questão apresentada, não se afigura necessário consagrar-lhes uma análise separada por uma simples razão de economia de meios. Com efeito, estes princípios resumem-se facilmente a apenas um deles, o do segredo profissional dos advogados. Este princípio é o mais directamente ameaçado pela obrigação de informação prevista na directiva controvertida. Ora, foi precisamente a compatibilidade desta obrigação de informação com as exigências do segredo profissional do advogado que suscitou a questão do órgão jurisdicional de reenvio.

35. Consequentemente, parece-me ser um bom método apurar se estas exigências têm o estatuto de princípio geral ou de direito fundamental protegido pela ordem jurídica comunitária. Se for este o caso, pode dizer-se que o artigo 6.º, n.º 2, UE oferece recursos suficientes para dar resposta a todas as preocupações expressas pelas partes no litígio.

III — Fundamentos da protecção do segredo profissional dos advogados

36. Caso se seguisse o que defendem alguns dos intervenientes, poderia parecer inútil identificar uma fonte de direito precisa que consagrasse o segredo profissional dos advogados. Segundo elas, este tem o valor de um «axioma»²⁸. É possível encontrar-lhe o rasto «em todas as democracias» como em todas as épocas: constando da Bíblia, aparece igualmente nos escritos da História Antiga e de todos os séculos. Deste ponto de vista, se o segredo do advogado merece ser reconhecido na ordem jurídica comunitária, isso deve-se simplesmente ao facto de ter as suas raízes nos próprios fundamentos da sociedade europeia.

37. Além disso, sugere-se que se tome como referência as regras consagradas por todas as ordens profissionais dos advogados em todos os Estados-Membros. O segredo é inerente à própria profissão de advogado. É evocado em todos os códigos deontológicos, à semelhança do código deontológico dos advogados europeus adoptado pelo CCBE²⁹, que prevê, no seu artigo 2.3 relativo ao segredo profissional, que «[é] da essência da missão do advogado que ele seja depositário de segredos do seu cliente e destinatário de informações confidenciais. Sem a garantia de confidencialidade não pode haver confiança.

28 — Observações escritas apresentadas pela Ordre des barreaux francophones et germanophone e pela Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, p. 22.

29 — Este código foi adoptado em 28 de Outubro de 1988 e alterado pela última vez em Maio de 2006.

O segredo profissional é, assim, reconhecido como o direito e o dever primeiro e fundamental do advogado». Deste ponto de vista, a regra do segredo profissional é concebida como uma obrigação de discrição que faz parte da moral de uma profissão.

38. Para determinar a exigência de protecção comunitária, a jurisprudência do Tribunal de Justiça não pode contentar-se com um axioma social nem com uma regra profissional. Ser e dever ser são duas coisas bem distintas. Sem dúvida, o Tribunal de Justiça não pode ignorar a existência de um princípio tão elementar que é universalmente reconhecido. Contudo, o facto de uma regra parecer revestir um valor superior em determinadas ordens sociais ou privadas não implica que a mesma deva ser consagrada como princípio geral do direito comunitário. Ainda falta verificar se, nessa ordem, existe uma fonte autónoma que assegure a sua protecção.

39. Logo, podemos interrogar-nos sobre a existência de uma tradição constitucional comum aos Estados-Membros neste domínio. Como o Tribunal de Justiça recordava no acórdão AM & S, já referido, «o direito comunitário, resultante de uma interpenetração não apenas económica, mas igualmente jurídica dos Estados-Membros, deve ter em conta os princípios e as concepções comuns aos direitos desses Estados»³⁰. O estudo comparativo dos direitos dos Estados-Membros da União revela efectivamente que

o segredo profissional dos advogados existe na maioria desses Estados como princípio fundamental e regra de ordem pública³¹. No entanto, o mesmo estudo revela que o alcance e as modalidades de protecção do segredo profissional variam amplamente de uma ordem jurídica para a outra. Consequentemente, embora se devam ter em conta as diferentes legislações e jurisprudências nacionais na interpretação a fazer do conceito de segredo profissional do advogado, parece-me que, atendendo às divergências e às variações que afectam a aplicação deste princípio nas ordens jurídicas dos Estados-Membros, devemos ancorar-nos noutra tipo de protecção.

40. Nos termos de jurisprudência assente, os direitos fundamentais consagrados na CEDH revestem, na ordem jurídica comunitária, «um significado particular» e são parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça³². Não resulta necessariamente dessa jurisprudência que a extensão da protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária coincide com a assegurada pela CEDH. Contudo, não se podem admitir na Comunidade medidas incompatíveis com o respeito dos direitos do Homem reconhecidos por esta última³³.

31 — V., neste sentido, n.º 182 das conclusões do advogado-geral P. Léger no processo Wouters e o., já referido.

32 — V., designadamente, acórdão de 12 de Junho de 2003, Schmidberger (C-112/00, Colect., p. I-5659, n.º 71).

33 — Acórdão Schmidberger, já referido, n.º 73.

30 — N.º 18 do acórdão AM & S, já referido.

41. Ora, embora a CEDH não contenha uma referência expressa ao segredo profissional do advogado, contém, contudo, disposições susceptíveis de garantir a protecção do mesmo. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem oferece, a este respeito, duas vias diferentes. Por um lado, dado o contexto em que se deve aplicar, o segredo do advogado faz parte, como o órgão jurisdicional de reenvio refere, do direito a um processo equitativo. No acórdão *Niemietz c. Alemanha*, o Tribunal Europeu decidiu que, no caso de um advogado, uma ingerência no segredo profissional «pode repercutir-se na boa administração da justiça e, conseqüentemente, nos direitos garantidos pelo artigo 6.º»³⁴. O segredo é a condição da confiança que favorece a confidência e conduz à manifestação da verdade e da justiça. Mas, por outro, dado aquilo que tem por objecto proteger, é um elemento essencial do direito ao respeito da vida privada³⁵. No acórdão *Foxley c. Reino Unido*, o Tribunal Europeu salienta neste sentido a importância, por força do artigo 8.º da CEDH, dos princípios da confidencialidade e do segredo profissional, que estão ligados à relação entre o advogado e o seu cliente³⁶. O segredo protege o cidadão das revelações indiscretas que poderiam violar a sua integridade moral e prejudicar a sua reputação.

42. O Tribunal de Justiça não pode ignorar esta jurisprudência. Teve a ocasião de

salientar que lhe compete ter em conta a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, na sua interpretação dos direitos fundamentais³⁷. Por conseguinte, é possível considerar o direito a um processo equitativo e o direito ao respeito da vida privada como duplo fundamento para a protecção do segredo profissional do advogado na ordem jurídica comunitária.

43. Em teoria, a escolha de um destes dois fundamentos não é indiferente. Observemos, com efeito, que o facto de se relacionar a protecção do segredo com um ou outro destes direitos pode permitir uma variação do alcance desta protecção. Basear o segredo no direito a um processo equitativo equivale, implicitamente, a limitar o seu alcance ao âmbito contencioso, jurisdicional e quase-jurisdicional. Foi esta a escolha do Tribunal de Justiça no processo *AM & S*, já referido. Resultava desta escolha que a correspondência devia ser protegida, nas circunstâncias daquele caso, unicamente no «âmbito e para fins do direito da defesa»³⁸. Pelo contrário, optar pelo direito ao respeito da vida privada implica, *a priori*, alargar a protecção a todas as confidências feitas pelo cliente ao profissional, seja qual for o âmbito em que essas relações se desenvolvem.

44. Contudo, nesta fase da análise, não me parece pertinente proceder a esta escolha.

34 — Acórdão TEDH, *Niemietz c. Alemanha*, de 16 de Dezembro de 1992, n.º 37.

35 — V., por analogia, em matéria de segredo médico, acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Abril de 1992, Comissão/Alemanha (C-62/90, Colect., p. I-2575, n.º 23).

36 — Acórdão TEDH, *Foxley c. Reino Unido*, de 29 de Setembro de 2000, n.º 44; e igualmente acórdão *Kopp c. Suíça*, de 25 de Março de 1998.

37 — Acórdão de 29 de Junho de 2006, Comissão/SGL Carbon (C-301/04 P, ainda não publicado na Colectânea, n.º 43).

38 — N.º 21 do acórdão *AM & S*, já referido.

Pelo contrário, consagrar o duplo fundamento apresenta a vantagem de abarcar todas as preocupações reveladas pelas partes intervenientes. A protecção do segredo profissional do advogado é um princípio com duas faces, uma processual, retirada do direito fundamental a um processo equitativo, outra substancial, nascida do direito fundamental ao respeito da vida privada. É fácil estabelecer a ligação entre o seu fundamento processual e os direitos da defesa, o direito a uma assistência jurídica e o direito de não se auto-incriminar³⁹. Ao seu fundamento substancial corresponde a exigência de «que todo o cidadão deve ter a possibilidade de se dirigir com toda a liberdade ao seu advogado, cuja profissão implica, ela própria, o dever de dar, *de forma independente*, conselhos jurídicos a todos aqueles que deles tenham necessidade»⁴⁰, e a exigência, correlativa, de lealdade do advogado para com o seu cliente. O princípio do segredo procede da própria especificidade da profissão de advogado.

45. Se os princípios da independência do advogado, dos direitos da defesa ou do direito ao silêncio são postos em causa pela obrigação de informação prevista na disposição de direito comunitário controvertida, é antes de mais porque estão cobertos pelo princípio do segredo profissional do advogado. No caso em apreço, a questão é então a de saber se a obrigação de informação imposta pela directiva em litígio aos advo-

gados na União Europeia viola este princípio, protegido enquanto tal pelos princípios fundamentais da ordem jurídica comunitária.

46. Se, no fim desta análise, deve reconhecer-se a existência de um princípio de protecção do segredo profissional do advogado em direito comunitário, não se deve concluir, de forma alguma, que se trata de uma prerrogativa absoluta reconhecida como tal à profissão de advogado.

IV — Limites da protecção do segredo profissional do advogado

47. A propósito do direito à protecção do carácter confidencial das comunicações entre um advogado e o seu cliente, o advogado-geral J.-P. Warner já observara, no âmbito do processo AM & S, que «se trata de um direito que as legislações dos países civilizados reconhecem de uma forma geral, de um direito que não é fácil negar, mas não de um direito protegido ao ponto de, na Comunidade, o Conselho nunca poder legislar para prever uma excepção ou uma alteração ao mesmo»⁴¹. O mesmo é seguramente válido no que se refere à protecção do segredo profissional, tal como prova, de resto, a apreciação da legislação relevante em todos os Estados-Membros da Comunidade. Não se pode excluir que o segredo profissional seja afastado perante imperativos de interesse geral superior em determi-

39 — V. artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que codifica a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre os direitos relativos ao acesso à justiça; acórdão de 18 de Outubro de 1989, Orkem/Comissão (374/87, Colect., p. 3283, n.º 35).

40 — Acórdão AM & S, já referido, n.º 18 (o sublinhado é meu).

41 — Conclusões do advogado-geral J.-P. Warner no processo que culminou no acórdão AM & S, já referido, p. 1637.

nadas circunstâncias concretas. Consequentemente, a disposição controvertida do presente caso não pode ser considerada inválida apenas por criar certas restrições ao segredo profissional do advogado. Ainda há que verificar se as restrições assim introduzidas respeitam o regime das limitações dos direitos em que se baseia o segredo profissional do advogado em direito comunitário. Uma vez que põem em causa a garantia de direitos protegidos pela ordem jurídica comunitária, estas restrições devem ser estritamente enquadradas e justificadas.

48. A fim de apreciar a justeza das limitações postas em causa pelas recorrentes, proponho que se aplique o quadro de análise exposto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Como o Tribunal de Justiça já teve ocasião de afirmar, mesmo que esta Carta «não constitua um instrumento jurídico vinculativo», o seu objectivo principal, «tal como resulta do seu preâmbulo, consiste em reafirmar ‘os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, do Tratado da União Europeia e dos Tratados comunitários, da [CEDH], das Cartas Sociais aprovadas pela Comunidade e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça [...] e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem’»⁴². Resulta desta passagem que, ainda que a Carta não

possa constituir, em si mesma, uma base jurídica suficiente para criar na esfera jurídica dos particulares direitos directamente invocáveis, não está, no entanto, desprovida de qualquer efeito enquanto critério de interpretação dos instrumentos de protecção dos direitos mencionados no artigo 6.º, n.º 2, UE. Nesta perspectiva, esta Carta pode revestir uma dupla função. Em primeiro lugar, pode criar a presunção da existência de um direito que deverá, então, ser confirmada quer pelas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros quer pelas disposições da CEDH. Em segundo lugar, quando se identifica um direito como direito fundamental protegido pela ordem jurídica comunitária, a Carta fornece um instrumento particularmente útil para determinar o conteúdo, o âmbito de aplicação e o alcance a conferir a esse direito. Recorde-se além disso que as disposições da Carta, cuja elaboração assenta num largo processo de deliberação realizado à escala europeia, correspondem, em grande parte, a uma codificação da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

49. Neste contexto, compete ao Tribunal de Justiça verificar, por um lado, que os limites criados pela disposição em litígio da directiva não restringem a protecção do segredo do advogado de uma forma ou a tal ponto que a própria substância deste seja violada pelas mesmas e, por outro, que estes limites prosseguem um objectivo de interesse geral

42 — Acórdão de 27 de Junho de 2006, Parlamento/Conselho (C-540/03, Colect., p. I-5769, n.º 38).

reconhecido pela União e são proporcionados ao referido objectivo⁴³.

A — *A disposição controvertida viola a substância do segredo profissional do advogado?*

50. Proteger a substância de um direito fundamental equivale quer a assegurar a protecção desse direito, que seja a mais compatível com a subsistência de outros direitos fundamentais, quer a determinar as circunstâncias e as condições em que esse direito merece uma protecção reforçada.

51. A grande dificuldade deste processo consiste em saber quais as circunstâncias e as condições em que o segredo profissional não pode ser limitado. De resto, é sobre este aspecto que as interpretações das partes divergem mais acentuadamente.

52. Por um lado, a Comissão entende que a substância do segredo do advogado se

encontra inteiramente no domínio «contencioso». Para que se possa admitir que este segredo beneficia de uma protecção, é necessário que exista uma ligação a um processo. É unicamente no âmbito do processo, ou pelo menos de um processo de natureza jurisdicional ou quase-jurisdicional, que o segredo merece ser protegido. É assim, de resto, que se deve interpretar o acórdão do Tribunal de Justiça AM & S, já referido, isto é, na medida em que exige «uma conexão» com um processo de natureza contenciosa. Deste ponto vista, ao limitar a protecção do segredo do advogado ao âmbito contencioso, a directiva não merece qualquer crítica.

53. Em posição contrária, encontram-se as partes que representam as Ordens dos Advogados, para as quais a regra do segredo é indissociável da profissão de advogado, à qual confere um estatuto e uma dignidade particulares. Em qualquer caso, o advogado deve ser o único juiz dos limites que lhe podem ser aplicados. Restringir o alcance do segredo a uma das suas actividades seria simultaneamente contrário aos princípios fundamentais e impossível de realizar na prática, uma vez que as referidas actividades são concomitantemente complexas e indivisíveis. Deste ponto de vista, é claro que, ao impor que se traia o segredo em algumas das actividades exercidas pelos advogados, a directiva tem por efeito violar os direitos fundamentais.

54. Estas duas interpretações, que são inconciliáveis, têm, no entanto, um ponto em comum donde se deve partir. Todas as partes

43 — O artigo 52.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia dispõe que «[q]ualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros».

concordam, com efeito, em que a razão de ser do segredo profissional do advogado reside numa relação de confiança que deve existir entre o cliente e o advogado⁴⁴. A preservação dessa relação tem, na realidade, uma dupla utilidade. Antes de mais, é útil para o cliente, depositário do segredo, que pode sentir-se seguro em o transmitir a um terceiro de confiança, o seu advogado. Mas também o é para a sociedade no seu conjunto, na medida em que, favorecendo o conhecimento do direito e o exercício dos direitos de defesa, promove a boa administração da justiça e a manifestação da verdade. Contudo, esta relação é frágil. Deve poder desenvolver-se num âmbito protegido. Assim, o importante para o presente caso é delimitar cuidadosamente os limites deste âmbito. Não pode ser demasiado reduzido, sob pena de destruir as condições de uma verdadeira relação de confiança entre o advogado e o seu cliente. Mas, por outro lado, não pode ser demasiado amplo, sob pena de fazer do segredo um simples atributo da profissão de advogado. Ora, o segredo profissional não pode ser propriedade do advogado. Deve antes ser considerado um valor e um encargo. Segundo as palavras de Lord Denning, o privilégio que resulta desse segredo «não é o privilégio do advogado, mas do seu cliente»⁴⁵. Este privilégio só faz sentido se servir o interesse da justiça e o respeito do direito. É confiado ao advogado apenas na sua qualidade de agente da justiça.

55. Além disso, há um aspecto que não é alvo de contestação neste processo. Todas as

partes concordam que o segredo profissional deve beneficiar de uma protecção reforçada no âmbito do exercício das funções de representação e de defesa de um cliente. Neste âmbito, com efeito, como o advogado-geral P. Léger recordou nas suas conclusões apresentadas no processo *Wouters e o.*, «os advogados têm uma 'situação central na administração da justiça, como intermediários entre os cidadãos e os tribunais'»⁴⁶. Logo, não é por acaso que são qualificados pelo Tribunal de Justiça de «auxiliares» e de «colaboradores da justiça»⁴⁷.

56. Assim, a controvérsia concentra-se na questão de saber se esta protecção merece ser alargada para além do âmbito estrito das necessidades da representação e da defesa, e até onde. A este respeito, cumpre observar que a situação existente nas legislações dos diferentes Estados-Membros é contraditória.

57. À primeira vista, a directiva controvertida parece adoptar uma posição intermédia. Quando da apreciação da proposta de directiva apresentada pela Comissão, o Parlamento pretendeu estender expressamente a derrogação à actividade de prestação de consulta jurídica. Como anteriormente recordado, esta proposta não vingou. No artigo 6.º, n.º 3, segundo parágrafo, a directiva aprovada prevê simplesmente que os advogados não têm qualquer obrigação de informação não apenas «no exercício da sua

44 — Conclusões do advogado-geral P. Léger no processo que culminou no acórdão *Wouters e o.*, já referido, n.º 182.

45 — Lord Denning, *The Due Process of Law*, Butterworths, Londres, 1980, p. 29.

46 — N.º 174 das conclusões do advogado-geral.

47 — Acórdãos de 3 de Dezembro de 1974, *Van Binsbergen* (33/74, Colect., p. 543, n.º 14), e *AM & S*, já referido, n.º 24.

missão de defesa ou de representação desse cliente num processo» mas igualmente «no processo de determinar a situação jurídica por conta do cliente». Esta última expressão presta-se a interpretações divergentes. Prova disso é o estado divergente das legislações nacionais que transpuseram esta disposição⁴⁸.

58. Com vista a dar resposta à questão da validade colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio, deve previamente clarificar-se o significado deste conceito.

1. Conceito de «processo de determinar a situação jurídica por conta do cliente»

59. Aos olhos da Comissão, a interpretação deste conceito não é, de forma alguma, relevante para o fim de determinar a validade da directiva. Dado que o segredo profissional dos advogados só se refere, em princípio, às suas actividades jurisdicionais ou parajuris-

dicionais, basta declarar que a directiva as exonera de qualquer obrigação de informação. Por outras palavras, mesmo que a actividade de avaliação da situação jurídica estivesse sujeita a uma obrigação de declaração, a directiva devia ser considerada válida. As Ordens dos Advogados representadas na audiência consideram, pelo contrário, que o segredo profissional abarca igualmente a actividade de consultoria. Por isso, propõem que se adopte uma interpretação ampla do conceito de avaliação da situação jurídica do cliente. Se se decidir que a disposição controvertida não inclui a consultoria, deve ser considerada inválida.

60. Na minha opinião, o princípio do segredo profissional inclui, como as Ordens dos Advogados sustentam, a prestação de consulta jurídica, por duas razões que assentam simultaneamente em considerações de princípio e em considerações práticas. Em princípio, há que ter em conta «a necessidade fundamental de qualquer pessoa, numa sociedade civilizada, poder dirigir-se a um advogado para obter um parecer e auxílio e, quando um processo começa, para a representar»⁴⁹. Representante e defensor, todo o advogado tem igualmente uma função essencial de assistência e de aconselhamento. Dessa forma, assegura não só o acesso à justiça mas também o acesso ao direito. Ora, esta última garantia não tem menos valor que a primeira, numa sociedade complexa como a sociedade europeia. A possibilidade de qualquer cidadão poder dispor de um conselho independente, para tomar conhecimento do estado do direito que regula a sua

48 — Vários Estados-Membros procederam a uma transposição literal dos termos da directiva. Alguns Estados-Membros optaram por fazer uma referência expressa à actividade de consultoria jurídica na sua transposição: é o caso do direito alemão (§ 11, n.º 3, primeiro período, da Geldwäschebekämpfungsgesetz), do direito francês (artigo 562-2-1 do Code monétaire et financier), do direito helénico (artigo 2a, n.º 1, alínea β, da Lei 2331/1995, alterado pelo artigo 4.º da Lei 3424/2005) e do direito britânico (Proceeds of Crime Act 2002, section 330, subsections 6 e 10). Por último, há Estados que entenderam excluir a actividade de consultoria jurídica, que não esteja relacionada com um processo judicial, do âmbito de excepção previsto no artigo 6.º, n.º 3, segundo parágrafo, da directiva: foi o caso da Finlândia (Rahanpesulaki, artigo 3.º, n.º 18) e da Polónia (artigo 11.º, n.º 5, da Lei de 16 de Novembro de 2000, alterada pela Lei de 5 de Março de 2004).

49 — Conclusões do advogado-geral Sir Gordon Slynn no processo que culminou no acórdão AM & S, já referido, p. 1654.

situação particular, é uma garantia essencial do Estado de Direito. Nestas condições, o pacto de confiança que garante a protecção do segredo merece ser estendido ao âmbito das relações de assistência e de aconselhamento jurídicos⁵⁰. Esta extensão está, de resto, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça. No acórdão AM & S, recorda-se expressamente a importância de os clientes poderem dispor, com toda a independência, de pareceres jurídicos e de assistência legal⁵¹.

61. Na prática, seja como for, parece difícil poder distinguir-se, no âmbito do exercício da missão que incumbe a um profissional de direito, o tempo do aconselhamento do tempo da representação. Se se tivesse de fazer essa distinção cada vez que a prossecução dos objectivos da directiva o impõe, a relação de confiança existente entre o profissional e o seu cliente correria certamente o risco de ser afectada por este facto.

62. Desta análise resulta que a protecção reforçada de que beneficia o segredo profissional do advogado deve estender-se às missões de representação, de defesa, de assistência e de consultoria jurídicas. Por conseguinte, sugiro que se conclua que não se deve impor ao advogado nenhuma obrigação de informação relacionada com o

branqueamento de capitais no âmbito do exercício destas missões. Toda e qualquer violação deste género deve ser considerada uma violação da substância dos direitos protegidos pela ordem jurídica comunitária.

63. A formulação consagrada pela disposição controvertida da directiva em causa no presente caso é compatível com esta análise? Recorde-se que o Tribunal de Justiça decide de forma reiterada que «quando um texto de direito comunitário derivado é susceptível de mais do que uma interpretação, deve dar-se preferência àquela que torna a disposição conforme com o Tratado, em vez da que leva a declarar a sua incompatibilidade com este»⁵². No caso em apreço, parece-me que o conceito de «determinar a situação jurídica por conta do cliente», adoptado pela directiva, pode facilmente ser compreendido como incluindo a consultoria jurídica. Esta leitura é conforme com o respeito dos direitos fundamentais e dos princípios do Estado de Direito protegidos pela ordem jurídica comunitária. Aliás, é conforme com a letra do décimo sétimo considerando da directiva, que prevê que, em princípio, «a consulta jurídica permanece sujeita à obrigação de segredo profissional». Por conseguinte, proponho que se interprete o artigo 6.º, n.º 3, segundo parágrafo, da directiva no sentido de que esta exonera de toda e qualquer obrigação de informação os advogados que exerçam uma actividade de consultoria jurídica.

50 — *Ibidem*, p. 1655.

51 — Acórdão AM & S, já referido, n.ºs 18 e 21.

52 — Acórdãos de 13 de Dezembro de 1983, Comissão/Conselho (218/82, Recueil, p. 4063, n.º 15), e de 29 de Junho de 1995, Espanha/Comissão (C-135/93, Colect., p. I-1651, n.º 37).

64. Resta, contudo, verificar se as disposições da directiva são conformes com esta interpretação em todos os pontos. As Ordens dos Advogados sustentam que, ao submeter a uma obrigação de informação as actividades mencionadas no artigo 2.º-A, n.º 5, a directiva viola o princípio do segredo profissional assim interpretado. Com efeito, são da opinião de que, em todas as suas actividades, o advogado é levado a efectuar uma análise e uma determinação da situação jurídica por conta do seu cliente. Nestas condições, não é adequado excluir a protecção do segredo profissional, no âmbito das referidas actividades.

65. Tem de se reconhecer que, na prática, pode ser difícil fazer uma distinção entre as actividades de natureza jurídica e as actividades «extrajurídicas» dos advogados. Contudo, não me parece impossível conceber um critério claro que permita separar os casos em que o advogado, agindo «na qualidade de advogado», goza da protecção do segredo profissional dos casos em que esta protecção não deve ser aplicada. Em meu entender, é só assim, de resto, que se pode salvaguardar o equilíbrio entre a exigência de protecção da confiança existente entre o advogado e o seu cliente e a exigência de protecção dos interesses gerais da sociedade, no respeito dos direitos protegidos pela ordem jurídica comunitária. Além de que considero difícil justificar uma extensão do segredo profissional do advogado unicamente com base numa dificuldade de ordem prática e sem consideração pelo facto de a profissão de advogado assumir, nos dias de hoje, actividades que vão muito além das suas missões específicas de representação e de consultoria.

2. Critério de distinção da actividade protegida pelo segredo profissional

66. Na audiência perante o Tribunal de Justiça, os intervenientes propuseram diversos critérios de distinção. O Conselho sugeriu que tais critérios se baseassem na natureza material da actividade sujeita a declaração. Considera, por outro lado, nas suas observações escritas, que há que ter em conta o critério da participação activa dos advogados na execução das operações em causa. O Parlamento também partilhou perfeitamente desta opinião na audiência: é perfeitamente possível fazer a distinção entre uma actividade de consultoria e uma participação em nome e por conta de um cliente. Por seu turno, o Governo italiano sustenta que só os conselhos prestados a título independente são dignos de protecção.

67. Confrontadas com estas análises, as Ordens dos Advogados representadas na audiência admitiram que as actividades referidas no artigo 2.º-A, n.º 5, podiam, com efeito, ser objecto de uma distinção. Embora seja verdade que as actividades de mandatário referidas na alínea b) têm por efeito anular toda e qualquer diferença entre os interesses do advogado e os do seu cliente, a ponto de o primeiro perder a sua independência, o mesmo não se pode dizer das actividades de assistência referidas na alínea a), que exigem o respeito da independência do advogado.

68. Assim, verifica-se que as posições inicialmente opostas das diferentes partes no litígio se aproximaram. Pareceu surgir um acordo quanto à ideia de que convém limitar

o segredo profissional à área de competência própria dos advogados. Donde resulta que a divergência de pontos de vista se encontra circunscrita.

69. A meu ver, é arriscado querer distinguir em função do grau de implicação do advogado na operação em causa. Não vislumbro com clareza por que razão uma actividade de assistência merece mais protecção especial que a de mandatário, se não for demonstrado que essa actividade é realizada com total independência. Mais importante que a actividade exercida é a forma de exercer essa actividade.

70. É incontestável que, em todos os casos em que intervém, o advogado pode ser levado a realizar uma avaliação da situação jurídica do seu cliente. Contudo, esta avaliação pode tomar direcções diferentes. Uma coisa é expor o quadro e as implicações jurídicas da operação desejada, outra é realizar uma avaliação com vista a escolher a melhor estratégia no interesse do cliente, para realizar uma acção ou uma transacção económica ou comercial. Se a avaliação tiver simplesmente por finalidade ajudar o cliente a organizar as actividades «no respeito da lei» e sujeitar os seus objectivos às regras de direito⁵³, deve ser considerada uma actividade de consultoria e deve ser exonerada de toda e qualquer obrigação de informação, seja qual for o contexto em que for prestada. Inversamente, se a avaliação tiver por

finalidade essencial realizar ou preparar uma transacção comercial ou financeira e estiver sujeita às instruções do cliente com vista a encontrar, designadamente, a solução economicamente mais favorável, o advogado passa a agir apenas como um «agente de negócios» que põe inteiramente as suas competências ao serviço de uma actividade não jurídica, não tendo de se aplicar o segredo profissional. No primeiro caso, pode dizer-se que o advogado age não apenas no interesse do seu cliente mas também no interesse do direito. No segundo, prevalece unicamente o interesse do cliente. Neste caso, o advogado não age como advogado independente, mas encontra-se num situação jurídica idêntica à de um consultor financeiro ou de um jurista de uma empresa.

71. Convenhamos que a distinção entre estes dois tipos de situações é, ela própria, difícil de apreciar. Uma apreciação de alcance geral como a solicitada ao Tribunal de Justiça neste processo não pode resolver todas as dificuldades práticas que esta apreciação pode causar. O melhor que o Tribunal de Justiça pode fazer neste caso é fornecer todos os elementos de interpretação que estão à sua disposição com vista a orientar a aplicação do texto pelas autoridades nacionais competentes. Observemos também que semelhante abordagem foi adoptada por outros órgãos jurisdicionais, sem que tenha dado lugar a problemas de aplicação particulares. Nesses processos,

53 — Conclusões do advogado-geral P. Léger no processo que culminou no acórdão *Wouters e o.*, já referido, n.º 174.

esses órgãos jurisdicionais exigem uma análise casuística da qualidade em que o advogado age⁵⁴.

72. Tendo em conta a natureza fundamental da protecção do segredo profissional do advogado, é justo presumir que o advogado age na sua qualidade própria de consultor ou de defensor. Só se se verificar que foi contratado para uma função que põe em causa a sua independência é que se deve considerar que pode ficar sujeito à obrigação de informação prevista pela directiva. Esta apreciação deve ser feita caso a caso, sob a garantia de uma fiscalização jurisdicional.

desde que sejam interpretados no sentido de excluir toda e qualquer obrigação de informação no âmbito das actividades de representação e de consultoria jurídicas dos advogados. Devem, designadamente, exonerar-se dessa obrigação os conselhos prestados com vista a ajudar o cliente a organizar as suas actividades «no respeito da lei».

74. Não basta admitir que, fora destes casos em que é excluída toda e qualquer obrigação de informação, se podem introduzir limitações ao segredo profissional do advogado. Ainda falta verificar se estas limitações prosseguem um objectivo de interesse geral legítimo e se são proporcionadas à prossecução desse objectivo.

3. Conclusão intermédia

73. Toda a análise antecedente não revelou nenhum elemento susceptível de invalidar os artigos 2.º-A, n.º 5, e 6.º da Directiva 91/308, conforme alterada pela Directiva 2001/97,

B — *Os limites introduzidos na protecção do segredo do advogado prosseguem um objectivo de interesse geral?*

54 — Neste sentido, v. os acórdãos da jurisprudência americana: In re Grand Jury Investigation (Schroeder), 842 F.2d 1223, 1225 (11th Cir. 1987); United States v. Davis, 636 F.2d at 1043; United States v. Horvath, 731 F.2d 557, 561 (8th Cir. 1984); Upjohn Co. v. United States, 449 U.S. 383 (1981); v., igualmente, o acórdão 87/1997 da Corte Costituzionale italiana, de 8 de Abril de 1997 (GURI de 16 de Abril de 1997), e a decisão da House of Lords: Three Rivers District Council and Others v. Governor and Company of the Bank of England [2004] UKHL 48. Nesta última decisão, Lord Scott of Foscote precisava, de resto: «There is, in my opinion, no way of avoiding difficulty in deciding in marginal cases whether the seeking of advice from or the giving of advice by lawyers does or does not take place in a relevant legal context so as to attract legal advice privilege».

75. Só uma das partes perante o Tribunal de Justiça parece duvidar da legitimidade da finalidade prosseguida pela directiva controvertida. Segundo a ordem des avocats du barreau de Liège, o segredo só deve ceder perante interesses superiores destinados à salvaguarda da vida humana.

76. Esta posição não está fundamentada. Em primeiro lugar, não me parece de forma alguma poder excluir-se que necessidades estranhas à preservação da vida humana possam constituir finalidades legítimas susceptíveis de justificar restrições ao segredo profissional. Em segundo lugar, pode descortinar-se na luta contra o branqueamento de capitais um objectivo digno de ser prosseguido pela Comunidade.

77. Resulta do primeiro considerando da Directiva 91/308 que esta visa evitar que a utilização das instituições de crédito e das instituições financeiras para o branqueamento do produto de actividades criminosas comprometa gravemente a fiabilidade do sistema financeiro e afecte a confiança do público nesse sistema no seu todo. É verdade que o branqueamento de capitais tem potencialmente um efeito destrutor nos sistemas económicos, políticos e sociais dos Estados-Membros. Querer estender este objectivo aos profissionais de direito não parece ilegítimo, uma vez que se verifica que estes podem exercer um número de actividades muito diversas, que ultrapassam largamente o mero âmbito das competências de consultoria e de representação jurídicas. Neste contexto, surge o risco de os advogados se tornarem, à semelhança de outras profissões, «porteiros» que permitem aos branqueadores atingir os seus objectivos ilícitos.

78. Nestas condições, o objectivo de luta contra o branqueamento de capitais pode ser

considerado um objectivo de interesse geral que justifica que o segredo do advogado seja levantado, desde que este levantamento não afecte o âmbito das actividades essenciais do advogado anteriormente definidas. Resta, por último, verificar se as restrições assim previstas respeitam o princípio da proporcionalidade.

C — Os limites da protecção do segredo do advogado respeitam o princípio da proporcionalidade?

79. Por força do princípio da proporcionalidade, só se podem introduzir limitações ao segredo do advogado se estas forem necessárias. O CCBE e o OFBG contestam, no presente caso, o carácter de necessidade da obrigação de informação. Observam que o objectivo prosseguido podia ser alcançado através de outros meios menos atentatórios do segredo, como processos de sanções disciplinares e penais. Além disso, o facto de outros profissionais que participam nas operações em risco estarem sujeitos a essa obrigação de declaração é uma garantia suficiente de realização da finalidade prosseguida.

80. Esta argumentação não convence. Por um lado, é pacífico que os processos

descritos não preenchem a mesma função da obrigação de informação. Os primeiros dizem apenas respeito à sanção de comportamentos ilícitos, enquanto a obrigação de informação visa unicamente prevenir as autoridades competentes de factos que possam ser um indício de branqueamento de capitais, sem que o autor da declaração esteja implicado na prática dos factos ilícitos. Na medida em que prosseguem fins distintos, não se podem equiparar estes dois meios para efeitos da luta contra o branqueamento. Por outro lado, o facto de outros operadores estarem sujeitos a essa mesma obrigação não prejudica em nada a necessidade de se lhe submeterem igualmente os profissionais do direito, a partir do momento em que estes se mostrem directamente implicados nas operações de risco. Por conseguinte, pode admitir-se que uma disposição que prevê a aplicação dessa obrigação aos profissionais de direito seja necessária no contexto de uma luta organizada contra o branqueamento de capitais.

81. É verdade que o segredo do advogado constitui um princípio fundamental que afecta directamente o direito a um processo equitativo e o respeito da vida privada. Consequentemente, não se pode violá-lo

senão em casos excepcionais e envolvendo-se das garantias adequadas e suficientes contra os abusos⁵⁵.

82. A este respeito, deve observar-se que a obrigação controvertida está revestida de certas garantias que têm em conta a especificidade da profissão de advogado. Para este efeito, a directiva prevê dois tipos de garantias. Em primeiro lugar, nos termos do artigo 6.º, n.º 3, primeiro parágrafo, os Estados-Membros podem designar um organismo adequado de auto-regulamentação da profissão em causa como autoridade a informar em caso de declaração. Este organismo tem, de certa forma, uma função de filtro e de fiscalização, de tal modo que a obrigação de discrição profissional que incumbe aos advogados face aos seus clientes possa ser preservada. Em segundo lugar, a directiva prevê no artigo 8.º que os Estados-Membros têm a faculdade de não impor aos advogados a proibição de revelarem aos seus clientes que foram transmitidas informações às autoridades responsáveis, nos termos da directiva. Assim, permite-se que fique salvaguardada a relação de confiança e de lealdade para com os clientes, condição do exercício da profissão de advogado. Estas garantias podem ser consideradas garantias adequadas e efectivas com vista a proteger a integridade da relação entre os advogados e os seus clientes.

55 — V., por analogia, acórdão do TEDH, Erdem c. Alemanha, de 5 de Julho de 2001, n.º 65.

V — Conclusão

83. À luz das considerações antecedentes, sugiro ao Tribunal de Justiça que responda da seguinte forma à questão colocada pela Cour d'arbitrage:

«Os artigos 2.º-A, n.º 5, e 6.º da Directiva 91/308/CEE do Conselho, de 10 de Junho de 1991, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais, conforme alterada pela Directiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Dezembro de 2001, são válidos desde que sejam interpretados, em conformidade com o décimo sétimo considerando da referida directiva e no respeito dos direitos fundamentais à protecção do segredo profissional do advogado, no sentido de que se devem exonerar de toda e qualquer obrigação de declaração as informações obtidas antes, durante ou depois de um processo judicial, ou quando da prestação de consultas jurídicas.»