

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO | PENAL

Decisão Singular

Processo	Data do documento	Relator
9797/16.5T9PRT-A	18 de setembro de 2019	Nuno Ataíde das Neves

DESCRITORES

Busca > Escritório de Advogados > Apreensão de documentos > Apreensões relativas a sistemas informáticos > Segredo profissional > Prova nula

SUMÁRIO

Não se verificando o fundamento de restrição ao princípio geral de proibição de apreensão de correspondência previsto no art. 76º, nº 4, do EOA, não sendo o advogado arguido nos autos, nem tendo sido invocada a exceção prevista na parte final do art. 180º, nº 2, do CPP, relativamente à proibição de “apreensão de documentos abrangidos pelo segredo profissional”, os documentos apreendidos no respectivo escritório, qualquer que seja suporte utilizado, não são admissíveis como prova (art. 126º nº 3 do CPP e 32º nº 8 da CRP), impondo-se a sua devolução imediata.

(Sumário Direito em Dia)

TEXTO INTEGRAL

Nos autos de Inquérito que correm termos na 12ª secção do DIAP do Porto com o nº 9797/16.5T9PRT, na sequência de promoção do Ministério Público (MP), a Senhora Juíza de Instrução do JIC do Porto - Juiz 5 determinou a emissão de mandados de busca, designadamente, ao escritório do Senhor Advogado Dr. AA. Realizada a busca àquele escritório, onde igualmente se encontra sediada a Sociedade de Advogados BB, na presença e sob direcção da Senhora Juíza de Instrução Criminal (doravante JIC), foram apreendidos 14 documentos que constituem cópias extraídas do Dossier relativo ao Processo nº 3556/10.6BEPRT, bem como um “conjunto de acervo digital, que foi gravado em suporte digital”.

No acto estiveram presentes a representante da Ordem dos Advogados e o ilustre advogado, visado na busca, tendo este último entregue em mão à Senhora Juíza de Instrução a reclamação junta a fls, 829 a 831, igualmente subscrita pela representante da OA.

Posteriormente, o Senhor Advogado Dr. AA. apresentou a fundamentação da sua reclamação, alegando em síntese que:

- no âmbito da diligência de busca ao seu escritório foram apreendidos documentos que se encontravam inseridos na capa do dossier da cliente da Sociedade de Advogados BB, CC, Lda., tendo também sido apreendida informação em registo informático respeitante às caixas de correio electrónico do reclamante, designadamente as caixas de correio profissional, endereço da Ordem dos Advogados, da BB e ainda o seu endereço pessoal, fazendo a recolha de todo o correio electrónico desde 2005 até à presente data;
- o objecto do mandado de busca é ilegal por incidir sobre matérias protegidas pelo segredo profissional, violando o disposto nos art. 75º, 76º, 77º e 92º do EOA, sendo certo que o reclamante não é arguido;
- todos os documentos e comunicações que foram apreendidos dizem respeito a factos sujeitos a sigilo já que concernem a assuntos profissionais, contendo tal documentação factos ou informações revelados ou confiados pelos seus clientes ou pela contraparte e respectivo mandatário;
- os suportes informáticos apreendidos respeitam a toda a actividade profissional do reclamante, bem como com os demais clientes do escritório da sociedade de advogados, totalmente alheios ao processo em causa, pelo que a apreensão dos referidos ficheiros constitui uma devassa de todos os processos de todos os clientes do signatário e daquela sociedade, o que constitui um atropelo intolerável aos princípios fundamentais que regem o segredo profissional do advogado e uma devassa da vida pessoal e privada do signatário, traduzindo-se numa violação ostensiva e gritante dos art. 178º a 181º do C.P.P., bem como das garantias constitucionais previstas nos art. 32º nº 8 e 34º nº 4 da CRP.
- No caso em apreço não foi realizada busca, mas logo a apreensão de todos aqueles ficheiros, sendo a busca e apreensão ilegais e, por isso, nulas.

O **Conselho Regional do Porto da Ordem dos Advogados** apresentou também fundamentação da reclamação deduzida, sustentando, em suma, que:

- Tudo o que foi apreendido na diligência realizada no dia 4 de Julho de 2019 tem a natureza de documentos e correspondência e, por isso, submetido a um regime legal particularmente exigente;
- Face ao disposto no nº 1 do art. 76º do EOA é vedada a apreensão de correspondência que respeite ao exercício da profissão de advogado, estando também vedada a apreensão de correspondência trocada entre o advogado e quem lhe haja cometido ou pretendido cometer mandato e lhe haja solicitado parecer (nº 2 e 3 do mesmo preceito);
- A única excepção a essa previsão normativa é a que decorre da circunstância de a correspondência respeitar a facto criminoso por referência ao qual o advogado tenha sido constituído arguido - cenário que não se verifica no caso vertente.
- A diligência em apreço violou de modo grave e ostensivo o disposto no artº 76º do EOA, implicando que tudo quanto foi apreendido deva ser restituído, sem sequer ser desselado, ao advogado identificado.

O MP pronunciou-se sobre a reclamação nos termos constantes de fis. 9 verso a 18, concluindo que “não se vislumbra a prática de qualquer nulidade na apreensão dos documentos físicos e do correio electrónico, tendo sido observados todos os procedimentos formais e substanciais daquela apreensão, pelo que não assiste ao arguente qualquer razão”,

A Senhora JIC proferiu o parecer a que alude o art. 77º nº 3 do EOA, concluindo que a diligência de busca

seguiu todos os procedimentos legais previstos, “com a realização de cópias cegas dos conteúdos e todas as necessárias certificações técnicas que são essenciais à garantia da custódia da prova”, não se mostrando preterida qualquer disposição legal ou violado qualquer princípio, susceptível de afectar a validade da busca.

[A fls. 34 foi ordenado o cumprimento do disposto no artº 417º nº 2 do C.P.P., bem como o exercício do contraditório, caso fosse emitido parecer. Atendendo, porém, que tal procedimento não se mostra adequado ao formalismo processual previsto no artº 77º do EOA, não se tomará em consideração todo o processado posterior, sem prejuízo da procuração junta a fls. 129.]

Cumpra apreciar e decidir:

A questão que cumpra apreciar no âmbito da presente “reclamação” consiste em saber se os documentos objecto de apreensão no escritório do reclamante Dr. AA respeitam ao exercício da profissão de advogado e se deve ser mantida a apreensão ou restituídos os documentos.

O Código do Processo Penal (CPP) prescreve nos seus art. 177º nº 5 e 180º a busca e a apreensão em escritório de advogado, respectivamente.

O art. 180º nº 2 dispõe que não é permitida, sob pena de nulidade, a apreensão em escritório de advogado de documentos abrangidos pelo segredo profissional, salvo se eles mesmos constituírem objecto ou elemento de um crime.

A lei não define o conceito de “segredo profissional” do advogado, mas enumera no art. 92º nº 1 da Lei nº 145/2015 de 09.09 (EOA) situações que obrigam o advogado a segredo profissional, No que aqui interessa, a lei protege com o segredo profissional dos advogados o que respeita a factos referentes a assuntos profissionais que lhe tenham sido revelados pelo cliente ou por sua ordem ou conhecidos no exercício da profissão, a factos comunicados por cointeressado do cliente ou pelo respectivo representante e a factos de que a parte contrária do cliente ou respectivos representantes lhe tenham dado conhecimento durante negociações para acordo amigável.

E o nº 3 do mesmo art. 92º dispõe que o segredo profissional abrange ainda documentos ou outras coisas que se relacionem, directa ou indirectamente, com os factos sujeitos a sigilo.

O escopo do segredo profissional do advogado, tal como definido e delimitado no citado preceito situa-se, primordialmente, na defesa das condições de exercício das funções de advogado e da relação cidadão-advogado, só de forma indirecta se podendo considerar um “direito” de cada um dos profissionais dessa área. Aliás, como claramente resulta das expressões utilizadas pelo legislador na sua configuração legal, a saber, **“o advogado é obrigado a guardar segredo profissional”, “A obrigação do segredo profissional existe”, “Os actos praticados pelo advogado com violação de segredo profissional”, “O dever de guardar sigilo”,** tem a natureza jurídica de um dever no exercício da profissão.

Atenta a *ratio legis* da consagração legal de tal segredo profissional e a necessidade de harmonizar a sua prossecução com os valores inerentes ao exercício da acção penal, depois de criar o valor segredo, na vertente de proibição de apreensão de documentos, a lei processual penal estabelece duas excepções a

essa proibição, sendo uma de natureza genérica, referente à relação advogado/cliente e a segunda relativa à conduta do advogado, em si mesma.

Pela primeira, consagrada no art.º 180º n.º 2 do C. P, Penal, é permitida a apreensão de documentos que “... constituírem objecto ou elemento de um crime” e pela segunda, consagrada no art.º 76.º n.º 4 do EOA, é permitida a apreensão de correspondência comum e electrónica quando a mesma “...respeitar a facto criminoso relativamente ao qual o advogado tenha sido constituído arguido”.

Esta segunda excepção apresenta um pressuposto específico, de natureza processual, qual seja, a constituição do advogado como arguido, sendo que o elemento comum às duas excepções é constituído, grosso modo, pela sua conexão a facto que constitua crime, imputável ao cliente ou ao advogado.

O art. 180º nº 2 do CPP tem de conjugar-se com o nº do art. 76º do EOA que, sob a epígrafe “apreensão de documentos” proíbe, em termos genéricos, a apreensão de correspondência que respeite ao exercício da profissão de advogado, seja qual for o suporte utilizado, esclarecendo-se nos nºs 2 e 3 que 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, o que compreende as instruções e informações escritas sobre o assunto da nomeação do mandato ou do parecer solicitado.

Note-se que o corpo do art. 76º apenas refere a correspondência, quando esse mesmo artigo, como se disse, é epigrafado de “apreensão de documentos”. Os conceitos não são coincidentes, cabendo na designação de correspondência a cartas, instruções do cliente, pareceres do advogado, informações recebidas ou dadas pelo cliente ou pelo advogado, ao passo que os documentos exprimem uma realidade mais ampla, sendo, na definição do art. 164º nº 1 do CPP, toda e qualquer declaração, sinal ou notação corporizada em escrito ou qualquer outro meio técnico nos termos da lei penal, nela cabendo a correspondência.

E aqui coloca-se a questão de saber se o art. 76º protege os documentos em geral ou apenas a correspondência.

Entendemos que, a despeito da letra do preceito, a lei visa todos os documentos que se encontram no escritório do advogado. Antes de mais, porque a epígrafe do citado artigo assim o inculca. Depois, porque o nº 2 do imediato art. 77º adequa a reclamação à preservação do segredo profissional sem estabelecer qualquer limite; e como se sabe pelo citado art. 92º nº 3, o segredo profissional abrange ainda documentos ou outras coisas que se relacionem directa ou indirectamente, com os factos sujeitos a sigilo.

Como resulta de todo o expediente certificado nos presentes autos, o reclamante não foi constituído arguido nos autos de inquérito criminal, pelo que o princípio de proibição de apreensão de documentos (neles se incluindo a correspondência) se mantém na plenitude da sua extensão.

Quanto à susceptibilidade de apreensão em escritório de advogado quando este não tenha sido constituído arguido, já vimos que o art. 180º nº 2 do CPP só permite a apreensão de documentos abrangidos pelo segredo profissional quando “...constituírem objecto ou elemento de um crime”,

Ora, quer o MP, quer a Senhora JIC, nos respectivos pareceres que emitiram antes da remessa da reclamação a este Tribunal, em lado algum admitem que os documentos apreendidos, quer em suporte físico, quer em suporte digital, constituem objecto ou elemento de um crime. O que ambos referem é que a

apreensão efectuada se revela de manifesto e justificado interesse para a descoberta da verdade. Contudo, não é esse o alcance do art, 180º nº 2 do CPP, quando permite a apreensão de documentos abrangidos pelo segredo profissional. O que o preceito exige é que os documentos apreendidos constituam objecto ou elemento do crime. Não se verificando essa pressuposto, revela-se óbvio que a insusceptibilidade de apreensão se mantém em toda a sua extensão.

É que “o manifesto e justificado interesse para a descoberta da verdade” pode constituir fundamento para a realização de uma vulgar busca (em que se procuram objectos relacionados com um crime ou que possam servir de prova). Contudo, tratando-se de um advogado (tal como acontece com o médico ou o jornalista), o legislador foi muito mais exigente ao permitir a realização de buscas no local do exercício da profissão. Não por se tratar de uma “pessoa especial”, diferente do comum cidadão. Mas sim por estar “vinculado a um dever especial”, o dever de sigilo profissional, imposto para benefício do cliente e da manutenção da relação de confiança com o advogado e não como privilégio do próprio advogado.

Conclui-se, assim, que não tendo o reclamante sido constituído arguido e não se demonstrando que os **documentos em suporte de papel** (documentos físicos, como lhe chama o MP) constituem objecto ou elemento do crime - o que até parece ser contrariado pela própria descrição feita no auto de apreensão - inexiste fundamento legal que justifique a sua apreensão no escritório de advocacia do reclamante, sendo certo que se trata manifestamente de documentos que respeitam ao exercício da profissão de advogado (extraídos de dossier relativo a um processo judicial) e, por isso, abrangidos pelo segredo profissional.

Quanto aos **documentos em suporte digital** (cuja discriminação no auto de apreensão se imporia, mas de todo inexiste) alega o MP que foram cumpridas as formalidades legais e substanciais da busca e apreensão previstos na Lei nº 109/2009 de 15,09 (Lei do Cibercrime), podendo até ter sido apreendido o próprio computador de onde foram retirados os ficheiros, apenas tendo sido feita a cópia, em suporte autónomo, dos dados após pesquisa,

Alega ainda que não lhe era possível, no momento, a apresentação à Senhora JIC do que queria ver apreendido, nem tal se revelaria como materialmente possível no exacto momento da apreensão, motivo pelo qual se copiaram os ficheiros de correio electrónico sem qualquer prévia visualização das concretas mensagens e que não podia requerer a apreensão das mensagens de correio electrónico “que se afigurassem ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova” se não as conhecia, nem tinha possibilidade de, no acto, as conhecer.

Por seu lado, a Senhora JIC entende igualmente que foram cumpridas todos os procedimentos legais aplicáveis ao caso, não se mostrando preterida qualquer disposição legal ou qualquer princípio susceptível de afectar a validade da busca.

Antes de mais, importa realçar que à busca e apreensão em sistema informático são aplicáveis as disposições processuais previstas na Lei do Cibercrime, independentemente do tipo de crime que estiver a ser investigado, já que o art. 11º da citada Lei estabelece que “Com excepção do disposto nos artigos 18.º e 19.º, as disposições processuais previstas no presente capítulo aplicam-se a processos relativos a crimes: a) Previstos na presente lei; b) Cometidos por meio de um sistema informático; ou c) Em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónico.”

Porém, as referidas disposições processuais, que se limitam a estabelecer a forma de execução material da pesquisa e apreensão de dados informáticos, não afastam de modo nenhum a aplicação das normas gerais previstas no processo penal, designadamente aquelas que se destinam a garantir a tutela do segredo profissional que se impõe no exercício de determinadas actividades profissionais, como a advocacia, a medicina ou o jornalismo.

Aliás, é o próprio art. 16º nº 5 da Lei do Cibercrime que estabelece que “As apreensões relativas a sistemas informáticos utilizados para o exercício da advocacia e das actividades médica e bancária estão sujeitas, com as necessárias adaptações, às regras e formalidades previstas no Código de Processo Penal e as relativas a sistemas informáticos utilizados para o exercício da profissão de jornalista estão sujeitas, com as necessárias adaptações, às regras e formalidades previstas no Estatuto do Jornalista”.

Por outro lado, o art. 15º nº 6 do mesmo diploma legal estabelece que “À pesquisa a que se refere este artigo são aplicáveis, com as necessárias adaptações, as regras de execução das buscas previstas no Código de Processo Penal e no Estatuto do Jornalista”.

Ou seja, a Lei do Cibercrime não afasta, antes impõe a observância das disposições do Código de Processo Penal (entre as quais avulta para o caso o art. 180º nº 2), na realização de pesquisa em sistema informático e apreensões relativas a sistema informático.

Assim sendo, também quanto à busca e apreensão de documentos ou correspondência em ambiente informático, não é a mesma permitida se aqueles estiverem abrangidos pelo segredo profissional, salvo se constituírem objecto ou elemento de um crime.

No caso em apreço, o MP não justifica a pesquisa e apreensão dos dados de registo informático por constituírem objecto ou elemento de um crime, mas antes “por se afigurarem ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova”, que aliás reconhece que nem sequer está ainda em condições de afirmá-lo por desconhecer o conteúdo das mensagens de correio electrónico (cfr. § 2º da pág. 16 verso - cfr. fls. 846 dos autos principais).

Afirma a Senhora JIC que aquilo que vier a ser considerado relevante para a prova será junto ao processo (procedendo-se à apreensão) e relativamente ao demais conteúdo, será restituído ao Exmo. Mandatário.

Antes do mais haverá que referir que tal referência ao “mandatário” se trata de claro lapso, já que o reclamante não atua no âmbito de qualquer relação de mandato, mas em nome próprio como advogado, alvo de busca e apreensão.

Acresce sublinhar que a Senhora JIC também incorre manifestamente em erro procedimental, pois que a restituição de documentos apreendidos, por desnecessários para a investigação, não pode confundir-se com a sua susceptibilidade de apreensão, a qual deve ser estabelecida em momento anterior ou pelo menos contemporâneo da apreensão.

Em relação aos documentos (dados informáticos) apreendidos, pelas razões acima expostas, relativas à conexão dos documentos com o ilícito indiciado, essa apreensibilidade ou susceptibilidade de apreensão não está minimamente demonstrada, pelo que deve prevalecer o segredo profissional do advogado reclamante.

Como acentuou o Juiz Desembargador Narciso Machado, no Jornal Público de 18.07.2017, «*Um dos pilares do segredo profissional - regra de ouro da advocacia - consiste na necessidade de tutelar e garantir a*

relação de confiança entre advogados e seus clientes, no quadro do interesse público enquanto activo da administração da justiça.

Por sua vez, ao MP compete o exercício da acção penal, mas tal actividade, de acordo com as normas constitucionais, tem de ser orientada pelo princípio da defesa da legalidade democrática (art. 219º da Constituição). Aliás, são evidentes as antinomias existentes entre a liberdade e dignidade dos arguidos e a procura a todo o custo da verdade material, ou entre o acréscimo de eficácia da justiça penal e o respeito das formas ou ritos processuais que se apresentam como baluartes dos direitos fundamentais.

A pergunta que se coloca, desde logo, é saber o que é legítimo esperar de um processo penal no quadro de um Estado de Direito democrático e social? Um dos fins é a realização de justiça por meios processualmente admissíveis e por forma a assegurar a paz jurídica dos cidadãos.

De nada vale a Constituição se aqueles a quem compete o controlo da sua aplicação o não exerçam com consciência plena da realidade em que se inserem.

... é suposto que os magistrados cumpram escrupulosamente a lei e tenham em atenção que, no direito, à semelhança da ética e da moral, os fins não justificam os meios, ou seja, não vale tudo na investigação criminal. O legislador processual penal, em obediência aos imperativos constitucionais, consagrou expressamente as proibições de prova (art. 126) e cominou com a nulidade as apreensões de documentos abrangidos pelo segredo profissional dos advogados (art. 180º nº 2 do CPP), constituindo, porventura, a manifestação mais expressiva, mas não a única, desta postura do Estado de Direito, perante os direitos fundamentais».

No caso em apreço, não se verificando o fundamento de restrição ao princípio geral de proibição de apreensão de correspondência, previsto no art. 76º nº 4 do EOA, uma vez que o reclamante não é arguido nos autos, nem tendo sido invocada a excepção prevista na parte final do artº 180º nº 2 do CPP, relativamente à proibição de “.. apreensão de documentos abrangidos pelo segredo profissional...”, os dados de correio electrónico copiados do computador do Advogado reclamante, bem como os restantes documentos em suporte de papel não podiam ter sido apreendidos para o processo, não sendo nele admissíveis como prova (art. 126º nº 3 do CPP e 32º nº 8 da CRP), impondo-se, portanto, a sua devolução imediata.

Por todo o exposto, e sem necessidade de proceder à análise dos documentos apreendidos, defere-se a presente reclamação, ordenando-se, em consequência, a restituição ao Advogado reclamante de todos os documentos (em papel e em cópia digital) apreendidos. Sem custas.

Notifique e, após, remeta os autos à 1ª instância.

Fonte: Direito em Dia