

A PROIBIÇÃO DE O ADVOGADO CONTACTAR OU OUVIR TESTEMUNHAS É UM VALOR ÉTICO FUNDAMENTAL

**Parecer do Conselho Geral
de 18 de Fevereiro de 2000**

Relator: Dr. Carlos Guimarães

1. A proibição de o advogado contactar ou ouvir testemunhas é um valor ético fundamental para o prestígio e dignidade da classe, a tal ponto que constitui um dado adquirido da consciência da classe e dos profissionais do foro; 2. Tal proibição resulta da praxe forense, fonte de direito deontológico, nos termos do art. 76.º n.º 3 do EOA, e da deliberação solene do 1.º Congresso dos Advogados Portugueses de 1972; 3. Este princípio deontológico não deve sofrer qualquer restrição, nem nos casos específicos em que as testemunhas sejam gerentes ou empregados de empresas patrocinados pelo advogado.

O ..., advogado com escritório em ..., solicitou parecer sobre conversações entre advogado e testemunha, nomeadamente quanto:

- a) à actualidade da posição de alguns pareceres emitidos pela O.A. sobre a matéria;

- b) à coordenação dos arts. 6330 e 7890 do CPC com a necessidade do advogado saber quais as testemunhas que têm um preciso conhecimento dos factos quesitados;

Em 27.12.98 foi proferido parecer, aprovado em sessão do C.G. desse mesmo dia, publicado no Relatório e Contas do C.G. de 1998, com referência ao Proc. E-974-A.

Nas conclusões desse parecer foi dito que:

“1. Não existe norma no actual EOA que directamente proíba o advogado de manter conversações com testemunhas; o que o advogado não deve é por qualquer forma, prejudicar a descoberta da verdade; o advogado não pode influenciar, instruir a testemunha.

2. As conversações entre advogados e testemunhas, na medida em que sejam prejudiciais para a descoberta da verdade, serão violadoras da norma contida na alínea b) do art. 78.º do EOA.

3. São admissíveis conversações entre advogado e testemunha desde que delas não resulte qualquer alteração do futuro depoimento desta.”

Por carta datada de 7.7.99, O Dr. ..., advogado com escritório em ..., vem impugnar o referido parecer.

Por despacho do Senhor Bastonário, de 14.7.99, foi solicitado ao relator a emissão de novo parecer sobre tal questão.

Aprecie-se então o assunto:

As referidas conclusões não têm o alcance que resulta da sua leitura isolada, pois do conteúdo do parecer resulta que foram abordadas questões específicas.

Com efeito lê-se no ponto 4 do parecer seguinte:

“existem situações que pela sua especificidade, devem ser objecto de diferente análise.”

Assim, o parecer foi dado, não em relação ao problema geral da possibilidade de o advogado contactar com as testemunhas, mas sim quanto ao caso específico de as testemunhas serem empregados ou gerentes de uma empresa patrocinada pelo advogado, como

por exemplo, sociedades comerciais em que, por força das circunstâncias, o advogado tem de manter contactos com essas pessoas. Esta especificidade altera completamente o sentido do parecer em análise, embora, a nosso ver não se justifique a adopção de um regime especial para tais casos, sob pena de se abrir um precedente ao princípio cerne da dignidade da advocacia, que é a regra imemorial na praxe forense no nosso país, da proibição de ouvir testemunhas.

Efectivamente, esta proibição constituiu um valor ético enraizado na consciência da comunidade dos magistrados e, naturalmente, dos próprios advogados.

De facto, trata-se de uma longa, indiscutível e honrosa tradição do nosso foro.

O EOA, no seu artigo 76.º, n.º 3, sob a epígrafe “do advogado como servidor da justiça e do direito, na sua independência e isenção”, estabelece como fontes de deontologia, para além do próprio estatuto, os usos, costumes e tradições.

Segundo afirma António Arnaut, na segunda parte do seu livro “Iniciação à Advocacia”, relativa aos grandes princípios deontológicos, “Há, de facto, normas de comportamento que resultam de uma longa e pacífica praxe forense. Contudo, não estão codificadas, como, por exemplo, a proibição de ouvir testemunhas (obra citada, 4.ª ed. pág. 53).

(...)

As normas deontológicas estão tipificadas (cfr. os arts. 76.º/3 a 89.º do EOA, designadamente), e têm, por isso, eficácia normativa. Mesmo os usos, costumes, praxes e tradições vinculam legalmente o advogado, nos termos dos arts. 76.º/3 e 79.º/c).”

Ora, sendo a proibição de falar com testemunhas praxe profissional, subsume-se ao n.º 3 do citado art. 76.º do EOA, i.e., é fonte de deontologia. Daí que seja dever do advogado respeitá-la, o que, aliás, resulta igualmente do art. 79.º/c), que impõe ao advogado o dever de “observar os costumes e praxes profissionais”.

Como realça Alfredo Gaspar no seu EOA anotado, o advogado, no exercício da advocacia, deve cumprir, por um lado, determinadas regras que lhe são impostas pelos deveres gerais de conduta, e por outro, as regras que decorrem especificamente da profissão e que estão enunciadas no EOA.

Quanto ao primeiro grupo, trata-se de deveres que resultam, não apenas da lei, mas também dos usos, costumes e tradições, e “o costume representa ainda hoje a forma privilegiada de penetração na Ordem Jurídica do direito vivo do povo” — Oliveira Ascensão.

No que respeita à advocacia, “ela assenta em larga medida numa “praxis”, baseada no costume profissional, o qual se impõe a si próprio, sem necessidade de tradução expressa da lei.”

Maurice Garçon, ao tratar as regras seculares que condicionam o exercício da advocacia, na sua obra “O Advogado e a Moral”, conclui que estas dimanaram de obrigações morais que não variaram. Diz então: “foi por outras razões, compatíveis em princípio, que as regras da Ordem impuseram aos advogados, além de uma proibição absoluta (...) certo n.º de restrições particulares quanto à actividade que exercem. É evidente que sem tais restrições não se justificaria o exercício da profissão.

Portanto as regras da Ordem são apenas a codificação de normas derivadas de obrigações morais que a experiência tradicional julgou necessárias para assegurar a sua liberdade e a sua independência o advogado impôs a si mesmo restrições que o põem a coberto da mais leve suspeita de praticar um acto que possa ocasionar-lhe responsabilidades. E daí proveio uma regulamentação severa da conduta profissional sem a qual o advogado se arriscaria a perder a autoridade e o bom nome no exercício de uma actividade imprescindível para a administração da justiça.

(...)

As regras da Ordem não são produto de uma realização instantânea, derivam de um direito consuetudinário, termo final de tradições muito antigas que pouco a pouco se foram corporizando e se fixaram por uma jurisprudência reservada que nunca foi publicada.”

Assim, sempre se dirá que as conversações, ou conferências com testemunhas envolvem sempre o risco de desvirtuar e, eventualmente, falsear a prova, pelo que, permitir este tipo de procedimento seria criar o risco de tais conversações se converterem em “ensaios” de produção de prova. E mesmo que assim não fosse, sempre se correria o risco de “parecer” que esses ensaios tiveram lugar, ou seja, sempre se daria azo a que parecesse que houve ten-

tativa de influir no depoimento das testemunhas, que o advogado alterou a verdade dos factos, o que não é, sequer, compatível com a função social do advogado.

Até porque, os grandes princípios deontológicos presentes no EOA, e decorrentes, entre outros, do art. 76.º, são a independência, a dignidade, a probidade, a isenção, o respeito pela verdade, a lealdade, a urbanidade e a confraternidade. E “o advogado tem de ser sério e justo”.

A proibição de “ouvir” ou “falar” com as testemunhas toca o cerne da dignidade profunda da advocacia, que deve estar acima de qualquer suspeita. Por isso, tal proibição constitui um *valor adquirido da consciência do advogado*, pois todos os advogados sabem que não podem “ensaiar” a prova. Ou seja, constitui um valor ético radicado na consciência do advogado e até da própria comunidade.

De acordo com o parecer de 19.1.74, “As conferências do advogado com testemunhas implicam sempre o perigo de afectar, digamos, o estado natural, e a naturalidade e espontaneidade com que a prova deve surgir perante os tribunais.

A preparação do advogado, o estilo de boa parte do seu trabalho, o hábito de inquirir radicado na experiência profissional, etc. poderão levá-lo, insensivelmente, nas conferências com testemunhas, como que a “trabalhar” antecipadamente a respectiva prova.”

Além do mais, “A Advocacia tem de ser exercida de modo a não levantar suspeitas e num campo de completa isenção. A circunstância de se falar previamente com testemunhas coloca o advogado numa posição de desconfiança social que briga com a missão de servidor do direito e colaborador da justiça.” — Ac. de 8.2.68.

Estas conferências poderão contribuir para desvirtuar a verdade, para além de, inequivocamente, prejudicarem e diminuírem a dignidade do advogado e, logo, de toda a classe. Isto, pois, assentando o prestígio da Ordem no prestígio dos seus membros, a falta cometida por um afecta todos.

E “o risco de que assim suceda será tanto mais acentuado quanto maior for a preocupação de conhecer “com exactidão” aquilo que as testemunhas saibam sobre a matéria da causa. De tal modo que essa preocupação poderá fazer com que as conferências

com testemunhas redundem em verdadeiras inquirições antecipadas feitas à margem das regras do processo e fora do lugar próprio — o tribunal. (...)

Tudo isto, é claro, profundamente negativo para a realização do direito e da justiça, bem como para o bom nome, prestígio e dignidade da profissão” — parecer de 19.1.74.

Assim, o dever que o advogado tem de não falar com testemunhas, continua a representar uma falta grave, atentatória da moral profissional.

Esta orientação constitui jurisprudência *firme* da Ordem.

Por outro lado, cfr. a nota do art. 76.º do EOA anotado, de António Arnaut, “a possibilidade de falar com testemunhas existentes em alguns países, como, por exemplo, os EUA, foi discutida no primeiro Congresso dos Advogados Portugueses (1972) e proibida por larga maioria.”

Ora, as deliberações do Congresso impõem-se à classe, competindo ao Bastonário fazê-las executar, nos termos do art. 37.º/1, al. e) do EOA.

CONCLUSÕES

1.^a — A proibição do advogado contactar ou ouvir testemunhas é um valor ético fundamental para o prestígio e dignidade da classe, a tal ponto que constitui um dado adquirido da consciência da classe e dos profissionais do foro.

2.^a — Tal proibição resulta da praxe forense, fonte de direito deontológico, nos termos do art. 76.º n.º 3 do EOA, e da deliberação solene do 1.º Congresso dos Advogados Portugueses de 1972;

3.^a — Este princípio deontológico não deve sofrer qualquer restrição, nem nos casos específicos em que as testemunhas sejam gerentes ou empregados de empresas patrocinados pelo advogado.

Coimbra, 6 de Janeiro de 2000

Aprovado em sessão do Conselho Geral de 18.02.2000

Declaração de voto do Vogal Dr. Germano Marques da Silva:

1. Votei contra a aprovação do parecer por entender que ele corresponde a uma concepção da actividade do advogado historicamente ultrapassada e sem qualquer base legal ou justificação deontológica, não obstante compreender e respeitar a preocupação do Colega Relator e dos demais que o votaram positivamente, preocupação que, porém, não perfilho, nem me parece possa ser razoavelmente adoptada pela Ordem dos Advogados, porque assenta num prejuízo inadmissível sobre o modo como os advogados, ou pelo menos alguns, cumprem com os seus deveres legais e deontológicos.

2. A doutrina perfilhada no parecer, que reconheço corresponder à orientação tradicional e mais difundida entre nós, parece-me absolutamente ultrapassada, duvidando mesmo se alguma vez se justificou no plano dos princípios que caracterizam a advocacia. Mas se assim foi no passado, os tempos mudaram e agora a intervenção no processo moderno, quer no civil, quer no penal, mas sobretudo no penal, exige um advogado novo, novo, evidentemente, nos métodos de intervenção, que são bem mais exigentes do que no processo de estrutura essencialmente inquisitória de antanho.

Nos processos de estrutura acusatória, sobretudo no penal, a garantia de defesa não se limita à assistência aos actos do processo, promovidos e geridos essencialmente por outros sujeitos processuais — juiz e/ou MP —, mas antes se exprime no direito de apresentar e discutir provas *ex adverso* e de participar activamente na própria discussão do material probatório nas mesmas condições das que forem apresentadas pela parte contrária ou pela acusação. Para tanto o advogado necessita de poder procurar as provas a seu favor e de verificar a possibilidade de as utilizar vantajosamente.

Assim, por exemplo, para que a defesa possa arrolar uma testemunha, necessita de saber previamente se ela tem conhecimento dos factos, se o seu depoimento terá relevância e se ela é credível. Para bem conduzir um contra-interrogatório é necessário conhecer se a testemunha tem deficiências de percepção, de memória, de expressão verbal; qual o seu grau de moralidade, se tem ideias feitas sobre a questão que possam prejudicar a objectividade do seu depoimento, se tem relações de amizade ou de interesse com o

ofendido, etc. Ora, nem sempre as conferências com o cliente e o estudo dos autos, podem oferecer material suficiente para a defesa.

Seria negligente a actividade do advogado que, por não ter aprofundado suficientemente as probabilidades probatórias a seu favor (porventura por se satisfazer com gratuitas e optimistas informações do arguido), visse depois, na dialéctica do exame directo e do contra-exame, falhar estrondosamente a prova e se devesse, por isso, censurar por tê-la introduzido no processo. A improvisação e o proceder às cegas são o contrário do que se exige ao advogado. Uma máxima da advocacia é que o advogado deve saber o que pode fazer, como pode fazê-lo e os efeitos prováveis do que fizer. Por isso, nos sistemas processuais de estrutura acusatória, entende-se geralmente que a investigação pelo advogado é antecedente lógico necessário do exercício efectivo da sua intervenção processual, seja como defensor ou como advogado de assistente.

3. Entendo que a procura da prova e a investigação sobre as suas qualidades, o que pode passar pela necessidade de contacto directo com a potencial testemunha, não só não merece qualquer censura, mas antes se deve considerar em muitos casos um dever do advogado, quando é desenvolvida honestamente, e tem sempre de presumir-se que o advogado actua honestamente como colaborador da justiça que é. Isto porque, como já ensinava Foschini em 1965, a advocacia, em especial a defesa em processo penal, não seria livre se devesse limitar-se à avaliação dos elementos de prova investigados ou oferecidos pela parte adversa, pela acusação, devendo ter, pelo contrário, a possibilidade de investigar e indicar os elementos que sustentam a própria tese ou ilidam a da acusação, como consequência e compensação da quase total exclusão do defensor na investigação pré-acusatória conduzida pelo Ministério Público.

4. Sucede que nem o MP, no inquérito, nem o juiz, na instrução, estão vinculados à realização das diligências requeridas. Neste contexto e sem que às autoridades judiciais e órgãos de polícia criminal seja de exigir menos objectividade nas diligências de investigação para o esclarecimento dos factos — porque são órgãos da administração da justiça —, apresenta-se mais necessária, sendo por vezes essencial para a eficácia da defesa dos interesses confiados ao advogado, a actividade de investigação a reali-

zar autonomamente pelo advogado, sem o que a sua actividade se limitará em grande parte a procurar desacreditar, no plano argumentativo ou através do contra-exame, as provas apresentadas pela acusação.

Para poder indicar ao juiz instrutor ou apresentar na audiência elementos de prova úteis para o arguido, é evidentemente necessário investigá-los e, por isso, não se pode impedir o defensor de investigar, ainda que, o que naturalmente sucederá, tenha de contactar com as testemunhas. A honesta, interessada e diligente actividade do advogado favorecem a descoberta da verdade e por isso são de aplaudir e não de censurar.

5. Quando a lei de autorização legislativa do Código de Processo Penal vigente estabeleceu no seu art. 2.º, n.º 2, al. 3), a parificação do posicionamento jurídico da acusação e da defesa em todos os actos do processo e incrementação da igualdade material de «armas» pressupunha também que a defesa dispunha de meios análogos aos da acusação para fazer valer as suas razões em confronto com as desta; assim não fora e não existiria qualquer igualdade material.

Na verdade, se só o MP puder investigar os elementos de prova que hão-de ser produzidos no processo, dispondo dos respectivos meios, poderá haver tendencial igualdade formal na produção desses meios de prova no debate instrutório e na audiência de julgamento, mas não haverá igualdade substancial, já que outros elementos, eventualmente essenciais para a defesa e descoberta da verdade, não puderam ser apresentados por a defesa não ter podido descobri-los e recolhê-los.

Ora, não estando o MP vinculado na fase do inquérito aos requerimentos de prova apresentados pelo arguido e não o estando também o juiz na fase da instrução, a potencial igualdade de armas, consistente na idêntica possibilidade de apresentação de elementos de prova pela acusação e pela defesa, essencial no processo de modelo acusatório; não existirá.

Parece-nos, por outra parte, evidente que ninguém pensará em propor que o Ministério Público ou os órgãos de policia criminal não tenham contacto com as testemunhas, sirvam os seus conhecimentos para comprovar a tese da acusação ou para fundamentarem a defesa. Sem esse contacto não seria possível a investigação pré-

-acusatória do mesmo modo que sem a investigação autónoma do advogado, nomeadamente no que às testemunhas que há-de poder arrolar para a defesa, a defesa do arguido será muitas vezes deficiente.

6. O advogado é, nos termos da Constituição e do seu estatuto profissional, um elemento essencial à administração da justiça, um colaborador na realização da justiça, e por isso não é admissível que possa limitar-se a sua função de investigação dos factos em ordem à descoberta da verdade no pressuposto ilegítimo e indemonstrado de que não olha aos meios para a realização dos fins. Quando isso acontecer, quando usar de meios proibidos, há-de ser punido sem contemplos em função da gravidade da violação do dever, penal e disciplinarmente, porque quanto maior é a confiança comunitária pelo cumprimento da lei, mais grave é o injusto, mais severa deve ser também a punição.

Declaração de voto do Vogal Dr. António da Costa Basto:

Se se pretende generalizar a posição da Ordem, manifesto o meu acordo à orientação de condicionar e limitar contactos do advogado com testemunhas.

Porém, considero que as conclusões do actual parecer manifestaram uma posição extrema. Deveria encontrar-se uma redacção que previsse e admitisse situações excepcionais.

Declaração de voto do Vogal Dr. Miguel Eiró:

Em 27.12.98 foi aprovado pelo Conselho Geral parecer sobre o assunto em que foi dito que:

1. Não existe norma no actual EOA que directamente proíba o advogado de manter conversações com testemunhas; o que o advogado não deve é por qualquer forma, prejudicar a descoberta da verdade; o advogado não pode influenciar, instruir a testemunha.

2. As conversações entre advogados e testemunhas, na medida em que sejam prejudiciais para a descoberta da verdade, serão violadoras da norma contida na alínea *b*) do art. 78 do EOA.

3. São admissíveis conversações entre advogado e testemunha desde que delas não resulte qualquer alteração do futuro depoimento desta.

Esta a doutrina que subscrevo, pelo que não posso deixar de votar contra o novo parecer que veio a ser adoptado pelo Conselho Geral.

Declaração de voto do Vogal Dr. Macedo Varela:

Vencido pelas razões que fundamentam o voto de vencido do Prof. Doutor Germano Marques da Silva, acompanhando também as dos Colegas Drs. Luís Laureano Santos e Miguel Eiró.

Permito-me chamar a atenção para duas situações que confirmam a justeza da não exigibilidade da proibição do advogado contactar as testemunhas: uma é a produção do depoimento de parte, sendo impensável que o advogado não tenha contactado o seu próprio cliente; a outra a possibilidade de o advogado, pelo menos em matéria cível, o ser em causa própria, não sendo curial que para reunir os meios de prova de que necessita tenha de socorrer-se dum intermediário (a tradição radical, formal, da jurisprudência da Ordem chegou a aprovar isso mesmo, ou seja que o advogado em causa própria tem o dever especial de não conferenciar com as testemunhas sobre a matéria da respectiva causa, devendo, nesse caso, recorrer a terceiros para obter das testemunhas os elementos de facto necessários para alegar nas respectivas acções. — cfr. Parecer aprovado na secção do Conselho Geral de 19/01/1974 — R.O.A., ano 35.º, Jan.-Abril de 1975).

Por outro lado, ninguém ignora a prática generalizada — se não unânime — das Companhias de Seguros, através dos seus funcionários, obterem, pelo menos nos casos de acidentes de viação e previamente às demandas judiciais, os depoimentos escritos das testemunhas. Tais depoimentos vão enformar, em caso de litígio, a sua defesa, naturalmente patrocinada por advogados, que tomam conhecimento desses depoimentos antes da sua produção em sede judicial, em desigualdade com o patrono da parte contrária que observe a proibição.

Não poderá deixar de considerar-se que a colheita de elementos probatórios pelo próprio advogado é, sem dúvida, susceptível de melhor assegurar, pela obrigatoriedade da observância das regras deontológicas do seu estatuto profissional, a fidedignidade da prova testemunhal.

Haverá — sempre houve — infelizmente quem seja tentado a prevaricar no sentido de “afazer” a prova aos interessados do respectivo cliente. É um procedimento inadmissível e extremamente grave, susceptível de comprometer definitivamente — *maxime*, em caso de reincidência na falta — a idoneidade do advogado para exercer a profissão. A Ordem pode e deve fazer uso do seu poder disciplinar para, em tais casos, desencorajar decididamente a prática desse comportamento ilícito e até criminoso.

Declaração de voto do Vogal Dr. Luís Laureano Santos:

Votei vencido, acompanhando, nas suas linhas gerais, as considerações tecidas pelo Colega Prof. Doutor Germano Marques da Silva, na respectiva declaração de voto.

Sem prejuízo da vénia que me merecem as opiniões que fizeram vencimento, entendo por inaceitável o pressuposto, negativo, subjacente às conclusões do parecer aprovado, no sentido de que se se autorizar o advogado a “*contactar ou ouvir testemunhas*” ele estará a “*lançar mão de arma que irá, necessariamente, usar mal*”. Nem sequer é “*falar*” que se considera proibido. Bastará “*contactar*” ou “*ouvir*” para se cair em pretensão ilícito.

Isto é, segundo o parecer, deve-se, à cautela e por princípio, *desconfiar* dos advogados. O que substancia um perfeito absurdo e uma verdadeira ofensa à respeitabilidade do perfil deontológico exigido pelos arts. 76.º e ss. do Estatuto.

Como, na ideia que tenho dos advogados e da advocacia, a regra é a de que só é admitido e mantido na profissão quem, para ela, tenha e mantenha idoneidade moral, rejeito liminarmente o juízo, verdadeiramente fundamentalista, de que, sem mais, tomando-se a nuvem por Juno, “*se o advogado contacta ou ouve testemunhas é para subverter o sentido dos respectivos depoimentos, em ordem alterar a verdade da prova*”.

Tal como se concluiu no outro referido parecer aprovado pelo C.G. da O.A. em 27.12.98, agora prejudicado, não existe (e, a meu

ver, não haveria sequer razão para existir) norma que directamente proíba o advogado de contactar ou de conversar com testemunhas. O que é deontologicamente censurável não é esse contacto ou conversa, mas sim uma intervenção que, subvertendo ou fazendo omitir, ainda que em parte, os depoimentos, lhes afectem a habilidade probatória original ou ensombrem a espontaneidade que devem revestir, no contributo para a descoberta da verdade.

Ou seja, o advogado não pode ou não deve “induzir” ou “alterar” a expressão genuína do conhecimento das testemunhas. Mas nada impede, como se disse no anterior parecer ora prejudicado, que as oiça e com elas contacte, desde que daí não resultem omissões, subversões ou quebras de espontaneidade nos futuros depoimentos.

O parecer anterior, ora prejudicado, estava certíssimo. O parecer ora aprovado (seguramente, espero) não fará escola.