

## CONSELHO REGIONAL DO PORTO | ADVOCACIA

Parecer

Processo

Data do documento

Relator

20/PP/2017-P

25 de maio de 2017

João Martins Costa

### DESCRITORES

Impedimento > Mandato > Sigilo

### SUMÁRIO

1. A mera indicação do advogado como testemunha em determinado processo, só por si, não gera o impedimento de esse mesmo advogado assumir o patrocínio ou defesa de uma das partes nesse mesmo processo;
2. Um advogado constituído mandatário em determinado processo judicial não poderá no mesmo processo ser indicado como testemunha, porquanto tendo aceite o exercício daquele mandato ajuizou da inexistência de factos suscetíveis de constituírem incompatibilidades e impedimentos ao exercício do mandato - artigos 81.º, n.º2, 83.º, n.º1 e 92.º.
3. Por poder ser feita pela entidade patronal ou por terceiro que não Advogado, a instrução de um processo disciplinar não é um acto própria da profissão de Advogado.
4. Não obstante, os factos que o Advogado tomar conhecimento, desde que subsumíveis ao preceituado no artigo 92.º do EOA, está aquele vinculado por segredo profissional e sujeito a sigilo.

## TEXTO INTEGRAL

Exposição dos Factos

A Sra. Dra. (...), Advogada, titular da cédula profissional n.º (...), dirigiu-se a este Conselho Regional solicitando a emissão de parecer.

Para tanto alega o seguinte:

- sua Cliente deu entrada de acção contra a entidade patronal a impugnar uma decisão de aplicação de sanção disciplinar;

- na sequência de tal acção interposta, foi agendada audiência de partes;
- Na audiência, a Exma. Dra. Juiz de Direito admitiu, sem mais, a junção aos autos de procuração subscrita pela legal representante da entidade patronal, constituindo seu procurador o Dr. X, na qualidade de Advogado;
- Acontece que, na PI, a Autora havia arrolado como testemunha o referido Dr. X, na qualidade de instrutor do procedimento cautelar;
- Aceitando a Sra. Dra. Juiz que o Dr. X pudesse intervir na acção como Advogado e testemunha;

Termina a questionar o seguinte:

1. Como poderá o Causídico ser testemunha na qualidade de instrutor e ao mesmo tempo ser Advogado no mesmo processo judicial? Não terá o mesmo causídico o mesmo dever deontológico e processual igual ao dos juízes conforme descrito no artigo 39.º, n.º 2 do Código de Processo Penal? Há ou não um impedimento absoluto de exercer tal mandato forense?
2. Tendo conhecimento dos factos (na qualidade de instrutor) está ou não impedido de depor sobre eles face ao sigilo profissional?

Tratando-se inegavelmente de questão de carácter profissional, tem este Conselho Regional competência para emitir parecer [(alínea f) do n.º 1 do art. 54º do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA)].

Vejamos,

A primeira questão a resolver tem que ver a alegada dupla qualidade de intervenção de Advogado Vs. Testemunha e se se verifica algum impedimento.

Sobre esta tema, este Conselho Regional teve já oportunidade de se pronunciar nos Pareceres n.º 13/PP/2015-P em que foi relator o Sr. Dr. Domingos Ferreira e n.º 13/PP/2016-P em que foi relator o Sr. Dr. Pedro Machado Ruivo e para os quais se remete, em especial, quanto à fundamentação desenvolvida que nos escusamos de reproduzir.

Em ambos os pareceres se concluiu que a “mera indicação do advogado como testemunha em determinado processo judicial não pode, só por si, ser configurado como acto de intervenção processual para efeitos de aplicação do disposto no artº 99º do EOA” e que a “mera indicação do advogado como testemunha em determinado processo, só por si, não gera o impedimento de esse mesmo advogado assumir o patrocínio ou defesa de uma das partes nesse mesmo processo”

Não há, por isso, qualquer impedimento para o Colega assumir a qualidade de Advogado.

A dúvida da Requerente, parece, no entanto, ter que ver com a circunstância de o Colega ter sido indicado e admitido a depor como testemunha, mesmo sendo Advogado constituído.

Isto é, não é tanto um problema de o Colega estar ou não impedido de aceitar o mandato, mas, sim, de assumir a qualidade de testemunha.

Sobre esta temática o Conselho Regional teve, igualmente, já oportunidade de se pronunciar no Parecer 35/PP/2015-P em que foi Relatora a Sra. Dra. Paula Costa. Nesse parecer, tal qual neste, se analisou a possibilidade de se admitir como testemunha em determinado processo, um advogado, na circunstância deste estar constituído mandatário nesse mesmo processo.

Uma das questões então colocada, entre outras, era: pode o advogado passar a assumir a qualidade de testemunha, despir as vestes de advogado, e distanciar-se dos deveres que lhe estão inerentes, para passar a assumir os deveres de testemunha, que pelo menos teoricamente podem ser conflituantes com os primeiros?

Por facilidade e por aderirmos na íntegra a toda a argumentação ali aduzida, reproduziremos, nesta parte, o referido Parecer:

Encontramos vasta jurisprudência da OA no sentido que um advogado não pode ser testemunha em processo no qual é ou foi constituído como advogado.

A jurisprudência da Ordem assenta, designadamente, na posição do Senhor Bastonário Augusto Lopes Cardoso (Do Segredo Profissional na Advocacia, ed. Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados, 1998, a pp. 82 e 83), na vigência do EOA aprovado pelo DI nº 84/84, de 16 de Março, que sob o expressivo título “depoimentos sempre proibidos”, refere o seguinte:

“Deverá deixar-se bem claro que é inaceitável autorizar a depor um Advogado para prestar depoimento em processo no qual esteja constituído.

É que, embora não haja disposição expressa que o proíba, afigura-se-nos que isso seria completa subversão do próprio sistema processual, em que o Advogado, entre nós, se não pode nunca confundir com simultânea testemunha. E seria outrossim altamente desprestigiante para a Advocacia.

Quer isso, pois, dizer que ao Advogado incumbe ponderar e prever, antes de propor a ação, as principais condicionantes do seu decurso. Se o seu depoimento veio a tornar-se necessário, muito mal estruturou o seu trabalho e não pode já emendar a mão. A absoluta necessidade não pode resultar, nesse caso, do modo como foi proposta a ação e antes deve ser aferida objetivamente.

Isto também se aplica a outro tipo de situações que na essência não diferem da que analisámos. Referimo-

nos a que não será lícito obter dispensa para depor ao Advogado que, tendo iniciado o processo com procuração aí junta, trata de substabelecer depois sem reserva para esse efeito”. “Seria incompreensível a todas as luzes que ele pudesse despir a toga, sair formalmente do processo e passar a sentar-se no banco das testemunhas em vez de na bancada prestigiada que em antes ocupara.”

A propósito desta mesma situação, já na vigência do EOA aprovado pela Lei nº 15/2005, de 26 de Janeiro, escreve Orlando Guedes da Costa, no seu “Direito Profissional do Advogado”, Almedina, 3ª edição, 2005, a p. 342:

“Cumprе salientar que nunca pode ser autorizado o depoimento de Advogado em processo principal ou em processo apenso, em que esteja ou tenha sido constituído mandatário judicial, mesmo depois de substabelecer sem reserva ou de renunciar ao mandato, pois quem é ou foi participante na administração da Justiça, como decorre do art. 6.º - nº 1 da LOFTJ, em determinado processo, não pode nele ser testemunha, como igualmente não pode o advogado aceitar mandato em processo em que já tenha intervindo em outra qualidade, como impõe o art. 94.º - nº 1 do EOA.”

Importa dizer que para as posições antecedentes não releva saber se os factos sobre os quais se pretende obter o depoimento da testemunha/advogado constituído no processo, estão ou não sujeitos a sigilo. Seja como for, para os citados autores, nunca o depoimento de advogado nestas circunstâncias pode ser admitido.

E é para esta solução que nos inclinamos, não apenas pela lição que colhemos destes citados mestres, mas também pela conjugação das normas do CPC com as normas EOA.

Vejamos.

No Capítulo II do EOA, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 09/09, “Relações com os clientes” diz o artigo 97º sob a epígrafe “Princípios gerais”, o seguinte:

“1 - A relação entre o advogado e o cliente deve fundar-se na confiança recíproca.

2 - O advogado tem o dever de agir de forma a defender os interesses legítimos do cliente, sem prejuízo do cumprimento das normas legais e deontológicas.”

A alínea d) do nº1, do artigo 132º do Código de Processo Penal consigna que incumbe à testemunha o dever de “Responder com verdade às perguntas que lhe forem dirigidas”.

O mesmo se extrai do disposto sob o artigo 459º em conjugação com o artigo 513º do Código de Processo Civil, que determinam que antes de começar o depoimento o tribunal faz sentir ao depoente a importância moral do juramento que vai prestar e o dever de ser fiel à verdade, advertindo-o ainda das sanções

aplicáveis às falsas declarações.

Estando a testemunha obrigada a depor com verdade, o advogado/testemunha poderá ver-se perante a circunstância de ter de revelar ao tribunal factos prejudiciais aos interesses do seu cliente, factos esses que, enquanto advogado, não pode revelar.

A participação do advogado no processo na dupla posição de advogado (representante da parte) e de testemunha, gera sempre um potencial conflito de deveres que aconselharia a que o legislador, para que dúvidas não subsistissem, criasse expressamente um impedimento.

É, justamente, para obstar a conflitos de deveres desta natureza a lei processual civil modera a prova testemunhal.

O primeiro exemplo surge com o impedimento constante do artigo 496º do CPC o qual determina que: “Estão impedidos de depor como testemunhas os que na causa possam depor como partes”.

Sendo o advogado representante da parte estará totalmente fora do alcance desta norma?

Um pouco mais adiante, sob o artigo 499º o CPC estabelece o impedimento do juiz do processo quando este possa no mesmo intervir como testemunha:

“O juiz da causa que seja indicado como testemunha deve declarar sob juramento no processo (...) se tem conhecimento de factos que possam influir na decisão: no caso afirmativo é declarado impedido (...)”.

Neste caso, prevalece a qualidade de testemunha mas o juiz afasta-se do processo ab initio.

Muitas são as razões de ser desta norma, que não apenas a prevalência da descoberta da verdade material.

A descoberta da verdade material não se assume como princípio absoluto reconhecendo o legislador que poderá ceder face a valores em confronto como sucede no caso das testemunhas indicadas nas diversas alíneas do nº1 do artigo 497º do CPC, que podem legitimamente recusar-se a depor.

O CPC não faz qualquer referência a impedimento de advogado que seja no processo indicado como testemunha e a verdade é que o EOA também não aborda esta questão de forma direta.

No Capítulo II do EOA, que rege sobre as incompatibilidades e impedimentos dos advogados, releva particularmente o artigo 81º nº2, que dispõe o seguinte:

“O exercício da advocacia é inconciliável com qualquer cargo, função ou atividade que possa afetar a isenção, a independência e a dignidade da profissão.”

O artigo 83º nº1, por sua vez, refere a propósito dos impedimentos:

“Os impedimentos diminuem a amplitude do exercício da advocacia e constituem incompatibilidades relativas do mandato forense e da consulta jurídica, tendo em vista determinada relação com o cliente, com os assuntos em causa ou por inconciliável disponibilidade para a profissão.”

Sendo óbvia a impossibilidade de conciliação das posições advogado/testemunha no mesmo processo, das citadas normas decorre que, nessa circunstância, é o exercício da advocacia que deve ceder, o que parece em tudo semelhante com o que sucede perante a situação de impedimento do juiz (cfr. artigo 499º do CPC).

No entanto este juízo sobre a possibilidade de aceitar o patrocínio de determinada causa, deve ser feito pelo advogado à partida e não no decurso do processo, pois ao contrário do juiz que não tem essa escolha, cabe-lhe a decisão de aceitar ou não intervir no processo na qualidade de advogado.

O mesmo é dizer que, se o advogado aceitou o patrocínio da causa, é porque considerou que não existiam circunstâncias inconciliáveis com esta tarefa e que pudessem vir a comprometer ou diminuir a amplitude do exercício da advocacia.

E se não existiam quando aceitou o patrocínio não podem ter passado a existir agora.

Parece-nos pois que a falta de referência expressa na lei processual civil ao impedimento de advogado é suprida na medida em que a solução se pode extrair das normas atualmente constantes sob os artigos 81º, nº2, 83º, nº1 e 92º do EOA, reforçadas pelos princípios gerais que regulam a profissão e tendo sempre em conta a unidade do sistema jurídico.

Ponderado o ordenamento jurídico no seu conjunto e procurando interpretar todas as normas invocadas de forma integrada, parece poder concluir-se que o legislador pretendeu limitar tanto o julgamento da causa por juiz com conhecimento dos factos controvertidos (artigo 499º do CPC) quanto o exercício do mandato por advogado nas mesmas circunstâncias (artigos 81º, nº2, 83º, nº1 e 92º do EOA).

Parece-nos assim pelas razões apontadas que mesmo que a questão do sigilo profissional se não coloque, por regra, um advogado constituído mandatário em determinado processo judicial não poderá no mesmo processo ser indicado como testemunha.

E, não obstante, mesmo tendo sido indicado como testemunha e tenha sido admitida a sua inquirição

nessa qualidade, o Advogado não pode prestar o seu depoimento.

Deste modo, em face de tudo o quanto antecede, a primeira questão merece, necessariamente, resposta negativa.

No que à segunda questão diz respeito, porque subjacente à mesma está o pressuposto de o Advogado vir a prestar depoimento na qualidade de testemunha, em face do supra exposto, entendemos que nem seria necessário dar resposta.

De todo o modo, o problema implícito – saber se os factos que o instrutor de processo disciplinar tomou conhecimento estão ou não abrangidos por sigilo profissional – merece uma resposta, ainda que genérica, dada a sua relevância.

Para tanto, importará, desde logo, averiguar se as funções de instrutor e todos os actos de instrução são actos próprios do Advogado e, nessa medida, abrangidos pelo sigilo profissional.

Ora, seja por confronto à Lei 49/2004, de 24 de Agosto, seja por confronto ao previsto no Código do Trabalho (em especial o artigo 356.º), a instrução de um processo disciplinar não é um acto próprio do Advogado. Esta, tanto pode ser realizada pela própria entidade patronal, como por instrutor por si nomeado (que não tem que ser necessariamente um Advogado).

Ademais, o instrutor do processo disciplinar procura recolher factos com vista à elaboração de um relatório final que concluirá pela eventual verificação do ilícito disciplinar. Donde, os actos praticados na instrução do processo disciplinar, em princípio, não são actos próprios da profissão de Advogado e, nessa medida, podem não estar abrangidos pela protecção do artigo 92.º do EOA.

Note-se que, de todo o modo, nos referimos ao processo disciplinar, diligências realizadas e documentos constantes do mesmo. Isto é, o processo disciplinar não é um documento protegido pelo artigo 92.º do EOA, tanto mais que nos termos do n.º 5 do referido artigo 356.º do Código do Trabalho, o empregador apresenta cópia integral do processo à comissão de trabalhadores e, eventualmente, à associação sindical respectiva.

Não obstante, o Advogado que, sendo instrutor de processo disciplinar, tomar conhecimento de factos subsumíveis à previsão do artigo 92.º EOA, isto é, tomar conhecimento de factos que lhe tenham sido transmitidos no âmbito da sua actividade de Advogado e/ou por causa dessa sua qualidade, seja pela entidade patronal, seja por terceiros, já se encontrará, quanto a esses, vinculado por segredo profissional e sujeito a sigilo.

No caso em análise, além de o Advogado não ter que prestar depoimento, sempre se desconhece se os

factos de que tomou conhecimento dizem respeito à instrução e às diligências realizadas ou se, além destas, o mesmo tomou conhecimento de factos sujeitos a sigilo e sobre os quais sempre poderia recusar-se a depor.

Em conclusão:

1. A mera indicação do advogado como testemunha em determinado processo, só por si, não gera o impedimento de esse mesmo advogado assumir o patrocínio ou defesa de uma das partes nesse mesmo processo;
2. Um advogado constituído mandatário em determinado processo judicial não poderá no mesmo processo ser indicado como testemunha, porquanto tendo aceite o exercício daquele mandato ajuizou da inexistência de factos suscetíveis de constituírem incompatibilidades e impedimentos ao exercício do mandato - artigos 81.º, nº2, 83.º, nº1 e 92.º.
3. Por poder ser feita pela entidade patronal ou por terceiro que não Advogado, a instrução de um processo disciplinar não é um acto própria da profissão de Advogado.
4. Não obstante, os factos que o Advogado tomar conhecimento, desde que subsumíveis ao preceituado no artigo 92.º do EOA, está aquele vinculado por segredo profissional e sujeito a sigilo.

**Fonte:** Direito em Dia