

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO | PENAL

Acórdão

Processo

3559/05.2TAVNG.P1

Data do documento

12 de outubro de 2011

Relator

Joaquim Gomes

DESCRIPTORIOS

Segredo profissional > Advogado

SUMÁRIO

I - O parecer do organismo representativo da profissão [art. 135.º, n.º 4, do CPP] deve ser solicitado pelo tribunal de 1ª instância e não tem carácter vinculativo.

II - Não deve ser concedida a dispensa de segredo profissional a advogado relativamente a factos cujo conhecimento lhe advenha do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços e que o seu depoimento não se mostra imprescindível.

TEXTO INTEGRAL

Processo n.º 3559/05.2TAVNG.P1

Relator: Joaquim Correia Gomes; Adjunto: Carlos Espírito Santo

Acordam na 1.ª Secção do Tribunal da Relação do Porto

I. RELATÓRIO

1. No PC n.º 3559/05.2TAVNG do 1.º Juízo Criminal do Tribunal de V. N. de Gaia foi proferido despacho em 2011/Jun./13 a fls. 1010, no qual e ao abrigo do disposto no artigo 135.º, n.º 3 do C. P. P. se determinou “a remessa dos autos ao Tribunal da Relação do Porto, a fim de decidir do incidente de quebra de segredo profissional da testemunha B...”.

2. Recebidos os autos nesta Relação foram os mesmos autuados em 2011/Set./09 e indo com vista ao Ministério Público foi emitido parecer em 2011/Mar./29, a fls. 1032 no qual se disse e passamos a citar “Uma vez que no requerimento a que nos referimos - fls. 1009 - o defensor do arguido C... se limitou a insistir no interesse em ouvir a testemunha e não direccionou a sua argumentação no sentido da defesa da prevalência da audição em contraposição com (a) o dever de segredo profissional a que a testemunha está

sujeita pensamos que, antes de decidir, deverá ser devolvido o processo à primeira instância para que a parte interessada no depoimento justifique convenientemente o interesse no depoimento e a prevalência deste interesse face ao dever de segredo profissional”.

3. Colheram-se os vistos legais, nada obstando que se conheça do mérito.

*

A questão suscitada cinge-se em saber se existem motivos para a quebra do sigilo profissional da referida testemunha relativamente a factos de que teve conhecimento enquanto advogado.

*

* *

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. Circunstâncias a considerar

1. Na sequência da acusação do Ministério Público formulada em 2010/Jan./19 a fls. 504-509, foram pronunciados em 2010/Dez./07, a fls. 771-777 pela prática de um crime de abuso de confiança fiscal em relação à Segurança Social da previsão dos artigos 107.º, 105.º n.º 1 e 5 da Lei n.º 15/2001 os arguidos C..., D..., E..., entretanto falecido, bem como a sociedade F..., Lda., relativamente a factos ocorridos entre Outubro de 2004 e Setembro de 2005.

2. O arguido C... apresentou a sua contestação por correio electrónico expedido em 2011/Mar./16 a fls. 872-878, onde a dado momento e reportando-se à acusação pública afirma que “nunca exerceu de facto a gerência da sociedade, tão pouco alguma vez teve “o domínio” da sociedade ou da sua gestão” [8.º], sendo que “todos os actos de gerência sempre foram praticados pelo E... e mulher D...” [13.º], “e em fins de Janeiro de 2005 deixou mesmo de trabalhar na F... e passando a trabalhar na sociedade G..., Lda.” [21.º] e “após muitas diligências junto do E... foi feita a cedência da quota em Dezembro de 2005, tendo sido celebrada em Dezembro de 2005 escritura” [23.º], tendo apresentado como testemunha e entre outras “Dr. B...”.

3. Esta testemunha por requerimento de 2011/Abr./08, a fls. 921-922 informa o tribunal que “teve contactos superficiais na qualidade de advogado do Senhor E..., entretanto falecido” [2.], os quais “remontam ao longínquo ano de 2004” [3], invocando ainda que “por imperativos legais e deontológicos, encontra-se certamente, impedido de prestar o seu testemunho” [4.], bem como que “depois de decorrido todo esse tempo não se recorda do que se passou, nem de que assuntos se tratou” [5.], dando ainda conta que o seu afastamento daquele outro “deveu-se ao facto deste último não lhe ter pago honorários e despesas, enquanto seu advogado” [6.].

4. Por despacho proferido em 2011/Abr./29 a fls. 968-969 foi determinado que “o ilustre mandatário do arguido C... que a arrolou para que, em 5 dias, se pronuncie sobre o ali requerido”, cuja notificação foi expedida na mesma data, como decorre de fls. 955.

5. Por despacho proferido em 2011/Mai./30 a fls. 974 decidiu-se o seguinte: “Pese embora a exposição elaborada pela testemunha arrolada pelo arguido C..., Sr. Dr. B... a fls. 921, o certo é que, notificado, o respectivo mandatário para se pronunciar quanto ao requerido, nada disse. Assim, com cópia do presente

despacho, informe a testemunha que o seu depoimento não foi prescindido, pelo que deverá comparecer à audiência”, que foi notificado à testemunha e ao respectivo advogado do arguido C....

6. Por despacho proferido em 2011/Jun./08 a fls. 996-997 foi declarado extinto o procedimento criminal em relação ao E... em virtude do mesmo ter falecido em 2011/Jan./30.

7. No início da audiência de julgamento agendada para 2011/Jun./13 a fls. 1008-1011 e, entre outras coisas, foi pedida a palavra pelo Sr. Advogado do arguido C... onde reportando-se ao pedido de dispensa do depoimento da testemunha Dr. B... afirma que “não prescinde das declarações da mesma, porquanto no próprio requerimento, diz o requerente que teve contactos com a sociedade, designadamente “F..., Lda.”, contactos superficiais na qualidade do arguido E...” e mais à frente “e estando neste processo também em causa a relação do arguido E... com a sociedade arguida, para apuramento da verdade poderá ser relevante a audição desta testemunha, razão pela qual não se prescinde da mesma”.

*

2. Fundamentos

O incidente de quebra do segredo profissional encontra-se regulado no artigo 135.º do Código de Processo Penal, o qual compreende dois momentos ou fases distintos, tendo o primeiro características propedêuticas e o segundo corroborativas da primeira avaliação.

Num primeiro momento deve-se atender ao preceituado no n.º 2 deste artigo 135.º onde se diz que “Havendo fundadas dúvidas 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.”

Nesta conformidade, cabia sempre ao tribunal onde se desenrola o processo, ou melhor, onde se suscitou o incidente, pronunciar-se sobre a (i)legitimidade do pedido de escusa, seguindo, após as averiguações pertinentes que entenda realizar, um destes dois caminhos:

a) considera que a **escusa é ilegítima**, em virtude da mesma não se encontrar coberta pelo segredo profissional, ordenando a prestação do depoimento;

b) considera que a **escusa é legítima** e então das duas uma:

i) aceita a manutenção do dever de segredo, dando cobertura a que o depoente não revele os factos abrangidos por esse dever;

ii) ou então, ponderando as circunstâncias do caso concreto, considera justificada a quebra do dever de segredo, suscitando o prosseguimento do respectivo incidente perante o tribunal superior.

Só num segundo momento e apenas neste último caso é que o tribunal superior se pronuncia sobre a quebra do segredo profissional, seguindo-se o disposto no n.º 3 do citado artigo 135.

Como se pode constatar a autoridade judiciária onde se suscitou o presente incidente e quando foi confrontada com o pedido de escusa formulado pelo Sr. Dr. B..., o qual logo invocou que os factos por si a revelar teriam sido obtidos enquanto advogado, não percorreu nenhum daqueles caminhos daquela fase preliminar – ponderando se a escusa era ou não legítima –, tendo até proferido dois despachos contraditórios.

Assim, na sequência da exposição deste de fls. 921 de que foi notificado o Senhor advogado do arguido

C..., proferiu-se um primeiro despacho em 2011/Mai./30 a fls. 974 que, partindo da falta de resposta deste último, decidiu-se que “o seu depoimento não foi prescindido, pelo que deverá comparecer à audiência”.

Posteriormente e no decurso da audiência de julgamento quando esse mesmo senhor advogado do arguido C... dava conta que não prescindia do depoimento da testemunha Sr. Dr. B..., proferiu-se um despacho em 2011/Jun./13 a fls. 1010, no qual se invocou o disposto no artigo 135.º, n.º 3 do C. P. P. e determinou-se “a remessa dos autos ao Tribunal da Relação do Porto, a fim de decidir do incidente de quebra de segredo profissional da testemunha B...” – para onde remeteu todo o processo e quando existiam vários arguidos, ficando todos eles dependentes da resolução de um incidente que só a um dizia respeito.

Ora logo aquando daquele primeiro despacho devia o tribunal se ter pronunciado pela (i)legitimidade da escusa em depor por parte da testemunha em causa, já que esta invocou expressamente a sua qualidade de advogado – se tal sucedesse evitar-se-ia a prática de actos inúteis, os quais estão proibidos por lei [137.º C. P. Civil ex vi 4.º C. P. Penal], como sucedeu com a abertura da audiência e a deslocação desnecessária daqueles que para a mesma foram convocados.

Mas nem aquando do segundo despacho se apreciou da (i)legitimidade da escusa em depor como testemunha, optando-se por dar sem efeito a audiência de julgamento e pela remessa imediata dos autos a esta Relação, enquanto tribunal superior previsto no n.º 3 do citado artigo 135.º.

Ao proceder em conformidade com o primeiro despacho subentendeu-se certamente que a preservação do segredo profissional está dependente da aceitação do sujeito processual que apresentou a respectiva testemunha, o que não é o caso, como decorre da regulação deste incidente.

Por sua vez, aquando do segundo despacho e ao mandar prosseguir este incidente para a fase de corroboração da quebra do sigilo profissional a efectuar pelo tribunal superior, parece dar a entender que considera ilegítima a escusa, apesar de se ter escrito que a escusa era legítima.

Atento o alcance prático desta remessa afigura-se-nos que será aquele primeiro sentido (ilegitimidade da escusa) a prevalecer, pelo que passaremos ao segundo momento atrás delineado.

A propósito e perante a compreensível sugestão do ilustre PGA desta Relação de que deveriam ser precisados os fundamentos que levaram à indicação da testemunha aqui em causa, afigura-se-nos que não se deverá fazer esse convite por duas ordens de razão.

A primeira é que esse convite já foi efectuado, ainda que em termos latos, logo que o Sr. Advogado indicado como testemunha fez o seu pedido de escusa, e ao mesmo o Sr. Advogado do arguido C... nada disse.

A segunda é que este mesmo Sr. Advogado se não precisou até agora é porque nada tem a precisar, porque oportunidades – contamos duas – não lhe faltaram, pelo que iremos apreciar da eventual quebra do sigilo profissional.

*

No caso em apreço, os interesses em conflito são, por um lado, o dever de sigilo dos profissionais do foro, mais concretamente dos advogados, legalmente tutelado e conexamente consagrado como uma das dimensões constitucionais do patrocínio forense, considerado como “um elemento essencial à administração da justiça” [208.º, da Constituição] e, por outro lado, o dever e o interesse público do Estado

em exercer o seu “jus puniendi” e realizar a justiça penal [202.º da Constituição].

Tanto numa dimensão, como na outra está em causa o direito fundamental e constitucional de acesso ao direito [20.º, da Constituição] que implica, entre outras coisas, o correspondente patrocínio judiciário, com a particular relação de confiança entre o advogado e o seu cliente, a defesa de dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente ou seus representantes.

Acresce ainda que a plenitude de um Estado de Direito Democrático [2.º Constituição], não só exige um poder judicial independente, como tem subjacente o exercício de uma advocacia livre e responsável, sendo ambas a cara e a coroa da mesma moeda, que é o exercício dos direitos de cidadania.

A lei ao regular a dispensa do segredo profissional enuncia no citado art. 135.º, n.º 3 que a prestação de testemunho com quebra desse sigilo apenas terá lugar quando se “mostre justificada, segundo o princípio da prevalência do interesse preponderante, nomeadamente tendo em conta a imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de protecção de bens jurídicos”.

Também de acordo com o n.º 4 deste art. 135.º, “... 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”.

No entanto, tal parecer nunca vincularia este ou outro tribunal, porquanto de acordo com o disposto no art. 202.º, n.º 1 da C. Rep. “Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo”, acrescentando-se no seu n.º 2 que “Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados”.

Assim, qualquer lei ou interpretação que conduzisse a que os tribunais ficassem vinculados a um parecer deontológico de uma Ordem profissional, qualquer que ela fosse, relativamente à vinculação ou desvinculação do segredo profissional de um dos seus membros, padeceria do vício de inconstitucionalidade substancial.

Por isso, não temos quaisquer dúvidas em assentar que o parecer emitido por uma Ordem profissional sobre cessação ou não do sigilo profissional relativamente a um dos seus membros, apenas vincula estes nas relações internas desses organismo, não tendo eficácia “erga omnes”, quando essa mesma questão é igualmente suscitada no decurso de um processo em tribunal [Ac. do STJ de 2005/Abr./21, CJ (S) II/186].(1)

Por outro lado, o pedido desse parecer sempre teria que ocorrer naquele primeiro momento em que o tribunal onde se iniciou este incidente procedesse às necessárias averiguações.

Nesta conformidade e estando já na fase de corroboração a realizar pelo tribunal superior, não se procederá à audição prévia da Ordem dos Advogados.

Ora e de acordo com o Estatuto da Ordem dos Advogados(2) os advogados estão obrigados a guardar segredo profissional [87.º].

Esta vinculação abrange todos os factos conhecidos pelo Advogado no decurso da sua prática forense, e por causa dessa consultadoria, dando-se, assim, particular ênfase à relação de confiança, quer com o cliente, quer com os demais colegas do foro ou ainda com a parte contrária – aqui em certas circunstâncias –, que está subjacente ao exercício da advocacia.

A desvinculação desta obrigação tem apenas lugar, de acordo com o n.º 4 do citado art. 87.º, quando tal revelação seja “absolutamente necessária para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente ou seus representantes”, mas sempre apenas “mediante prévia autorização do presidente do conselho distrital respectivo, com recurso para o Bastonário (...)”.

Convém, porém, não esquecer que é cominado como crime de violação de segredo, da previsão do art. 195.º do Código Penal “Quem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte”.

Existem, no entanto, causas de exclusão de ilicitude, as quais estão genericamente contempladas no art. 31.º n.º 1 do Código Penal, precisando-se, no seu n.º 2, as seguintes situações: a) “Em legítima defesa”; b) “No exercício de um direito”; c) “No cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade”; d) “Com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado”.

Por outro lado e segundo o art. 36.º, n.º 1 do Código Penal “Não é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas da autoridade, satisfizer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrificar”.

No caso de exercício da advocacia, teremos ainda que ponderar aquelas específicas injunções de sigilo profissional do estatuto da respectiva Ordem, assim como o estabelecido na Lei n.º 11/2004, de 27/Mar., relativo ao regime de prevenção e repressão do branqueamento de vantagens de proveniência ilícita, que surgiu na sequência da Directiva n.º 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 4/Dez.

De acordo com este último regime, designadamente com o seu art. 29.º, os advogados têm o particular dever de exigir a identificação dos seus clientes nas operações indicadas no art. 20.º al. f) e em que intervenham ou assistam, por conta de um cliente ou noutras circunstâncias, estando o dever de comunicação dessas situações contemplado no art. 30.º, n.º 2 a 5, surgindo aqui um desvio à regra geral do seu n.º 1.

Na conjugação destes normativos teremos forçosamente de concluir que a quebra do segredo profissional impõe uma criteriosa ponderação dos valores em conflito, em ordem a determinar se a salvaguarda desse sigilo deve ou não ceder perante outros interesses, designadamente o da colaboração com a realização da justiça penal.

Tal ponderação deve partir do circunstancialismo em causa, designadamente dos factos concretos cuja revelação se pretende, de modo a garantir que, no quadro de uma crise de valores conflitantes, prevaleçam aqueles a que Constituição e a Lei reconheçam prioridade.

Para o efeito e como se aludiu no citado Ac. do STJ de 2005/Abr./21, a resolução de tal conflito passa “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, como impõe o n.º 2 do art. 18.º, da Constituição, e tendo em consideração do caso concreto”.

Por isso, a revelação do conhecimento dos factos obtidos no decurso do exercício da advocacia e só no âmbito destas funções, está especialmente protegida pelo dever de sigilo, de modo que só poderá haver desvinculação desse dever, mormente com o sucedido com o respectivo cliente, por razões de natureza excepionalíssima.

No caso em apreço podemos constatar desde logo que os factos da acusação para onde remete a pronúncia terão ocorrido entre Outubro de 2004 e Setembro de 2005 e o conhecimento do Sr. Advogado indicado como testemunha circunscreve-se ao ano de 2004 – assim só estariam em causa três meses.

Por outro lado, este depoimento não se mostra imprescindível porquanto sempre existem outros depoimentos, nomeadamente dos demais co-arguidos que ainda subsistem, como seja D... [13.º da contestação], já para não falar do depoimento do arguido C..., conjugado com outras provas documentais, como seja a escritura de cessão de quotas, ainda que esta seja apenas de Dezembro de 2005 [21.º da contestação], que podem demonstrar os factos por si alegados na sua contestação.

Por tudo isto e ponderando os valores em causa (“ad hoc balancing”), afigura-se-nos que a balança pende mais para a não concessão de autorização do que para a quebra do respectivo sigilo profissional do referido Senhor Advogado.

*

* *

III. DECISÃO

Nos termos e fundamentos expostos, declara-se que o Lic. B... não deve quebrar, enquanto advogado daquele que já foi arguido neste processo, o sigilo profissional a que está vinculado e relativamente aos factos que teve conhecimento na sequência desse relacionamento profissional.

Sem tributação.

Notifique e devolva.

Porto, 12 de Outubro de 2012

Joaquim Arménio Correia Gomes

Carlos Manuel Paiva do Espírito Santo

(1) Relatado pelo Cons. Pereira Madeira, sendo também acessível em www.colectaneadejurisprudencia.com e em www.dgsi.pt, que versou sobre a quebra do sigilo profissional de um solicitador, aquando da audiência de julgamento, quando o mesmo já tinha prestado testemunho no decurso do inquérito, dizendo respeito a vários crimes de peculato.

(2) Aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro e subsequentemente alterado pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro e pela Lei n.º 12/2010, de 25 de Junho.

Fonte: <http://www.dgsi.pt>