



A apreensão de documentos abrangidos pelo segredo profissional de advogado no contexto de buscas realizadas pela Autoridade da Concorrência

Diana Alfafar

Advogada da Vieira de Almeida & Associados



O ano 2017 tem sido marcado por uma intensa atividade de investigação por parte da Autoridade da Concorrência (AdC), em particular em matéria de buscas, e, conseqüentemente, apreensão de documentação no âmbito dessas diligências. Até à data de fecho deste artigo, foram realizadas diligências de busca a 27 entidades dos sectores da distribuição, transporte fluvial turístico, ensino da condução e segurador.

Do rol de poderes de investigação da AdC consta a possibilidade de realização de buscas nas instalações, terrenos ou meios de transporte de empresas ou associações de empresas, buscas domiciliárias no domicílio dos sócios, membros de órgãos de administração e de trabalhadores e colaboradores de empresas ou associações de empresas e até mesmo buscas em escritórios de advogados ou consultório médico nas circunstâncias previstas nos arts. 18.º e 19.º da Lei da Concorrência (LdC).

No decurso dessas buscas, ou quando haja urgência ou perigo na demostra, a AdC pode proceder ao exame, recolha e apreensão de documentos – independentemente do seu supor-

te – sempre que tal se mostre necessário à obtenção de prova (art. 20.º, n.º 2, LdC). Neste contexto, a AdC pode deparar-se com documentos abrangidos pelo segredo profissional de advogado, importando tecer algumas considerações sobre o regime aplicável nesse cenário.

(i) O dever de segredo profissional do advogado

O dever de guardar segredo profissional é um dos mais sagrados princípios deontológicos da profissão de advogado. Foi sempre considerado “honra e timbre da advocacia, condição *sine qua non* da sua plena dignidade”. O cliente deve ter absoluta confiança na discrição do advogado para lhe poder contar toda a verdade e saber que ele é um “sésamo” que nunca se abre⁽¹⁾. Para estabelecer esta relação de confiança, que dá ao cliente segurança para fazer do advogado destinatário de informações sigilosas necessárias ao exercício do mandato, é fundamental assegurar a confidencialidade.

A par do princípio da confiança, o segredo profissional tem ainda como fundamento um manifesto interesse público, relacionado com a função do advogado como servidor da justiça. Ao reconhecer a integridade, dignidade e eminente função social da advocacia (arts. 88.º e 90.º do EOA⁽²⁾ e arts. 20.º, n.º 2, e 208.º da CRP), a lei reconhece a natureza pública da profissão⁽³⁾. Conseqüentemente, entende-se que o segredo profissional

deve beneficiar de uma proteção especial por parte do Estado⁽⁴⁾.

Foi nesse pressuposto que a lei consagrou, no art. 13.º, n.º 2, a), da LOSJ⁽⁵⁾, o direito à proteção do segredo profissional como uma das garantias e imunidades do advogado.

Estão abrangidos pela obrigação de segredo profissional todos os factos cujo conhecimento advenha do exercício das funções ou da prestação dos serviços profissionais⁽⁶⁾. O segredo profissional abrange ainda documentos ou outras coisas que se relacionem, direta ou indiretamente, com os factos sujeitos a sigilo (art. 92.º, n.ºs 1 e 3, do EOA).

A consagração normativa deste princípio fundamental é efectuada em termos absolutos e sem quaisquer restrições, apenas se admitindo exceções perfeitamente circunscritas e determinadas pela lei e casuisticamente pela Ordem dos Advogados (nos termos do art. 92.º, n.º 4, EOA)⁽⁷⁾.

O princípio estende-se aos advogados que exercem a sua atividade em regime de subordinação (os chamados advogados internos ou “in-house”), desde que se encontrem inscritos na Ordem dos Advogados portuguesa ou em entidades congêneres de outros países⁽⁸⁾.

(ii) Apreensão de correspondência que respeite ao exercício da profissão

A apreensão de correspondência que respeite ao exercício da advocacia encontra-se absolutamente vedada pelo EOA (art. 76.º). Não pode ser apreendida correspondência, seja

1. Cfr. António Arnaut, “Iniciação à Advocacia”, Coimbra Editora, 2014, p. 77.

2. Estatuto da Ordem dos Advogados, Lei n.º 14/5/2015, de 9 de setembro.

3. Idem, p. 77 e ss.

4. Vide art. 2.3-1 do Código de Deontologia dos Advogados Europeus.

5. Lei da Organização do Sistema Judiciário, Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto.

6. A este respeito, recorde-se que os atos próprios de advogado incluem não só o exercício do mandato forense, mas também todas as formas de consulta jurídica (arts. 1.º a 3.º da Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto).

7. Cfr. Parecer N.º E-07/07 do Conselho Geral da OA.

8. O EOA garante aos advogados que trabalham em regime de subordinação as mesmas prerrogativas dos demais advogados (art. 73.º), não admitindo qualquer distinção (veja-se o referido parecer n.º E-07/07 e a decisão do Tribunal de Comércio de Lisboa no processo n.º 572/07.9TVLSB, no sentido da ilegalidade da apreensão de documentos pertencentes a um advogado interno de empresa por violação do sigilo profissional).



qual for o suporte utilizado, que respeite ao exercício da profissão, nem podem as provas obtidas dessa forma ser utilizadas. De acordo com o n.º 2 do art. 76.º do EOA, “a proibição estende-se à correspondência trocada entre o advogado e aquele que lhe tenha cometido ou pretendido cometer mandato e lhe haja solicitado parecer, embora ainda não dado ou já recusado”. A única exceção a esta regra não tem validade em procedimento sancionatório da concorrência, pois respeita apenas aos casos em que os documentos constituem objeto ou elemento de um crime.

A apreensão de correspondência em geral (incluindo a correspondência que não respeite ao exercício da advocacia) também se encontra vedada em procedimento sancionatório da concorrência, enquanto decorrer da conjugação do preceito constitucional do art. 34.º, n.ºs 1 e 4 (que consagra a inviolabilidade da correspondência e proíbe a ingerência das autoridades públicas na correspondência, salvos os casos previstos em matéria de processo criminal) com o art. 42.º do RGIMOS(9), aplicável subsidiariamente à LdC por via do art. 13.º, n.º 1, nos termos do qual não é permitida, em processos de contraordenação, a intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação nem a utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional.

É de ressaltar que, no entendimento da AdC, a apreensão de correspondência aberta em nada difere da apreensão de um mero documento escrito, que deverá ser considerado de acordo com a sua natureza própria, seguindo-se, para a sua apreensão, o regime legal correspondente ao documento em questão⁽¹⁰⁾.

(iii) Apreensão de documentos abrangidos pelo segredo profissional

A LdC afasta expressamente a possibilidade de apreensão de documentos abrangidos pelo segredo profissional em caso de busca em escritório de advogado, e excepciona esta regra para a circunstância de tais documentos constituírem, eles próprios, objeto ou elemento da infração (art. 20.º, n.ºs 4 e 5, LdC). Nada diz, porém, quanto à apreensão deste tipo de documentos no contexto de uma busca às instalações de uma empresa ou associação de empresas. Não deverá, no entanto, esta omissão significar que a proibição não deve estender-se a documentos abrangidos pelo segredo profissional que se encontrem na posse do visado, pois não é, naturalmente, por terem saído do escritório de advogado que tais documentos deixarão de constituir matéria confidencial, que caberá não só ao advogado, mas também ao Estado proteger.

Na falta de previsão expressa em contrário, o segredo profissional beneficia de proteção absoluta no âmbito dos processos contraordenacionais por decorrer da mencionado no art. 42.º, n.º 1, do RGIMOS. Deste diploma não consta qualquer norma que habilite uma autoridade administrativa ou tribunal a quebrar tal segredo⁽¹¹⁾, o que se justifica que, dado os interesses em jogo em matéria contraordenacional (os quais, por serem de menor relevância que os protegidos pelo direito criminal, não justificam uma solução diferente).

Também o EOA é claro quanto a esta questão, ao incluir no conceito de correspondência – e, consequentemente, afastando da disponibilidade de apreensão – as “instruções e informações escritas sobre o assunto da nomeação ou mandato ou do parecer solicitado” (art. 76.º, n.º3). Os conceitos de instruções e informações escritas são suficientemente abrangentes para incluir pareceres, memorandos ou informações prestadas ao cliente.

À luz deste enquadramento legal, conclui-se que, no contexto de uma busca às instalações de uma empresa ou de associação de empresas, a AdC não poderá apreender e utilizar como prova qualquer parecer, memorando ou informação de advogado sobre o assunto da nomeação, mandato ou parecer solicitado pelo cliente. Caberá ao advogado que elabore tais documentos, marcá-los devidamente como confidenciais, a fim de facilitar a sua identificação pelas autoridades.

(iv) Consequências da apreensão de documentos protegidos pelo sigilo profissional

A apreensão de correspondência e de documentação cobertas pela obrigação de sigilo profissional em processos sancionatórios da concorrência constitui uma intromissão inaceitável na vida profissional do advogado e na relação de confiança com o seu cliente, imprescindível ao exercício da advocacia.

Pelo exposto, conclui-se que não está no leque de poderes da AdC apreender correspondência relacionada com o exercício da advocacia nem pareceres, memorandos, instruções ou informações escritas prestados pelo advogado ao seu cliente, salvo na circunstância de tais documentos constituírem, eles próprios, objeto ou elemento da infração.

A prova obtida desta forma é nula e não pode ser utilizada, devendo o advogado, no decurso de uma apreensão, apresentar reclamação destinada a garantir a preservação do segredo profissional, nos termos do art. 77.º do EOA. Neste caso, deve a AdC devolver de imediato os documentos apreendidos ou, caso assim não entenda, guardá-los em envelope fechado e selado sem prévia análise para posterior decisão da autoridade judicial competente.

9. Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social, Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro.

10. Cfr. Linhas de orientação da AdC sobre a instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da LdC e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, 551. Vide, neste sentido, os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa nos processos n.º 463/07.3 TAALM-AL1-3, de 02.03.2011, e 744/09-155LSB-AL1-9, de 29.03.2012. Já em sentido divergente, o acórdão do mesmo Tribunal no processo 36/11, de 20.12.2011. Em relação à apreensão de correio eletrónico, vide Gonçalo Anastácio e Diana Alfafar, “Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense”, anotação ao art. 20.º, Almedina, 2013, p. 231 e ss.

11. Neste sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações, anotação ao art. 42.º”, Universidade Católica Editora, 2011.