

*Conhecer não é demonstrar
nem explicar. É aceder
à visão. A. Saint-Exupéry*

2017, ANO V, N.º 7

AB INSTANTIA

REVISTA DO INSTITUTO DO CONHECIMENTO AB

DIRECTOR Ricardo Costa

CONSELHO EDITORIAL

Ana Manuela Barbosa, Miguel Teixeira de Abreu,
Paulo de Tarso Domingues, Paulo Teixeira Pinto

REGULAMENTO GERAL DE PROTECÇÃO DE DADOS

Direitos de personalidade e responsabilidade civil; Direito ao esquecimento; Privacidade; § PRIVADO Dupla descrição predial – STJ, 23.02.2016; Resolução de contrato de agência e interesse contratual positivo – Relação de Lisboa, 20.12.2017; PERSI e pagamento de dívida; § INSOLVÊNCIA Isenção de IMT e transmissão de imóveis – STA, 29.03.2017; Empresas locais; Direito de retenção e consumidor; § PROPRIEDADE INDUSTRIAL Marcas sensoriais; Confusão entre marcas; § ARBITRAGEM Estatuto de partes não signatárias; § CONCORRÊNCIA Corrupção no sector privado; § ESTUDO Mercado de valores mobiliários em Angola; § RECENSÃO Direito penal e o terrorismo.

MÚLTIPLAS IMPLICAÇÕES LEGAIS E PRÁTICAS DO SEGREDO PROFISSIONAL

JOÃO FERNANDES MOREIRA*

Apresentação

Este estudo incide sobre as mais diversas implicações jurídicas e legais decorrentes da violação do instituto do segredo profissional por parte de todos os profissionais da advocacia do nosso ordenamento jurídico, chamando a atenção sobre alguns aspectos mais «cinzentos» onde a aplicação das atuais soluções jurídicas se tornam mais complexas.

Perante o desenvolvimento célere da sociedade de informação e comunicação, os meios através dos quais a atividade de advogado se desenvolve são múltiplos e como tal dificulta a definição das fronteiras ou limites deste importante instituto da deontologia dos profissionais da advocacia.

Hodiernamente, é máxima a necessidade de garantir a protecção das diversas informações materiais e documentais que são fornecidas pelo cliente ao advogado com quem celebram um negócio de prestação de serviços jurídicos.

Interesses de ordem fiduciária e de salvaguarda da protecção da vida privada, bem como o interesse público de manter certos setores de actividade sujeitos ao dever de guardar a confidencialidade sobre determinados assuntos com que os profissionais contatem diretamente influenciam a construção das normas cuidadosamente redigidas e interpretadas mais tarde pelos aplicadores do Direito.

O segredo profissional previsto em inúmeros diplomas fundamentais do nosso ordenamento jurídico é uma expressão de uma cuidada redacção e posteriormente interpretação, a qual visa proteger todos estes interesses agora enunciados.

Importa neste estudo:

1. Procurar compreender a dimensão material e subjectiva do segredo profissional dos advogados no nosso ordenamento jurídico;
2. Detetar a suficiência das normas já existentes para responder às exigências decorrentes do surgimento de novas realidades como as sociedades multidisciplinares ou multiprofissionais.

* Mestrando em *Ciências Jurídico-Civilísticas*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto
Advogado Estagiário AB

Assim, este texto navegará entre ambos os desafios, procurando conhecer o actual regime jurídico, sobretudo com as suas implicações no processo penal da prova e da descoberta da verdade material.

I. O segredo profissional e a sua autonomia jurídico-legal

1. A sua localização na lei vigente

a. Introdução

Ao percorrermos o Estatuto da Ordem dos Advogados (doravante “EOA”), encontramos, no Título III, relativo às normas sobre a deontologia profissional, um conjunto de incisos de enorme relevância para a prática da advocacia em território português, mais concretamente no Capítulo I.

Em primeiro lugar, reza o n.º 1, do artigo 89.º, do EOA que “o advogado é indispensável à administração da justiça e, como tal, deve ter um comportamento público e profissional adequado à dignidade e responsabilidades da função que exerce.”. Em seguida, enumera o n.º 2 que as obrigações profissionais de um advogado assentam em traços distintivos fundamentais tais como a “*honestidade, probidade, retidão, lealdade, cortesia e sinceridade*”.

Como ensina FERNANDO SOUSA MAGALHÃES, “o artigo 88.º (...) trata do dever geral de probidade, que se pode definir como sendo o dever do advogado, no exercício da profissão e fora dela, se considerar um servidor da justiça e do direito e, como tal, mostrar-se digno da honra e das responsabilidades que lhe são inerentes”¹.

Assim, pretende o legislador abrir o catálogo dos princípios gerais com uma palavra de ordem para todos os agentes que pretendem fazer da advocacia a sua profissão e fonte de obtenção de rendimentos, exigindo destes uma atitude activa na promoção da realização e administração da justiça, por um lado, e um comportamento passivo na omissão de actos que criem obstáculo a esta finalidade.

Reconhece, depois, o artigo 89.º o importante princípio da independência, segundo o qual “o advogado, no exercício da profissão, mantém sempre em quaisquer circunstâncias a sua independência, devendo agir livre de qualquer pressão, especialmente a que resulte dos seus próprios interesses ou de influências exteriores, abstendo-se de negligenciar a deontologia profissional no intuito de agradar ao seu cliente, aos colegas, ao tribunal ou a terceiros”.

¹ SOUSA MAGALHÃES, Fernando, *Estatuto da Ordem dos Advogados – Anotado e Comentado*, p. 125.

Novamente, SOUSA MAGALHÃES, em anotação a este artigo, explicita que o “princípio da independência é, a par do interesse público, um dos pilares fundamentais da deontologia dos advogados.”² E será bem verdade este ensinamento do autor citado, uma vez que a independência de que o advogado é titular enquanto profissional de um sector de actividade sujeito a inúmeras condutas e atuações implica que este não pode estar nunca subordinado a ninguém, nomeadamente ao interesse de terceiros e dos próprios órgãos jurisdicionais. Logo, ainda que a principal actividade dos tribunais seja *administrar a justiça em nome do povo* (artigo 202.º da CRP), procurando sempre atuar em prossecução da descoberta da verdade (material), de modo a criar uma composição definitiva do litígio (em análise das questões de mérito de matéria civil e administrativa) ou a determinar a responsabilidade criminal/contraordenacional relativa a certas condutas, nunca poderão os Tribunais exigir do advogado um comportamento que contenda negativamente com a sua independência e liberdade.

Deve o Tribunal cingir-se aos demais meios exigentes na prossecução de tal verdade material, sem que entre eles se encontre a opção de obrigar o advogado a praticar actos diversos daqueles que a lei positiva já exige, inclusive, não poderá o Tribunal colocar em causa a liberdade/independência do advogado que deseja respeitar o seu sigilo profissional.

Por fim, neste Capítulo I, temos de destacar, por sobre tudo, o princípio consagrado na norma do artigo 92.º, sob a epígrafe “Segredo profissional”, que corresponde ao centro nevrálgico de toda esta exposição.

Devendo sempre ser interpretado em concordância com os princípios da *integridade* e da *independência* (agora mencionados e apresentados de forma sucinta), o *segredo profissional* é um dos grandes alicerces da actividade da advocacia. Uma espécie de “*juramento de Hipócrates jurídico*” que, ao menos de forma *implícita*, o advogado presta de forma solene perante o seu cliente, através do qual se compromete a respeitar a relação de fidúcia que entre os dois é constituída, bem como todos os segredos que lhe forem transmitidos pelo cliente.

Uma fidúcia que teve de ser necessariamente alvo de uma norma positiva, de modo a “relembrar” aos profissionais que, mais do que uma questão de confiança estabelecida entre estes e os seus clientes, há um núcleo pertencente à esfera da personalidade jurídica do cliente que acaba igualmente por ser salvaguardado. Esse núcleo é integrado pelo direito à privacidade nas esferas mais restritas e pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade individual.

² SOUSA MAGALHÃES, Fernando, *Estatuto...*, p. 127.

b. Análise do artigo 92.º do EOA

Prevê a norma do artigo 92.º do EOA que “o advogado é obrigado a guardar segredo profissional no que respeita a todos os factos cujo conhecimento lhe advenha do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços”, enumerando, de forma taxativa, o conjunto de factos que o profissional deve respeitar no contexto desse mesmo segredo profissional.

O n.º 2, por sua vez, estabelece que “[a] obrigação do segredo profissional existe quer o serviço solicitado ou cometido ao advogado envolva ou não representação judicial ou extrajudicial, quer deva ou não ser remunerado, quer o advogado haja ou não chegado a aceitar e a desempenhar a representação ou serviço, o mesmo acontecendo para todos os advogados que, direta ou indiretamente, tenham qualquer intervenção no serviço”.

Como explica SANTOS CABRAL, “pressuposto do correcto desempenho da advocacia é a confiança que o cliente deposita no advogado e que este deve fazer por merecer não revelando factos ou exibindo documentos abrangidos pelo segredo profissional. Não havendo confiança absoluta no advogado para lhe revelar todos os factos, o mesmo não poderá, obviamente, exercer cabal e eficazmente a sua profissão.”³, acrescentado em seguida que “o segredo profissional não é um dever do advogado apenas para com o seu cliente, mas também um dever recíproco para com os outros advogados e perante a própria Ordem”⁴.

Como podemos observar destes dois números do artigo 92.º do EOA, é entendido como traço fundamental da actividade deste agente a confiança que lhe é depositada pelo seu representado extrajudicial ou judicialmente. Um cliente que confidencie um determine facto ou transmita ao advogado um dado relevante para a prestação de serviço tem no advogado que contratou (ou não) e que o representa um sujeito da máxima confiança e segurança. Não só por uma questão de exigência moral, mas, acima de tudo, por uma questão de exigência legal, prevista no Estatuto.

Ensina SOUSA MAGALHÃES que o “segredo profissional, sendo radicalmente um dever para com o cliente, já que sem ele seria impossível o estabelecimento da relação de confiança, resulta também [em] um compromisso da advocacia para com a sociedade”⁵. Acrescenta que, “na verdade, a função social desempenhada pelos advogados implica, para além da independência e isenção, o reconhecimento do seu papel como confidentes necessários”⁶. O autor reforça, assim, a ideia a que

³ CABRAL, JOSÉ ANTÓNIO HENRIQUES DOS SANTOS, *Código de Processo Penal Comentado*, 2.ª edição, p. 499.

⁴ CABRAL, SANTOS, *Código de Processo...*, p. 499.

⁵ MAGALHÃES, SOUSA, *Estatuto...*, p. 137.

⁶ *Idem*, p. 137.

agora aludimos, ao apresentar o factor essencial para o qual se refere o segredo profissional.

Como argumenta MARIA CARLOS, “o segredo pode ter a sua génese na vontade do depositante, ou, na própria natureza do facto confiado. Significa o exposto que em determinadas situações, a existência da obrigação de guardar segredo não depende do pedido de confiança expressamente formulado pelo cliente ao Advogado pois que, mesmo que tal pedido não haja sido formulado, o Advogado está obrigado a guardar segredo pela natureza dos factos revelados”⁷.

Verificamos, também, que a “obrigação de segredo profissional, uma vez constituída, mantém-se no tempo para além da extinção da relação profissional onde teve origem e transmite-se integralmente aos advogados que vierem a suceder no patrocínio ao advogado primitivo”⁸. Logo, o interesse social manifestado nesta norma implica que o profissional da advocacia esteja sujeito a limitações que garantam aos beneficiários, que contratam os seus serviços, a plena protecção de todas as informações materiais e documentais que forneçam aos prestadores do serviço. Contudo, o legislador, de modo a evitar situações em que pudessem ocorrer fraudes à lei, estendeu os efeitos do sigilo a todos os demais profissionais da advocacia que venham a assumir, em fase ulterior, o patrocínio anteriormente exercido por um outro colega.

Há como que uma transmissão automática, independente de qualquer disposição escrita num dado contrato de prestação de serviços de advocacia, do sigilo do anterior advogado para o novo. Além de que o advogado primitivo mantém-se sempre adstrito a guardar sigilo de todas as informações materiais e documentais que conheça do seu anterior cliente, para além do fim da relação jurídica que outrora os uniu. Assim, o advogado que desrespeite o sigilo profissional, exibindo documentos que lhe foram entregues por cliente que ele já não mais patrocina, incorre na violação deontológica do segredo profissional, mesmo que já nenhuma relação jurídica exista entre eles.

2. O segredo profissional no Direito probatório

a. Enquadramento geral

Como sabemos, o sigilo profissional encontra-se consagrado em vários diplomas legais e regulamentares no ordenamento jurídico português.

⁷ CARLOS, Maria, *O Segredo Profissional do Advogado*, p. 3 ss., disponível em www.oa.pt, consultado em 17/05/2017.

⁸ *Idem*, p. 137.

O segredo profissional está previsto em diversos diplomas tal como é exemplo o artigo 208.º da CRP (“A lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato.”), artigos 195.º e 196.º do Código Penal (CP), artigo 135.º do Código de Processo Penal (CPP), e 417.º e 497.º do Código Processo Civil (CPC).

O n.º 5 do artigo 92.º do EOA estabelece que “os atos praticados pelo advogado com violação do segredo profissional não podem fazer prova em juízo”.

Diz em seguida o n.º 6 do mesmo artigo que, ainda que dispensado com base na prévia autorização do presidente do Conselho Regional, o advogado pode manter o segredo profissional.

Mas importa agora analisar, com mais pormenor, as normas processuais penais que regulam, no âmbito do Direito Penal probatório, a intervenção do advogado na descoberta da verdade material essencial para a condenação ou absolvição do arguido.

b. A prova testemunhal. Interpretação do artigo 135.º do CPP

O artigo 135.º do CPP consagra a norma que determina que os advogados são uma das categorias profissionais a quem a lei processual penal concedeu a faculdade de recusa à prestação de depoimento sobre os factos abrangidos pela sua actividade.

Já o anterior Código de Processo Penal português de 1929 dispunha, no artigo 217.º, que “[n]ão são obrigados a depor nem a prestar declarações: 1.º Os ministros de qualquer culto, legalmente permitido, os advogados, procuradores, notários, médicos ou parteiras sobre os factos que lhes tenham sido confiados ou de que tenham conhecimento, no exercício das suas funções ou profissão; 2.º Os funcionários públicos sobre factos que possam constituir segredo de Estado ou que, segundo a lei, não puderem revelar sem autorização superior, 3.º As demais pessoas que por lei estão obrigadas a guardar segredo profissional, sobre os factos que não devem revelar.”.

Como ensina GERMANO MARQUES DA SILVA, “estão em causa dois interesses públicos conflitantes: o interesse na descoberta da verdade para a realização da Justiça, por uma parte, e o interesse também público do dever de segredo relativamente a certos estados ou profissões, segredo que se destina a garantir o pleno exercício da função ou profissão, por outra.”⁹, acrescentando em seguida que “a questão essencial reside assim em determinar no caso concreto qual dos interesses deve prevalecer.”¹⁰.

Importa, porém, esclarecer que o direito/dever de segredo tem objecto limitado pelas normas legais ou regulamentares que disciplinam a profissão a que

⁹ SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Curso de Processo Penal*, vol. II, 4.ª edição, p. 169.

¹⁰ *Idem*, p. 169.

se refere. No caso concreto dos advogados, o segredo profissional existe não em relação à qualidade profissional do advogado, mas em virtude do exercício do seu ofício, sendo que apenas se poderá considerar legítima o pedido de escusa feito por um advogado quando se refere a determinados factos do conhecimento da testemunha que a lei ou regulamento abarque no objecto de sigilo.

Mas será o direito à escusa de depor com fundamento no segredo profissional um direito absoluto?

Como defendem os magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, “o direito ao segredo não é absoluto. As pessoas legalmente abrangidas pelo dever do segredo, que o aleguem por sua iniciativa, ou após o devido esclarecimento, não ficam sem mais desobrigadas de depor”¹¹. Isto porque, se formos analisar o n.º 2 do artigo 135.º do CPP, verificamos que o legislador estabelece que “havendo dúvidas fundadas sobre a legitimidade da escusa, a autoridade judiciária perante o qual o incidente se tiver suscitado procede às averiguações necessárias” e “se, após estas, concluir pela ilegitimidade da escusa, ordena, ou requer ao tribunal que ordene, a prestação de depoimento”. Dito de outra forma, não basta que o agente invoque um título ou um contrato de prestação de serviços de advocacia para convencer as autoridades judiciárias da existência de um direito “ao silêncio e à recusa de depor sobre factos que supostamente estariam abrangidos pelo segredo profissional”, sendo necessário que faça prova, na abertura do incidente, no sentido de essas mesmas autoridades judiciárias se convencerem totalmente de que tal legitimidade abrange a situação factual descrita pelo requerente. “Sendo certo que, se concluir pela ilegitimidade da escusa, ordena e requer ao Tribunal que ordene a prestação de depoimento”¹².

É, por isso, um dado adquirido que, hodiernamente, não se aceita que em nome da Justiça se pratiquem actos de descoberta da verdade material a todo o custo. Maquiavelismos são bloqueados através de procedimentos formais sujeitos em toda a sua plenitude ao princípio do contraditório¹³.

Além de a afirmação de que este não é um direito absoluto, também decorre do facto de que “se a escusa assente no segredo for considerada legítima, ainda é possível obter o depoimento da testemunha, mediante quebra do segredo ou sigilo, a suscitar ao Tribunal Superior àquele onde o incidente tiver ocorrido,

¹¹ MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal – Comentários e notas práticas*, p. 360.

¹² *Idem*, p. 360.

¹³ Neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...*, p. 169, quando diz que “é hoje adquirido que a Justiça não se há-de buscar por quaisquer meios e como referimos já a propósito das proibições de prova também só em circunstâncias excepcionais, previstas na lei, é de admitir a quebra do dever de segredo, sempre em termos muito restritos, como dispunha, aliás, o art. 2.º, alínea 33), da Lei de autorização legislativa.”

ou para o pleno das Secções Criminais no caso de suscitado perante o STJ, a quem competirá a decisão”¹⁴.

c. Conceito de interesse preponderante

No que mais parece ser uma derrogação ao previsto no artigo 92.º do EOA, vem o legislador, no n.º 3, admitir, através da utilização de um conceito indeterminado, uma norma que permite – ainda que exista uma verificação de uma plena legitimidade, que cabe ao Tribunal superior àquele onde o incidente tiver sido suscitado, ou ao STJ sempre que o incidente tiver sido suscitado perante o órgão máximo da hierarquia dos Tribunais judiciais – *que haja o testemunho do agente que supostamente teria direito a escusar-se a depor ao abrigo do segredo profissional, sempre que haja um fundamento baseado no denominado conceito de “prevalência do interesse preponderante”*. Especifica a lei que uma situação destas ocorrerá, em regra, quando a situação concreta assim o exija “tendo em conta a imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de protecção dos bens jurídicos”.

A quebra do segredo do advogado depende, por isso, da verificação de requisitos específicos e cumulativos. A decisão depende igualmente de que a autoridade judiciária, antes de proferir a decisão, atente ao parecer proferido pela Ordem dos Advogados, ainda que tal parecer não seja vinculativo, como tem sido maioritariamente entendido, mas não deixa de suscitar críticas fundas, como adiante se verá.

Mas, se é fácil detetar as circunstâncias em que a gravidade do crime e a necessidade de protecção de bens jurídicos exigem que o direito a pedir escusa de depoimento se verificam, mais difícil será saber o que pretende o legislador dizer quando se refere ao conceito indeterminado de *interesse preponderante ligado ao conceito de imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade*.

Quando é que tal situação ocorrerá?

A propósito do conceito de interesse preponderante, o Tribunal da Relação do Porto, em aresto datado de 3 de Novembro de 2004, relatado por ANÉLIA MADALENO¹⁵, julgou que: “I – Havendo conflito entre o “dever de sigilo” e os valores ou interesses pertinentes à Administração da Justiça (*maxime* penal), devem ter-se em conta os seguintes princípios: (i) a revelação de um segredo é lícita quando for necessária para evitar a condenação penal de um inocente; (ii) os valores ou interesses prosseguidos pelo processo penal, como a mera eficácia da justiça penal, não justificam, por si só, a revelação do segredo; (iii) o conflito entre o dever de colaboração com a justiça e o dever de sigilo deve solucionar-se nos termos gerais da ponderação de interesses. II – Estando em causa a realização

¹⁴ *Idem*, p. 360.

¹⁵ Disponível em www.dgsi.pt, consultado em 17/05/2017.

de uma diligência de prova (depoimento do advogado) imprescindível para apurar a prática de um crime e a condenação do agente (seu cliente), o dever de sigilo do advogado deve ser quebrado, perante o interesse público do Estado na realização da justiça, que prevalece sobre o interesse profissional da advogada e o interesse pessoal do arguido.”

Analisando o sumário deste importante acórdão, verificamos que a autoridade judiciária ou o tribunal competente para decidir sobre a aplicação ou afastamento do segredo profissional não pode simplesmente invocar a existência de um interesse preponderante no caso concreto. Tem de demonstrar, ao abrigo de um princípio de concordância prática, que o interesse que se pretende proteger supera, de forma clara, o interesse fiduciário que se irá quebrar com a exigência de um depoimento forçado do advogado.

Por seu lado, o Tribunal da Relação de Lisboa, em aresto datado de 4 de Outubro de 2001, relatado pelo Des. ALMEIDA SEMEDO, decidiu que: “I – Ouvida a Ordem dos Advogados e mantendo o Tribunal de julgamento interesse em ouvir a testemunha – advogada –, compete ao Tribunal superior, nos termos do art. 135.º do CPP, usar de muito critério e moderação, atentos os interesses em jogo, e decidir (ou não) pela quebra do sigilo invocado pela testemunha. II – Para dirimir os interesses ponderosos em jogo – de um lado o direito ao segredo profissional e de outro a realização da justiça –, deve prevalecer este último, face à preponderância do seu interesse final, aliás reclamado pela comunidade, enquanto interesse público na descoberta da verdade.”¹⁶

É interessante verificar como este último espécimen jurisprudencial reconhece a descoberta da verdade material (um dos alicerces do processo penal e do próprio processo em geral) como um interesse reclamado pela comunidade, *maxime* um interesse público, mas implicitamente nega atribuir a mesma qualidade ao interesse emergente do instituto do segredo profissional, que, na verdade, acaba por ser um interesse igualmente reclamado pela comunidade que deseja que os profissionais da advocacia, enquanto funcionários da Lei e da Justiça, possam, durante e após o fim da sua relação com os seus clientes, ser titulares do direito de se reservarem ao silêncio, de modo a não quebrarem a confiança e o respeito que neles foi depositado.

Por isso, não deixa o direito ao segredo profissional de ser também um interesse público positivado pelo legislador neste sector do Direito probatório penal.

Tanto é que a Relação de Coimbra, a 28 de Abril de 2004, considerou, em análise a esta matéria, que: “I – A realização da justiça penal, só por si e sem mais, não constitui motivo bastante para justificar a imposição da quebra do segredo

¹⁶ Disponível em www.pgdlisboa.pt, consultado em 17/05/2017.

profissional, posto que o dever de sigilo destina-se a proteger interesses e direitos (também) constitucionalmente consagrados, designadamente o direito ao bom-nome e reputação e o direito à reserva da vida privada.”¹⁷ E como esta podemos encontrar outra abundante jurisprudência que atribuiu este sentido ao dever de sigilo, ou seja, caracterizando-o como um princípio garantidor de direitos como o direito ao bom-nome, reputação e reserva da vida privada, direitos alicerçados em valores superiores e de interesse comunitário, como é o caso do valor da dignidade da pessoa, esteio de todo o Estado de Direito democrático e social (artigos 1.º e 2.º da CRP).

d. Colisão do artigo 92.º do EOA e do artigo 135.º do CPP

Já desde a redacção do Estatuto aprovado pelo Decreto-Lei n.º 84/84, de 16 de Março, que o então artigo 81.º (equivalente ao actual artigo 92.º) entrava em colisão directa com o conteúdo disposto no artigo 135.º do CPP, o que ainda subsiste.

Como referimos, o artigo 92.º do EOA enumera, no n.º 1, quais as circunstâncias materiais em que o sigilo profissional do advogado deve ser respeitado pelo próprio profissional da área em respeito da relação de confiança com o seu cliente, abrangendo, por via do n.º 3, todos os documentos ou demais coisas que o cliente lhe entregue para que o advogado as conserve na sua posse durante um determinado período de tempo. Isto tudo independentemente de o serviço solicitado ou cometido ao advogado envolver ou não representação judicial ou extrajudicial, quer deva ou não ser remunerado, quer o advogado haja ou não chegado a aceitar e a desempenhar a representação ou serviço, o mesmo acontecendo para todos os advogados que, directa ou indirectamente, tenham qualquer intervenção no serviço (cf. n.º 2 do artigo 92.º do EOA).

Contudo, o n.º 4, do artigo 135.º, do CPP parece prever que o dever à audição a que o órgão de autoridade judiciária ou tribunal competente para a decisão tem de proceder em matéria de afastamento do sigilo tem um efeito *nunca vinculativo*. Será assim?

É nossa convicção que a melhor solução não pode ser esta, ou seja, será necessário interpretar esta norma de jeito teleológico e de modo a evitar contradição com uma outra lei da República que é o EOA, sabido que os cânones da hermenêutica jurídica apelam sempre para uma interpretação harmoniosa, tendo em conta o ordenamento jurídico no seu conjunto.

Estabelece o n.º 4 que “o advogado pode revelar factos abrangidos pelo segredo profissional, desde que tal seja absolutamente necessário para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente

¹⁷ Disponível em www.dgsi.pt, consultado em 18/05/2017.

ou seus representantes, mediante prévia autorização do presidente do conselho regional respectivo, com recurso para o bastonário, nos termos previstos no respectivo regulamento”.

Logo, é fundamental que a ressalva na parte final do n.º 4 do artigo 135.º do CPP seja interpretada em consonância com o n.º 4 do artigo 92.º do EOA, de modo a dar prevalência ao disposto na legislação estatutária, sob pena de a própria ressalva ficar sem sentido útil. Assim como a legislação avulsa, mais concretamente o EOA, determina que o sigilo profissional dos advogados nunca poderá ser afastado sem uma *prévia autorização* do presidente do conselho regional onde o advogado se encontra inscrito, a ressalva final do n.º 4, do artigo 135.º, do CPP deverá ser interpretada de maneira a que da audição realizada junto do organismo representativo da profissão dependa a concessão de uma autorização expressa por parte do responsável determinado na lei, sem a qual a autoridade judiciária não poderá decidir sobre o possível afastamento do sigilo profissional.

Numa posição contrária, SOUSA MAGALHÃES argumenta que “a decisão sobre o interesse prevaiente é, por natureza, uma decisão jurisdicional, não cabendo à Ordem dirimir esse conflito de interesses”¹⁸.

Contudo, será preferível a posição em que se entenda que, *uma vez que o EOA atribuiu a uma entidade específica a necessidade de ser concedida autorização expressa para se violar o sigilo profissional, da aplicação dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 135.º do CPP resulta que a dispensa do sigilo profissional depende de uma decisão vinculativa para o Tribunal, ou seja, este não poderá decidir sem a referida autorização vinculativa ou em posição contrária à que consta do seu conteúdo*¹⁹. Mesmo que o Tribunal ordene que o advogado preste o seu testemunho, sem a obtenção prévia da autorização não poderá exigir do advogado outro comportamento senão manter-se em silêncio durante a suposta inquirição inválida. Isto porque nenhum organismo estará melhor colocado do que a Ordem dos Advogados para conhecer das especificidades da profissão, com o fito de decidir sobre se existem ou não condições para o afastamento do sigilo profissional.

e. Efeitos de um depoimento obtido com violação do sigilo profissional

Diz o n.º 5, do artigo 92.º, do EOA que “os atos praticados pelo advogado com violação de sigilo profissional não podem fazer prova em juízo”.

¹⁸ MAGALHÃES, Sousa, *Estatuto...*, p. 140.

¹⁹ Seguem este entendimento, entre outros, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...*, cit., p. 174, RODRIGO SANTIAGO, *Do crime de violação de sigilo profissional no Código Penal de 1982*, pp. 266, ss., e JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Manual de Processo Penal*, p. 170. Contra, CARLOS DA SILVA CAMPOS, “O sigilo profissional dos Advogados e seus limites”, in *ROA*, 48 (1988), II, p. 507.

Toda a prova produzida em violação de tudo aquilo que acima foi dito consubstanciará em nulidade.

Refere o artigo 125.º do CPP que são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei, sendo que sempre que seja levada a juízo uma prova contrária à lei, a nulidade será a consequência desse resultado probatório.

Estará, por isso, o juiz impedido de criar uma convicção sobre a verdade ou falsidade dos factos que podem permitir ou afastar a condenação do arguido sempre que exista um advogado que preste depoimento sem que esteja autorizado pela Ordem dos Advogados para tal comportamento em regra violador do segredo profissional.

Confirmando esta posição, SANTOS CABRAL defende que “o carácter de ordem do dever do sigilo manifesta-se ainda ao nível de direito probatório. Na verdade, de acordo com o n.º 5 do artigo 92.º do EOA (...), aplicando-se este regime a todo o tipo de processos (civil, penal, disciplinar, etc...), a todo o tipo de declarações (orais, escritas) e a todas as intervenções em juízo, quer no exercício da função quer fora dela (testemunha, parte, perito, declarante). O referido artigo corporiza, assim, uma regra de proibição de produção de prova”²⁰.

f. Conclusões

Como explica MAIA GONÇALVES, em análise ao artigo 135.º do CPP, “o sistema agora estabelecido é simples: as entidades referidas no n.º 1 podem escusar-se a depor sobre factos cobertos pelo segredo profissional, mediante a invocação deste segredo. A autoridade judiciária perante o qual depoimento deve ser prestado procede a averiguações sumárias. Se após estas, concluir pela manifesta inviabilidade da escusa, ordena o depoimento que não pode ser recusado. Se concluir pela viabilidade da escusa, prescinde do depoimento ou requer ao tribunal superior que o ordene, usando para isso do processo aqui regulado.”²¹.

Concordamos com o sobredito, com o reparo, baseado na opinião agora defendida, de que a consulta feita junto da organização responsável pela actividade da advocacia seja tida por vinculativa e não meramente consultiva para efeitos da decisão final tomada pela autoridade judiciária ou Tribunal.

²⁰ CABRAL, SANTOS, *Código...*, p. 500.

²¹ GONÇALVES, MANUEL LOPES MAIA, *Código de Processo Penal – Anotado e Comentado*, 11.ª edição, p. 338.

II. O segredo profissional nas sociedades multidisciplinares, multiprofissionais e multinacionais

1. O que nos diz o EOA? E o CPP?

Uma questão bastante interessante a que nos iremos dedicar na parte final deste trabalho passa por discutir sobre o modo como o segredo profissional do advogado se aplicará no âmbito de funcionamento das chamadas sociedades multidisciplinares, multiprofissionais ou multinacionais.

Quanto à questão das sociedades multinacionais, parece que a melhor opção passa por aplicar o princípio da territorialidade da lei portuguesa, sendo que, independentemente da sede da sociedade de advogados se localizar fora de Portugal, o facto de o cliente ser português ou de os factos praticados na sua totalidade ou em parte terem como *locus executionis* o território português, devemos considerar que o advogado estará sujeito sempre ao dever de segredo profissional, ainda que integrado numa sociedade com sede no estrangeiro. Logo, o princípio da territorialidade vigorará em toda a sua dimensão e plenitude.

Já quanto à questão das sociedades multidisciplinares ou multiprofissionais, a questão será mais controvertida que a anterior.

Estabelece o n.º 7 do artigo 92.º do EOA que “o dever de guardar sigilo quanto aos factos descritos no n.º 1 é extensivo a todas as pessoas que colaborem com o advogado no exercício da sua actividade profissional, com a cominação prevista no n.º 5.” É feita uma extensão legal do dever de segredo com a consequência da acima mencionada proibição de valoração da prova obtida em violação deste dever, ainda que a mesma seja praticada por quem não seja profissional da advocacia.

Nesta norma incluir-se-ão, logo à partida, todas as pessoas que prestem serviços administrativos perante o advogado, como é o caso de pessoal que exerce funções de secretaria, serviço externo, responsáveis pelo arquivo ou recepcionistas do escritório. Em suma, todos aqueles que, exercendo uma actividade sujeita à subordinação jurídica do advogado, possam ter contacto directo ou indirecto com os processos e demais documentação abrangida materialmente pelo sigilo profissional. Neste sentido pronunciou-se já a Ordem dos Advogados, através de Parecer do Conselho Geral, no âmbito da consulta n.º 14/2009, do qual foi relator o Dr. RUI SOUTO²².

Este parecer teve a sua “génese (...) ocorrida em sede de audiência de discussão e julgamento aquando da inquirição da secretária do Autor, Advogado”. E foi decidido, *a final*, que afastar o segredo profissional dos trabalhadores sujeitos à

²² Disponível em www.oa.pt, consultado em 19/05/2017

subordinação jurídica do advogado, como foi exemplo uma secretária, poderia constituir uma autêntica fraude à lei e levar a um manifesto vazio de protecção que a norma do artigo 92.º do EOA pretende alcançar.

Além dos trabalhadores subordinados juridicamente ao advogado, SANTOS CABRAL, em comentário a este artigo do EOA, acrescenta que “a obrigação é extensível a todos os advogados que, mesmo indirectamente, intervenham no serviço”. São os casos dos advogados das sociedades de advogados, dos advogados-estagiários e dos advogados substabelecidos. Há, em relação a eles, uma “extensão” da obrigação de sigilo²³. Acrescenta depois que “a obrigação de segredo estende-se, também, aos empregados e colaboradores de escritório e aos juristas ou peritos consultados sobre o caso, quer tenham ou não emitido parecer (...)”²⁴.

Contudo, em posição contrária a esta, o STJ, em aresto datado de 21 de Março de 2003, relatado por BETTENCOURT DE FARIA, decidiu que: “I – O sigilo profissional do advogado não é extensível aos seus empregados, não podendo ser aplicada analogicamente a norma que estabelece esse sigilo, dado o seu carácter excepcional face à regra da disponibilidade dos depoimentos. II – Em relação a esses empregados a defesa do sigilo põe-se a nível objectivo, ou seja, incumbe ao próprio advogado exigir tal sigilo. III – Esta exigência integra-se nas relações laborais do escritório e não pode prevalecer sobre o dever geral de contribuir para a descoberta da verdade. IV – O direito ao sigilo do advogado está na plena disponibilidade da parte que dele pode beneficiar.”²⁵

Uma posição controversa, mas com uma argumentação incisiva, a qual interpretou o n.º 7 do artigo 92.º do EOA *de forma restritiva*, considerando que a extensão a que o inciso se refere obriga tão só o advogado a garantir que os seus subordinados e colaboradores respeitem o sigilo que o vincula tão-só a ele. Uma posição, todavia, que, em nosso entender, se traduz em uma interpretação não somente *preater legem*, mas verdadeiramente *contra legem*.

Assim, mesmo que não exista uma posição unânime sobre este tema, a maioria da doutrina tem vindo a entender que os administrativos ou trabalhadores sujeitos ao poder de direcção do advogado derivado de um contrato de trabalho, os juristas ou docentes de Direito que elaborem pareceres a pedido dos advogados, bem como os demais colegas advogados ou advogados-estagiários que contactem

²³ CABRAL, Santos, *Código...*, p. 500.

²⁴ *Idem*, p. 500.

A mesma posição foi seguida pelo Conselho Geral da Ordem dos Advogados, em parecer do Conselho Geral n.º E-27/05, de 16 de Dezembro de 2005, considerando que, quando um docente de Direito elabora um parecer a pedido do advogado, está a colaborar com este no exercício da actividade profissional e, por isso, conhece de factos que estão abrangidos pelo sigilo profissional, o que igualmente o vincula.

²⁵ Disponível em www.dgsi.pt, consultado em 19/05/2017.

com os assuntos do seu cliente estão todos vinculados a respeitar o segredo profissional que, em primeira linha, obriga o advogado com quem o cliente contrata.

Mas como será para todos os demais profissionais que possam trabalhar no âmbito de uma sociedade multidisciplinar ou multiprofissional?

A questão resulta da decorrência dos tempos modernos, onde a evolução do mercado e a entrada de sociedades estrangeiras em território português têm levado à formação progressiva de sociedades multidisciplinares ou multiprofissionais que abarcam simultaneamente na mesma sociedade advogados, solicitadores, notários, técnicos oficiais de contas, revisores oficiais de contas, economistas, analistas, entre outras profissões. Constituem uma espécie de sociedades “*shopping*”, onde o cliente entra e pode encontrar no mesmo espaço uma diversidade de serviços prestados pela mesma entidade constituída pelos mais variados profissionais, sem ter de recorrer à celebração de contratos de prestação de serviços com outras entidades. Um aliciante sobretudo para as grandes empresas que conseguem numa só sociedade profissional satisfazer todas as suas necessidades ao nível da advocacia, notariado, auditoria e contabilidade em geral.

Sem procurarmos, aqui, discutir as vantagens e os inconvenientes relativamente ao surgimento destes novos tipos societários, importa sim discutir qual a solução para abarcar estes diversos profissionais relativamente às regras até agora analisadas sobre o sigilo profissional.

Julgamos divisar duas linhas de argumentação possíveis.

A primeira, seguindo o entendimento já reproduzido acima do STJ, segundo o qual nunca estarão directamente vinculados ao segredo profissional quem não está abrangido subjectivamente pelos efeitos produzidos pelo EOA. Assim, o EOA vincula tão-só os advogados, não podendo o seu normativo vincular quem não se assume na sociedade como profissional nessa área. Nesta posição argumentativa seria necessário concluir que o único vinculado ao sigilo seria o advogado, sendo que é da sua responsabilidade controlar os comportamentos das pessoas que com ele colaboram no exercício da sua actividade, de modo a evitar que estes revelem factos que impliquem que o próprio advogado esteja a violar indirectamente o artigo 92.º do EOA.

Destarte, em suma, para esta orientação, somente o advogado poderá ser directamente responsabilizado pela violação do segredo profissional por terceiros que com ele trabalhem.

A segunda linha argumentativa passará por interpretar o n.º 7 do artigo 92.º do EOA tal como a doutrina tem procurado entender, ou seja, considerando que, apesar da incidência subjectiva do diploma apenas se destinar aos advogados, o facto de o estatuto emergir da lei (princípio da igualdade – artigo 13.º da CRP), quando a norma refere a extensão, vem vincular autonomamente todas as pessoas

que colaborem com o advogado nos mesmíssimos moldes materiais que este se acha obrigado a cumprir. Independentemente de se tratar de um administrativo, de um solicitador, de um jurista ou técnico oficial de contas, desde que se verifique a concreta condição material de todos eles terem trabalhado com o advogado no âmbito da prestação de serviços a um dado cliente, todos eles devem, de forma directa e autónoma, respeitar o sigilo profissional, nada revelando quanto a esses factos perante inquirições que lhes sejam feitas.

A nosso ver, esta segunda posição revela ser a posição mais adequada em face dos interesses em presença, dado que não só corresponde à verdadeira *ratio legis* que se encontra preconizada no n.º 7 do artigo 92.º do EOA, como é aquela que se consubstancia na posição menos onerosa para o advogado. Logo, será desproporcionado (cf. art. 18.º, em especial o seu n.º 2, da CRP) exigir ao profissional da advocacia que controle um tão elevado número de colaboradores, sob pena de um incumprimento da parte deles corresponder a uma responsabilização sua. Tal solução seria, além de injustificadamente onerosa, também demasiado prejudicial para os próprios advogados, já de si sujeitos a uma profissão de elevado risco no que tange à matéria da responsabilidade civil.

Em suma, voltando à questão inicial sobre o modo como se deverão aplicar as regras do sigilo profissional quanto às sociedades multiprofissionais ou multidisciplinares, aquele que cremos ser a melhor posição passará por reconhecer que o legislador, aquando da construção do n.º 7 do artigo 92.º do EOA, adoptou uma posição bastante cautelosa ao ter utilizado o termo “colaboração”, permitindo incluir todos aqueles que trabalham em subordinação jurídica ou em grupo com o advogado sujeito a sigilo, tais como os administrativos, solicitadores ou juristas, como acima se referiu, mas também estará preparada para abarcar futuras realidades que venham a surgir no mercado de advocacia em Portugal, como possivelmente será o caso das sociedades multidisciplinares. De facto, havendo profissionais de outras áreas como a contabilidade e a auditoria a colaborar com o advogado na prestação conjunta de serviços a determinados clientes, ao seguirmos a posição de uma sua sujeição directa e autónoma como colaboradores do advogado, estará o interesse público que o dever de sigilo profissional pretende acautelar sempre protegido pela solução ampla hoje existente no EOA.

Uma solução, sem dúvida, pensada para todas as situações que possam surgir e com uma amplitude suficientemente alargada para abarcar todas as situações passíveis de ocorrer no futuro.

2. A tutela penal. Interpretação do artigo 195.º do CP

Estabelece o artigo 195.º do CP que “[q]uem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado,

ofício, emprego, profissão ou arte é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias”.

Uma vez considerada como melhor a posição de uma sujeição direta de todos os profissionais dependentes ou independentes que colaborem com o advogado sujeito a sigilo profissional perante determinados factos ou documentos de um dado cliente, também será necessário defender que os efeitos decorrentes deste tipo legal de crime implicarão, no seu âmbito de previsão do ilícito-típico objectivo, não só o advogado, mas também esses colaboradores, por efeito do artigo 92.º do EOA.

Por exemplo, cometerá o crime de violação de segredo o advogado que exponha, em violação do dever de sigilo, informações do seu cliente, bem como o administrativo, seu trabalhador dependente, solicitador ou técnico oficial de contas que com o advogado tenham colaborado na execução da prestação de serviços.

Todos eles contactaram com informações e documentos abrangidos e protegidos pela confidencialidade que o segredo profissional pretende proteger, além de que todos eles se apresentam como responsáveis directos sempre que realizarem alguma conduta que implique violação da *previsão normativa deste artigo 195.º do CP*.

III. Conclusões gerais

Percorrendo das diversas normas relativas ao segredo profissional do advogado, designadamente o artigo 92.º do Estatuto da Ordem dos Advogados e o artigo 135.º do Código de Processo Penal entendesse que não é claro o sentido e alcance das duas normas relativamente aos limites e amplitude do segredo profissional no âmbito do direito probatório criminal.

Concluimos, ainda assim, que não só a consulta a que se refere o n.º 4 do artigo 135.º do CPP visa que a decisão tomada pelo organismo representativo da profissão em causa, ou seja, a Ordem dos Advogados se torne vinculativa para a autoridade judiciária ou tribunal responsável por decidir sobre o afastamento do segredo profissional, torna-se este um vínculo que poderá impedir, mesmo contra a vontade do tribunal, que o advogado seja obrigado a prestar o seu depoimento, quando considerado essencial na descoberta da verdade material.

Por outro lado, concluimos, igualmente, que muito ainda terá de ser trabalho na definição de regras mais claras e seguras destinadas a resolver o problema do surgimento progressivo das chamadas sociedades multiprofissionais ou multidisciplinares no nosso ordenamento jurídico.

Ainda que seja defensável que ao abrigo do n.º 7 do artigo 92.º do EOA todos os profissionais que não exercendo advocacia trabalhem com advogados no exercício das suas funções, deverão estar sujeitos directamente ao segredo profissional nesta norma consagrado, a posição não clara nem certa, deixando espaço para interpretações diversas desta, sobretudo no plano jurisdicional.

Daí será urgente o legislador vir ao encontro de soluções mais claras e mais adaptadas aos tempos modernos que hoje se constroem na sociedade jurídica portuguesa e europeia.

Doutrina

- MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal – Comentários e notas práticas*, 1995, Coimbra Editora, Porto
- MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes, *Código Processo Penal – Anotado e Comentado*, 11.ª edição, Coimbra, Almedina, 1999
- MARIA CARLOS, “O Segredo Profissional do Advogado”, in *Portal da Ordem dos Advogados*, pp. 3 e ss., consultado em 17/05/2017
- MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de Processo Penal II*, 4ª edição, Lisboa, Verbo, 1993
- DOS SANTOS CABRAL, José António Henriques, *Código Processo Penal Comentado*, 2ª ed., Lisboa, Almedina, 2016
- SOUSA MAGALHÃES, Fernando, *Estatuto da Ordem dos Advogados – Anotado e comentado*, 11ª ed., Coimbra, Almedina, 2017

Jurisprudência

- Processo n.º 0415092**, relatado pela Juíza Desembargadora Onélia Madaleno, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 17/05/2017
- Processo n.º 1345/04**, relatado pelo Juiz Desembargador Agostinho Torres, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 18/05/2017
- Processo n.º 04B2076**, relatado pelo Juiz Conselheiro Bettencourt de Faria, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 19/05/2017

Pareceres

- CONSELHO GERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS, *Consulta Nº 14/2009*, Lisboa, 2009, relatado por Rui Souto, disponível em www.oa.pt, consultado em 19/05/2017