

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO REGIME ESTATUTÁRIO DO SEGREDO PROFISSIONAL DOS ADVOGADOS (*)

Por Dr. Rodrigo Santiago (**)

1. Volto a abordar através das subseqüentes considerações, talvez por manifesta falta de imaginação ⁽¹⁾, o temário do segredo profissional, matéria diabólica, como já vi chamar-lhe AUGUSTO LOPES CARDOSO.

Pois bem: entendi ser agora cabido um esforço de reflexão, tanto quanto possível renovado, sobre a matéria estatutária do segredo profissional, pretendendo que a mesma venha a constituir um princípio de contributo para a discussão tão fecunda quanto possível a propósito do regime jurídico *de iure condendo do segredo professional dos Advogados*.

(*) O estudo que agora pretendo dar à estampa constitui, no essencial, o tema de uma comunicação que apresentei ao 1.º Encontro Nacional dos Jovens Advogados, sediado no Porto em 25 de Outubro de 1996, levado a cabo sob a égide da A.P.J.A. a cuja Direcção agradeço o honroso convite. Afigura-se-me de particular acuidade a publicação das subseqüentes reflexões, seja qual for o valimento que lhes venha a ser atribuído, num momento em que estão em curso os trabalhos de revisão do Estatuto da Ordem dos Advogados.

(**) Advogado. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais

(1) Anteriormente, da minha autoria, a este propósito, *Segredo profissional de Advogado (Anotação)*, R.O.A., (1989), 49, III, Dezembro de 1989, 849 ss; *Sobre o crime de violação de segredo profissional no Código Penal de 1982*, Almedina, Coimbra, 1992, passim; *Revelação e aproveitamento de segredos*, Sub Iudice, Justiça e Sociedade, 1996, Janeiro/Junho, 11, 54 ss.

2. Antes, porém, de passar a debruçar-me *ex professo* sobre a referida questão gostaria de encarecer a tal propósito as seguintes ideias que reputo nodais relativamente a qualquer abordagem do tema do segredo profissional, seja ela jurídico-privada, jurídico-penal ou deontológica: o segredo profissional tem como matriz o princípio da *confiança* ⁽²⁾. *Sem confiança não há confidências e sem estas não pode haver, por natureza, segredos* ⁽³⁾.

Porém, o que acabo de referir deve ser muito enfatizado quando mais especificamente se pensa no segredo profissional dos Advogados. É que, de entre as múltiplas profissões geralmente conhecidas algumas há que corporizam o que se convencionou chamar de “*confidentes necessários*” ⁽⁴⁾. Avultam, neste âmbito, pela sua própria natureza, profissões tais como as de advogado, médico e sacerdote. Poderá e deverá falar-se de “*confidentes necessários*” sempre que se esteja perante uma profissão e profissionais aos quais as pessoas se vêm obrigadas a recorrer por força das suas próprias incapacidades ou insuficiências.

Ou não será verdade que ante a doença nos vemos constrangidos a recorrer aos serviços de quem nos possa ajudar, em regra os médicos?

E que quando temos certos outros “*padecimentos*” a que chamaria de forma propositadamente translacta “*da alma*”, o recurso ao conselho avisado do Advogado é indispensável?

⁽²⁾ Neste sentido, o meu livro *Sobre o crime*, 1992, 106. E, posteriormente, CREMILDA MARIA RAMOS FERREIRA, *Sigilo profissional na Advocacia, (Responsabilidade decorrente da violação do dever de sigilo)*, Coimbra Editora, 1991, 23 s.; ANTÓNIO ARNAUT, *Iniciação à Advocacia, História — deontologia — Questões práticas*, Coimbra Editora, 1993, 64.

⁽³⁾ Por isso se estabeleceu no ponto 22. dos *Princípios básicos relativos à profissão de advogados*, aprovados pelo 8.º Congresso das Nações Unidas para a prevenção do crime e o tratamento de delinquentes, *Compilação das normas e princípios das Nações Unidas em matéria de prevenção do crime e da justiça penal*, Procuradoria geral da República, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, Separata autónoma do Boletim Documentação e Direito Comparado, n.º duplo 61/62, 1995, 249: “Os Governos devem reconhecer e respeitar a confidencialidade de todas as comunicações e consultas feitas entre os advogados e os seus clientes no âmbito das suas relações profissionais”.

⁽⁴⁾ É na doutrina francesa que se faz maior e mais sistemático apelo à categoria dos “*confidentes necessários*”. A tal propósito, RODRIGO SANTIAGO, *Sobre o crime* (1992), como na n. 1, 123 e af nota (29).

Por conseguinte, colhe o meu aplauso o disposto no ponto 2.3.1. do *Código Deontológico* elaborado pelo Comité Consultivo das Ordens Europeias (C.C.B.E.) sediado em Estrasburgo em 28 de Outubro de 1988, aprovado na Sessão do Conselho Geral da Ordem dos Advogados Portugueses de 15 de Setembro de 1989”⁽⁵⁾ ⁽⁶⁾.

2.1. Por outro lado, cabe acentuar como elemento de suporte de raciocínios que serão oportunamente expendidos que tendo por boa a categorização de ORLANDO DE CARVALHO⁽⁷⁾ ⁽⁸⁾ referirei, em primeiro lugar, ser de autonomizar adentro da *intimidade da vida privada* desde logo a chamada *esfera privada*, abrangendo aspectos pessoais, mas não apenas estes.

Depois, a *esfera pessoal*, mais restrita do que a privada, “pois abrange apenas aspectos ligados à pessoa” a qual também constitui projecção, expressão e condição do livre desenvolvimento da personalidade ética abrangendo aquelas áreas de acontecimentos que cada pessoa compartilha com um número restrito de outras.

Enfim, a *esfera de segredo* a qual abrange as “coisas naturalmente secretas” ou secretas *ex natura* e as coisas que são secretas “apenas por determinação da pessoa” ou *ex voluntate*. “Os segredos alheios, como, por exemplo, os confiados ao advogado ou ao médico, integram a esfera de segredo *ex voluntate*”.

A mera formulação verbal do âmbito de protecção das três referidas esferas aponta iniludivelmente no sentido da categoriza-

⁽⁵⁾ O teor integral do referido Código Deontológico pode ser consultado em ANTÓNIO ARNAUT, *Estatuto da Ordem dos Advogados*, Fora do Texto, Coimbra, 1992, 149 ss.

⁽⁶⁾ Nos seguintes termos: “2.3.1. É da essência da missão do advogado que ele seja depositário de segredos do seu cliente e destinatário de informações confidenciais. Sem garantia de confidencialidade não pode haver confiança. O segredo profissional é, assim, reconhecido como o direito e o dever primeiro e fundamental do advogado”.

⁽⁷⁾ ORLANDO DE CARVALHO, apud Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade*, Apontamentos de aulas e exames do Prof. Doutor Orlando de Carvalho, 7

⁽⁸⁾ A qual não coincide com a chamada *Dreistufentheorie*, cunhada pelo Tribunal Constitucional da R.F.A. Sobre ela, detalhadamente, COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, 1992, 94 ss; PAULO MOTA PINTO, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXIX (Separata), Coimbra, 1993, 517, n. 103 e 525, n. 122.

ção do segredo profissional na terceira delas, ou seja no âmbito de tutela atinente à esfera de segredo.

2.2. Ainda mais duas notas: da perspectiva processual — seja ela civil, seja penal, seja estatutária, ou qualquer outra — o dever de guarda de segredo profissional corporiza aquilo que nesta sede a doutrina vem chamando de *regra de proibição de produção de prova* ⁽⁹⁾.

O disposto no n.º 5 do artigo 81.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 84/84, de 16 de Março ⁽¹⁰⁾, (norma para a qual, de resto, remete o n.º 5 do artigo 135.º do Código de Processo Penal e reenvia, embora só de forma mediata ou indirecta o Código de Processo Civil revisto), parece antes corporizar uma regra de proibição de valoração de prova. Porém, afigura-se-me que a redacção desta norma não é a mais feliz, pois a estatuição tida em vista não deveria ser apenas mediata, mas constituir uma *forma imediata* de proibição de produção de prova com violação do segredo profissional.

Logo, seria preferível, salvo melhor opinião, uma redacção do seguinte ou semelhante teor: “São nulas ⁽¹¹⁾ as provas obtidas com violação do segredo profissional dos advogados”.

⁽⁹⁾ Sobre a dicotomia tão actual e tão preñhe de fecundas consequências *regras de proibição de produção de provas / regras de proibição de valoração de provas*, COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova*, como na n.º 5, 209 ss; COSTA ANDRADE, *Sobre o regime processual penal das escutas telefónicas*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano I, Julho — Setembro 1991, 376 ss. Conf., ainda, a este propósito, não só o disposto no art. 126.º, como no art. 355.º, ambos do Código de Processo Penal.

⁽¹⁰⁾ Preceituando: “Não podem fazer prova em juízo as declarações feitas pelo advogado com violação do segredo profissional”

⁽¹¹⁾ Embora a matéria das nulidades no processo penal continue distante de obter, entre nós, o adequado tratamento dogmático — conf., todavia, face ao Código de 1987, o importante estudo de JOSÉ LOBO MOUTINHO, *As nulidades em processo penal — Perspectivas de reforma*, policopiado — a verdade é que continua pouco clara a categorização deste vício. Tratar-se-á de verdadeira nulidade ou antes de *inutilizabilidade*, como o art. 126.º do Código de Processo Penal não descarta — *são nulas, não podendo ser utilizadas* — e é explicitamente a categorização operada pelo *Codice di Procedura Penale*?

Na verdade, preceitua o art. 191.º do referido diploma transalpino, sob a epígrafe “*Prove illegittimamente acquisite*”: “1. As provas adquiridas com violação das proibições estabelecidas na lei não podem ser utilizadas.

Como quer que seja ou deva ser: o referido n.º 5 do artigo 81.º constitui comando da maior importância pela respectiva aplicação a vastos âmbitos do processo civil e do penal, *heteronomamente determinada*.

2.3. A precedente ordem de considerações coloca-me no cerne mesmo da discutida questão de saber se a guarda de segredo profissional constitui um direito ou um dever, a qual ainda é objecto de discussão sobretudo na doutrina francesa; e que não se afigura ainda devidamente dilucidada, como o denota o n.º 6 do artigo 81.º do E.O.A. ⁽¹²⁾ e a parte final do ponto 2.3.1. do já referido Código Deontológico aprovado pela C.C.B.E. ⁽¹³⁾.

Penso que as considerações precedentemente bordadas permitem desde já concluir precipuamente no segundo dos referidos sentidos. Na verdade e atendo-me sobretudo ao n.º 5 e, reflexamente embora ao n.º 6 ambos do artigo 81.º do E.O.A., estabelecendo a primeira das referidas normas uma regra de *proibição de produção de prova*, é evidente que o Advogado *não pode* meramente, submeter-se ao dever de silêncio, antes *deve* fazê-lo.

Outra questão será a de saber se, *autorizado* o advogado a revelar os factos a coberto do segredo, não lhe restará o *direito* de se recusar a isso. A presente situação é configurável no caso de não ter sido o advogado a suscitar o *incidente da escusa de segredo*. Parece-me, no sentido de ultrapassar a aporia delineada que ao advogado não deve ser reconhecido um tal “direito”, pois a não se entender assim de pouco valeria a circunstância da obtenção da

2. A inutilizabilidade é cognoscível mesmo oficiosamente em qualquer estado e grau do procedimento”.

Sobre o art. 191.º do Código de Processo Penal italiano, CONSO/GREVI, *Prolegomeni a un commentario breve al nuovo Codice di Procedura Penale*, Cedam, 1990, 162 ss; mais recentemente, *Codice di Procedura Penale Annotato con la Giurisprudenza*, Edizioni Somone, 1996, 465; *Codice di Procedura Penale spiega articolo per articolo*, Edizioni Simone, 1996, 191 ss; para uma perspectiva global da problemática, NOVELLA GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, 1992, passim.

⁽¹²⁾ O qual dispõe: “Sem prejuízo do disposto no n.º 4 o advogado *pode* manter o segredo profissional”.

⁽¹³⁾ Do seguinte teor: “O segredo profissional é, assim, reconhecido como o *direito e o dever primeiro e fundamental* do advogado”.

escusa de segredo, *maxime* se requerida por autoridade judiciária, para utilizar a terminologia do Código de Processo Penal.

Ora, se a formulação do n.º 6 do artigo 81.º do Estatuto da Ordem dos Advogados ressuma da ambiguidade, já no que respeita o n.º 1 do artigo 135.º do Código de Processo Penal trata-se de comando que parece não ter tomado em conta a verdadeira natureza do segredo profissional ⁽¹⁴⁾. Na verdade, o referido inciso, com contradição nos respectivos termos, refere que os profissionais aí exemplificativamente enumerados a quem a lei *permitir* ou **impuser** a guarda de segredo profissional *podem* escusar-se a depor. Pergunta-se: quais são os casos de profissões que a lei se limita a permitir, não chegando ao ponto de impô-la, a guarda de segredo profissional? A única que se conhece relativamente à qual a lei confere uma mera *faculdade* ou, para utilizar as palavras da lei, “*direito*”, é a de jornalista ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ Talvez se possa, todavia, considerar que não é exactamente assim, pois o n.º 1 do artigo 135.º do Código de Processo Penal, mais do que tutelar o segredo profissional pretende conferir a certos profissionais a “*prerrogativa*” de recusarem o respectivo testemunho.

Este parece ser o pensamento da lei alemã, ao preceituar no § 53 do *Strafprozessordnung* que as pessoas aí referidas também estão legitimadas à *recusa* (*Verweigerung*) de depoimento. Conf., a propósito deste normativo, KLEINKNECHT/MÜLLER/REIBERGER, *KMR, Kommentar zur Strafprozessordnung*, actualizado a partir da 6.ª edição por GERHARD FEZER e RAINER PAULUS, 11. Lieferung, Luchterhand, I, 303 ss; KLEINKNECHT/MEYER-GOSSNER, *Strafprozessordnung, mit GVG und Nebengesetzen*, 42., neuarbeitete Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 159 ss.

Porém, as dificuldades sobem de tom, no que toca aos casos de “*denúncia obrigatória*”, nos termos da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 242.º do Código de Processo Penal. Na verdade, recorrendo para certos profissionais, ainda que consideráveis como “*confidentes necessários*” o dever de denúncia, não parece que estes possam invocar triunfantemente o direito de recusa de depoimento, na veste de testemunhas, desde que os conhecimentos tenham sido obtidos enquanto “*funcionários*” e estes deles tenham tomado conhecimento no exercício das respectivas profissões e por causa delas. A meu ver, o referido dever de denúncia só existe relativamente aos crimes públicos. Porém, este entendimento não é pacífico.

⁽¹⁵⁾ Dispõem, na verdade, de forma algo contraditória, os n.ºs 1 e 2 do art. 8.º da Lei n.º 62/79, de 20 de Setembro (Estatuto dos Jornalistas): “1. Os jornalistas têm o *direito* de recusar a revelação das suas fontes de informação, não podendo o seu silêncio sofrer qualquer sanção directa ou indirecta.

2. Os directores e as empresas de comunicação social não poderão revelar tais fontes quando delas tiverem conhecimento, salvo consentimento expresso do interessado”.

Porém, a meu ver e já tive anteriormente oportunidade de realçá-lo e sem embargo do disposto na alínea *b*) do n.º 2 do art.38.º da Constituição da República — que refere,

Aliás, não tem sentido dizer-se, como o faz o referido n.º 1 do artigo 135.º que as pessoas a quem a *lei impõe o dever* de guardar segredo profissional “*podem*” escusar-se a depor, a não ser tendo em atenção a reserva acima formulada. Mas não parece ter sido esta a vontade do legislador histórico.

Afinal que dever é este ? Será que o legislador quis consagrar aqui uma espécie de obrigação natural ou uma qualquer outra norma imperfeita ?

Decerto que não.

2.4. Aliás, sendo a questão controvertida a nível doutrinal deve considerar-se interpretativa relativamente a todo o sistema a norma do n.º 3 do artigo 618.º do Código de Processo Civil, na redacção que para o mesmo preceito adveio do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, corrigida pelo Decreto-Lei n.º 180/96, de 25 de Setembro, ambos revidentes do Código de Processo Civil (16).

E que a referida norma deve ser considerada imanente a todo o sistema do direito processual pátrio no que concerne o sigilo pro-

expressamente implicar a *liberdade de imprensa* “o direito dos jornalistas, nos termos da lei, ao acesso às fontes de informação e à protecção da independência e do sigilo profissionais, bem como o direito de elegerem conselhos de redacção” - não se me afigura tecnicamente correcto falar de “*segredo profissional de jornalistas*”. Na verdade, ou o conceito de “segredo” abrange, indesejavelmente, contornos ilimitados ou, a não ser assim, não se afigura que os jornalistas gozem da protecção de qualquer *segredo profissional* mas, tão só, da do *segredo das respectivas fontes de informação*. Contra, MARIA EDUARDA GONÇALVES, *Direito da Informação*, Almedina, 1994, 82, a qual, todavia, não aborda a presente problemática, limitando-se a dar como assente a recorrência do “segredo profissional” relativamente aos jornalistas.

E nem se obtempere, contra isto, com o disposto no art. 1.º, n.º 3, alínea *b*) e com o artigo 5.º, n.º 4, ambos do Decreto-Lei n.º 85-C/75, de 26 de Fevereiro (Lei da Imprensa), alterado, sucessivamente, por força dos Decretos-Leis nr.s 181/76, de 9 de Março, 377/88, de 24 de Outubro e da Lei n.º 15/95, de 25 de Maio. Na verdade, como acentua certamente JOÃO LUÍS DE MORAES ROCHA, *Lei de Imprensa, Notas e Comentários*, Livraria Petrony, Lda, 1996, 59, “a lei ao conferir ao jornalista o direito de recusar a revelação das suas fontes de informação, concede uma prerrogativa processual”, recusando explicitamente que possa aqui falar-se de segredo profissional.

(16) O qual preceitua: “Devem escusar-se a depor os que estejam adstritos ao segredo profissional, ao segredo de funcionários e ao segredo de Estado, relativamente aos factos abrangidos pelo sigilo, aplicando-se neste caso o disposto no n.º 4 do artigo 519.º”.

fissional decorre do expressamente citado n.º 4 do artigo 519.º do Código de Processo Civil o qual remete a regulação dos incidentes da escusa e da dispensa do dever de segredo para o disposto no processo penal (17).

3. Antes de passar a apreciar as soluções consagradas pelo E.O.A. em vigor, parece-me ainda muito necessário esclarecer o conteúdo do *nomen iuris segredo*.

O que será, na verdade, para os efeitos legais, *um segredo*?

O conceito de *segredo* é decomponível em dois elementos: o *fático* e o *normativo*.

O assinalado *elemento fático* traduz-se na circunstância de dever tratar-se de facto ou factos desconhecidos da generalidade das pessoas e que, na consequência, não sejam sem mais acessíveis a qualquer um, assim se confirmando a asserção já adiantada de

(17) O art. 519.º do Código de Processo Civil tem por epígrafe “*dever de cooperação para a descoberta da verdade*”. Preceitua o referido normativo:

“1. Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspecções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados.

2. Aqueles que recusem a colaboração devida serão condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no n. 2 do artigo 344.º do Código Civil.

3. A recusa é, porém, legítima se a obediência importar:

- a) Violação da integridade física ou moral das pessoas;
- b) Intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações;
- c) Violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado, sem prejuízo do disposto no n. 4.

4. *Deduzida escusa com fundamento na alínea c) do número anterior, é aplicável, com as adaptações impostas pela natureza dos interesses em causa, o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de sigilo invocado*”.

Sobre o *dever de cooperação*, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo Processo Civil*, Versão do Decreto-lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, *Lex*, 1996, 64 s. e 278 s. e JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e princípios gerais à luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, 1996, 149 ss.

que o segredo profissional releva da *esfera de segredo* da intimidade da vida privada.

No que ao *elemento normativo* concerne direi ser de adoptar a opinião da doutrina segundo a qual estarão a coberto do segredo facto ou factos relativamente aos quais a pessoa a quem ele ou eles respeitem tenha um *interesse objectivamente fundado* em que se mantenham reservados (18).

4. Pois muito bem: assentes as bases nas quais escorarei as subsequentes considerações, cumpre agora passar ao já enunciado cerne das presentes reflexões. E, na verdade, para analisar o disposto nas quatro alíneas do n.º 1 e nos n.ºs 2 e 3 do já falado artigo 81.º do E.O.A. (19).

Que dizer das referidas formulações legais?

(18) Sobre os referidos *elementos* do conceito de “segredo”, por último, RODRIGO SANTIAGO, *Sobre os crimes* (1996), como na n. 1, 57; GERHARD USAMER, *Lexikon des Rechts, Strafrecht, Strafverfahren*, 2. Auflage, Luchterhand, 694.

(19) Preceituam o artigo 81.º em questão e suas alíneas:

“1. O advogado é obrigado a segredo profissional no que respeita:

- a) A factos referentes a assuntos profissionais que lhe tenham sido revelados pelo cliente ou por sua ordem *ou conhecido no exercício da profissão*;
- b) A factos que, por virtude de cargo desempenhado na Ordem dos Advogados, qualquer colega, obrigado quanto aos mesmos factos ao segredo profissional, lhe tenha comunicado;
- c) A factos comunicados por co-autor, co-Réu ou co-interessado do cliente ou pelo respectivo representante;
- d) A factos que a parte contrária do cliente ou respectivos representantes lhe tenham dado conhecimento durante as negociações para acordo amigável e que sejam relativos à pendência”.

Por seu lado comanda o n.º 2:

“2. 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, directa ou indirectamente tenham qualquer intervenção no serviço”.

E agora o n.º 3:

“3. O segredo profissional abrange ainda documentos ou outras coisas que se relacionem, directa ou indirectamente com os factos sujeitos a sigilo”.

A meu ver os n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 81.º do E.O.A — maxime o disposto no n.º 1, pois as duas subsequentes normas são instrumentais relativamente à primeira, mais não consistindo do que meros esclarecimentos do que já deveria entender-se consagrado naquela ⁽²⁰⁾ — padecem, ou podem padecer de excesso.

Por que razão, quase diria “*me atrevo*” a afirmar a mencionada pronúncia por excesso?

É que continuo a entender que, por vezes, a referida genérica formulação pode conduzir a resultados intoleráveis “para mais”.

Suponhamos que um advogado se obriga a redigir, a pedido de ambos os sujeitos, um qualquer contrato a eles atinente. Mais tarde suscitam-se dúvidas acerca da interpretação de determinada cláusula do referido negócio jurídico. Poderá o advogado que redigiu o contrato, sendo caso disso, ser chamado a depor sobre o vero conteúdo querido *ab ovo* por ambas as partes quanto à cláusula em apreço, sem violação de segredo profissional?

A meu ver e pese embora o facto de certa jurisprudência da Ordem correr no sentido oposto, por força do entendimento de que se trataria ainda aqui de situação recoberta pela proibição genérica da parte final da alínea *a*) do artigo 81.º — a mais funda de todas, diga-se em abono da verdade: “*facto conhecido no exercício da profissão*” — poderá, *em regra* o referido advogado depor sobre tal matéria sem quaisquer constrangimentos.

É que, salvo o devido respeito, um tal entendimento, ao menos nos termos irrestritos em que o mesmo é usualmente sufragado, afigura-se inaceitável.

Desde logo por isso que a não se tratar de facto conhecido no exercício da profissão ser-lhe-ia inaplicável a protecção do segredo profissional. Logo a norma é tautológica, partindo na sua abrangente formulação de manifesta petição de princípio. Depois, porque não tem em conta que ao segredo subjaz a ideia de confiança. Ora, em casos como aquele figurado, não parece que deva afirmar-se sem mais que ambos os contraentes tenham querido

⁽²⁰⁾ Em sentido semelhante já no meu livro *Sobre o crime*, 1992, como na n. 1, 222, e aí n. 82.

fazer uma confidência ao advogado que elaborou o contrato, de forma a amarrá-lo irrestritamente, de futuro, ao dever de segredo.

Pelo que agora já posso afoitamente afirmar, sem receio de ser acusado de incorrer em estiolante conceptualismo que nas circunstâncias em apreço não se verifica, repito, *por regra, o elemento normativo* do conceito de segredo, i. é que não se poderá seriamente afirmar que as pessoas que narraram o que narraram ao advogado o tenham feito com um *interesse objectivamente fundado* em que a respectiva vontade real se mantivesse reservosa *ad aeternum*.

Em suma: as quatro alíneas do n.º 1 do artigo 81.º do E.O.A. mais não são do que *índices semióticos* de situações nas quais podem concorrer revelações destinadas a ficarem a coberto do segredo profissional.

Por isso entendo que a mencionada formulação exemplificativa deverá ser substituída por uma *outra de cariz genérico a qual defina o âmbito e o conteúdo do segredo profissional*.

Preconizo, pois, *de iure condendo*, a seguinte ou semelhante fórmula: *O advogado está obrigado a guardar segredo profissional no tocante aos factos confidenciais de que tenha tido conhecimento no exercício da sua profissão, relativamente aos quais seja de presumir que quem lhos confiou tinha um interesse objectivo em que se mantivessem reservados*.

Como assim, admito que possa acrescentar-se um n.º 2 do seguinte ou semelhante jaez: *Considera-se, entre outros* (21), *estarem a coberto do segredo os factos ou situações compreendidas nas seguintes alíneas*. E poder-se-ão entender incluídas nesta elencação exemplificativa as quatro alíneas do actual n.º 1 do artigo 81.º, com ablação da expressão “ou conhecidos no exercício da profissão”, como visto constante da parte final da alínea a)

(21) Prefiro esta forma de dizer àquelas outras muito correntes em incisos legais, “*nomeadamente*” ou “*designadamente*”. A meu ver, as referidas formas de dizer, antes que apontar para enumerações exemplificativas ou não taxativas, correm em sentido contrário. Na verdade, as referidas expressões significam, por rectas contas que o legislador “nomeou” ou “designou” certas circunstâncias, nada permitindo quer da perspectiva semântica, quer da lógica, afirmar que quis considerar outras para além das “nomeadas” ou das “designadas”.

do n.º 1. Quanto os actuais n.ºs 2 e 3, embora se trate de disposições complementarizadoras, admito as respectivas manutenções, mas com redacções rectificadas.

Por outro lado, embora reconheça que não é este o âmbito exacto de uma tal norma, propendo a entender cabida quanto mais não seja para evitar dúvidas e assim obviar a uma certa insustentável jurisprudência intoleravelmente “liberal” que um novo n.º 4 torne extensivo o dever de segredo não só aos *Advogados-Estagiários* como aos próprios *empregados forenses* — à semelhança, de resto, do que se passa no § 203 do *Strafgesetzbuch* ⁽²²⁾. É certo

⁽²²⁾ Comanda, para o que aqui mais especificamente importa o § 203 do Código Penal da R. F.A.: “(1). Será punido com prisão até 1 ano ou com multa quem, sem autorização (*unbefugt*) revelar um segredo alheio, designadamente um segredo pertencente à esfera da vida pessoal ou um segredo de empresa ou de negócio que lhe tenha sido confiado ou de qualquer outra forma tenha tomado conhecimento, na qualidade de

1. Médico, dentista, veterinário, farmacêutico ou membro de uma outra profissão de saúde que exija para o seu exercício profissional ou para utilização de título profissional, uma formação regulamentada pelo Estado;

2. ...

3. Advogado, advogado de patentes, notário, defensor em processo legalmente organizado, controlador económico, contabilista ajuramentado, conselheiro fiscal ou órgão ou membro de um órgão de uma sociedade de controlo económico, de contabilistas ou de revisores oficiais de contas;

4. ...

4a. ...

5. ...

6. ...

(2). ...

(3) Aos mencionados no n.º (1), equiparam-se os seus auxiliares profissionais e as pessoas que perante eles se preparam para a profissão.

Além disso, ...”.

Sobre este normativo do Código Penal Alemão, SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 24. Auflage, Verlag C.H. Beck., 1472 ss.

Igualmente, o *Código Penal* Espanhol, aprovado pela *Ley Organica 10/1995, de 23 Noviembre*, preceitua no respectivo art. 199:

“1. Quem revelar segredos alheios de que tenha conhecimento por força da sua profissão ou relações laborais, será punido com prisão de um a três anos e multa de seis a doze meses.

2. O profissional que, com incumprimento do seu dever de sigilo ou reserva, divulgar os segredos de outra pessoa, será punido com a pena de prisão de um a quatro anos, multa de doze a vinte e quatro meses e inabilitação especial para a profissão em questão pelo prazo de dois a seis anos”. Conf. RAMÓN MACIÀ GOMEZ/MARINA ROIG

que no respeitante sobretudo aos *empregados forenses* a ilicitude do depoimento sobre matérias reservadas de que tenham conhecimento por força do exercício da respectiva profissão sempre decorreria do disposto no artigo 195.º do Código Penal, na versão deste diploma em vigor desde 1 de Outubro de 1995 ⁽²³⁾ ⁽²⁴⁾.

O mesmo porém se poderia dizer no que concerne aos próprios advogados.

Por conseguinte, embora não de forma irrestrita, colhe o meu aplauso o disposto no ponto 2.3. do já referido *Código Deontológico* do C.C.B.E. ⁽²⁵⁾.

5. Há ainda um aspecto da regulamentação legal do segredo profissional dos advogados que não pode ser deixada em branco, por credora, a meus olhos, das maiores reservas.

Refiro-me à *escusa do segredo profissional*.

O legislador do E.O.A. que tanto quis ser exigente em matéria de segredo profissional não atentou em que, ao cabo e ao resto,

ALTOZANO, *Nuevo código Penal de 1995*, Cedecs, Textos Legales Anotados, 398; CARLOS VAZQUEZ IRUZUBIETA, *Nuevo Código Penal Comentado*, Editoriales de Derecho Reunidas, 302 ss. Na doutrina, conf., por último, VIVES ANTON/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC, *Derecho Penal, Parte Especial*, 2.ª Edición revisada y actualizada conforme al Código Penal de 1995, Tirant Lo Blanc, 1996, 254 ss.

⁽²²⁾ Neste sentido, ainda anteriormente à revisão do Código Penal, CARLOS DA SILVA CAMPOS, *O sigilo profissional do advogado e seus limites*, R.O.A., 1988 (ano 48), 486 ss.

⁽²⁴⁾ O *Strafprozessordnung* contém uma norma — a do § 53 a — a qual dispensa também do dever de depor os “*Berufshelfer*, ou seja, os auxiliares profissionais.

⁽²⁵⁾ É o seguinte o respectivo teor:

“2.3.1. É da essência da missão do advogado que ele seja depositário de segredos do seu cliente e destinatário de informações confidenciais. Sem garantia de confidencialidade não pode haver confiança. O segredo profissional é, assim, reconhecido como o direito e o dever primeiro e fundamental do advogado.

2.3.2. O advogado deve, pois, respeitar a confidencialidade de toda a informação que lhe for fornecida pelo seu cliente ou que receba acerca deste ou de terceiros, no âmbito da prestação de serviços ao seu cliente.

2.3.3. A obrigação de segredo profissional não está limitada no tempo.

2.3.4. O advogado deve exigir dos seus associados, empregados ou de qualquer pessoa que consigo colabore na prestação de serviços profissionais, a observância do mesmo segredo profissional”.

deixou entrar pela janela aquilo que pretendeu recusar-se a franquear pela porta.

A regulamentação legal do *incidente* de que agora me ocupo, tem a respectiva sede no n.º 4 do artigo 81.º do E.O.A. (26).

Pois muito bem: posso afirmar de ciência certa, com base na experiência que fui acumulando a tal respeito que, salvo raras exceções, face à lei em vigor o advogado só não conseguirá a escusa do segredo se for inepto na redacção do respectivo requerimento. Perante um pedido bem elaborado e fundamentado o Presidente do Conselho Distrital ver-se-á, as mais das vezes, sem alternativa que não seja a concessão da requerida escusa.

5.1. Mas uma questão fica por resolver: a do “*consentimento*” ao qual se refere o art. 195.º do Código Penal, o qual a ter que ser prestado o deverá ser pelo titular do bem jurídico, ou seja, o confitente.

Na verdade, repensada a questão do bem jurídico que ilumina a incriminação da violação do segredo profissional, afigura-se-me agora, de forma diferente do que defendi atrasadamente (27) que o bem jurídico tutelado pelo tipo do art. 195.º é a *esfera de segredo da vida de cada um* (28).

5.2. Por isso, avisado se mostrou o legislador do *Bundesrechtsanwaltsordnung* (29) ao ser parcimonioso na regulamentação estatutária do segredo profissional, acabando por receber nesta sede os ditâmes da lei penal.

(26) O qual dispõe: “4. Cessa a obrigação de segredo profissional em tudo quanto seja absolutamente necessário para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente ou seus representantes, mediante prévia autorização do presidente do conselho distrital respectivo, com recurso para o presidente da Ordem dos Advogados”.

(27) Conf. RODRIGO SANTIAGO, *Sobre o crime* (1992), como na n. 1, 106, onde ainda adiro à tese segundo a qual “o bem jurídico que ilumina a tutela do segredo profissional é a necessidade social de confiança em certos profissionais”.

(28) Conf., por último, *Sobre os crimes de revelação e aproveitamento de segredos* (1996), como na n. 1, 59.

(29) Conf. KURT JESSNITZER, *Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar*, 5., vollständig erneuerte und erweiterte Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, passim.

Porém, não se me afigura que entre nós deva ou sequer possa ser assim, face ao disposto no n.º 5 do artigo 135.º do Código de Processo Penal e, como visto, à regulamentação da matéria no Código de Processo Civil revisto. Na verdade, pese embora alguma jurisprudência divergente que começa preocupantemente a florescer⁽³⁰⁾, parece-me indiscutível que em último termo, no tocante à escusa do segredo profissional dos Advogados valerá o que for decidido no âmbito do E.O.A.⁽³¹⁾.

O n.º 5 do art. 135.º do Código de Processo Penal constitui o único acrescento feito pelo Governo ao Projecto que lhe foi entregue após elaborado pela Comissão redactora⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ Segundo a qual e, concretamente no que aos advogados especialmente concerne, o “parecer” da Ordem dos Advogados seria meramente indicativo, podendo o Juiz divergir do sentido de tal “parecer”.

No mesmo sentido, aliás, parece correr o entendimento, embora dubitativamente formulado, de GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II, Verbo, 1993, 129. Conf., ainda, SIMAS SANTOS/LEAL HENRIQUES/BORGES DE PINHO, *Código de Processo Penal Anotado*, 1.º Volume, 1996, Editora Rei dos Livros, 571.

Paradigmáticos, na esteira do entendimento que intento refutar, são o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Junho de 1988, adiante referido, e aquele outro da Secção Cível do Tribunal da Relação de Lisboa de 9 de Novembro de 1995, publicado na *Colecção de Jurisprudência*, ano XX, 1995, tomo v, 105 ss, o qual, no essencial, retoma a argumentação do Supremo Tribunal. Convém acentuar, contra o que constitui o cerne argumentativo dos dois referidos arestos que o entendimento preconizado não coenvolve qualquer “*capitis deminutio*” relativamente ao poder judicial. Sucede apenas que o legislador entendeu atribuir a dadas entidades o poder de decidir a tal propósito, por conseguinte um pouco à semelhança do que se passa em sede de competência em razão da hierarquia. Também aqui os Tribunais de hierarquia inferior estão sujeitos aos julgados de outros Tribunais — os de hierarquia superior — sem que se tenha jamais dito, que se saiba, acarretar isso uma inferioridade. O mesmo se passa relativamente a institutos como o caso julgado. Bem vistas as coisas e no que concerne à Ordem dos Advogados, ao parecer emitido por esta é conferido um estatuto semelhante ao da prova pericial (art. 163.º do Código de Processo Penal), embora com valor vinculístico reforçado.

⁽³¹⁾ Neste sentido já me pronunciei em 1989. Conf. RODRIGO SANTIAGO, *Anotação* (ao acórdão do S.T.J. de 22 de Junho de 1988), R.O.A., 1989 (ano 49), III, 849 ss. Diferente parece ser o pensamento de ALFREDO GASPAS, *Anotação*, *ibidem*, 865 ss; naquela que considero o bom sentido, AUGUSTO LOPES CARDOSO, *Anotação*, *ibidem*, 877 ss.

⁽³²⁾ Sobre o regime do segredo profissional dos advogados face ao Projecto, ALFREDO GASPAS, *O segredo profissional do advogado e o projecto do Código de Processo Penal*, R.M.P., Jornadas de Processo Penal, 161 ss. Para uma visão comparativa entre o teor do art. 135.º, tal como constava do Projecto e a respectiva versão definitiva, *Boletim da Ordem dos Advogados*, 1/88, 13.

A meu ver e sempre o defendi, no que toca especificamente ao segredo profissional dos advogados, a decisão que venha a ser tomada pela Ordem, desde que transitada, constitui a última palavra, sendo esta vinculativa para o Juiz.

Não se me afigura, na verdade que a Lei de Autorização Legislativa faça afronta a este entendimento ⁽³³⁾, ao determinar a “*prévia audição do organismo representativo da respectiva profissão*”. Na verdade, se bem cuido, é aqui que tudo se resolve. Esta audição terá o valor que a lei ordinária — os Estatutos Profissionais, os mais deles matéria da competência legislativa da Assembleia da República — lhe conferir. E, no caso do Estatuto da Ordem dos Advogados, a norma do n.º 5 do art. 81.º parece não deixar margem para dúvidas.

Por isso e quanto mais não seja até por isso, a regulamentação legal terá de ser muito mais cuidada e apurada.

Onde pretendo chegar ao arrazoar da referida forma, perguntar-se-á ?

Pois muito bem: à afirmação da necessária compatibilização entre a legislação penal e o referido *incidente*, o qual deve passar a ser dotado de efectivas garantias. Vale por dizer que a meu ver só será digna dos Advogados e da sua Ordem uma regulamentação que assegure ao titular do segredo a *prestação do seu consentimento* à revelação deste e que permita ao Presidente do Conselho Distrital, ao Bastonário e, sendo caso disso, aos tribunais do con-

⁽³³⁾ Assim não comungando das dúvidas que assaltam GERMANO MARQUES DA SILVA, citado na nota anterior. É o seguinte o teor do alínea 33) do n.º 2 do art. 2.º da Lei n.º 43/86, de 26 de Setembro — Autorização legislativa em matéria de processo penal: “Sistematização do regime do segredo profissional e de Estado, regulamentando-se o meio processual para aferir da legitimidade da respectiva arguição e a eventualidade de, por decisão do tribunal superior, se ordenar a prestação de testemunho com quebra de tal sigilo, acautelando-se especialmente as condições restritivas em que a quebra pode ter lugar, e, quanto ao sigilo profissional, a prévia audição do organismo representativo da respectiva profissão e a decisão pela secção criminal do Supremo Tribunal de Justiça, se a tal houver lugar”.

A Lei de Autorização Legislativa referida nem sempre corresponde à respectiva Proposta de Lei, designadamente no que toca ao segredo profissional. Conf. a versão daquela e desta em JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Manual de Processo Penal*, Universidade Lusíada, 1989, 100 ss.

tencioso administrativo decidir de acordo com os *mecanismos contraditórios constitucionalmente assegurados*.

5.3. Não deve ser obliterado a este respeito, muito antes pelo contrário, que as Ordens Profissionais e, concretamente, a dos Advogados são, nos termos do disposto na alínea *u*) do n.º 1 do art. 168.º da Constituição da República, “*associações públicas*” (34), como tal órgãos da administração mediata do Estado, o qual, ao criá-las, procede a descentralizações de poderes.

O que significa que a Ordem dos Advogados, ao ser chamada, por força do disposto no n.º 5 do art. 135.º do Código de Processo Penal a dar opinião vinculante para os Tribunais sobre a matéria da licitude ou ilicitude do depoimento de determinado advogado alegadamente sujeito ao segredo profissional exerce uma *função de interesse público* a qual, conformemente ao acima referido, nela foi descentralizada ou delegada pelo Estado.

Ora, para além do disposto na segunda parte do n.º 5 do art. 32.º da Constituição da República (35), segundo o qual, pelo menos a audiência de julgamento e os actos de instrução que a lei determinar estão sujeitos ao princípio do contraditório, há ainda

(34) Vem-se entendendo, segundo creio de forma pacífica que a Ordem dos Advogados é uma “*associação pública*”. Conf., neste sentido, além das referências citadas por ANTÓNIO ARNAUT, *Estatuto*, como na n. 5, 9 s. o Acórdão do Tribunal Constitucional de 23 de Maio de 1984, B.M.J. 348, 192 ss e, em especial, 197 e literatura aí citada; neste mesmo sentido, o Parecer n.º 85/92 do Corpo Consultivo da Procuradoria Geral da República, *Procuradoria Geral da República, Pareceres*, I, 398, nota (57). Para uma caracterização das “*associações públicas*” — ou “*corporações públicas*”, como parece preferir chamar-lhes — o já clássico estudo de ROGÉRIO SOARES, *A ordem dos Advogados: uma corporação pública*, R.L.J. 124, n.º 3.807, 161 ss. Aí refere, para o que agora concretamente interessa (pág. 164): “A compreensão do sentido da advocacia como instrumento de realização da justiça impediu qualquer das vias apontadas. A civilização ocidental permanece fiel a uma ideia de que a advocacia profissão privada garante um momento equilibrador da afirmação pública da justiça”. E mais abaixo: “Porque acredita que é fundamental para a boa administração da justiça que continuemos a ter advogados privados, foi o Estado somente até ao ponto mínimo na ordenação dessa actividade. Confiou a uma corporação, a Ordem dos Advogados, a tarefa de articular os interesses desses profissionais com o interesse público da justiça”.

(35) O qual comanda: “O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”.

que considerar a chamada “*Constituição processual civil*”, decorrente das disposições combinadas dos artigos 20.º e 32.º da Constituição da República ⁽³⁶⁾. Decerto: a Ordem dos Advogados sendo chamada a participar na administração da justiça, deve pautar a respectiva intervenção pelo paradigma constitucional e pelos cânones do Estado de Direito. Logo, o *incidente* em questão, tenha ele lugar em que fase processual tiver, seja qual for a jurisdição em que o mesmo seja suscitado ou é “*julgado*” contraditoriamente, ou a decisão da Ordem pode e deve não ser levada em conta pelos Tribunais, por ser materialmente inconstitucional salvo, eventualmente, raríssimas e contadíssimas exceções.

Por conseguinte, se o pedido de escusa do segredo for formulado já num momento de litigiosidade judicial, deverá ser notificado o advogado do titular do segredo — não sendo este último a desencadear o incidente em apreço — para que se pronuncie acerca da pretensão da “*parte*” ou da autoridade judiciária que pretenda obter dispensa de segredo. Se não houver ainda advogado constituído então deverá ser notificado para se pronunciar o próprio titular do segredo. Só assim, na posse da totalidade dos elementos relevantes as entidades competentes ⁽³⁷⁾ poderão válida e conscienciosamente tomar posição.

Por isso dúvidas não me parecem legítimas, face ao poder que a lei comete nesta sede, e, por isso heteronomamente a órgãos da Ordem dos Advogados que a actual regulamentação é inconstitucional, quer por violação do artigo 20.º, quer do artigo 32.º, ambos da Constituição da República, ou de um e outro dos referidos normativos, conforme se trate de feito penal ou cível, por inobservância do contraditório.

⁽³⁶⁾ É este o entendimento corrente na doutrina, cumprindo destacar as abalizadas opiniões de JORGE MIRANDA, *Constituição e processo civil*, Direito e Justiça, 1994, VIII, tomo 2, 9 ss, de GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 5.ª edição, totalmente refundida e aumentada, Almedina, 666 e de LEBRE DE FREITAS, *Inconstitucionalidades do Código de Processo Civil*, R.O.A., 1992, 29 ss.

⁽³⁷⁾ Que são, de entre os órgãos da Ordem dos Advogados, os Presidentes dos Conselhos Distritais e o Bastonário e fora dela, os Tribunais do contencioso administrativo.

Preconizo, conseqüentemente, que ao actual n.º 4 do artigo 81.º do Estatuto da Ordem dos Advogados sejam aditados dois números com as seguintes ou semelhantes redacções:

X — “A entidade competente para conceder a escusa deve assegurar-se de que o titular do segredo anui a que o respectivo depositário o desvende” (38).

XI — “A escusa não será concedida, em caso de litígio, sem prévia audição das partes contrárias”.

É por estas razões, a serem elas julgadas atendíveis que se me afiguram oportunas as precedentes considerações, face à iminência da revisão do Estatuto da Ordem dos Advogados.

(38) Evidentemente que este inciso, a ser consagrado, não ilaqueia, em definitivo, a entidade competente para a dispensa do segredo. Pois em caso de injusta recusa deverão ser chamados a intervir os princípios gerais e, de entre eles, o da “*protecção de interesse legítimos*” ou o “*conflito de deveres*”, à semelhança do disposto no art. 185.º do Código Penal, redacção primitiva, o qual preceituava: “O facto previsto no artigo anterior — o 184.º, referente à incriminação da violação do segredo profissional, interpolação — não será punível se for revelado no cumprimento de um dever jurídico sensivelmente superior ou visar um interesse público ou privado legítimo, quando, considerados os interesses em conflito e os deveres de informação que, segundo as circunstâncias, se impõem ao agente, se puder considerar meio adequado para alcançar aquele fim”.

Este artigo 185.º “caiu” na revisão de que o Código Penal foi objecto em 1995, corporizada no Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março. Sobre os contra-tipos neles consagrados, RODRIGO SANTIAGO, *Sobre o crime* (1992), como na n. 1, 167 ss.