

O Advogado/parte, o Advogado/arguido, o Advogado/testemunha, o Advogado/perito, o Advogado/consultor técnico, o Advogado/árbitro e o Advogado/mediador

Por André Mendes, Advogado

Resumo:

O breve estudo que ora se apresenta tem a sua génese, em grande medida, na relevância prática que o tema encerra aos profissionais do foro. Longe de se pretender o tratamento exaustivo do tema, ocupar-nos-emos de trazer à reflexão as principais dificuldades que o tratamento da matéria do segredo profissional coloca aos advogados no desempenho da sua actividade e que faz dele, como avaliou pertinentemente Alfredo Gaspar, uma das matérias mais delicadas da deontologia do advogado.

Ao advogado incumbe desempenhar uma tarefa tão especial quanto complexa. Desempenho de uma actividade que é pela sua própria natureza multidisciplinar, abrangente e de grande exposição e repercussão sociais. Profissão que pode levar o seu titular a ser Parte, Arguido, Testemunha, Perito, Consultor Técnico, Árbitro ou Mediador.

I. Breve introdução – Estatuto profissional do Advogado – Deveres deontológicos – Do segredo profissional em especial

A advocacia, enquanto actividade profissional, tem ao longo de muitos séculos sido estribada em direitos e deveres, que foram sedimentando a aura de prestígio e respeitabilidade que todo o advogado deve honrar e fazer por merecer com a sua conduta.

Para o que nos ocupa, o dever de segredo profissional constitui uma das obrigações basilares do desempenho da profissão, tal como previsto no Estatuto da Ordem dos Advogados (E.O.A)¹. Um firme respeito pelo princípio da confiança no secretismo de tudo aquilo que se veio a saber por se ser advogado, só passível de ser abalado em particulares situações excepcionais, e só quando a ponderação dos interesses em causa o justifique.

Mas o segredo profissional do advogado não é estabelecido apenas no interesse dos profissionais que recebem as confidências, nem tão só no interesse daqueles que as desvendam. A necessária tutela a que se acha submetido tem por base também um inegável interesse social e comunitário.

¹ Actualmente a Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro de 2005.

Como refere (a nosso ver, bem) Emile Garçon² - «o bom funcionamento da sociedade quer que o doente encontre um médico, o litigante um defensor, o católico um confessor, mas nem o médico, nem o advogado, nem o padre poderiam cumprir a sua missão se as confidências que lhes são feitas não estivessem asseguradas por um segredo inviolável. Importa portanto à ordem social que estes confidentes necessários estejam obrigados à discrição e que o silêncio lhes seja imposto sem condições nem reservas, porque ninguém ousaria mais dirigir-se a eles se se pudesse temer a divulgação do segredo confiado».

Por segredo profissional entende-se, na generalidade, a reserva que todo o indivíduo deve guardar dos factos conhecidos no desempenho das suas funções ou como consequência do seu exercício, factos que lhe incumbe ocultar, quer porque o segredo lhe é pedido, quer porque ele é inerente à própria natureza do serviço prestado ou à sua profissão.

No Parecer n.º. 49/91 do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República³, expressava-se em síntese que «o segredo profissional é a proibição de revelar factos ou acontecimentos de que se teve conhecimento ou foram confiados em razão e no exercício de uma actividade profissional».

No elenco dos deveres do advogado, como se disse, aquele que porventura reveste maior importância social é efectivamente o segredo profissional, imposto pelo artigo 87º do E.O.A., o qual prescreve o seguinte:

1 - 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, designadamente:

a) A factos referentes a assuntos profissionais conhecidos, exclusivamente, por revelação do cliente ou revelados por ordem deste;

b) A factos de que tenha tido conhecimento em virtude de cargo desempenhado na Ordem dos Advogados;

c) A factos referentes a assuntos profissionais comunicados por colega com o qual esteja associado ou ao qual preste colaboração;

d) A factos comunicados por co-autor, co-réu ou co-interessado do seu constituínte ou pelo respectivo representante;

e) A factos de que a parte contrária do cliente ou respectivos representantes lhe tenham

² Conforme citação na Colectânea de Jurisprudência, XVII, 3, pág. 80.

³ Publicado no Diário da República - II Série, n.º. 64, de 16/03/95.

dado conhecimento durante negociações para acordo que vise pôr termo ao diferendo ou litígio;

f) A factos de que tenha tido conhecimento no âmbito de quaisquer negociações malogradas, orais ou escritas, em que tenha intervindo.

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.

[...].

Mas analisemos em maior detalhe.

Desde logo, o nº. 1, alínea a) do citado artigo preceitua que o advogado é obrigado a segredo profissional no que respeita a factos conhecidos no exercício da profissão, seja qual for a origem da fonte do seu conhecimento. Quer isto dizer, que tudo quanto é revelado ao advogado e que assume, ainda que implicitamente, carácter sigiloso está abrangido pelo segredo profissional, porque é no exercício e por causa do exercício da profissão que os factos secretos lhe são confiados⁴.

O segredo profissional do advogado é o «*timbre da advocacia e condição sine qua non da sua dignidade*», afirmava-se no Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados de 21/04/81⁵.

O segredo profissional do advogado não interessa apenas ao confidente e ao cliente mas à sociedade inteira, revestindo assim um verdadeiro dever de ordem pública, tutelando interesses de ordem geral e social, inscritos na confidencialidade e secretismo que hão-de revestir as relações havidas no exercício da profissão.

Na verdade, o bem jurídico que ilumina a tutela do segredo profissional é a necessidade social da confiança em certos profissionais⁶.

O fundamento ético-jurídico deste dever não está assim confinado à relação contratual estabelecida entre o Advogado e o seu Cliente. Bem pelo contrário! É algo que supera essa mera relação entre as partes, entre quem procura um serviço e quem o disponibiliza. A prossecução da Justiça e do Direito, inerentes ao bom desempenho da profissão de Advogado, implicam necessariamente que qualquer pessoa que tenha de recorrer aos serviços de um Advogado, disponha de total confiança para que lhe possa

⁴ Cfr. Alfredo Gaspar - Anotação ao Ac. S.T.J. de 22/06/88 - Rev. O. Adv. - Ano 49 - Dez. 89 - pág. 868.

⁵ In Revista da Ordem dos Advogados, 41, pág. 900.

⁶ Ideia particularmente desenvolvida por Rodrigo Santiago, em "Do Crime de Violação do Segredo Profissional no C. Penal de 1982 - Almedina 1992 - pág. 106.

revelar os seus segredos, os seus interesses, sem qualquer receio de revelação dos mesmos (revelação essa que, a ser permitida, poderia colocar esses mesmos interesses em causa).

É, por isso, pacificamente aceite pela doutrina o entendimento de que o fundamento ético-jurídico do dever de guardar segredo profissional tem as suas raízes no princípio da confiança, no dever de lealdade do Advogado para com o constituinte, mas também na dignidade da Advocacia e na sua função de manifesto interesse público. Conforme é, aliás, também jurisprudência da Ordem dos Advogados, confirmando que o segredo profissional tem um carácter social ou de ordem pública e não natureza meramente contratual.

Contudo, existem necessárias restrições. O advogado, em certas circunstâncias, pode ficar desvinculado da obrigação do segredo profissional e divulgar os factos que ao abrigo desse dever lhe foram confiados. No entanto, para que tal aconteça, com quebra legítima do sigilo profissional, terá o advogado de ser expressamente autorizado a fazê-lo pelo Presidente do respectivo Conselho Distrital da Ordem dos Advogados, ou pelo seu Bastonário, em caso de recurso da decisão daquele.

É o que resulta do disposto no artigo 87º, nº. 4, do E.O.A.⁷, onde se estabelece que a quebra ou cessação do dever de sigilo profissional do advogado, só existirá e será autorizada, quando se mostre absolutamente necessária para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do seu cliente ou dos seus representantes. O mesmo é dizer que a obrigação de sigilo apenas pode cessar, quando se reconheça que, segundo critérios de razoabilidade e ponderação, a defesa dos valores plasmados no artigo 87º nº. 4 do E.O.A. não pode ser assegurada de outra forma que não seja através da revelação dos factos cobertos pelo segredo.

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.

Numa perspectiva processual, o dever de sigilo profissional assume o seu expoente máximo a propósito da proibição de produção da prova, porquanto não podem fazer prova em juízo as declarações feitas pelo advogado com violação do segredo profissional⁸.

⁷ Artigo 87º nº4 do EOA

«4 - 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 ou seus representantes, mediante prévia autorização do presidente do conselho distrital respectivo, com recurso para o Bastonário, nos termos previstos no respectivo regulamento».

⁸ Artigo 87.º n.º5 E.O.A.

Estas considerações sobre a natureza do segredo profissional ajudar-nos-ão a iluminar o tratamento específico das matérias que em seguida nos ocupam.

O Advogado/parte

O direito de acção está compreendido no direito fundamental de acesso aos tribunais consagrado no artigo 20º da Constituição da República Portuguesa⁹ (C.R.P.), em conformidade, aliás, com o previsto em textos internacionais, nomeadamente no artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁰, no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹¹ e no artigo 14º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹².

⁹ Artigo 20º da C.R.P. (Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva)

«1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.

3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça.

4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos».

¹⁰ Artigo 10.º da D.U.D.H.

«Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida».

¹¹ Artigo 6.º da C.E.D.H.

«1 - Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

2 - [...]».

¹² Artigo 14.º do P.I.D.C.P.

«1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais. Toda a pessoa terá direito a ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, segundo a lei, independente e imparcial, na determinação dos fundamentos de qualquer acusação de carácter penal contra ela formulada ou para a determinação dos seus direitos ou obrigações de carácter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos da totalidade ou parte das sessões de julgamento por motivos de ordem moral, de ordem pública ou de segurança nacional numa sociedade democrática, ou quando o interesse da vida privada das partes ou, na medida estritamente necessária em opinião do tribunal, quando por circunstâncias especiais o aspecto da publicidade possa prejudicar os interesses da justiça; porém, toda a sentença será pública, excepto nos casos em que o interesse de menores de idade exija o contrário, ou nas acções referentes a litígios matrimoniais ou tutela de menores.

2. [...]».

Por sua vez, o artigo 2º do Código de Processo Civil garante o acesso aos tribunais, atribuindo, por um lado, o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo e, por outro, faz corresponder a todo o direito substantivo um direito de acção, salvo quando a lei diga o contrário.

O direito de acção judicial apresenta-se, assim, como um verdadeiro direito potestativo, isto é, um direito à possibilidade de desencadear efeitos jurídicos, mediante uma actuação que está na disponibilidade do próprio titular.

A contraposição do direito de acção é a sujeição à acção, que recai sobre todo e qualquer sujeito de direito. Sujeição essa que é a contrapartida pelo direito de acção, pelo que é impossível restringir uma sem coarctar o outro.

O direito de acção, não obstante a controvérsia quanto à sua natureza jurídica, situação que não cabe aqui detalhar, deve ser entendido a nosso ver como um direito subjectivo autónomo e distinto do direito material que se pretende fazer actuar em juízo. Uma coisa é o direito de poder despoletar a actividade jurisdicional do Estado, para que este aprecie e decida sobre os direitos concretos das partes, mediante uma decisão fundamentada. Outra, distinta, é o direito substantivo que em concreto o autor se arroga contra o réu e pretende que lhe seja reconhecido pelo tribunal.

A consagração do princípio do dispositivo¹³ no direito processual civil faz impender sobre os interessados o ónus de iniciativa processual, mas também que sejam eles a conformar o objecto do processo, quer através da formulação do pedido que em concreto pretendem ver apreciado (artigos 3.º, 661.º e 668 n.º1 alínea e) todos dos C.P.C.) e da alegação da matéria de facto que lhe sirva de fundamento (artigos 264.º n.º1 e 664.º também do C.P.C.). Da mesma forma, quanto aos meios de reacção e defesa, o juiz estará também vinculado em regra às questões que sejam suscitadas pelo réu. Significa isto, que é a parte onerada com o ónus probatório que deve carrear para os autos os meios de prova considerados suficientes para convencer o tribunal das suas razões e do seu direito.

Ora, é neste contexto, que surgem particulares dificuldades quando a Parte – Autor ou Réu - é simultaneamente advogado.

Não sendo vedado ao Advogado litigar em causa própria, mesmo contra um seu cliente – actual ou passado - como é patente nas frequentes acções de honorários, a verdade é que a alegação e prova da matéria de facto que serve de fundamento ao pedido, ou à contestação do mesmo quando contra ele dirigido, pode colocar limitações

¹³ São poucas as excepções ao princípio da vinculação do juiz ao pedido formulado pelo Autor, surgindo as mesmas essencialmente nos chamados processos de jurisdição voluntária.

e constrangimentos, de intensidade variável em função da matéria em causa, ao advogado enquanto sujeito processual da relação material controvertida.

Mantenhamo-nos, como exemplo, numa acção de honorários. É inegável, tendo em consideração a especial natureza deste tipo de acção, a necessidade do advogado enquanto Autor vir invocar quais os serviços prestados, o período durante o qual os mesmos foram fornecidos, a complexidade que o assunto compreendia e as diligências necessárias para o bom desempenho do mandato, fundamentando dessa forma o montante de honorários apresentados. Aliada á absoluta necessidade de juntar todos os documentos pertinentes que comprovem o que foi por si alegado.

Estará tal alegação e apresentação de documentos sujeita ao segredo profissional no termos do já citado artigo 87º do E.O.A.?

Creemos que sim! Contudo, tal entendimento não significa que não exista possibilidade do advogado ser dispensado deste dever, de forma a garantir o direito a ser pago pelo trabalho que realizou. Com efeito, existem casos em que a dispensa da obrigação de guardar sigilo profissional não só é legítima, como se impõe.

E quais serão esses casos? Justamente os que se encontram previstos no n.º 4 do artigo 87º do E.O.A. Ao abrigo desta disposição, sempre que esteja em causa a dignidade, direitos e/ou interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente ou seu representante, poderá a obrigação de segredo ser dispensada, sempre que tal se venha revelar como absolutamente necessário para a salvaguarda dos supra mencionados direitos ou interesses. E só nestes casos!

Quando, como no caso da acção de honorários, se trata de alegar um conjunto de factos que sustentam o pedido e de juntar determinados documentos ao processo judicial, ao advogado deverá ser autorizada tal actuação, desde que norteada por critérios de ponderação, razoabilidade e proporcionalidade, de forma a que a revelação de factos e documentos se restrinja ao absolutamente essencial e necessário à defesa dos direitos ou interesses legítimos em jogo, *in casu* do próprio Advogado.

É esse juízo prévio, extra-processual, de adequação que compete ao Presidente do Conselho competente da Ordem dos Advogados.

Havendo possibilidade de assegurar esses direitos ou interesses legítimos de outra forma, que não através da supressão do segredo profissional, deve o advogado esgotar todas essas alternativas.

Outra opção, que inviabilizasse a dispensa de segredo profissional em qualquer circunstância, constituiria uma inaceitável ofensa a outros direitos e princípios de justiça, que ao ordenamento jurídico na sua globalidade cumpre acautelar.

Outra leitura da protecção do segredo profissional, levaria necessariamente à conclusão de que jamais um Advogado poderia exercer o patrocínio em causa própria, porque estaria proibido de alegar factos que, necessariamente, conheceu por causa do mandato, seria esvaziar um direito já que a lei processual impõe a alegação de factos que integrem a causa de pedir e esses são os que, normalmente, decorrem da violação do contrato de prestação de serviços celebrado com o cliente.

Assim, é no âmbito deste conflito de interesses que a decisão deve ser tomada. Por um lado, o Advogado em defesa do direito a ser remunerado pelo seu trabalho, e do outro o cliente inadimplente, zeloso dos seus “segredos”, não desejando que o Advogado a quem os confiou os revele fora da relação de mandato.

Ora estes interesses divergentes conciliam-se, a nosso ver, mediante o exercício proporcional, justo, equitativo, que conduzirá a que o Advogado que se vê obrigado a litigar contra um seu cliente ou ex-cliente, lance mão dos factos que conhece, apenas na justa medida do seu interesse profissional, e não para devassar a vida, os negócios ou os interesses dignos de tutela daquele que foi seu constituínte.

Tendo que alegar factos pertinentes ao pedido, haverá que fazê-lo de maneira comedida não devassando a situação económica do requerido ou desvendando factos que sejam inúteis à defesa da pretensão do advogado que invoca o incumprimento de um contrato de prestação de serviços.

Desde que observada essa proporcionalidade, esse equilíbrio, entendemos que em nome do segredo profissional não pode ser coarctada ao Advogado o patrocínio em causa própria.

Ponderemos, agora, a inclusão de documentos resultantes da actividade profissional do advogado para efeitos de prova documental, enquanto réu na acção. Tomemos o caso de um processo de divórcio (não consensual) em que uma das partes é advogado. Ao abrigo da invocação do sigilo profissional do advogado poderá este negar juntar ao processo dados relativos à sua actividade profissional, em especial a relativa a rendimentos do seu trabalho, para efeitos de partilha de bens do casal e de pensão alimentar do outro cônjuge? Estará o tribunal inibido de, na procura do melhor convencimento e da verdade material dos factos, servir-se desses elementos (art. 513º e 519º CPC)?

No plano da prova, o princípio do contraditório exige que às partes seja, em igualdade, facultada a proposição de todos os meios probatórios potencialmente relevantes para o apuramento da realidade dos factos (principais ou instrumentais) da causa.

Atenta a natureza do processo, a condição das pessoas (cônjuges) para o efeito de determinar a extensão da reserva sobre a intimidade da vida privada do advogado-réu, será de considerar que, sendo comum em acções onde importa determinar os rendimentos de alguém, e em razão do dever de colaboração para a descoberta da verdade, nos termos dos Art. 519º-1 e 266º CPC, ser este um caso em que o interesse público da administração da justiça deve prevalecer sobre o dever de sigilo plasmado no E.O.A., não sem se afirmar mais uma vez que a quebra do sigilo não deve ir além do estritamente necessário, e que o ponto de equilíbrio (princípio da proporcionalidade) entre os interesses em jogo deve ser encontrado caso a caso.

O Advogado/arguido

Nos termos do artigo 57.º do C.P.P., assume a qualidade de arguido todo aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução no âmbito de um processo penal, sendo obrigatória a constituição de arguido logo que, correndo inquérito contra pessoa determinada, esta preste declarações perante qualquer autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal (artigo 58.º n.º1 alínea a) do C.P.P.).

Pode, assim, qualquer pessoa vir a assumir tal qualidade, seja por via do seu comportamento na esfera individual privada, seja em resultado do desempenho de funções profissionais. Onde se inclui, necessariamente, também o profissional da advocacia.

E aqui surge a primeira questão merecedora de reflexão com relevância para o tema que tratamos no presente estudo. Poderá o arguido, também advogado, exercer a sua defesa no âmbito do processo que contra ele corre?

Determina o artigo 32º nº 3 da Constituição da República Portuguesa, que o arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória.

A escolha de defensor tanto pode ser feita por mandato a advogado como ao abrigo do regime de apoio judiciário.

A razão de ser deste preceito é a de garantir a qualquer pessoa o patrocínio por pessoa habilitada, ou seja, por advogado ou advogado estagiário.¹⁴

Em conformidade, o Código de Processo Penal estabelece, no seu artigo 64º, os casos em que é obrigatória a assistência do defensor, onde se incluem os recursos.

¹⁴ Artigo 62º do C.P.P.

Segundo Maia Gonçalves¹⁵, a alínea d) do artigo 64, estabelecendo que é obrigatória a assistência de defensor ao arguido nos recursos, tanto ordinários como extraordinários, contém normativo que se fundamenta na necessidade ou na alta conveniência da assistência, porque nos recursos normalmente se debatem questões de natureza jurídica que em regra o próprio arguido se não encontra preparado para discutir com competência e eficiência.

O Estatuto dos Advogados, tal como acontece em relação aos Magistrados, concede, como vimos, a possibilidade de advogar em causa própria. Põe-se, contudo, a questão de saber se tal actividade pode ou não ser exercida quando o advogado é ele próprio arguido. A doutrina e a jurisprudência são praticamente unânimes no sentido negativo, uma vez que em processo penal, os poderes que por lei são atribuídos ao defensor não são necessariamente conciliáveis com a sua posição de arguido¹⁶.

Parece resultar natural que um arguido apto ao exercício da advocacia não pode exercer tal actividade em certos actos e fases processuais, como é o caso, por exemplo, da inquirição de testemunhas, seja em inquérito, em instrução ou em julgamento. Mas, na verdade, essa incompatibilidade verifica-se, afinal, a todas as fases processuais, incluindo o recurso, pois como vimos, mantêm-se a exigência de assistência de defensor pela necessidade de continuar a garantir que o arguido tenha uma defesa eficaz, mas também que o defensor dê toda a colaboração ao tribunal, na prossecução da sua tarefa.

Afastados ficam assim os problemas relacionados com o segredo profissional e o exercício processual da defesa pelo próprio advogado, também arguido. Contudo, subsistem outras dificuldades considerando o estatuto de arguido imposto ao advogado.

De entre os direitos conferidos ao Arguido destacamos, com relevância para o tema que nos ocupa, o direito a não responder a perguntas feitas sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar¹⁷. Trata-se de um verdadeiro direito ao silêncio e que esse silêncio não seja valorado negativamente contra ele arguido, como um indício de culpabilidade, para efeitos da formação da convicção do juiz.

Este direito de não pronunciamento é absoluto e efectiva-se pela livre decisão do arguido.

Ora, no caso em que o arguido é simultaneamente advogado e está a ser perseguido por factos praticados no exercício da profissão, este direito ao silêncio assume uma outra dimensão, porquanto dispensa o arguido da invocação do segredo profissional para se eximir à revelação de factos relacionados com a matéria em crise

¹⁵ Em *Código de Processo Penal Anotado*, 12ª edição, pág. 210.

¹⁶ Posição que encontra acolhimento em Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, I, pág.316 e também elaborada no Acórdão do S.T.J., de 19-03-98, BMJ, 475-498.

¹⁷ Artigo 61.º n.º1 alínea d) do C.P.P..

nos autos. É a própria natureza do processo penal e do estatuto de arguido que assume o interesse preponderante.

Já na situação inversa, em que só a alegação e divulgação dos factos cobertos pelo dever de segredo profissional podem, no entender do advogado-arguido, afastar a sua responsabilidade penal, entendemos que haverá que fazer funcionar o dispositivo previsto no artigo 87º nº 4 do EOA., em tudo quanto se mostre absolutamente necessário para a defesa da sua dignidade, dos seus direitos e dos seus legítimos interesses.

De acordo com o artigo 61.º do C.P.P., recai igualmente sobre o arguido o dever de sujeitar-se às diligências de prova especificadas na lei, desde que ordenadas e efectuadas pela entidade competente.

De entre os meios de obtenção de prova, destacamos os exames (artigo 171.º e seg.), as revistas e buscas (artigo 174.º e seg.), as apreensões (178.º e seg.), as escutas telefónicas (artigos 187.º e seg).

Todas estas modalidades de recolha de prova suscitam diversos problemas quanto à sua execução prática. Dificuldades que se adensam quando o visado pelas mesmas é, além de arguido, simultaneamente advogado. Não cabe no âmbito do presente estudo a análise individualizada dos constrangimentos inerentes a cada uma dessas medidas no confronto com a obrigação de guarda de segredo profissional. Até porque, essa análise, será na sua maioria objecto de tratamento autónomo, por ilustres juristas, em outras páginas da obra onde o presente estudo virá gentilmente a ser incluído.

Contudo, não enjeitamos a oportunidade de enunciar algumas das questões mais problemáticas.

1. A natureza dos serviços prestados pelo advogado acarreta, naturalmente, que entre mandatário e cliente se constitua um amplo circuito de informação, da mais diversa natureza, que tem como pressupostos ou pré-requisitos essenciais a restrição do conhecimento dessa informação pelos seus intervenientes e a sua utilização exclusiva no âmbito do tratamento do assunto confiado ao advogado.
2. A correspondência trocada entre advogado e cliente, nas suas diversas modalidades (escritos, cartas, faxes, mensagens electrónicas, etc.) ou mesmo entre o advogado e entidades terceiras, individuais ou colectivas, públicas ou privadas, no exercício da profissão, assumem-se de uma importância extrema do ponto de vista do direito probatório material.
3. Ora, neste ponto, surge a questão: será admissível a apreensão daquele tipo de correspondência do advogado? Estará tal correspondência sujeita ao

segredo profissional? Esclarece-nos o artigo 74.º do EOA que tal correspondência não pode ser apreendida. Exceptuando-se a situação em que o advogado for constituído arguido onde, cai, relativamente à apreensão de correspondência, a garantia do segredo profissional, no que respeita ao objecto do processo-crime em que o advogado seja arguido. Aí, para além do juiz, o representante da Ordem surgirá como garante do sigilo profissional.

4. Por outro lado, assistimos, com cada vez maior regularidade, a diligências que envolvem devassa no escritório, arquivo ou domicílio do advogado, nas quais se inclui o arrolamento a que aludem os artigos 424º a 426º do CPC.
5. Estarão tais diligências a obedecer ao regime estabelecido nos artigos 70º e 71º do E.O.A?
6. É fundamental o cumprimento escrupuloso desse regime, porquanto o mesmo visa preservar a dignidade do advogado.
7. É, no fundo, uma decorrência do previsto no art. 34º nº 1 da Constituição da República Portuguesa, de acordo com o qual *“o domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis”*, sendo, *“proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal”*.
8. A preterição das garantias estabelecidas no regime cautelar previsto no citado artigo acarreta necessariamente a nulidade do acto (artigo 201º, n.º 1 do CPC).
9. De acordo com o artigo 70º n.º1 do E.O.A., a protecção dos lugares (escritório, arquivo e domicílio) parece só poder verificar-se caso esses locais estejam registados na OA como locais de exercício da profissão ou arquivo. O mesmo se passa com telefones, telemóveis e correio electrónico usado no exercício da profissão.
10. É sabido que cada vez mais o advogado é requisitado a prestar serviços fora do seu escritório, muitas das vezes junto das instalações do cliente. Será que a documentação que transporta consigo em viatura própria poderá ser objecto de apreensão livre, à revelia da protecção conferida pelo segredo profissional?

O Advogado/testemunha

Entre os deveres processuais das partes, estão o da cooperação¹⁸ (artigos 266º e 519º do C.P.C.) e o da apresentação de documentos¹⁹ (artigo 529º do C.P.C.). A

¹⁸ O dever de cooperação para a descoberta da verdade, que resulta dos arts. 266º, 519º e 266º-A do CPC, impende não só sobre as partes, mas também sobre terceiros, em cujo âmbito lhes cabe responder ao que

violação destes deveres dá lugar à aplicação de sanções pecuniárias, como sejam a obrigação de indemnizar ou a condenação em multa.

O artigo 87º n.º 1 do E.O.A., como vimos, determina 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, determinando o n.º 5 daquele normativo que os actos praticados pelo advogado com violação do segredo profissional não podem fazer prova em júízo.

Na aferição da estatuição processual daqui derivada, importa considerar as seguintes figuras da inabilidade para depor:

- Incapacidade para depor - artigo 616º;
- Impedimento para depor - artigo 617º;
- Recusa de prestação de depoimento - os artigos 519º n.ºs 1,2 e 3, alíneas a) e b) e 618.º n.º1;
- Escusa de prestação de depoimento - artigos 519º n.º 3 alínea c) e n.º4 e 618º n.º1, todos do C.P.C.

O caso que nos ocupa trata-se, inequivocamente, de escusa.

Atento o disposto n.º 3 do artigo 618º do C.P.C. devem escusar-se a depor os que estejam adstritos ao segredo profissional, ao segredo de funcionários públicos e ao segredo de Estado, relativamente aos factos abrangidos pelo sigilo, aplicando-se neste caso o disposto no artigo 519º n.º 4 do CPC.

O artigo 519º daquela lei processual, consigna genericamente o dever de cooperação para a descoberta da verdade, ressalvando, embora, a legitimidade da recusa de prestação de colaboração, designadamente, no caso de a mesma importar violação do sigilo profissional. Prescreve, por outras palavras, que todas as pessoas, sejam ou não parte na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhe for perguntado, submetendo-se às inspecções necessárias, facultando o que lhe requisitado e praticando os actos que lhe forem determinados.

O n.º 4 deste artigo 519º dispõe, assim, que deduzida escusa com fundamento no segredo profissional *«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»*. O que nos remete, necessariamente, para o artigo 135º do C.P.P.

lhes for perguntado, submeter-se às inspecções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados. É o que decorre do n.º 1 do art. 519º do C. P. Civil.

¹⁹ ARTIGO 529.º (NÃO APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO)

Se o notificado não apresentar o documento, é-lhe aplicável o disposto no n.º 2 do artigo 519.º.

Este artigo, sob a epígrafe «Segredo Profissional», determina:

*«1. Os ministros de religião ou confissão religiosa, os advogados, os médicos, os jornalistas, os membros de instituições de crédito e as demais pessoas a quem a lei permitir ou impuser que guardem segredo **profissional** podem escusar-se a depor sobre os factos abrangidos por aquele segredo.*

2. Havendo dúvidas fundadas sobre a legitimidade da escusa, a autoridade judiciária perante a qual o incidente se tiver suscitado procede às averiguações necessárias. Se, após estas, concluir pela ilegitimidade da escusa, ordena, ou requer ao tribunal que ordene, a prestação do depoimento.

*3. O tribunal imediatamente superior àquele onde o incidente se tiver suscitado ou, no caso de o incidente se ter suscitado perante o Supremo Tribunal de Justiça, o plenário das secções criminais, pode decidir da prestação de testemunho com quebra do segredo **profissional** sempre que esta se mostre justificada face às normas e princípios aplicáveis da lei penal, nomeadamente face ao princípio da prevalência do interesse preponderante. A intervenção é suscitada pelo juiz, oficiosamente ou a requerimento.*

*4. Nos casos previstos nos nºs 2 e 3, a decisão da autoridade judiciária ou do tribunal é tomada ouvido o organismo representativo da profissão relacionada com o segredo **profissional** em causa, nos termos e com os efeitos previstos na legislação que a esse organismo seja aplicável.*

5. (...).

Quer isto dizer, quando seja invocado o direito de escusa, o tribunal poderá tomar uma das seguintes atitudes:

a) ou aceita como legítima a escusa, caso em que a testemunha deve silenciar-se sobre os factos sigilosos de que tiver conhecimento, sob pena de incorrer no crime de violação de segredo, previsto e punido no artigo 195º do Código Penal²⁰;

b) ou entende que a escusa é ilegítima e ordena, após as necessárias averiguações - na sequência das fundadas dúvidas sobre a legitimidade da escusa

²⁰ Artigo 195.º (Violação de segredo)

Quem, 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.

- que a testemunha deponha ao que lhe for perguntado (artigo 135º, n.º 2 e 5 do C.P.P.);

c) ou requer ao tribunal superior àquele em que o incidente é suscitado, que ordene a prestação do depoimento, se concluir pela viabilidade da escusa na sequência das fundadas dúvidas sobre a legitimidade da escusa e tiver que ser quebrado o sigilo profissional (o mencionado artigo 135º, n.º 2 e 5 do C.P.P.).

Quer o tribunal decida pela ilegitimidade da escusa de depor, quer quando o tribunal imediatamente superior àquele em que o incidente tiver sido suscitado ordenar o depoimento com quebra do segredo profissional, deve ouvir-se o organismo representativo da profissão relacionada com o segredo o profissional, *in casu* a Ordem dos Advogados, nos termos e com os efeitos previstos na legislação a que esse organismo seja aplicável (conforme artigo 135º n.º 5 *in fine* do C.P.P.).

Assim, o tribunal onde o incidente da escusa de depor tiver sido suscitado é competente para ordenar a prestação do depoimento se, tendo fundadas dúvidas sobre a legitimidade da escusa, após ter procedido às averiguações necessárias, e só após estas, concluir pela ilegitimidade da escusa. É o que resulta do n.º 2 do art.º 135º do Cód. Proc. Penal ex vi n.º 4 do art.º 519º do Cód. Proc. Civil. Mas já não é competente se, após ter procedido às averiguações necessárias, concluir pela legitimidade da escusa e ordenar a quebra do segredo, por entender que ela é necessária à descoberta da verdade material dos factos relativos à questão em litígio.

Em síntese útil, sendo a escusa fundada em sigilo efectivamente existente – a obrigação de segredo, o dever de não revelar determinados conhecimentos ou informações existe - cumprirá decidir *«da efectiva prestação da cooperação requerida, com preterição do dever de sigilo, face ao princípio da prevalência do interesse preponderante»*.

Na aplicação do princípio da prevalência do interesse preponderante há que ter em consideração os dois particulares interesses concretamente em conflito, e, sopesando-os, apurar qual deles deve prevalecer.

Lopes do Rego ²¹ refere que o tribunal superior ao realizar o juízo que ditará qual o interesse que, em concreto, irá prevalecer, *«carece de actuar segundo critérios prudenciais, realizando uma cautelosa e aprofundada ponderação dos delicados e relevantes interesses em conflito: por um lado, o interesse na realização da justiça e a tutela do direito à produção da prova pela parte onerada; por outro lado, o interesse tutelado com o estabelecimento do dever de sigilo...»*. Acrescentando que a dispensa do invocado sigilo dependerá sempre de um *«juízo concreto, fundado na específica natureza da acção e na relevância e intensidade dos interesses da parte que pretende*

²¹ Lopes do Rego, em *Comentários ao Código de Processo Civil*, pág. 363.

obter prova através daquela dispensa e que nem todos os deveres de sigilo poderão ter a mesma relevância e intensidade».

Menezes Cordeiro²² vem fazer a distinção, no que respeita à quebra do segredo profissional, entre situações públicas e situações privadas, destacando que nas relações privadas o levantamento do sigilo só poderá ocorrer em conjunturas muito particulares, verificando-se, no fundo, uma situação global que faz perder ao sigilo o seu alcance. Refere também que a jurisprudência actual deixa sempre pairar a *«exigência de uma concreta ponderação de interesses, nunca devendo a quebra do sigilo ir além do necessário»*.

O mesmo é dizer que a resolução do conflito passa necessariamente pela avaliação da diferente natureza e relevância dos bens jurídicos tutelados por aqueles deveres, segundo um critério de proporcionalidade na restrição, na medida do necessário, de direitos e interesses constitucionalmente protegidos. No fundo, a conjugação do interesse público da realização da justiça – para o qual contribui o dever de colaboração para a descoberta da verdade consignado no artigo 519º do C.P.C., com a tutela dos interesses dos particulares a quem é garantida pela lei a protecção jurídica através dos tribunais.

Interpretando esta norma processual especial face às normas processuais gerais sobre prova testemunhal (artigos 616.º a 645.º do C.P.C), ancoramos a um regime jurídico nos termos do qual, o advogado, tal como qualquer outro cidadão, tem a capacidade e o dever cívico, manifestado processualmente, de prestar depoimento sobre os factos de que tem conhecimento, falecendo-lhe essa capacidade e impendendo sobre ele o dever de segredo profissional quando, o seu conhecimento dos factos lhe advenha do exercício da profissão nos estritos termos previstos no preceito citado. Regra que apenas pode ser ultrapassada se devidamente autorizado pelas estruturas dirigentes da Ordem, nos termos do n.º 4 do preceito citado.

O escopo deste regime jurídico reside assim, necessariamente, na protecção da confiança, entre advogado e cidadão, imprescindível ao exercício da profissão de advogado e à defesa dos direitos individuais e aos valores sociais que lhe são atribuídos.

A aplicação da regra relativa ao segredo profissional do advogado depende, assim, da integração da situação concreta em qualquer das situações abstractas descritas nas alíneas do nº 1 do artigo 87º do EOA.

O regime legal do segredo profissional do advogado não se destina a impedir o depoimento da testemunha por ser advogado. O advogado pode depor como testemunha, pois, antes de ser advogado é um cidadão de pleno direito. A limitação ao seu depoimento é excepcional, considerando as especiais circunstâncias em que tomou

²² Em *Manual de Direito Bancário*, 3ª edição, pág. 264.

conhecimento dos factos objecto de depoimento, só devendo manter-se na medida do estritamente necessário a salvaguardar o escopo que preside ao estabelecimento de um segredo profissional.

Como bem se escreveu no Parecer n.º 110/566 do Conselho Consultivo da Procuradoria-geral da República, «*o exercício de certas profissões, como o funcionamento de determinados serviços, exige ou pressupõe, pela própria natureza das necessidades que tais profissões ou serviços visam satisfazer, que os indivíduos que a eles tenham de recorrer revelem factos que interessam à esfera íntima da sua personalidade, quer física, quer jurídica. Quando esses serviços ou profissões são de fundamental importância colectiva, porque virtualmente todos os cidadãos carecem de os utilizar, é intuitivo que a inviolabilidade dos segredos conhecidos através do seu funcionamento ou exercício constitui, como condição indispensável de confiança nessas imprescindíveis actividades, um alto interesse público*».

Uma última palavra para as situações em que a própria testemunha, também advogado, não toma a iniciativa de suscitar a escusa. Neste caso, feito o interrogatório preliminar, o juiz também deve, nos termos do artigos 205º n.º2 e 635º n.º2 do C.P.C., impedir o depoimento que afronte o sigilo profissional.

Não o fazendo o juiz, poderá também a parte contra quem a testemunha foi arrolada, impugnar a sua admissão, no respeitante à matéria sigilosa, conforme admite o artigo 636º do CPC, seguindo-se a tramitação prevista no artigo 637.º do referido Código.

Ainda assim, se, apesar do dever imposto à testemunha, da imposição de actuação ao juiz ou da concessão da faculdade à contraparte, aquela vier a depor, o depoimento, na parte afectada, estará afectado de nulidade.

O Advogado/perito

Dispõe o artigo 388º do Código Civil (C.C.), que «*a prova pericial tem por fim a percepção ou apreciação de factos por meio de peritos, quando sejam necessários conhecimentos especiais que os julgadores não possuem, ou quando os factos, relativos a pessoas, não devam ser objecto de inspecção judicial*».

Segundo o Prof. Manuel da Andrade²³, a perícia consiste num meio de prova que se traduz na «*percepção, por meio de pessoas idóneas para tal efeito designadas, de quaisquer factos presentes, quando não possa ser directa e exclusivamente realizada pelo juiz, por necessitar de conhecimentos científicos ou técnicos especiais, ou por motivos de decoro ou de respeito pela sensibilidade (legítima susceptibilidade) das*

²³ Em *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1976, pág. 261.

peças em quem se verificam tais factos; ou na apreciação de quaisquer factos (na determinação das ilações que deles se possam tirar acerca doutros factos), caso dependa de conhecimentos daquela ordem, isto é, de regras de experiência que não fazem parte da cultura geral ou experiência comum que pode e deve presumir-se no juiz, como na generalidade das pessoas instruídas e experimentadas”.

A faculdade que a lei confere ao Juiz de requisitar os pareceres técnicos indispensáveis ao apuramento da verdade dos factos tem por finalidade o auxílio ao Tribunal, quanto ao exame e interpretação de factos que, pela sua natureza técnica, reclamam conhecimentos especiais.

Como meio de prova organizado e produzido no próprio processo em que se utiliza, encontra-se expressamente previsto na legislação processual, entre outros, no Código de Processo Civil (artigo 568 n.º3), no Código de Processo do Trabalho (artigo 1000º) e no Código de Processo Penal (artigo 159º).

Por regra, a prova pericial será acometida a estabelecimento ou serviço oficial apropriado. Quando tal não se revele possível ou adequado, a perícia será realizada por um perito único, nomeado pelo juiz, se possível após obtido o acordo das partes (artigo 568.º do CPC). Com carácter de excepcionalidade, a perícia poderá ser colegial, sendo que o número de peritos não poderá ser superior a três (artigo 569º do CPC).

A imparcialidade e independência do perito são garantidas por meio de um regime de impedimentos e suspeições semelhante ao que vigora para os juizes (artigo 571.º do CPC). A perícia é requerida pelas partes ou promovida oficiosamente pelo tribunal (artigos 577.º e 579.º do CPC), cabendo ao juiz, com a colaboração das partes, fixar o respectivo objecto, formulando as questões de facto que pretende ver respondidas pelo perito.

No despacho em que ordena a realização da perícia, o juiz deve indicar data e local para começo da diligência, e prazo para a conclusão da mesma (artigo 580.º do CPC).

Os peritos nomeados prestam compromisso de cumprimento consciencioso da função que lhes é cometida, que pode ser prestado mediante declaração escrita e assinada pelo perito ou constar do relatório pericial (artigo 581.º do CPC).

Não resulta que os Peritos, pelo exercício dessa função específica, estejam, sem mais, sujeitos a qualquer dever de sigilo, porquanto, por força da realização da perícia, não se estabelece nenhuma relação entre ele e as partes. Ao contrário do advogado, sobre quem recai, como vimos, um específico dever de sigilo profissional no exercício da respectiva profissão. Sobre o perito, na realização de uma perícia judicial, não recai, por si só, qualquer dever de sigilo.

Mas o que sucederá no caso destas duas figuras coincidirem. Qual o entendimento que deverá ser acolhido quando o perito designado for advogado?

Justificar-se-á algum regime de excepção quando o perito em causa seja advogado? Haverá, por exemplo, alguma restrição ao perito (advogado) comparecer na audiência, a fim de prestar, sob juramento, os esclarecimentos que lhe sejam pedidos, em nome do segredo profissional?

Entendemos que não. A função de perito não tem nem sua génese nem na sua essência um mandato conferido por uma das partes, nem tão pouco prossegue os fins específicos e próprios das partes litigantes. Não há uma qualquer relação de clientela. O perito, ainda que advogado, está num outro plano face ao litígio. O perito no exercício da sua actividade dentro do processo constitui-se como um verdadeiro auxiliar da actividade do juiz o que não «*impede que o perito seja um agente de prova e que a perícia constitua um verdadeiro meio de prova*»²⁴. Ao perito é, assim, reclamada e imposta uma actuação objectiva, isenta e imparcial.

O perito, no desempenho das suas funções, deve actuar de modo a garantir os princípios da isenção e da imparcialidade, sob pena de a própria decisão judicial ser afectada de desconfiança e não ser reconhecida como inteiramente justa. Ainda que se trate de perito indicado pela parte, tais deveres de imparcialidade e isenção mantêm-se. Ao serem nomeados peritos, todos eles prestam juramento, garantindo uma posição de isenção e de imparcialidade.

O Advogado/consultor técnico

A lei processual civil (artigo 614º do CPC) e a lei processual penal (artigo 155º CPP) prevêm a possibilidade da designação de consultor técnico.

Em especial, o artigo 155º do CPP permite a nomeação do consultor técnico em dois momentos distintos:

- i) Aquando da realização da Perícia ordenada, na qual Consultor Técnico nomeado pode assistir à realização da mesma, propondo a efectivação de determinadas diligências e formulando observações e objecções que ficam a constar do Auto²⁵;

²⁴ Antunes Varela, J. M. Bezerra e Sampaio e Nora, em *Manual de Processo Civil*, pág. 561.

²⁵ Conforme o artigo 155º nº 1 e 2 do CPP.

ii) Ou após a realização da Perícia, o Consultor Técnico da Parte toma conhecimento do Relatório Pericial realizado, sendo-lhe admissível prestar declarações em sede de Audiência de Julgamento²⁶.

Efectivamente, o que está em causa é o exercício do direito do contraditório, por via do qual deve o Tribunal permitir ao Ministério público, ao Arguido, ao Assistente e às partes civis, não só a análise das conclusões do Relatório Pericial, mas também uma percepção da forma como os Peritos chegaram às suas conclusões.

O contraditório, para além da garantia constitucional de defesa, constitui, um elemento fundamental da própria dinâmica processual, em busca da descoberta da verdade.

O consultor técnico não presta compromisso de honra (artigo 156º nº1 do C.P.P.) e não está sujeito ao regime dos impedimentos, recusas e escusas, só previsto para o perito (artigo 153º do C.P.P.).

Sendo advogado, estará o consultor técnico obrigado a guardar segredo profissional dos factos que venha a conhecer no exercício dessas funções?

Como vimos, a função do consultor técnico é de fiscalização, que exerce assistindo à realização da perícia ou tomando conhecimento do relatório (em caso de nomeação posterior à realização da perícia).

O posicionamento do consultor técnico no acto está intimamente conexas com o querer e a posição de quem o designa. É um contratado da parte, sendo esta a responsável pelo pagamento dos honorários pelos serviços prestados. É alguém que se apresenta e actua como um assessor técnico da parte, ou dos seus representantes.

Considerando os seus conhecimentos técnicos particulares, será um elemento importante e interventivo, nos termos previstos no nº2 do artigo 155º do C.P.P., na efectivação do contraditório da respectiva parte.

É este posicionamento de afinidade com os interesses da parte, de actuação concertada em prol de um determinado objectivo, que está na génese da prestação do serviço. Serviço que, pese embora não assuma a natureza de mandato de representação judicial (ou forense), reclama do advogado as suas competências técnicas e a sua actuação típica e própria em função dos legítimos interesses de quem o contrata. É em resultado do mandato que lhe é conferido que o consultor técnico (advogado) toma conhecimento dos factos.

²⁶ Conforme o artigo 155º nº 3 e 350º do CPP.

Somos, por isso, de opinião que o consultor técnico, quando advogado, está sujeito ao disposto no artigo 87º do EOA, e como tal, vinculado ao dever de guarda de segredo no que respeita a todos os factos cujo conhecimento lhe advenha do exercício dessas funções.

Além de que, sempre prescreve o nº7 do artigo 87 do EOA, que o dever de sigilo é extensivo a todas as pessoas que colaborem com o advogado no exercício da sua actividade profissional.

O Advogado/árbitro

Nos termos da Lei 31/86 de 29 de Agosto – a chamada Lei da Arbitragem Voluntária (L.A.V.) - desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial ou arbitragem necessária, qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes à decisão de árbitros.

Na convenção de arbitragem ou em escrito posterior por elas assinado, devem as partes designar o árbitro ou árbitros que constituirão o tribunal, ou fixar o modo como são escolhidos.

É certo que a LAV não impõe qualidades ou características especiais de quem pode assumir a qualidade de árbitro. Apenas, e tão só, impõe que sejam pessoas singulares e plenamente capazes, sujeitando-as, no caso de nomeação não acordada, ao regime de impedimentos e escusas estabelecidos na lei processual civil para os juízes.

Juristas e, em particular, os advogados, são por diversas vezes chamados ao desempenho da função de árbitro.

Ao ser investido na qualidade de árbitro, as partes estão a conferir a este julgador a competência, prevista e admitida na Lei, para apreciar e solucionar a questão posta em toda a sua plenitude. O que pressupõe o conhecimento, pelo árbitro, de todas as questões que envolvem a matéria objecto de litígio que forem alegadas pelas partes, bem como de todos os documentos que forem carreados para os autos e, a final, proferir decisão. Por outras palavras, ao árbitro é assegurada a faculdade de conhecer da causa, faculdade de fazer intervir em juízo tudo se faça útil ao conhecimento da verdade e, principalmente, de pronunciar a sentença.

Pertinente é assim apurar se o advogado, no desempenho da função de árbitro, está ou não, adstrito ao dever de segredo profissional consagrado no artigo 87º do EOA?

Para a resposta a esta questão, consideramos ser essencial analisar o que deve entender-se por arbitragem e respectiva natureza jurídica, ainda que de forma sumária, como o objecto do presente estudo impõe.

Em termos gerais, e sem prejuízo de se reconhecer que a definição de arbitragem é motivo de ampla reflexão e discussão, podemos afirmar a mesma pode ser entendida como um meio de resolução de litígios fora do quadro dos tribunais do Estado, também designada por jurisdição pública.

São diversos os autores que a este propósito dissertaram. A arbitragem deve ser compreendida, a nosso ver, conforme no-lo explicita o francês JEAN ROBERT²⁷, apresentando-nos a arbitragem como a «(...) *instituição de justiça privada, graças à qual os litígios são subtraídos das jurisdições de direito comum, para serem resolvidos por indivíduos investidos, pela circunstância, da missão de julgar, ou seja, as partes devem confiar aos árbitros, livre ou institucionalmente designados, a missão de solucionar seus litígios fora da esfera estatal*».

A este propósito escreveu também Lopes dos Reis²⁸, afirmando que «*a arbitragem não é um processo especial, mas um verdadeiro processo alternativo de resolução de litígios*».

A arbitragem é, assim, um dos meios de resolução de litígios que constituem uma das alternativas possíveis à solução configurada pelos tribunais do Estado.

Entendemos que o ordenamento jurídico português, substantivo e processual, aborve uma teoria mista, aglutinando aspectos de natureza contratual e judicial. Se por um lado, a base da arbitragem assenta num contrato (a convenção de arbitragem), por outro, uma vez constituído o Tribunal Arbitral, este funciona como um verdadeiro tribunal, configurando, nessa medida, uma verdadeira alternativa aos tribunais da jurisdição pública para a resolução dos litígios entre as Partes.

Não restam dúvidas de que o poder estatal é uno, porém, o seu exercício é distribuído por órgãos que a lei pré-estabelece, de forma a otimizar essa prática e melhor resolver os conflitos.

Se o cidadão opta pela jurisdição privada e decide submeter determinado litígio à decisão de árbitro/árbitros, fá-lo no âmbito de uma prerrogativa que lhe é dada pelo Estado, que possibilita e põe à disposição do interessado essa forma de solução de conflito. Por tudo isto, podemos afirmar que a convenção de arbitragem, uma vez firmada, derroga a justiça estatal em benefício da jurisdição privada.

²⁷ Em *L'arbitrage – droit interne – droit international prive*, 5ª edição, Paris, Dalloz, 1983.

²⁸ Em *Representação Forense e Arbitragem*, Coimbra Editora, 2001, pp. 122-123 e nota 238.

Neste contexto, o advogado, ao assumir a qualidade de árbitro constituído em determinado processo arbitral, passa a deter o poder de "dizer o direito" a ser aplicado ao litígio e a dirimir todas e quaisquer questões relacionadas com o caso em exame, ressalvadas, obviamente, as matérias de direito indisponível. Ora, essa função é bem distinta daquilo que é a actividade típica dos advogados, sobejamente já dissecada no presente estudo.

Como árbitro, o advogado não age na procura de fazer valer determinados interesses que lhe foram directamente cometidos por uma parte (cliente), no âmbito de um patrocínio. Antes, actua na busca da verdade material, com base na imparcialidade e na independência, procurando, de forma equidistante, resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação. Afinal, uma consequência directa das funções jurisdicionais que lhe foram confiadas, por via da convenção de arbitragem.

Por tudo isto, somos defensores do entendimento de que o advogado no desempenho das funções de árbitro não está a praticar actos próprios da profissão e, como tal, não está sujeito ao dever consagrado no artigo 87.º do EOA, não lhe podendo ser imposto tal dever por via do referido diploma.

Contudo, não podemos esquecer ou ignorar que um dos princípios mais destacados da arbitragem é precisamente o da sua confidencialidade, circunstância, que a par da celeridade, motiva a grande maioria dos que a ela recorrem. Ora não há confidencialidade sem segredo. Talvez por isso a regulamentação de determinados centros de arbitragem e, sobretudo, o compromisso arbitral celebrado entre as partes acabam por impor tal obrigação de sigilo, não só aos árbitros, mas a todos os que participam no processo arbitral.

O Advogado/mediador

Em síntese útil, a mediação consiste genericamente num meio amigável, não jurisdicional, de resolução de litígios, nos quais o terceiro interveniente (o mediador) intervém nas conversações, de natureza negocial, que decorrem entre as partes com vista à solução do litígio.

Neste tipo de procedimento, o mediador dispõe do poder de formular recomendações ou sugestões às partes, em função do conhecimento que toma da causa, resultante do esgrimir de argumentação entre as Partes.

Tal como no processo arbitral, também na mediação o mediador (*in casu* também advogado) adquire o conhecimento de factos que são revelados pelas partes, ou que se entrevêm a partir das respectivas declarações, em resultado e por causa da actividade profissional que desempenha.

Mas, diferentemente do que ali acontece, ao mediador não cabe proferir a decisão com a qual as partes têm de se conformar. Antes, dar um contributo para uma discussão esclarecida, ponderada e mais objectiva.

É certo que a lucidez, o rigor, a visão clara, a ponderação e o conhecimento da Lei, fazem do advogado um mediador por excelência. No entanto, a figura do mediador pode ser assumida por qualquer pessoa singular que seja capaz, no sentido que lhe é dado pelo artigo 67.º do Código Civil.

Assim sendo, a própria natureza das competências inerentes à figura do mediador ou, se quisermos, o conteúdo funcional que lhe está associado - aceitando aqui uma ampla liberdade de linguagem - são distintos do exercício da actividade típica do advogado, de modo que não se pode considerá-la como a prática de um acto próprio da profissão.

Neste sentido, e pelos motivos atrás invocados, se considera que, no estrito exercício das funções de mediador, e só nelas, não estará sujeito ao dever consagrado no artigo 87.º do EOA, embora esteja sujeito ao dever de confidencialidade próprio da actividade de mediação.