

CONTEÚDO E EXTENSÃO DO DIREITO À CONFIDENCIALIDADE DAS COMUNICAÇÕES ENTRE ADVOGADO E CLIENTE À LUZ DO DIREITO COMUNITÁRIO E DO DIREITO NACIONAL (PARTE II)*

*Luís Miguel Romão / Alexandre Miguel Mestre***

ABSTRACT: The confidentiality of lawyers' communications and advice has been at the very heart of a profound discussion, in particular as regards its application in competition law cases. The fact that not all EU Member States seem to have similar rules on the rights, duties and privileges given to lawyers has generated much debate as to what should be protected and who should be the professionals that are to benefit from such protection under EU law. This paper aims to discuss, in two parts, the content and reach of the right to confidentiality of the communications between lawyers and their clients within the existing legal framework of EU and Portuguese Law, in particular as regards its foundations and the treatment that it has deserved from the EU and Portuguese courts.

SUMÁRIO: 1. As evoluções mais recente no âmbito da proteção da confidencialidade na jurisprudência comunitária – os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância e do Tribunal de Justiça no caso Azko Nobel. 1.2. Os ensinamentos a tirar da jurisprudência do TEDH; a confirmação dos princípios definidos pela jurisprudência na ordem jurídica comunitária. 1.3. A proteção da confidencialidade, a “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia” e o “Tratado da União Europeia”. 2. O respeito das relações confidenciais entre

* O presente artigo é a 2ª Parte do artigo dos mesmos autores publicados no n.º 25 da Revista de Concorrência e Regulação, pp. 71-101.

** O presente artigo, incluindo a Parte I do mesmo, teve na sua génese um Parecer Jurídico do Prof. Dr. José Luís da Cruz Vilaça, em cuja elaboração os autores tiveram a honra de participar. O Prof. Dr. José Luís da Cruz Vilaça teve a amabilidade e generosidade de autorizar a respetiva publicação, após diversas atualizações e acrescentos realizados pelos ora autores. Não obstante entenderem que o presente artigo (incluindo a Parte I do mesmo) deveria ser igualmente da autoria do Prof. Dr. José Luís da Cruz Vilaça, assim não entendeu o Ilustre Prof., tendo abnegadamente disponibilizado o seu trabalho para publicação dos presentes autores. Os autores não poderiam, pois, deixar de agradecer ao Prof. Dr. José Luís da Cruz Vilaça a sua generosidade, orientação e disponibilidade para autorizar a publicação do presente artigo (incluindo a Parte I do mesmo), assim como todo o trabalho que o mesmo envolveu. Não obstante, a responsabilidade pelas omissões, deficiências e outras falhas que possam constar do presente artigo (incluído a Parte I do mesmo) são da inteira responsabilidade dos autores, assim como são as opiniões expressas pelos mesmos.

Advogados e Clientes e o seu conteúdo e alcance no Direito Português. 2.1. O segredo profissional dos advogados consagrado no Estatuto da Ordem dos Advogados. 2.2. A situação dos “advogados internos” no direito português. 2.3. As buscas, arrolamentos e apreensão de documentação de advogados. 2.4. O segredo profissional e o direito criminal. 2.5. O segredo profissional e o direito civil. 2.6. Os poderes de investigação da Autoridade da Concorrência e os seus limites. 2.7. Do segredo profissional e confidencialidade nas ações de busca e apreensão nas instalações dos Clientes.

1. AS EVOLUÇÕES MAIS RECENTE NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO DA CONFIDENCIALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA COMUNITÁRIA – OS ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO CASO *AZKO NOBEL*

Entre diversos outros importantes aspetos de procedimentos práticos da Comissão, no decurso de ações de busca e apreensão, os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância (adiante também designado “TPI”, atual Tribunal Geral) e do TJUE nos processos *Azko Nobel*¹ abordaram diversas questões que julgamos interessantes no âmbito do presente estudo.

De facto e desde logo, importa ter presente que um dos conjuntos de documentos apreendidos pela Comissão consistia em *emails* trocados entre o diretor-geral de uma das empresas (Akcro Chemicals) e um advogado inscrito na ordem dos advogados neerlandesa e que, no momento dos factos, era membro do serviço jurídico da Akzo Nobel, onde exercia designadamente o papel de coordenador para o direito da concorrência.

Ora, o TPI começou por relembrar os termos da jurisprudência AM&S e que a exigência da qualidade de advogado independente, no âmbito de aplicação do Regulamento n.º 17/62, “*resulta de uma conceção do papel de advogado, considerado um colaborador da justiça e chamado a prestar, com toda a independência e no interesse superior da mesma, a assistência legal de que o cliente necessita (acórdão AM & S, n.º 24)*.”²

Além disso, acrescentou o TPI, já no acórdão AM&S a equiparação dos advogados internos inscritos nas respetivas ordens profissionais e sujeitos às

1 Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, *Azko Nobel*, processos apensos T-125/03 e T-253/03, ECLI:EU:T:2007:287; e acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, ECLI:EU:C:2010:512.

2 Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, *Azko Nobel*, processos apensos T-125/03 e T-253/03, cit., n.º 166.

suas regras de disciplina e deontologia aos advogados externos teria sido considerada e rejeitada pelo TJ, visto que o Advogado-Geral Sir Gordon Slynn tinha proposto expressamente, nas suas conclusões que precederam esse acórdão, que assim fosse³.

Concluiu, pois, o TPI que o TJUE teria definido o conceito de ‘advogado independente’ não de forma positiva – membro de ordem profissional ou sua sujeição a regras disciplinares e deontológicas profissionais – mas sim de forma negativa – não ligado a cliente através de relação laboral que é, estrutural, hierárquica e funcionalmente, um terceiro relativamente à empresa que beneficia dessa assistência⁴.

Por outro lado, o TPI, confrontado com um pedido subsidiário de ampliação do âmbito da proteção de confidencialidade, considerou que embora tivessem existido evoluções no direito dos Estados-membros desde o acórdão AM&S, quanto ao papel desempenhado pelos advogados internos, *“não é, contudo, possível identificar tendências uniformes ou claramente maioritárias a esse respeito nos direitos dos Estados-Membros.”*⁵

Extraíndo conclusões sobre análise de direito comparado, o TPI identificou as seguintes categorias de Estados-Membros, no que respeita à proteção da confidencialidade de comunicações dos advogados internos nos respetivos territórios:

- Número significativo que excluem os advogados internos da proteção de confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes;
- Em alguns, a questão não parecia ter sido resolvida de forma unívoca ou definitiva;
- Diversos alinham o seu regime pelo sistema comunitário, nos termos do acórdão AM&S;
- Número considerável não permite a inscrição dos advogados internos na ordem profissional respetiva e, como tal, não têm sequer o estatuto de ‘advogados’;

3 Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, *Azko Nobel*, processos apensos T-125/03 e T-253/03, cit., n.º 167.

4 Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, *Azko Nobel*, processos apensos T-125/03 e T-253/03, cit., n.º 168.

5 Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, *Azko Nobel*, processos apensos T-125/03 e T-253/03, cit., n.º 170.

- Mesmo nos que admitem essa inscrição, a mesma e a sua sujeição às regras deontológicas profissionais não implicam sempre que as comunicações com estes sejam protegidas a título da confidencialidade⁶.

Perante o argumento de que a entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003 teria modernizado e feito evoluir o direito da concorrência comunitário (v.g., abolindo o sistema de notificação) e aumentado a necessidade de as empresas examinarem os seus comportamentos e definirem as suas estratégias jurídicas relativamente ao direito da concorrência, o TPI considerou que tal evolução não tinha uma incidência direta sobre a problemática das comunicações confidenciais. Mas mesmo que assim não fosse, acrescentou o TPI, tais tarefas poderiam ser empreendidas por advogados externos, em cooperação com os serviços da empresa. Assim, as comunicações entre aqueles e estes estariam protegidas por confidencialidade, pelo que o âmbito pessoal desta, tal como anteriormente definido no acórdão AM&S, não constituía “*um obstáculo real a que as empresas possam obter o aconselhamento jurídico de que necessitam e não impede os seus juristas de participar nesses exercícios de avaliação e de orientação estratégica*”⁷.

Mais acrescentou o TPI que a modernização do direito da concorrência, ocorrida sobretudo com a entrada em vigor do referido Regulamento n.º 1/2003, não significava necessariamente que os papéis respetivos dos advogados externos e dos internos a esse respeito tivessem mudado substancialmente depois do acórdão AM&S. Nem tão-pouco se poderia admitir, no entendimento do TPI, que “*comunicações puramente internas dentro de uma empresa possam escapar aos poderes de investigação da Comissão*”, visto que “*o direito comunitário da concorrência tem por destinatários as empresas*”⁸.

A alegada infração ao princípio da igualdade de tratamento e os prejuízos para a livre circulação de serviços e liberdade de estabelecimento foram

6 Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, *Azko Nobel*, processos apensos T-125/03 e T-253/03, cit., n.º 171.

7 Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, *Azko Nobel*, processos apensos T-125/03 e T-253/03, cit., n.ºs 172 e 173. O TPI recordou, no entanto e ainda neste contexto, as exceções relativas às “*notas que se limitam a reproduzir o texto ou conteúdo das comunicações com advogados externos que contenham pareceres jurídicos e dos documentos preparatórios elaborados exclusivamente para efeitos se de pedir um parecer jurídico a um advogado externo, no âmbito do exercício dos direitos de defesa*” (n.º 173 *in fine*).

8 Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, *Azko Nobel*, processos apensos T-125/03 e T-253/03, cit., n.º 173.

igualmente afastadas pelo TPI, posto que, quanto aos segundos nada teria ficado provado; e, quanto, ao primeiro, os advogados externos e internos estariam em situações manifestamente diferentes, pelo que o seu tratamento diferenciado não constituía qualquer infração ao referido princípio⁹.

Por fim, o TPI procurou responder ao argumento das recorrentes, do CCBE e da ECLA enquanto intervenientes, segundo o qual o direito comunitário devia conceder proteção da confidencialidade às comunicações do seu advogado interno, na medida em que tal proteção lhe era concedida pela respetiva legislação nacional. Assim, e desde logo, o TPI relembrou os termos do acórdão AM&S, segundo o qual a proteção de confidencialidade constitui uma exceção aos poderes de investigação da Comissão e tem uma influência direta sobre a atuação desta, num domínio tão essencial ao funcionamento do mercado comum como o do respeito das regras da concorrência. Depois que teria sido por esses mesmos motivos que foi desenvolvido o conceito comunitário de confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes. Em conclusão, o TPI sentenciou que *“a tese das recorrentes e das intervenientes está em contradição tanto com o estabelecimento desse conceito comunitário como com a aplicação uniforme dos poderes da Comissão sobre o mercado comum e deve, por isso, ser rejeitada.”*¹⁰

Em conformidade, o TPI rejeitou a argumentação expendida a título principal e a título subsidiário, relativa à ampliação do âmbito de aplicação pessoal da proteção da confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes, para além dos limites estabelecidos pelo Tribunal de Justiça no acórdão AM&S. Decidiu, pois e afinal, não invalidar o entendimento da Comissão de que a correspondência trocada entre o diretor geral da Akros Chemicals e o advogado interno da Akzo Nobel não devia considerar-se protegida ao abrigo da confidencialidade¹¹.

9 Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, *Azko Nobel*, processos apensos T-125/03 e T-253/03, cit., n.º 174. Relativamente ao argumento que as recorrentes pretendiam extrair a partir do acórdão do TPI de 7 de Dezembro de 1999, *Interporç/Comissão*, foi esclarecido que *“o Tribunal de Primeira Instância aplicou a exceção de divulgação fundada na confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes unicamente às trocas entre a Comissão e os seus advogados externos; em contrapartida, as comunicações da Comissão com os membros do seu serviço jurídico não foram divulgadas com base na exceção relativa à proteção do trabalho interno da Comissão (acórdão de 7 de Dezembro de 1999, Interporç/Comissão, já referido, n.º 41)”* (n.º 175).

10 Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, *Azko Nobel*, processos apensos T-125/03 e T-253/03, cit., n.º 176.

11 Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, *Azko Nobel*, processos apensos T-125/03 e T-253/03, cit., n.ºs 177 a 180.

Tendo sido o acórdão do TPI objeto de recurso para o TJUE justamente a respeito das referidas considerações, o TJUE, depois de recordar os termos do seu acórdão AM&S¹², aproveitou, em primeiro lugar e com particular interesse para a situação portuguesa, abordar de forma mais aprofundada a questão da inscrição do advogado holandês na respetiva Ordem nacional e os deveres deontológicos decorrentes da mesma. A este respeito, referiu que,

“apesar de ser verdade que as regras de direito neerlandês relativas à organização profissional, evocadas pela Azko e pela Akros, são suscetíveis de reforçar a posição do assessor jurídico na empresa, não é menos certo que as mesmas não são aptas a assegurar uma independência comparável à de um advogado externo.

Com efeito, apesar do regime profissional aplicável no caso em apreço com base nas disposições particulares do direito neerlandês¹³, o assessor jurídico não pode, sejam quais forem as garantias de que dispõe no exercício da sua profissão, ser equiparado a um advogado externo devido à situação de assalariado em que se encontra, a qual, pela sua própria natureza, não permite ao assessor jurídico afastar-se das estratégias comerciais prosseguidas pelo seu empregador e, assim, coloca em questão a sua capacidade de agir com independência profissional.

Importa acrescentar que, no âmbito do seu contrato de trabalho, o assessor jurídico pode ser chamado a exercer outras tarefas, concretamente, como no caso em apreço, a de coordenador para o direito da concorrência, que podem ter influência sobre a política comercial da empresa. Ora, tais funções apenas reforçam os laços estreitos entre o advogado e o seu empregador. Daqui resulta que, tanto devido à dependência económica do assessor jurídico como aos laços estreitos com o seu empregador, o assessor jurídico não goza de uma independência profissional comparável à de um advogado externo.”¹⁴

12 Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, cit., n.ºs 40 a 45.

13 De salientar que a interveniente no processo perante o TPI ordem dos advogados neerlandesa tinha referido que “em 1996, foi adotado nos Países Baixos um regulamento que autoriza expressamente que os advogados sejam empregados. A independência dos advogados empregados é garantida pela celebração de um acordo sobre as condições de emprego com os seus empregadores, conjugado com as regras disciplinares e deontológicas resultantes da sua inscrição na ordem dos advogados neerlandesa. Este acordo sobre as condições de emprego inclui um determinado número de obrigações estritas, que são suscetíveis de reforçar a independência do advogado face ao seu empregador. Além disso, esse acordo obriga o empregador a permitir ao advogado empregado que cumpra as regras disciplinares e deontológicas que enquadram o exercício da sua profissão. A ordem dos advogados neerlandesa conclui deste facto que os princípios que estão na base do acórdão AM&S exigem a proteção da confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes” – cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, *Azko Nobel*, processos apensos T-125/03 e T-253/03, cit., n.º 149.

14 Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, cit., n.ºs 46 a 49.

Confrontado igualmente com o argumento de violação do princípio da igualdade de tratamento entre advogados internos e externos, o TJUE acrescentou que, *“apesar da sua eventual inscrição na Ordem dos Advogados e da sujeição a um determinado número de regras profissionais, um advogado assalariado não goza do mesmo grau de independência em relação ao seu empregador que um advogado que exerce a sua atividade num gabinete externo em relação ao seu cliente.”*¹⁵

Mais referiu que *“esta diferença de independência não desaparece pelo simples facto de o legislador nacional, no caso vertente o legislador neerlandês, tentar equiparar os advogados externos e os assessores jurídicos. Com efeito, essa equiparação refere-se apenas ao ato formal de autorização concedida a um jurista de empresa para exercer a profissão de advogado e aos deveres profissionais que derivam dessa inscrição na Ordem dos Advogados. Em contrapartida, este quadro jurídico não tem nenhuma incidência na dependência económica e na identificação pessoal do advogado que se encontra numa relação de emprego com a sua empresa.”*¹⁶

Em conformidade, considerou que os advogados internos e externos se encontram em posições substancialmente diferentes e que, portanto, as suas respetivas situações não são comparáveis.

A Akzo e a Akcros alegaram ainda que, atendendo aos importantes desenvolvimentos «no panorama jurídico» desde o ano de 1982, o Tribunal de Primeira Instância devia ter procedido a uma «reinterpretação» do acórdão AM&S, no que diz respeito ao princípio da confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes. Para este efeito, pretendiam basear-se, por um lado, na evolução dos sistemas jurídicos nacionais e, por outro lado, na da própria ordem jurídica da União.

Contudo, o TJUE começou por lembrar que o TPI tinha procedido a uma análise de direito comparado, da qual teria resultado ainda existir um número significativo de Estados-Membros que, (i) excluem os juristas de empresa da proteção da confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes, e (ii) não permite que os juristas de empresa se inscrevam na Ordem dos Advogados e, conseqüentemente, não lhes atribuem o estatuto de advogado.

Em conformidade, o TJUE acabou por considerar que não poderia ser *“detetada nenhuma tendência geral, nas ordens jurídicas dos Estados-Membros”* de equiparação entre assessores jurídicos internos e advogados externos e que, portanto, *“a situação jurídica nos Estados-Membros da União não evoluiu durante*

15 Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, cit., n.º 56.

16 Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, cit., n.º 57.

*os anos que passaram desde a prolação do acórdão AM&S Europe/Comissão, já referido, numa medida que permita reconhecer uma evolução da jurisprudência no sentido de um reconhecimento do benefício da proteção da confidencialidade aos assessores jurídicos*¹⁷.

De igual forma, o Tribunal considerou que o Regulamento n.º 1/2003, “*não se destina a impor uma equiparação entre os assessores jurídicos e os advogados externos no que diz respeito à confidencialidade das comunicações com os seus clientes, mas visa reforçar o alcance dos poderes de inspeção da Comissão, nomeadamente no que diz respeito aos documentos suscetíveis de ser objeto dessas medidas*”¹⁸. Assim, decidiu que a alteração das regras processuais em matéria de direito da concorrência, resultante, nomeadamente, do Regulamento n.º 1/2003, também não poderia justificar uma alteração dos termos estabelecidos no acórdão AM&S.

A argumentação expendida pelas recorrentes relativamente à diminuição do nível de proteção dos direitos de defesa¹⁹ também não foi atendida pelo Tribunal de Justiça. De facto, o Tribunal, embora reconhecendo que o respeito pelos direitos de defesa constitui um princípio fundamental do direito da União, reafirmou o princípio de que um assessor jurídico não é um terceiro independente mas um funcionário, e que nem sempre estes têm a possibilidade de representar o seu empregador perante os órgãos jurisdicionais nacionais²⁰.

O Tribunal concluiu, pois, que “*qualquer sujeito de direito que procura os serviços de um advogado deve aceitar as restrições e condições a que está subordinado o exercício desta profissão. As modalidades de proteção da confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes fazem parte destas restrições e condições.*”²¹

A Akzo e a Akcros consideravam ainda que as apreciações do TPI conduziriam igualmente a uma violação do princípio da segurança jurídica, dado

17 Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, cit., n.ºs 73 a 76.

18 Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, cit., n.º 86.

19 As recorrentes alegavam um menor interesse e utilidade no recurso aos, caso os mesmos não puderem beneficiar da proteção da confidencialidade das comunicações. Segundo o Tribunal, esta argumentação teria subjacente a possibilidade de escolher livremente o consultor jurídico para fins de aconselhamento, defesa e representação. A proteção da confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes faria parte desses direitos, independentemente do estatuto profissional do advogado em questão – cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, cit., n.ºs 90 e 93.

20 Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, cit., n.ºs 92 a 95.

21 Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, cit., n.º 96.

que o artigo 101.º do TFUE é muitas vezes aplicado paralelamente às correspondentes disposições de direito interno. Na sua perspetiva, a proteção das comunicações com os assessores jurídicos não poderia depender da circunstância de a investigação ser realizada pela Comissão ou por outra autoridade nacional da concorrência.

Contudo, segundo o Tribunal, o princípio da segurança jurídica não obriga a recorrer, para os procedimentos da Comissão e das autoridades de concorrência nacionais, a critérios idênticos no que diz respeito à confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes. De facto, e de acordo com o Tribunal, os poderes da Comissão são diferentes da extensão das investigações que podem ser realizadas a nível nacional, baseando-se os dois tipos de procedimento numa repartição das competências entre as diferentes autoridades da concorrência. Assim, *“as regras relativas à proteção da confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes podem, portanto, variar em função desta repartição de competências e das regulamentações correspondentes”*, pelo que o facto de a proteção das comunicações se limitar aos contactos com advogados externos não violaria o princípio invocado pela Akzo e pela Akcros.

Por fim, a Akzo e a Akcros alegavam que as apreciações do TPI infringiriam, no seu conjunto, o princípio da autonomia processual nacional, por referência ao artigo 22.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, e o princípio das competências de atribuição dos Estados-Membros, os quais entendiam que, na ausência de uma definição harmonizada do princípio da confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente, manteriam o poder de determinar este aspeto específico da proteção dos direitos de defesa.

Começando por relembrar estar a pronunciar-se sobre uma decisão de uma instituição da União e com base em legislação da União, o Tribunal lembrou a necessidade de igualdade de tratamento, o que significa que a interpretação e aplicação uniformes do direito da União não podem depender do lugar da investigação e de eventuais particularidades dos regimes nacionais²².

No que diz respeito ao princípio das competências de atribuição, o Tribunal começou por recordar as disposições legais dos Regulamentos e dos Tratados que atribuem competência à União para a adoção de regras processuais em matéria de concorrência, e à Comissão para velar pela aplicação dos princípios

²² Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, cit., n.ºs 114 e 115.

enunciados nos artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE e instruir os casos de presumível infração aos mesmos²³.

De seguida, particularizou referindo que, no caso de diligências de instrução realizadas pela Comissão, “o direito nacional apenas é aplicado na medida em que as autoridades dos Estados-Membros lhe prestem a sua assistência, nomeadamente quando esteja em causa vencer a resistência das empresas em questão através de coação direta, em conformidade com o artigo 14.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17 e o artigo 20.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003. Em contrapartida, o direito da União é o único aplicável para determinar quais as peças e os documentos que a Comissão pode analisar e copiar no âmbito das buscas por si realizadas em matéria de cartéis”²⁴.

Por conseguinte, concluiu o Tribunal, “nem o princípio da autonomia processual nacional nem o princípio das competências de atribuição podem ser invocados contra os poderes de que a Comissão é titular neste domínio”²⁵. Em conformidade, não acolheu este último fundamento e considerou o recurso da Akzo Nobel e da Akros Chemicals totalmente improcedente, tendo negado provimento ao mesmo.

1.1. Os ensinamentos a tirar da jurisprudência do TEDH; a confirmação dos princípios definidos pela jurisprudência na ordem jurídica comunitária

Uma referência à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de Novembro de 1950 (adiante “CEDH” ou “Convenção”) e à jurisprudência a ela relativa²⁶, contribuirá, a nosso ver, para reforçar o entendimento de que as exigências decorrentes do direito de defesa enquanto direito fundamental devem ser interpretadas da forma mais ampla possível.

Como é sabido, desde cedo²⁷ o TJUE reconheceu que os direitos fundamentais fazem parte integrante dos princípios gerais do direito comunitário e devem, como tal, ser protegidos na ordem jurídica comunitária.

23 Essencialmente o artigo 14.º do Regulamento n.º 17 e o artigo 20.º do Regulamento 1/2003, bem como os artigos 3.º, n.º 1, alínea b), 103.º e 105.º do TFUE – cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, cit., n.ºs 116 a 118.

24 Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, cit., n.º 119.

25 Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, cit., n.º 120.

26 Quer dos tribunais comunitários, quer do TEDH.

27 Ao menos desde o acórdão *Stauder*, de 12.11.1969, 29/69, Rec. p, 419, n.º 7. Cfr. tb. o acórdão de 17.12.1970, *Internationale Handesgesellschaft*, cit., n.º 4. Sobre a jurisprudência “direitos fundamentais” do Tribunal de Justiça e a sua evolução, vide Cruz Vilaça, 2001.

Para chegar a essa conclusão, o TJUE baseou-se quer nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros²⁸, quer nas orientações fornecidas pelos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em cuja elaboração os Estados-Membros colaboraram ou que assinaram²⁹.

Nesse contexto, o TJUE referiu-se, em várias ocasiões, quer ao artigo 6.^º³⁰ quer ao artigo 8.^º³¹ da Convenção e ao entendimento que deles tem dado o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (adiante “TEDH”)³².

Quanto ao artigo 6.^º da Convenção (“direito a um processo equitativo”)³³, o TEDH entendeu, nomeadamente, que o direito do acusado de comunicar com o seu advogado sem ser escutado figura entre as exigências elementares de um processo equitativo numa sociedade democrática: se um advogado não pudesse comunicar com o seu cliente sem quaisquer limitações e receber instruções confidenciais, o patrocínio perderia grande parte da sua utilidade, quando o objetivo da Convenção consiste em proteger os direitos concretos e efetivos³⁴.

No que toca ao artigo 8.^º (“direito ao respeito da vida privada”, e em particular da correspondência), o TEDH deixou claro que a ingerência na

28 Cfr. os citados acórdãos *Stauder e Internationale Handesgesellschaft*.

29 Ver acórdão *Nold*, cit., n.º 13.

30 Acórdãos de 5.3.1980, *Pecastaing*, 9879, Rec. p. 691, e de 17.12.1998, *Baustahlgewebe*, C-185/95 P, Colect. p. I-8417, 8485.

31 Acórdão de 28.10.1975, *Rutili*, 36/75, Rec. p. 1219.

32 Julgamos que o artigo 10.^º, referente à “Liberdade de expressão”, também pode assumir relevância no quadro do tema em análise. Segundo o n.º 1, qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão, compreendendo este direito “[...] a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras”. Por seu turno, o n.º 2 dispõe o seguinte: “O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial” (sublinhado nosso).

33 Nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 6.^º, um dos direitos que, “no mínimo”, assiste ao “acusado” é o de “[d]efender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem”. Ora o direito de o acusado ter um advogado necessariamente implica o direito de comunicar com este, logo também de lhe fornecer informação, favorável ou desfavorável às suas pretensões, por essa razão relevando desde logo a questão da confidencialidade das informações fornecidas. E embora o preceito seja pensado para “o acesso ao tribunal”, essa confidencialidade deve, como veremos, começar logo em todas as comunicações prévias à litigância.

34 Acórdão de 28.11.1991, *S/Suíça*, A 220, p. 15, § 48.

correspondência³⁵ dos arguidos com os advogados constitui, em princípio, um atentado ao disposto no n.º 1 desse artigo³⁶ e que, por conseguinte, o controlo da correspondência não se estende à que eles mantenham com os seus advogados³⁷.

Temos, pois, a jurisprudência do TEDH a ancorar o *legal privilege* nos direitos de defesa do cliente, na premissa de que a confidencialidade ou o segredo das comunicações entre advogado e cliente é um necessário corolário do direito a aconselhamento e defesa.

No fundo, na relação entre advogado e cliente, a privacidade não é um fim em si mesmo, mas sim algo de instrumental para um adequado exercício dos direitos de defesa do cliente, sendo preservada para que se possa preservar outro valor.

Poderá argumentar-se, contra a relevância da jurisprudência acabada de citar, que esta foi desenvolvida no quadro de processos de carácter penal, nos quais o respeito dos direitos de defesa se torna mais premente.

A este respeito, é nosso entendimento que a orientação dela decorrente não pode deixar de transpor-se para o âmbito dos procedimentos por infração em matéria de normas da concorrência, e isso por duas razões principais.

Em primeiro lugar, porque a proteção das comunicações entre os arguidos (designadamente os detidos) e os seus advogados decorre, na referida jurisprudência, da proteção que é devida aos direitos fundamentais consagrados nos artigos 6.º e 8.º da CEDH. Trata-se, portanto, de uma exigência de direitos fundamentais que, como resulta da jurisprudência do TEDH³⁸ (e do TJCE³⁹), devem ser objeto de uma interpretação ampla.

35 Segundo a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, o artigo 8.º protege a correspondência no sentido mais amplo do termo (Decisão de 27.6.1994, Queixa n.º 21 482/23, *Déc. Rap.*, 78-A, p. 119).

36 Apenas justificável nas condições excecionais e, portanto, de interpretação restritiva, do n.º 2 do mesmo preceito.

37 Acórdãos *Golder*, A 18, p. 57, § 45, *Silver*, A 61, p. 38, § 99, *Schonenberg e Durmaz*, de 20.6.1998, A 137, p. 34, § 25, e *Campbell*, de 25.3.1992, A 233, p. 21, § 53.

38 Cfr., no âmbito do artigo 6.º da Convenção, o acórdão *Delcourt*, de 17.1.1970, A n.º 11, pp. 14-15, § 25: “*Numa sociedade democrática, na aceção da Convenção, o direito a uma boa administração da justiça ocupa um lugar tão eminente que uma interpretação restritiva do artigo 6.º, n.º 1, não corresponderia ao objectivo e ao conteúdo desta disposição*”. Cfr., no mesmo sentido, Jacot-Guillarmod, 1995.

39 São inúmeros os exemplos de acórdãos do Tribunal de Justiça que consagram ou traduzem o método de interpretação segundo o qual deve ser assegurado um entendimento amplo às disposições do Tratado relativas às liberdades fundamentais e aos princípios gerais da ordem jurídica comunitária (entre os quais os direitos fundamentais) e um alcance restritivo às exceções ou derrogações a essas regras e princípios. Cfr., para uma referência geral, AAVV, 1993: 21-22.

Pelo contrário, são as exceções ou derrogações aos direitos consagrados pela Convenção que devem ser interpretadas restritivamente⁴⁰. Ou, como decidi inequivocamente o TJCE⁴¹, se é certo que a garantia dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária permite a aplicação de certos limites justificados pelos objetivos de interesse geral prosseguidos pela Comunidade, tal não pode pôr em causa a substância desses direitos.

Em segundo lugar, refira-se um motivo de maioria de razão. Com efeito, nos casos analisados na referida jurisprudência, as exigências dos direitos fundamentais foram postas em balanço com o interesse público da prevenção ou repressão de infrações de carácter penal, porventura de elevado grau de gravidade e de censurabilidade ético-jurídica, e, não obstante, aquelas exigências prevaleceram.

Ora, no domínio que agora analisamos, o interesse suscetível de se contrapor, para o limitar, aos direitos fundamentais de defesa e de respeito da correspondência (em sentido amplo) entre arguido e advogado, é o da mera repressão de alegadas infrações de carácter contraordenacional e, portanto, menos suscetíveis de justificar limitações àquele direito fundamental.

Em todo o caso, o TEDH deixou já claro que a noção de “acusação em matéria penal”, que constitui um dos critérios delimitadores do âmbito de aplicação do artigo 6.º da Convenção, apresenta um carácter autónomo, não dependente das qualificações internas de cada ordem jurídica⁴², abrangendo infrações qualificadas internamente como administrativas ou disciplinares⁴³ e mesmo coimas aplicadas em processos de violação de normas da concorrência⁴⁴.

40 Neste sentido, e no âmbito do artigo 8.º, n.º 2, o acórdão *Klass*, de 6.9.1978, A n.º 28, p. 21, § 42, e, noutro âmbito (do artigo 10.º, n.º 2), o acórdão *Barthold*, de 25.3.1985, A n.º 90, p. 21, § 43. Cfr. igualmente Jacot-Guillarmod, 1995.

41 Acórdão *Nold*, cit., considerando 14.

42 Acórdão *Bendenoun*, de 24.2.1994, A 284, p. 20, § 47.

43 Acórdãos *Engel e.o.*, A 22, pp. 33-35, §§ 80-82; *Le Compte, van Leuven e De Meyère*, A 43, p. 19, § 42, *Albert e Le Compte*, A 58, p. 14, § 25; de 23.10.1995, *Schmautzer*, A 328-A, p. 13, § 28, *Umlauf*, A 328-B, p. 37, § 31, *Gradinger*, A 328-C, p. 61, § 36, *Pramstaller*, A 329-A, p. 15, § 32; de 24.9.1997, *Garyfallou Aebe*, R 97-V, n.º 49, p. 1830, §§ 32, 33; de 2.9.1998, *Lauko*, R 98, § 55, e *Kadubec*, R 98, § 50.

44 Cfr., neste sentido, o acórdão *Stenuit*, (1992) 14 EHRR, 509, em que a aplicação de uma coima de 50 000FF pelo Ministro das Finanças e da Economia Francês, a que se seguiu uma decisão da Comissão de Concorrência francesa, foi considerada como constitutiva de uma “acusação em matéria penal” essencialmente por força da potencial gravidade das sanções (5% do volume de negócios anual de uma empresa e 5 milhões FF para outras contravenções).

Nem se argumente, além disso, que a proteção destes direitos, tal como assegurada pela Convenção, se limita às pessoas individuais, não se estendendo às empresas.

Com efeito, é jurisprudência inequívoca dos órgãos de Estrasburgo que todas as pessoas, incluindo as pessoas coletivas, sob a jurisdição de um Estado Contratante, beneficiam da proteção da Convenção. Formulada em termos gerais⁴⁵, essa jurisprudência foi expressamente confirmada no que diz respeito ao artigo 6.^º⁴⁶.

Além disso, quanto ao artigo 8.^º da Convenção, o TEDH esclareceu, por um lado, no acórdão *Campbell*⁴⁷, que toda e qualquer correspondência entre um advogado e um detido, qualquer que seja a sua finalidade, está coberta pela confidencialidade⁴⁸; e, por outro lado, no acórdão *Niemetz*⁴⁹, que a correspondência com o advogado não está excluída da proteção conferida pelo artigo 8.^º, n.^º 1, pelo facto de ter uma natureza profissional ou de se encontrar em instalações dessa natureza.

Por sua vez, o TJCE consagrou, ele também, no que diz respeito às exigências e ao âmbito de aplicação do artigo 6.^º da CEDH, uma orientação em tudo consentânea com a jurisprudência do TEDH.

É assim que no acórdão *Baustablgeewe*⁵⁰ se declarou que:

“O princípio geral de direito comunitário nos termos do qual qualquer pessoa tem direito a um julgamento equitativo [...] é aplicável no âmbito de um recurso judicial de uma decisão que aplica a uma empresa coimas por violação do direito da concorrência”.

Não nos restam, pois, dúvidas de que as exigências de respeito dos direitos de defesa que se exprimem na confidencialidade das comunicações entre

45 Na Decisão de 11.1.1961, Queixa n.º 788/60, *Ann. Conv.*, vol. IV, p. 139, e *Recueil des Travaux Préparatoires*, vol. II, p. 484.

46 Cfr. Decisão de 17.12.1968, Queixa n.º 3798/68, *Rec.* n.º 29, p. 70.

47 De 25.3.1992, A 233.

48 É particularmente de sublinhar que, neste acórdão, o Tribunal descartou a argumentação do governo demandado, que lhe propunha que distinguísse, em função do seu objeto, entre correspondência geral, correspondência relativa a uma ação a intentar e correspondência relativa a um processo pendente. O TEDH opôs-lhe um regime único de proteção, ao qual não é estranha a influência do artigo 6.^º da Convenção (cfr., a este propósito, Coussirat-Coustère, 1995).

49 *Niemetz c. Alemanha*, de 16.12.1992, *Rec.* 16, p. 97.

50 Citado, n.º 20.

advogado e empresa devem ser observadas com o mais largo alcance possível e interpretadas de forma ampla, abrangendo, nomeadamente, novas situações como o patrocínio conjunto ou *joint legal defense privilege* ou as comunicações entre as empresas e os seus advogados internos.

1.2. A proteção da confidencialidade, a “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia” e o “Tratado da União Europeia”

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁵¹ (adiante designada “Carta Europeia”) proclama solenemente, no n.º 2 do seu artigo 48.º, que,

“é garantido a todo o arguido o respeito dos direitos de defesa”.

As disposições da Carta Europeia “têm por destinatários”, nos termos do n.º 1 do seu artigo 51.º,

“[a]s instituições e órgãos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respetivas competências (...)”.

E embora a Carta não fosse inicialmente juridicamente vinculativa, os tribunais comunitários fizeram, desde logo, apelo às suas disposições⁵², tendo posteriormente o Tratado da União Europeia (adiante designado “TUE”) reconhecido-a formalmente com o mesmo valor jurídico que os Tratados (cfr. artigo 6.º, n.º 1, do TUE).

Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela Carta deve, de acordo com o n.º 1 do artigo 52.º da Carta Europeia, estar legalmente prevista e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades, só podendo ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros.

51 Nos termos do artigo 6.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia, “A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados”.

52 Cfr., por exemplo, e em matéria de aplicação do direito da concorrência, o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Julho de 2004 nos processos apensos T-67/00, T-68/00, T-71/00 e T-78/00, *JFE Engineering Corp.*, ECLI:EU:T:2004:221, n.º 178.

O artigo 41.º da Carta Europeia estabelece também, para todas as pessoas, um direito a uma boa administração por parte das instituições da União, direito este que compreende, entre outros aspetos, o,

“direito de qualquer pessoa ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial” [cfr. alínea b) do n.º 2 do referido artigo].

Por outro lado, o TUE prevê expressamente a adesão da União à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, passando os direitos fundamentais garantidos nesta e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, a fazer parte expressamente do direito da União (cfr. n.ºs 2 e 3 do artigo 6.º do TUE).

A este respeito, dispõe o n.º 3 do artigo 52.º da Carta Europeia que, na medida em que a Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos serão iguais aos conferidos pela referida Convenção, podendo, não obstante, o direito da União conferir uma proteção mais ampla.

De forma idêntica, o n.º 4 do mesmo artigo refere que,

“na medida em que a Carta reconheça direitos fundamentais decorrentes das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, tais direitos devem ser interpretados de harmonia com essas tradições”.

É assim que o artigo 53.º da Carta Europeia refere que,

“nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respetivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União e as Convenções internacionais em que são Partes a União ou todos os Estados-membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros”.

Pode, pois, concluir-se que, ao reconhecer-se formalmente a Carta Europeia, equiparando-a aos Tratados, e ao prever-se a adesão formal da União à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, se consagrou um reforço

genérico dos direitos de defesa e, em particular, do direito à confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes, atentos os princípios *supra* referidos constantes da Carta e da Convenção, tal como interpretados pelo competente Tribunal.

2. O RESPEITO DAS RELAÇÕES CONFIDENCIAIS ENTRE ADVOGADOS E CLIENTES E O SEU CONTEÚDO E ALCANCE NO DIREITO PORTUGUÊS

2.1. O segredo profissional dos advogados consagrado no Estatuto da Ordem dos Advogados

Ao analisarmos a questão do respeito das relações confidenciais entre advogados e clientes e o seu conteúdo e alcance no âmbito do ordenamento jurídico português, devemos, em primeiro lugar, verificar como esta problemática é abordada na Constituição da República Portuguesa (adiante “CRP”) e no Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de Setembro (adiante “EOA”).

A CRP estabelece, no n.º 2 do seu artigo 20.º, que,

“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”.

A CRP estabelece ainda, no seu artigo 208.º que,

“a lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça”.

O dever de guardar segredo profissional encontra-se regulado, em especial, no n.º 1 do artigo 92.º do EOA que regula a matéria do segredo profissional dos advogados. Aí se estatui que o advogado se encontra obrigado a 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 factos:

- Referentes a assuntos profissionais conhecidos exclusivamente por revelação do cliente ou por ordem deste;

- De que tenha tido conhecimento em virtude de cargo desempenhado na Ordem dos Advogados (adiante “OA”);
- Referentes a assuntos profissionais comunicados por colega com que esteja associado ou ao qual preste colaboração;
- Comunicados por coautor, corréu ou cointeressado do seu cliente ou pelo respetivo representante;
- De que a parte contrária do cliente ou respetivos representantes lhe tenham dado conhecimento durante negociações para acordo que vise pôr termo ao diferendo ou litígio;
- De que tenha tido conhecimento no âmbito de quaisquer negociações malogradas, orais ou escritas, em que tenha intervindo.

A obrigação de segredo 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 direta ou indiretamente tenham qualquer intervenção no serviço (cfr. n.º 2 do referido artigo 92.º do EOA).

O segredo profissional abrange ainda documentos ou outras coisas que se relacionem, direta ou indiretamente, com os factos sujeitos a sigilo (cfr. n.º 3 do referido artigo 92.º do EOA).

Cessa a obrigação de segredo profissional em tudo quanto 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 da OA, com recurso para o Bastonário da OA, podendo, não obstante, o advogado manter o segredo profissional (cfr. n.ºs 4 e 6 do referido artigo 92.º do EOA).

Uma vez que se trata de uma questão delicada e controvertida, o advogado deve, em caso de dúvida, consultar sempre a OA, mesmo que o interessado o desvincule, pois o segredo profissional é de natureza social e deontológica e não contratual.

Não podem fazer prova em juízo as declarações feitas pelo advogado com violação de segredo profissional (n.º 5 do referido artigo 92.º do EOA).

2.2. A situação dos “advogados internos” no direito português

Estatutariamente, é admitido que o advogado exerça a sua profissão em regime de subordinação. É o artigo 73.º do EOA, sob a epígrafe “*Exercício da atividade*

em regime de subordinação”, que expressamente consagra e rege tal possibilidade e que determina a exclusiva competência da Ordem para “a apreciação da conformidade com os princípios deontológicos” de qualquer relação laboral “por via da qual o seu exercício profissional se encontre sujeito a subordinação jurídica” (n.º 1).

Os n.ºs 2 e 3 do referido preceito legal determinam mesmo a nulidade de quaisquer cláusulas de contrato de trabalho celebrado com e por Advogado e de quaisquer orientações ou instruções da entidade empregadora que restrinjam a isenção e independência daquele ou que, de algum modo, violem os princípios deontológicos da profissão. E os n.ºs 4 a 6 preveem mesmo a possibilidade do Conselho Geral da OA aferir da legalidade dos contratos celebrados ou, no caso de entidades empregadoras de direito privado, qualquer das partes contraentes solicitarem parecer àquele sobre a validade do respetivo clausulado ou de atos praticados na execução do mesmo, o qual terá caráter vinculativo.

Aliás, este artigo 73.º do EOA deve ser lido e interpretado conjuntamente com o artigo 89.º do mesmo Estatuto (e, bem assim e quando relevante, com o artigo 82.º), no qual se consagra um dos valores mais importantes da advocacia, a independência do seu exercício.

E por isso refere António Arnaut que “*mais do que impor ao advogado de empresa o respeito pelos princípios deontológicos da profissão, esta norma protege-o de ordens ilegítimas da entidade patronal. A independência é uma característica essencial da advocacia, encontrando-se reconhecida em várias disposições do presente Estatuto e, em especial, no [atual] art. [73.º], n.ºs 1 e 4, que reforça a isenção e independência da actividade em regime de subordinação jurídica. Os «princípios deontológicos» de que fala o artigo vêm referidos nos artigos [88.º] e ss.*”⁵³.

O exercício da profissão é, aliás, inconciliável com qualquer cargo, função ou atividade que possam afetar tais valores e devendo o Advogado respeitá-los, conjuntamente com todas as demais regras deontológicas previstas no EOA, “qualquer [que seja a] forma de provimento ou contrato, seja de natureza pública ou privada, designadamente o contrato de trabalho, ao abrigo do qual o advogado venha a exercer a sua atividade” (cfr. o n.º 3 do artigo 81.º, bem como e em especial os respetivos n.ºs 1, 2, 4 e 5 e ainda o artigo 89.º do EOA).

Decorre, pois, do referido artigo que os “advogados internos” com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados encontram-se sujeitos a todas as regras previstas no EOA, designadamente as regras respeitantes às garantias do exercício da advocacia, nas quais se incluem as normas relativas ao segredo profissional.

53 Vide anotação n.º 1 ao artigo 68.º (atual artigo 73.º) in AAVV, 2006: 74, negro e sublinhados nossos.

2.3. As buscas, arrolamentos e apreensão de documentação de advogados

Importa, a este respeito, começar por considerar o disposto no artigo 75.º do EOA, no n.º 3 do artigo 177.º e o artigo 180.º do Código de Processo Penal (adiante “CPP”).

Com efeito, diligências relativas a imposições de selos, arrolamentos e buscas em escritórios de advogados deverão obrigatoriamente ser decretadas e presididas pelo juiz competente, devendo o advogado sujeito a tais medidas ser convocado para assistir à diligência, bem como o presidente do conselho distrital da OA respetivo, que poderá delegar em outro advogado. Perante a falta de comparência do advogado representante da OA ou havendo urgência incompatível com tais trâmites, o juiz pode nomear qualquer advogado que possa comparecer imediatamente, de preferência de entre os que hajam feito parte dos órgãos da OA ou, quando não for possível, o que for indicado pelo advogado a quem o escritório pertencer. A tais diligências poderão, igualmente, assistir os familiares ou empregados do advogado.

Os artigos 76.º do EOA e 179.º e 180.º do CPP assumem especial relevância para o objeto do presente estudo. Com efeito, os referidos artigos proibem a apreensão de correspondência respeitante ao exercício da profissão, seja qual for o suporte utilizado, em especial, a trocada entre o advogado e o seu cliente⁵⁴.

A noção de “cliente” é, a este propósito, bastante lata, uma vez que a proibição de apreensão de correspondência “*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*” (cfr. n.º 2 do artigo 76.º do EOA). A noção de “correspondência”, por sua vez, inclui também “*as instruções e informações escritas sobre o assunto da nomeação ou mandato ou do parecer solicitado*” (cfr. n.º 3 do artigo 76.º do EOA).

A este respeito, entende-se que o disposto no artigo 76.º do EOA, que tem, aliás, como epígrafe “apreensão de documentos” (sublinhado nosso), abrange “*toda e qualquer correspondência profissional, quer ela se encontre no escritório do advogado, quer em qualquer outro lugar, incluindo em poder de terceiro*”, uma vez que este preceito “*visa assegurar o segredo profissional consagrado no artigo [92.º]*”⁵⁵.

54 De referir que, no quadro dos direitos, liberdades e garantias pessoais consagrados na CRP, o n.º 1 do seu artigo 34.º estabelece um princípio da inviolabilidade da correspondência e dos outros meios de comunicação privada. É, pois, consagrada uma “*proibição de toda a ingerência das autoridades publicadas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal*”.

55 Cfr. anotação n.º 1 ao artigo 71.º do EOA (atual artigo 76.º) in Arnaut, 2005: 70, negro nosso.

Neste contexto, apenas se excetua o caso em que a correspondência respeite a facto criminoso relativamente ao qual o advogado tenha sido constituído arguido, conforme disposto no n.º 4 do artigo 76.º do EOA, e os casos em que o juiz tenha razões para crer que a correspondência constitui objeto ou elemento de um crime, nos termos dos n.ºs 2 dos artigos 179.º e 180.º do CPP.

Por outro lado, no decurso de diligências que impliquem, designadamente, buscas, arrolamentos, imposições de selos em escritórios de advogados ou a apreensão de documentos que respeitem ao exercício da profissão, podem os advogados interessados apresentar reclamações, nos termos do n.º 1 do artigo 77.º do EOA. Se tais reclamações forem feitas para preservação do segredo profissional, o EOA consagra um mecanismo semelhante ao previsto pela prática da Comissão Europeia e legitimado pela jurisprudência dos tribunais comunitários. Com efeito, se tal ocorrer, prevê o n.º 2 do artigo 77.º do EOA que,

“o juiz deve logo sobrestar na diligência relativamente aos documentos ou objetos que forem postos em causa, fazendo-os acondicionar, sem os ler ou examinar, em volume selado no mesmo momento”.

Em tal caso, as reclamações deverão ser, nos termos dos n.ºs 3 e 4 do mesmo artigo, fundamentadas no prazo de 5 dias, devendo o juiz remetê-las com o volume selado e o seu parecer para o Presidente da Relação, o qual,

“pode, com reserva de segredo, proceder à desselagem do mesmo volume, devolvendo-o novamente selado com a sua decisão”.

Por último, ainda ligado à questão do segredo profissional, salientamos o artigo 93.º do EOA, que regula a discussão pública de questões profissionais. Nele se dispõe que o advogado não deve discutir em público ou nos meios de comunicação social questões pendentes ou a instaurar nem contribuir para tal discussão. Excetua-se apenas os casos de urgência e circunstanciais, em que os comentários se justifiquem, o exercício legítimo do direito de resposta ou de protesto e as situações em que exista uma autorização prévia do conselho distrital competente.

2.4. O segredo profissional e o direito criminal

No âmbito do procedimento criminal, esta matéria encontra-se regida pelo artigo 135.º do CPP, que prevê, no seu n.º 1, a possibilidade de o advogado se escusar a depor sobre os factos abrangidos pelo segredo profissional.

Havendo, porém, dúvidas fundadas sobre a legitimidade da escusa, a autoridade judiciária perante a qual o incidente se tiver suscitado procede às averiguações necessárias, conforme disposto no n.º 2 do referido artigo 135.º do CPP. Se, após estas, concluir pela ilegitimidade da escusa, ordena, ou requer ao tribunal que ordene, a prestação do depoimento.

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.

A decisão da autoridade judiciária ou do tribunal é tomada ouvido o organismo representativo da profissão em causa, nos termos e com os efeitos previstos na legislação que a esse organismo seja aplicável.

2.5. O segredo profissional e o direito civil

Em matéria cível, o artigo 497.º Código de Processo Civil (adiante “CPC”), prevê que podem recusar-se a depor como testemunhas os que estejam adstritos ao segredo profissional, relativamente aos factos abrangidos pelo sigilo, aplicando-se o disposto no n.º 4 do artigo 417.º.

O artigo 417.º do CPC, sob a epígrafe dever de cooperação para a descoberta da verdade, ressalva de tal obrigação os casos de recusa legítima que impliquem, nomeadamente, a violação do sigilo profissional, sem prejuízo de ser 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.

Em conclusão, verifica-se que em processo civil, a recusa opera automaticamente, enquanto que, no processo penal, em face do valor preponderante da verdade material, a escusa é objeto de apreciação, podendo o depoimento ser ordenado contra o parecer do conselho distrital da OA, uma vez que tal parecer não possui carácter vinculativo, conforme foi afirmado no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de Junho de 1988.

O referido acórdão socorreu-se do princípio do Estado de Direito, com especial incidência nos princípios constitucionalmente consagrados, da reserva da função jurisdicional para os tribunais, da independência dos tribunais e da prevalência das decisões dos tribunais sobre as de qualquer outra autoridade, para concluir que *“não é vedado ao juiz validar depoimento prestado no processo por advogado sobre matéria que entendeu não violar segredo de justiça, ainda que em consulta à Ordem dos Advogados efetuada pelo depoente relativamente a ato processual complementar do primeiro, venha aquela entidade a concluir estar a matéria em causa a coberto do dever de sigilo profissional”*⁵⁶.

A posição defendida no referido acórdão é, no entanto, criticada por António Arnaut, com base essencialmente na seguinte ordem de fundamentos: (i) o n.º 4 do artigo 92.º do EOA atribui apenas à Ordem o poder de desvinculação do segredo profissional e impõe-se aos próprios tribunais; (ii) o parecer de um órgão qualificado e especialmente sensibilizado para apreciar questões deontológicas deve ter o mesmo valor processual de um parecer técnico, nessa medida, subtraído à livre apreciação do julgador (cfr. artigo 163.º do CPP); (iii) e, por último, *“fiscalizar contenciosamente a decisão do Bastonário equivaleria a tornar público, através da decisão judicial, os factos sigilosos e violar o direito à intimidade privada e à liberdade de consciência, constitucionalmente garantidos”*.

É assim que o Autor termina concluindo que o regime previsto no artigo 135.º do CPP não respeita os fundamentos ético-sociais do segredo profissional dos advogados, defendendo que,

*“havendo conflito entre o parecer da Ordem e a decisão do tribunal, o advogado que recuse o depoimento, invocando objeção de consciência, não pratica o crime previsto no n.º 2 do artigo 360.º do Código Penal, por ocorrer justa causa de recusa, exercer um direito e cumprir um dever (alíneas b) e c) do n.º 2 do artigo 31.º do mesmo diploma)”*⁵⁷.

Por último, refira-se ainda que a violação do dever de segredo profissional faz incorrer o advogado em responsabilidade disciplinar, nos termos do artigo 115.º do EOA, variando as penas a aplicar ao advogado faltoso desde a mera advertência à expulsão da OA. O advogado que viole o dever de segredo profissional poderá ainda incorrer em responsabilidade civil, constituindo-se na obrigação de indemnizar o seu cliente nos termos gerais do direito

56 In Boletim do Ministério da Justiça, 378 (1988), pág. 624.

57 Arnaut, 1996: 71-73.

(artigo 483.º e segs. do Código Civil), bem como em responsabilidade criminal, ao abrigo do disposto no artigo 195.º do Código Penal, que pune a revelação, sem consentimento, de segredo de que se tenha tomado conhecimento em razão da profissão com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.

2.6. Os poderes de investigação da Autoridade da Concorrência e os seus limites

Os poderes de investigação da Autoridade da Concorrência (adiante “Autoridade” ou “AdC”) encontram-se atualmente expostos no Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto e nas Leis n.º 19/2012, de 8 de Maio e n.º 67/2013, de 28 de Agosto e ainda, subsidiariamente e nos termos do artigo 13.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012, no Regime Geral das Contraordenações e, *ex vi* do artigo 41.º deste Regime, no CPP.

Em termos gerais, cabendo à Autoridade assegurar genericamente o respeito pelas regras promoção e defesa de concorrência em Portugal⁵⁸, dispõe ela, para o efeito, de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação⁵⁹.

Em especial no quadro do primeiro tipo de poderes, estabelece o n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, a título exemplificativo, as possibilidades de atuação da Autoridade, no âmbito do exercício dos referidos poderes.

Poder-se-á dizer, em síntese, que a Autoridade dispõe, em primeiro lugar, de poderes para inquirir os representantes legais de empresas ou associações de empresas e quaisquer outras pessoas cujas declarações considere pertinentes, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação⁶⁰. Aqueles, por sua vez, devem prestar à Autoridade todas as informações e

58 Cfr. artigo 5.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012, e o n.º 3 do artigo 1.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência anexos ao Decreto-Lei n.º 125/2014. É também à Autoridade que cabe “*velar pelo cumprimento das leis, regulamentos e decisões de direito nacional e da União Europeia destinados a promover e a defender a concorrência*”, e “*exercer todas as competências que o direito da União Europeia confira às autoridades nacionais de concorrência no domínio das regras de concorrência aplicáveis às empresas*”, cumprindo-lhe, no exercício dos seus poderes sancionatórios, “*identificar e investigar as práticas suscetíveis de infringir a legislação de concorrência nacional e da União Europeia, nomeadamente em matéria de práticas restritivas da concorrência e (...) proceder à instrução e decidir sobre os respetivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções e demais medidas previstas na lei*” [cfr., respetivamente, as alíneas a) e h) do artigo 5.º e a alínea a) do n.º 1 do artigo 6.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência anexos ao Decreto-Lei n.º 125/2014]. Cfr. ainda a alínea a) do n.º 1 do artigo 40.º da Lei n.º 67/2013.

59 Cfr. n.º 1 do artigo 5.º da Lei n.º 19/2012 e artigo 6.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência anexos ao Decreto-Lei n.º 125/2014. Cfr. ainda o n.º 1 do artigo 40.º e o artigo 43.º da Lei n.º 67/2013.

60 Cfr. alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012.

fornecer todos os documentos que esta lhes solicite para o cabal desempenho das suas funções⁶¹.

A Autoridade poderá também empreender ações de inspeção das respetivas instalações, terrenos ou meios de transporte a fim de realizar buscas, exames, recolhas e apreensões de extratos da escrita e demais documentação, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova⁶².

No quadro de tais ações, a Autoridade pode ainda proceder à selagem dos locais das instalações das empresas em que se encontrem ou sejam suscetíveis de se encontrar elementos da escrita ou demais documentação (bem como dos respetivos suportes) e requerer a quaisquer outros serviços da administração pública, incluindo as entidades policiais, a colaboração que se mostrar necessária⁶³.

Contudo, tais inspeções dependem sempre de um despacho prévio de uma autoridade judiciária a autorizar a sua realização, a solicitação da Autoridade e, por outro lado, de uma credencial emitida pela Autoridade, documentos estes que os funcionários que realizem tais diligências deverão ser portadores [cfr. n.ºs 2 e 4, al. b), do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012]. A referida credencial é, aliás, necessária também nos casos de inquirição de representantes legais de empresas ou associações de empresas e solicitação de documentos, sempre que tais diligências sejam realizadas por funcionários da Autoridade no exterior [cfr. alínea a) do n.º 4 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012].

Quanto às empresas envolvidas, parece decorrer do regime legal consagrado que, anteriormente à realização de uma diligência de inspeção das respetivas instalações, a Autoridade haverá de ter procedido à abertura formal de um processo de inquérito, nos termos do n.º 1 do artigo 17.º da Lei n.º 19/2012.

De salientar ainda que os titulares dos órgãos da AdC e os seus trabalhadores, titulares de cargos de direção ou equiparados e os prestadores de serviços estão sujeitos aos deveres de diligência e sigilo quanto aos assuntos que lhes sejam confiados ou de que tenham conhecimento por causa do exercício das suas funções⁶⁴.

61 Cfr. artigo 8.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência anexos ao Decreto-Lei n.º 125/2014.

62 Cfr. alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012.

63 Cfr. as alíneas d) e e) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012.

64 Cfr. artigo 43.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência anexos ao Decreto-Lei n.º 125/2014 e artigo 14.º da Lei n.º 67/2013.

Afigura-se-nos ainda que previa ou concomitantemente à concretização da referida diligência, a Autoridade terá de proceder à constituição da empresa ou empresas envolvidas e/ou seus representantes legais como arguidos⁶⁵, nos termos e para os efeitos do disposto nas alíneas a) e/ou d) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 58.º do CPP, ou tal poder ser expressamente solicitado por aqueles, de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 59.º do referido Código. A não ser assim, as declarações prestadas pela pessoa visada não podem ser utilizadas como prova contra ela, nos termos do n.º 4 do referido artigo 58.º do mesmo Código.

Naturalmente que da posição processual de arguido decorrerão os respetivos direitos, em qualquer fase do processo, nos termos do n.º 10 do artigo 32.º da CRP e das diversas alíneas do n.º 1 do artigo 61.º do CPP, dos quais destacamos, atenta a sua especial pertinência, os direitos de (i) não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar; (ii) escolher defensor ou solicitar que lhe nomeiem um; (iii) ser assistido por defensor em todos os atos processuais em que participar e, quando detido, comunicar, mesmo em privado, com ele; e (iv) intervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo as diligências que se lhe afigurarem necessárias.

Contudo, não tem sido esta a interpretação da jurisprudência, que tem entendido que só se deverá considerar ‘arguidas’ as empresas contra quem é deduzida uma nota de ilicitude e a partir desse momento, sem necessidade da sua constituição ocorrer, por ex., no momento da realização de uma ação de busca e apreensão⁶⁶.

Ora, atento o significado que é dado aos processos de contraordenação por violação de normas da concorrência pelo TEDH, para efeitos do disposto no artigo 6.º da CEDH, afigura-se-nos que tal posição será dificilmente compaginável com as garantias decorrentes do referido artigo, quanto a um julgamento equitativo.

De facto, se tais processos se devem considerar como verdadeiras “*acusações em matéria penal*”, nos termos do artigo 6.º da Convenção, por força da potencial

65 Vide, a respeito da responsabilidade pela prática de contraordenações previstas na Lei n.º 19/2012 e da possibilidade de responsabilização dos titulares dos órgãos de administração, o disposto no artigo 73.º da referida Lei.

66 Cfr., por exemplo, a sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 2.5.2007, no proc. n.º 965/06.9TYLSB, 2.º Juízo, pp. 9 a 16 e 33 a 38. Cfr. também idênticas posições do referido Tribunal nos procs. 648/09 e 262/10.

gravidade das sanções⁶⁷, dificilmente se concebe que todas as garantias decorrentes do referido artigo não possam ser invocadas e aplicáveis.

É que, se é verdade que o artigo 6.º da CEDH se reporta, na sua essência, a um processo equitativo perante um tribunal, importa ter presente que *“o processo que se desenrola perante as autoridades administrativas não deixa de ser objeto de controlo pelos órgãos da Convenção, a fim de verificar se apresenta, na sua globalidade, um carácter equitativo, verificando, nomeadamente, se eventuais violações cometidas naquela primeira fase, antes do envio do processo aos juízes, foram por estes reparadas.”*⁶⁸

Infrações, por ex., ao direito ao silêncio⁶⁹ ou ao direito à não autoincriminação⁷⁰ de um arguido, dificilmente poderão ser reparadas pelos juízes *a posteriori*, sobretudo se se atentar que, em caso de recurso, o tribunal deve decidir com base na prova produzida em audiência (se a mesma tiver lugar), *“bem como*

67 Cfr., neste sentido, o acórdão *Stenuit*, (1992) 14 EHRR, 509.

68 Cfr. anotação ao artigo 6.º, e respetiva jurisprudência do TEDH in Ireneu Cabral Barreto, 2016: 194. Cfr. igualmente o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, Azko Nobel, processos apenas T-125/03 e T-253/03, onde se refere, no n.º 120, que *“Segundo jurisprudência assente, o respeito dos direitos de defesa em qualquer procedimento suscetível de ter como resultado a aplicação de sanções, designadamente, coimas ou sanções pecuniárias, constitui um princípio fundamental do direito comunitário que deve ser observado, mesmo tratando-se de um processo de natureza administrativa (acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-Laroche/Comissão, 85/76, Colect., p. 217, n.º 9, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Maio de 1998, Cascades/Comissão, T-308/94, Colect., p. II-925, n.º 39). Assim, importa evitar que os direitos de defesa possam ficar irremediavelmente comprometidos no âmbito dos procedimentos de instrução prévia, entre os quais se incluem designadamente as diligências de instrução, que podem ter carácter decisivo para a produção de provas de natureza ilegal dos comportamentos das empresas suscetíveis de implicar a respetiva responsabilidade (acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Setembro de 1989, Hoechst/Comissão, 46/87 e 227/88, Colect., p. 2859, n.º 15)”*.

69 De acordo com o Tribunal Constitucional, *“Este direito ao silêncio está diretamente relacionado com o princípio constitucional da presunção de inocência (artigo 32.º, n.º 2 da Constituição)”* – acórdão do Tribunal Constitucional n.º 695/95, proc. 351/95. Aliás, nas palavras do Tribunal do Comércio de Lisboa, *“é inquestionável a aplicabilidade do princípio da presunção de inocência do arguido em processo contraordenacional, com todas as suas consequências, designadamente ao nível do ónus da prova e do princípio in dubio pro reo. E tal aplicabilidade não decorre da aplicação subsidiária do CPP ou de qualquer outro diploma. É diretamente aplicável face à regra do Artigo 32.º, n.º 2 ex vi Artigo 12.º, n.º 2, ambos da Constituição”* (sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 10 de Agosto de 2007, 3ª Secção, Processo 1050/06 PT Multimédia). Cfr. igualmente e por ex. a sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, 1.º Juízo, p. 189. No sentido de que a presunção de inocência é aplicável não só em processo penal, como em qualquer processo que possa resultar na aplicação de uma medida punitiva, cfr. acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 18.04.2002 (R 33 881) AD 504, 1826; de 14.03.1996 (R. 28264) BMJ 455, 548.

70 A respeito deste princípio e com maior ênfase no âmbito do direito da concorrência, cfr. o Dossier Temático I *“O dever de colaboração e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare”* e os diversos artigos de Paulo Sousa Mendes, Helena Gaspar Martinho, Vânia Costa Ramos, Catarina Anastácio e Augusto Silva Dias na *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 1, Janeiro-Março de 2010, Almedina, pp. 119 e segs..

na prova produzida na fase administrativa do processo de contraordenação” (cfr. n.º 8 do artigo 87.º da Lei n.º 19/2012).

No que respeita concretamente à questão do respeito pela confidencialidade da correspondência, é, pois, nosso entendimento que é plenamente aplicável à Autoridade, constituindo, portanto verdadeiros limites aos seus poderes de investigação, não só o *supra* exposto no que se refere ao direito comunitário e aos limites legais aos poderes de atuação da Comissão reconhecidos pela jurisprudência comunitária, como todas as normas relevantes constantes do CPP e do EOA, nomeadamente as *supra* descritas.

A este respeito, importa aliás salientar que a nova Lei n.º 19/2012 veio a consagrar, em geral, as soluções constantes do CPP nesta matéria (cfr., em particular os artigos 177.º a 182.º), no que concerne às buscas e apreensões de documentos em escritórios de advogados.

Com efeito e por um lado, o n.º 7 do artigo 19.º da Lei n.º 19/2012 explicita que a realização de buscas é realizada, sob pena de nulidade, na presença do juiz de instrução, o qual avisa previamente o Presidente do Conselho local da OA, para que o mesmo ou um seu delegado possa estar presente.

Por outro lado, o n.º 5 do artigo 20.º determina que a apreensão de documentos operada em escritórios de advogados não é permitida, também sob pena de nulidade, no caso de documentos abrangidos pelo segredo profissional, *“salvo se eles mesmos constituírem objeto ou elemento da infração”* (sublinhado nosso).

Todavia, esta última exceção parece contender frontalmente com o disposto no artigo 76.º do EOA. De facto, a única exceção prevista à proibição de apreensão de documentos que respeitem ao exercício da profissão consagrada no n.º 1 do referido artigo, refere-se ao *“caso de a correspondência respeitar a facto criminoso relativamente ao qual o advogado tenha sido constituído arguido”* (n.º 4 do artigo 76.º do EOA, sublinhados nossos).

Como é sabido, os Tribunais consideram que não pode haver uma equiparação entre os ilícitos contraordenacionais e os ilícitos criminais, *“não obstante deverem ser observados determinados princípios comuns que o legislador contraordenacional será chamado a concretizar dentro de um poder de conformação mais aberto do que aquele que lhe caberá em matérias de processo penal”*⁷¹.

Acresce que, conforme anteriormente se referiu, a jurisprudência tem considerado ser desnecessária a constituição de “arguido” de quem é objeto de uma

71 Cfr., por exemplo, a sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 2.5.2007, no proc. n.º 965/06.9TYLSB, 2.º Juízo, pp. 12 a 15 e jurisprudência (em particular do Tribunal Constitucional) e doutrina aí citadas.

ação de busca e apreensão no quadro de um processo de contraordenação por alegadas infrações às regras de concorrência.

Pelo que se considera que, tendo em conta um tal *argumentário*, não poderá deixar de se entender que a exceção prevista no n.º 4 do artigo 76.º do EOA não pode ser válida para justificar apreensões de correspondência (*rectius*, de documentos)⁷² em processos contraordenacionais, mormente por infrações às regras de concorrência.

Além disso, importa recordar que o EOA foi igualmente aprovado por Lei da Assembleia da República e em data posterior à Lei n.º 19/2012.

De igual modo, aqui se recordam outras disposições legais que servem para devidamente enquadrar esta temática, como sejam, por ex., o artigo 42.º, n.º 1, do RGCOG, que consagra a proibição de “*utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional*”⁷³; ou o artigo 13.º, n.º 2, da Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto (Lei da Organização do Sistema Judiciário, “LOSJ”), que refere, por sua vez, que,

“Para garantir o exercício livre e independente de mandato que lhes seja confiado, a lei assegura aos advogados as imunidades necessárias a um desempenho eficaz, designadamente:

- a) O direito à proteção do segredo profissional;*
- b) O direito ao livre exercício do patrocínio e ao não sancionamento pela prática de atos conformes ao estatuto da profissão;*
- c) O direito à especial proteção das comunicações com o cliente e à preservação do sigilo da documentação relativa ao exercício da defesa;*
- d) O direito a regimes específicos de imposição de selos, arrolamentos e buscas em escritórios de advogados, bem como de apreensão de documentos.”*

72 Poder-se-ia eventualmente equacionar aqui uma interpretação que, tendo em conta a noção mais restrita de “correspondência”, tal como construída pela jurisprudência, permitisse coadunar as disposições do n.º 5 do artigo 20.º da Lei n.º 19/2012 e o artigo 76.º do EOA. Nessa medida, crê-se possível uma interpretação segundo a qual o n.º 5 do artigo 20.º da Lei n.º 19/2012 permitiria à AdC apreender *documentos* (incluindo correspondência aberta) em escritório de advogado, no caso de os mesmos constituírem objeto ou elemento de uma infração, e apreender *correspondência* (fechada), no caso de a correspondência respeitar a facto criminoso relativamente ao qual o advogado teria sido constituído arguido (n.º 4 do artigo 76.º do EOA). Contudo, pelas razões que adiante melhor se explanarão, no que respeita ao concreto âmbito de aplicação do artigo 76.º do EOA, cremos não ser possível uma tal interpretação das normas em causa.

73 Vide, a este respeito, o Parecer n.º 127/2004 da Procuradoria-Geral da República de 17 de Março de 2005, o qual, no âmbito da anterior Lei n.º 18/2003, considerou que este artigo impedia a AdC de proceder a buscas e apreensões em escritórios de advogados.

Afigura-se-nos, pois e desde logo, que, no que tange a documentos encontrados em escritórios de advogados, a AdC encontra-se legalmente impedida – sem exceção – de proceder à respetiva apreensão de todos os que estejam abrangidos pelo segredo profissional dos advogados, tal como estipulado nos atuais artigos 76.º e 92.º do EOA. E referimos sem exceção porquanto as infrações às regras de concorrência não constituem em Portugal – pelo menos, por enquanto – qualquer crime, apenas meras contraordenações.

No caso dos advogados internos ou de empresa, pois, também a proibição de apreensão deverá ser plenamente aplicável, visto que inexistem em Portugal diferenças entre aqueles e quaisquer outros advogados ditos externos, conforme anteriormente melhor se referiu.

Esta questão foi já, aliás, objeto de apreciação por parte do Tribunal do Comércio de Lisboa, tendo este pugnado no referido sentido:

“Concretizando, também o advogado de empresa está sujeito ao dever de sigilo profissional enquanto advogado, pelo que, em consequência, as regras que visam precisamente salvaguardar e possibilitar o exercício desse dever por parte do advogado, como é o caso das atinentes às buscas e apreensão de correspondência são-lhe aplicáveis (arts. 177.º e 180.º do Código de Processo Penal e 70.º e 71.º do EOA). E isto passa-se sem prejuízo de, por exercer funções numa empresa, quanto aos demais factos, realidades e informações de que tome conhecimento nessa empresa de que é funcionário, o advogado estar também obrigado a ‘segredo de funcionário’, que não merece porém a mesma proteção. E, suma, a nossa lei reconhece diretamente a proteção do sigilo profissional e não o limita aos advogados internos. A regra comunitária que foi criada por via jurisprudencial não é aplicável em procedimentos sancionatórios de direito nacional. Achado o regime legal há agora que determinar o seu regime concreto. São protegidos por lei o escritório de advogado e qualquer outro local onde faça arquivo (arts. 177.º, n.º 5 e 180.º, estes dos Código de Processo Penal e 70.º, n.º 1 do EOA). Como definir, para um advogado de empresa o espaço protegido? No caso concreto, o domicílio profissional do Dr. [...] é a morada da própria empresa [...], Poderá considerar-se que todo o edifício, toda a empresa (ou pelo menos os serviços ali instalados) estão abrangidos pela proteção legal? Trata-se de uma questão aludida pela AdC no seio dos procedimentos, mas que sequer a recorrente alude ou suscita. E efetivamente, face ao encarar do sigilo profissional como um dever do advogado (e não como um direito do cliente), a solução só pode ser uma. Um advogado externo tem o seu escritório montado e, sendo este elemento público (de indicação obrigatória na Ordem dos Advogados), este está protegido nos termos supra explicitados. Também está protegido qualquer lugar onde o Advogado faça arquivo mas aqui a proteção tem que ser

acionada. Como se decidiu no Ac. RL de 18/05/06 (...) a existência de arquivo noutra local tem que ser invocada. Ou seja, o advogado tem que cumprir ativamente este seu dever. No caso do advogado de empresa que não disponha de um local físico distinto (no sentido de domicílio diverso) para o seu escritório no cumprimento do seu dever e de acordo com as regras legais, deve exigir à sua entidade patronal as condições necessárias à sua salvaguarda. Se dispuser de gabinete próprio é esse o local, se não dispuser de gabinete próprio a sua secretária e os locais de que disponha domínio exclusivo (armários, acesso condicionado por palavra passe ou equivalente quanto a outros suportes) são esse local. São esses os locais tipo em que a proteção 'automática' (a expressão é nossa) se faz sentir. Documentos que o advogado entenda cobertos pelo sigilo profissional fora desses locais (escritório e arquivos próprios) são documentos que escapam a esta proteção porque o advogado não cumpriu, quanto a eles o seu dever de zelar pelo sigilo profissional. Trata-se de um dos domínios em que o advogado de empresa tem que se rodear de especiais cautelas e lhe é exigido, de forma mais cuidada que aos seus colegas externos, que proactivamente zele pelo cumprimento dos seus deveres deontológicos. (...) A AdC, na sua diligência de (...) apreender documentos no escritório (gabinete) do Sr. Dr. (...), local protegido por sigilo profissional, dada a sua qualidade de advogado. Tal diligência não foi levada a cabo com observância dos requisitos previstos no art. 177.º, n.º 5, do Código de Processo Penal e 70.º do EOA. Em consequência, nos termos disposto no mesmo preceito, nesta parte, a busca é nula, tal como nula é a apreensão ali efetuada, nos termos do art. 122.º n.º 1 do Código de Processo Penal, não podendo tais elementos ser utilizados como prova nos termos do disposto no art. 126.º n.º 3 do Código de Processo Penal.”

Este caso, aliás, motivou a apresentação de queixa na OA por parte dos diversos advogados intervenientes, tendo o Conselho Geral da Ordem proferido Parecer no sentido de que a “*atuação da AdC constituiu violação flagrante dos artigos 68.º, 87.º, 70.º e 71.º do EOA [atuais artigos 73.º, 92.º, 75.º e 76.º, respetivamente, do novo EOA], bem como, em decorrência lógica de plano processual, dos artigos 177.º, n.º 3 e 180.º, n.ºs 1 e 3, ambos do Cod. Proc. Penal, com a consequente nulidade da diligência em causa, podendo, ademais, tal atuação considerar-se subsumível ao artigo 195.º do Código Penal*” e que fosse formulado “*junto da AdC o mais vivo protesto por este atentado à Advocacia Portuguesa*”.

Tenha-se, no entanto, presente, que só poderá atualmente não considerar-se como sujeita a sigilo profissional a correspondência de advogados internos caso esteja em causa a aplicação do direito comunitário e apenas no âmbito de uma ação de inspeção determinada e empreendida pela Comissão Europeia, nos termos do artigo 20.º do Regulamento n.º 1/2003, por força do primado do

direito comunitário sobre o direito nacional. Isto porque se se tratar *(i)* apenas da aplicação das disposições relevantes da Lei n.º 19/2012 pela Autoridade da Concorrência; ou *(ii)* da aplicação daquelas disposições conjuntamente com, v.g., os artigos 101.º e/ou 102.º do TFUE (ou somente destes)⁷⁴, em ação de inspeção da iniciativa da Comissão ou de uma outra autoridade de concorrência europeia mas empreendida pela Autoridade da Concorrência, esta última deverá obediência, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do citado artigo 22.º do Regulamento n.º 1/2003, ao disposto na relevante legislação nacional, designadamente aos citados artigos 73.º e 76.º do EOA, os quais colocam em pé de igualdade, em matéria de confidencialidade, advogados internos e externos com inscrição em vigor na Ordem, por força da obediência integral que uns e outros devem ao EOA.

Poder-se-ia suscitar, ainda neste contexto, a questão da possibilidade de afastamento das regras nacionais ou da sua interpretação conforme com o direito comunitário, tendo em conta um princípio de harmonização de regras ou até com base nos princípios do primado, do efeito direto ou da interpretação conforme⁷⁵. Esta temática seria especialmente relevante no que respeita aos advogados internos, visto que, como anteriormente se dilucidou, o direito comunitário desconsidera os advogados internos, para efeitos de sigilo profissional das suas comunicações. Cremos, porém, que a resposta deverá ser negativa.

Desde logo, porque o regime comunitário constitui uma mera construção jurisprudencial e interpretativa das tradições dos vários Estados-Membros e não de uma qualquer norma positivada que regule, em concreto e especificamente, a situação. De facto, o TJUE, embora faça referências aos artigos 11.º, 14.º e 19.º do Regulamento n.º 17/62, acaba por aludir a uma interpretação generalizada do mesmo regulamento⁷⁶.

74 A AdC, dispo de competência, de acordo com o artigo 3.º e 5.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, para aplicar os referidos artigos 101.º e 102.º TFUE, só poderá “aplicar coimas, sanções pecuniárias compulsórias ou qualquer outra sanção prevista pelo respetivo direito nacional” (cfr. 1.º parágrafo do referido artigo 5.º).

75 Cfr., v.g., os acórdãos do Tribunal de Justiça de 5 de Fevereiro de 1963, *Van Gend & Loos*, 26/62, Colet. Ed. Especial Portuguesa p. 207, de 9 de Março de 1978, *Administração das Finanças do Estado c. Sociedade Anónima Simmenthal*, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (Ed. Esp. Port., p. 629), de 5 de outubro de 2004, *Pfeiffer e o.*, C-397/01 a C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584, de 11 de julho de 2002, *Marks & Spencer*, C-62/00, ECLI:EU:C:2002:435, de 4 de julho de 2006, *Konstantinos Adeneler e outros*, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 e de 13 de Novembro de 1990, *Marleasing*, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395.

76 Cfr. o acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Maio de 1972, *AM&S*, 155/79, em particular os n.ºs 18 a 23.

Depois, porque nesta matéria, tal como reconheceu o próprio TJUE a propósito do princípio da segurança jurídica neste âmbito, no quadro da repartição das competências entre a Comissão e as diferentes autoridades da concorrência, *“as regras relativas à proteção da confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes podem, portanto, variar em função desta repartição de competências e das regulamentações [nacionais e comunitária] correspondentes”*⁷⁷.

O TJUE considerou, pois, que nem o princípio da segurança jurídica obrigaria a recorrer, para os dois tipos de procedimento acima mencionados, a critérios idênticos no que diz respeito à confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes⁷⁸, o mesmo sucedendo relativamente aos princípios da autonomia processual nacional e das competências de atribuição, que não puderam ser invocados contra os poderes de que a Comissão é titular neste domínio⁷⁹.

Por outro lado, importará atentar no facto de que mesmo o direito comunitário estabelece que, caso a própria Comissão ou uma autoridade de concorrência de outro Estado-Membro pretenda mandar a AdC para realizar uma ação de busca e apreensão em Portugal, esta exerce os seus poderes nos termos da respetiva legislação nacional (cfr. n.ºs 1 e 2 do artigo 22.º do Regulamento n.º 1/2003). Ou seja, parece ser a própria legislação comunitária a especificar que será o direito nacional e não o comunitário o direito aplicável, mesmo em situações em que a AdC esteja a empreender tais ações em nome e por conta da Comissão.

Acresce, por último, que, aquando da realização da ação de busca e apreensão, por parte da AdC e *motu proprio*, a eventual aplicabilidade do(s) artigo(s) 101.º e/ou 102.º do TFUE ao caso ainda não se encontra integralmente estabelecida, sendo que uma decisão concreta e fundamentada a esse respeito só é tomada no final do processo, podendo mesmo ser judicialmente impugnada. Pelo que, em tal momento, não se encontrará sequer estabilizada a aplicação do direito comunitário da concorrência ao caso, apenas e quanto muito, do direito nacional da concorrência.

77 Cfr. o acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, ECLI:EU:C:2010:512, n.º 102.

78 Cfr. o acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, ECLI:EU:C:2010:512, n.ºs 103 a 105.

79 Cfr. o acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, ECLI:EU:C:2010:512, n.ºs 113 a 121.

2.7. Do segredo profissional e confidencialidade nas ações de busca e apreensão nas instalações dos Clientes

A Lei n.º 19/2012 apenas parece ter visado regular as buscas e apreensões operadas em escritórios de advogados, omitindo-se qualquer referência aos casos mais frequentes de buscas e apreensões empreendidas nas instalações das empresas ou associações de empresas.

De facto, tem por vezes sucedido que a AdC, ao realizar ações de busca e apreensão em tais locais, depara-se com correspondência trocada entre a empresa (seus representantes ou funcionários) e os respetivos advogados, designadamente sob a forma de correspondência eletrónica (*emails* e respetivos anexos).

Ora, tal correspondência que respeite ao exercício da profissão, nos termos do n.º 1 do artigo 76.º do EOA, encontrar-se-á abrangida pelo sigilo profissional do advogado, conforme, aliás, já o Tribunal do Comércio de Lisboa anteriormente decidiu.

Com efeito, na sequência da *supra* citada sentença do Tribunal do Comércio de 17.1.2008, no Proc. n.º 572/07.9TYLSB, veio a empresa requerer a reforma parcial da sentença anteriormente proferida, pugnando pela declaração de nulidade da apreensão de todos os emails da autoria do advogado e a sua consequente restituição, mesmo se apreendidos fora do seu gabinete ou local de arquivo.

Alegou que só por lapso manifesto não teria sido considerada nula a apreensão de alguns dos documentos que se encontravam em envelope fechado, por não se ter tomado conhecimento que alguns deles seriam *emails* da autoria de advogado, “*respeitantes ao exercício da profissão e assim protegidos por sigilo profissional, não face ao local em que se encontravam mas pela sua própria natureza, nos termos descritos na sentença*”.

Embora tenha formalmente indeferido o pedido de reforma da sentença, por considerar que só se poderia pronunciar sobre o conteúdo dos documentos após a abertura do envelope selado, o Tribunal pronunciou-se então sobre a questão substancial suscitada no respetivo requerimento, tendo-o feito da seguinte forma:

“E entrando no conhecimento da questão matéria há que referir desde logo que a recorrente tem inteira razão.

Dando por reproduzidos todos os argumentos adiantados na sentença quanto ao sigilo profissional do advogado e ao seu regime de proteção legal (objetivo e indiferenciado entre advogados internos e externos) que seria ocioso reproduzir (cfr. fls. 1131 a 1138)

– *realçando agora a disposição contida no art. 71.º, n.ºs 1 a 3 do Estatuto da Ordem dos Advogados [atual artigo 76.º, n.ºs 1 e 3] e 180.º n.º do Código de Processo Penal – resulta claro que os documentos da autoria do Dr. [advogado] apreendidos, independentemente do local que se analisem em instruções ou informações escritas lhe terão que ser devolvidas por a sua apreensão padecer de nulidade nos termos expostos na decisão.*

Importa apenas esclarecer que, atenta a necessidade de verificação do preenchimento do disposto no art. 71.º n.º 3 [atual artigo 76.º, n.º 3] do EOA, diferentemente do que sucedia com as apreensões efetuadas no gabinete do advogado, há que analisar perfunctoriamente o conteúdo de tais escritos – o que foi efetuado mediante a nova abertura do envelope que nesta data declaro efetuei – incluindo o escrito referido a fls. 1137 penúltimo parágrafo (também este no envelope fechado).

Em termos materiais:

- *ir-se-á ordenar a junção aos autos de todos os documentos cuja devolução ao Dr. [advogado] não seja ordenada; tais documentos irão por mim ser assinalados como «CONJUNTO A»;*
- *ir-se-á ordenar a devolução em envelope duplamente fechado dos documentos abrangidos pelo sigilo profissional, para o domicílio profissional do Dr. [advogado]; tais documentos irão por mim ser assinalados como «CONJUNTO B»⁸⁰.*

Note-se, aliás, que em função da referida jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa, a própria AdC veio a reconhecer expressamente tais direitos.

Com efeito, nas suas *Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos Relativos à Aplicação dos Artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, e dos Artigos 101.º e 102.º do TFUE, de 22.3.2013*⁸¹, a AdC, no capítulo VI.3., sob o título “Sigilo Profissional”, expressa, por referência à sentença e despacho complementar da mesma anteriormente citados, que,

“193. De acordo com o regime de proteção legal aplicável ao sigilo profissional do advogado, não pode ser apreendida a correspondência, seja qual for o suporte utilizado, respeitante ao exercício da profissão de advogado.

80 Cfr. Despacho do Tribunal de Comércio de Lisboa (3.º Juízo), de 23 de abril de 2008, que complementa a sentença proferida por este mesmo tribunal em 17 de janeiro de 2008, *Unilever Jerónimo Martins, Lda*, Processo n.º 572/07.9TYLSB, negro e sublinhados nossos.

81 Disponíveis no site da AdC, na seguinte morada da internet: http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Noticias/Documents/LO_Instrucao_Processos_2013.pdf

194. O sigilo profissional do advogado abrange toda e qualquer correspondência profissional, quer ela se encontre no escritório do advogado, quer em qualquer outro lugar.

195. Esta proibição estende-se à «correspondência» aberta trocada entre o advogado e aquele que lhe tenha cometido ou pretendido cometer mandato e lhe tenha solicitado parecer, ainda que não dado ou já recusado.»⁸².

Ou seja e por outras palavras, a própria AdC reconheceu – e bem – que também a “correspondência aberta” de Advogados estaria abrangida pelo segredo profissional e independentemente do local onde a mesma se encontre. É que a única exceção a esta proibição residiria no caso de a correspondência ser relativa a facto criminoso pelo qual o próprio advogado tenha sido constituído arguido. Note-se, aliás, que este último reconhecimento ocorreu em momento posterior à entrada em vigor da Lei n.º 19/2012 e do respetivo artigo 20.º, n.º 5, posto que as citadas Linhas de Orientação foram adotadas pela AdC em 2013.

Não obstante, parece haver quem continue a entender de forma diferente. De facto, tendo presente, por um lado, a questão da construção jurisprudencial inerente ao conceito de ‘correspondência’; e, por outro lado, uma suposta interligação e interdependência do disposto nos artigos 75.º e 76.º do EOA, há quem considere que seria lícito à AdC proceder à apreensão de documentação de Advogados em ação de buscas e apreensão realizadas nas instalações de empresas.

Para os defensores desta tese, correspondência eletrónica aberta e respetivos anexos, por exemplo, serão, em qualquer caso, apenas meros “documentos” e não “correspondência”. E as instalações de empresas objeto de uma ação de busca e apreensão não constituem o escritório de um Advogado ou locais onde o mesmo faça arquivo. Assim, tais meros “documentos”, uma vez nas

82 Cfr. Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos Relativos à Aplicação dos Artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, e dos Artigos 101.º e 102.º do TFUE, de 5.7.2012, n.ºs 193 a 195, p. 39, negro e sublinhados nossos. Nas notas-de-rodapé n.ºs 211 e 212, é referenciado, para cada um dos referidos parágrafos n.ºs 193 e 194, respetivamente, o seguinte: “V. artigo 180.º, n.º 2 do CPP e o artigo 71.º, n.º 1 [atual artigo 76.º, n.º 1] do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA). Neste sentido V. também Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (3.º Juízo), de 17 de janeiro de 2008, Unilever Jerónimo Martins, Lda. Processo n.º 572/07.9TYLSB. A única exceção a esta proibição é o caso de a correspondência ser relativa a facto criminoso pelo qual o próprio advogado tenha sido constituído arguido”; e “Neste sentido, V. Despacho do Tribunal de Comércio de Lisboa (3.º Juízo), de 23 de abril de 2008, que complementa a sentença proferida por este mesmo tribunal em 17 de janeiro de 2008, Unilever Jerónimo Martins, Lda., Processo n.º 572/07.9TYLSB”. E na nota-de-rodapé n.º 213, relativa ao parágrafo 195, é feita referência ao artigo 71.º, n.º 2, do EOA, correspondente ao atual artigo 76.º, n.º 2, do EOA.

instalações das empresas, não estariam na disponibilidade do Advogado para que este pudesse salvaguardar o sigilo profissional inerente aos mesmos⁸³.

Todavia, dir-se-á que tal posição parece objetar os mais elementares princípios decorrentes, em particular, das regras que regem a profissão de advogado.

Com efeito, aqui se recorda que o artigo 76.º, n.º 1, do EOA, sob a epígrafe “Apreensão de **documentos**” (negro e sublinhado nossos), que “*Não pode ser apreendida a correspondência, seja qual for o suporte utilizado, que respeite ao exercício da profissão*”. Este princípio de proibição de apreensão é alargado pelos n.ºs 2 e 3 deste mesmo preceito e reduzido pelo seu n.º 4, o qual exceciona o referido princípio de proibição de apreensão no “...*caso de a correspondência respeitar a facto criminoso relativamente ao qual o advogado tenha sido constituído arguido*”.

Ora, só neste último caso é que pode ser apreendida a correspondência que respeite ao exercício da profissão de advogado, visto que a proibição de apreensão de correspondência “*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*” (n.º 2 do artigo 76.º do EOA, negro nosso).

Neste contexto, importa recordar que compreende-se, na noção de ‘correspondência’, “*as instruções e informações escritas sobre o assunto da nomeação ou mandato ou do parecer solicitado*” (n.º 3 do artigo 76.º do EOA).

Os conceitos não são coincidentes, cabendo, pois, na designação de ‘*correspondência*’ as cartas, instruções do cliente, pareceres do advogado, informações recebidas ou dadas pelo cliente ou pelo advogado (cfr. n.ºs 2 e 3 do artigo 76.º do EOA).

Já a noção de ‘*documentos*’ exprime uma realidade mais ampla, sendo, na definição do art. 164.º, n.º 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.

Contudo, é para nós evidente que a lei visa proibir a apreensão de todos os “documentos”, e não apenas de ‘*correspondência*’, tal como este último conceito é interpretado pelos tribunais, em matéria penal.

De facto, e desde logo, a epígrafe do artigo 76.º do EOA refere-se à “apreensão de documentos”. Em todos os números deste mesmo artigo, inexistem

83 Cfr., por ex., o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 2.3.2011, 463/07.3TAALM-A.L1-3. Cfr., no entanto, o voto de vencido do Exmo. Juiz Desembargador Adjunto Dr. Sérgio Bruno Póvoas Corvacho.

qualquer nova referência a “documentos”, antes se referindo os mesmos sempre ao termo “correspondência”. Esta mesma redação e dicotomia tem-se mantido nas diversas versões do EOA. É, pois, para nós manifesto que, tendo em conta o disposto no artigo 9.º do Código Civil, se deverá considerar que o legislador pretendeu referir-se a “correspondência” e “documentos” como verdadeiros sinónimos.

Esta mesma interpretação é, aliás, corroborada pelo disposto no artigo 92.º, n.º 3, do EOA, que explicitamente refere que “*o segredo profissional abrange ainda documentos ou outras coisas que se relacionem, direta ou indiretamente, com os factos sujeitos a sigilo*” (sublinhados nossos).

Por isso mesmo, aliás, foi estatuída a proibição constante do n.º 2 artigo 179.º do CPP de apreensão de correspondência trocada entre o arguido e o seu defensor, tal como a estabelecida pelo n.º 5 do artigo 187.º do CPP a propósito das escutas telefónicas, as quais visam tutelar, mais do que o sigilo da correspondência ou das telecomunicações, as próprias garantias de defesa do arguido e, em especial, o direito que a este assiste, a fim de poder defender-se eficazmente, de organizar a sua defesa em privado com o seu defensor, fora das vistas do MP, dos OPC, do assistente e, em última análise do próprio Tribunal⁸⁴.

Podemos ver também um afloramento deste princípio no direito que é reconhecido na parte final da al. f) do n.º 1 do artigo 61.º do CPP ao arguido privado de liberdade de comunicar com o seu defensor em condições de privacidade – cfr. igualmente o artigo 78.º do EOA⁸⁵.

A apreensão de uma carta ou outro instrumento de comunicação escrita entre o arguido e o seu defensor é suscetível de lesar o direito do arguido à privacidade da sua estratégia de defesa, tanto antes como depois da sua receção e tomada de conhecimento pelo destinatário, pelo que deve entender-se que a proibição estabelecida pelo n.º 2 do artigo 179.º do CPP vigora para além destas⁸⁶.

Trata-se, afinal, da expressa ligação de que o TJUE tinha, no seu Acórdão *AM&S*, já referenciado, entre o direito à confidencialidade das comunicações entre uma empresa e os seus advogados e a necessidade de “*salvaguardar o*

84 Cfr. o voto de vencido do Exmo. Juiz Desembargador Adjunto Dr. Sérgio Bruno Póvoas Corvacho no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 2.3.2011, 463/07.3TAALM-A.L1-3.

85 Cfr. o voto de vencido do Exmo. Juiz Desembargador Adjunto Dr. Sérgio Bruno Póvoas Corvacho no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 2.3.2011, 463/07.3TAALM-A.L1-3.

86 Cfr. o voto de vencido do Exmo. Juiz Desembargador Adjunto Dr. Sérgio Bruno Póvoas Corvacho no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 2.3.2011, 463/07.3TAALM-A.L1-3.

pleno exercício dos direitos de defesa, dos quais a proteção da confidencialidade da correspondência escrita entre advogados e clientes é um corolário essencial”.

Como tal, cremos que uma apreensão só poderia, em qualquer caso, ser lícita se porventura pudesse haver razões para pensar que o conteúdo dos documentos sobre que incidiu era elemento ou objeto de um crime, o que, manifestamente, não deverá ser o caso.

Tal proibição vem, aliás, na esteira do disposto no n.º 4 do artigo 34.º da CRP, nos termos do qual “*É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal*” (sublinhado nosso).

Pelo que, em todo o caso, o próprio referido artigo 42.º do RGCO, por conter regulamentação específica quando à apreensão de correspondência, sempre afastaria a aplicação do artigo 179.º do CPP ao processo contraordenacional, e estabeleceria a proibição absoluta de utilização de correspondência não autorizada pelo visado, como meio de prova.

Assim, sempre se encontraria constitucional e legalmente vedada a possibilidade de apreensão de correspondência e documentos de Advogados em processo contraordenacional, o que bem se compreende atenta a sua tão apreendida distinta natureza e garantias relativamente ao processo penal. A não ser, claro está, para quem entenda que a sempre invocada menor ressonância ética-social das contraordenações apenas seja válida para coartar direitos dos visados por processos da referida natureza e não para justificar a atribuição de direitos aos mesmos.

Pelo que, mesmo admitindo a tese anteriormente referida, segundo a qual um *email* ou uma carta aberta é um mero documento e já não ‘*correspondência*’, nem por isso dever-se-á considerar validada uma qualquer apreensão dos documentos de Advogados porquanto a apreensão dos mesmos estará legalmente vedada à AdC.

Acrescente-se, além disso, que não será só relativamente a documentos guardados em escritório de um Advogado ou no seu arquivo que se coloca a questão do sigilo profissional de Advogado.

De facto, conforme referido por António Arnaut⁸⁷, em anotação n.º 1 ao artigo 71.º do EOA, que corresponde ao atual artigo 76.º do EOA, pp. 76 e 77, relativamente à proibição de apreensão de correspondência, seja qual for o suporte utilizado, que respeite ao exercício da profissão, prevista no referido artigo,

87 Estatuto da Ordem dos Advogados – Anotado, 14.ª Edição, Coimbra Editora.

“Deverá entender-se que se trata de toda e qualquer correspondência profissional, quer ela se encontre no escritório do advogado, quer em outro qualquer lugar, incluindo em poder de terceiro. O preceito visa assegurar o segredo profissional consagrado no art. 87.º [atual artigo 92.º]” (sublinhados e negro nossos).

Acresce que o artigo 13.º, n.º 2, alínea a), da Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto (Lei da Organização do Sistema Judiciário, também ela posterior à Lei n.º 19/2012), quando se refere às imunidades necessários dos Advogados para um desempenho eficaz, a fim de garantir o exercício livre e independente do mandato confiado aos advogados, se refere aos direitos “à especial proteção das comunicações com o cliente” e “à preservação do sigilo da documentação relativa ao exercício do direito de defesa” e ao regime específico da apreensão de documentos.

Ou seja, e por um lado, é notório que esta norma se refere sempre a “comunicações”, “documentação” e “documentos” e nunca a “correspondência”, parecendo mesmo distinguir a proteção das comunicações e do sigilo da documentação relativa ao exercício da defesa dos direitos inerentes à proteção do segredo profissional.

Por outro lado, é evidente que a referida norma distingue os regimes específicos de imposição de selos, arrolamentos e buscas em escritórios (previstos no artigo 75.º do EOA), do também específico regime de apreensão de documentos (estabelecido no artigo 76.º do EOA).

Acrescente-se ainda que “a correspondência que respeite ao exercício da profissão” nem sequer tem que ter sido necessariamente trocada entre o advogado e o seu cliente⁸⁸.

Ou seja, nem pelo facto de uma apreensão de correspondência profissional de Advogados poder ocorrer enquanto a mesma esteja em “poder” de um terceiro – *in casu* de uma empresa buscada –, tornaria, a final, a mesma lícita, até porque, como esclarece Fernando Sousa Magalhães, “a preterição das garantias consagradas neste preceito [art. 76.º do EOA] corresponde a uma violação de correspondência, não podendo as informações recolhidas na sequência dessa intromissão servir de meio de prova, por não vigorar no nosso sistema constitucional a possibilidade de produção de prova a qualquer custo”⁸⁹.

88 Cfr. António Arnaut, Estatuto da Ordem dos Advogados, Anotado, pgs. 69-71 e Alfredo Gaspar, Estatuto da Ordem dos Advogados, Anotado, pgs. 87-89 e 138.

89 EOA anotado e comentado, Almedina, anotação n.º 3 ao artigo 71.º, atual n.º 3 do artigo 76.º, p. 88.

Pelo que se nos afigura que nada permite sustentar a interpretação segundo a qual só relativamente a documentos guardados em escritório de um Advogado ou no seu arquivo, num local na disponibilidade daquele, se colocaria a questão do sigilo profissional de Advogado, até porque inexistente qualquer relação de dependência ou interligação entre o disposto no artigo 76.º e o artigo 75.º, ambos do EOA. Bem pelo contrário: decorre do simples facto de estarmos perante artigos separados e independentes, sem qualquer remissão expressa ou tácita entre si, que nenhuma inferência ou ilação poderia ser tirada a esse respeito, espartilhando e subordinando a interpretação e âmbito de aplicação de uma norma à outra, quando nada milita nem faz crer ter sido essa a *mens legis*, sobretudo quando conjugada com as normas *supra* citadas.

Aliás, a não ser assim, estaria seriamente em causa a confiança que se deposita no Advogado: um Cliente que tenha dúvidas se determinado assunto poderá deixar de ser sigiloso, talvez recue antes de o apresentar ao Advogado ou talvez o apresente de modo diferente. E se inexistisse sigilo profissional dos Advogados relativamente à correspondência e/ou documentos – quaisquer que sejam os mesmos e onde quer que se encontrem – enviados e/ou produzidos por Advogados, qual o Cliente que recorrerá à respetiva contratação, sabendo que quaisquer comunicações que recebesse do mesmo poderiam ser, a final, intercetadas nas suas instalações ou domicílio? E qual o Advogado que continuará a comunicar por escrito com os seus Clientes (sejam cartas, emails ou quaisquer outras formas), sabendo que tais comunicações, uma vez na posse destes últimos, poderão ser apreendidas pelas autoridades competentes, por não beneficiarem da proteção do sigilo profissional e respetiva confidencialidade? É que, a ser procedente uma tal tese, levaria por certo a uma mudança de paradigma na relação entre Advogados e seus Clientes, deixando a profissão de ser exercida em Portugal nos seus atuais moldes, esvaziando-se a mesma e obviando-se que os advogados são indispensáveis à administração da justiça (n.º 1 do artigo 88.º do EOA) e que o patrocínio forense é “*elemento essencial à administração da justiça*” (artigo 208.º da CRP).

Nas palavras do Tribunal de Primeira Instância (atual Tribunal Geral), a confidencialidade entre advogados e os seus clientes responde,

“à exigência, cuja importância é reconhecida pelo conjunto dos Estados-membros, de que todo e qualquer cidadão deve ter a possibilidade de se dirigir em toda a liberdade ao seu advogado, cuja profissão comporta a obrigação de prestar, de forma independente, assistência jurídica a todos os que dela necessitem. (...)

Com efeito, atendendo à natureza particular do princípio da proteção da confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes, cujo objetivo consiste tanto em assegurar o pleno exercício dos direitos de defesa dos cidadãos como em proteger a exigência de que todo o cidadão deve ter a possibilidade de se dirigir com toda a liberdade ao seu advogado (v. n.º 77 supra), há que considerar que a tomada de conhecimento pela Comissão do conteúdo de um documento confidencial constitui em si própria uma violação desse princípio. Contrariamente ao que a Comissão parece sustentar, a proteção da confidencialidade excede assim a exigência de que as informações confiadas pela empresa ao seu advogado ou o conteúdo do parecer deste último não sejam utilizados contra a mesma numa decisão que puna uma infração às regras da concorrência.

Esta proteção visa, em primeiro lugar, garantir o interesse público numa boa administração da justiça que consiste em assegurar que todo o cliente tenha a liberdade de se dirigir ao seu advogado sem recear que as confidências que faça possam ser ulteriormente divulgadas. Em segundo lugar, tem por objetivo evitar os prejuízos que a tomada de conhecimento, pela Comissão, do conteúdo de um documento confidencial e a sua incorporação irregular no auto da investigação possam causar aos direitos de defesa da empresa em causa. Assim, mesmo que esse documento não seja utilizado como meio de prova numa decisão que puna uma violação das regras da concorrência, a empresa pode sofrer prejuízos que não serão suscetíveis de ser reparados ou só muito dificilmente o serão. Por um lado, a informação protegida pela confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes poderia ser utilizada pela Comissão, direta ou indiretamente, para a obtenção de informações novas ou de meios de prova novos, sem que a empresa em causa seja sempre capaz de os identificar e de evitar que sejam utilizados contra si. Por outro, o prejuízo que a empresa em causa sofreria com a divulgação a terceiros de informações protegidas pela confidencialidade não seria reparável, por exemplo, se essa informação fosse utilizada numa comunicação de acusações no decurso do processo administrativo da Comissão. O mero facto de a Comissão não poder utilizar os documentos protegidos como elementos de prova numa decisão sancionatória não basta, assim, para reparar ou eliminar os prejuízos que resultariam da sua tomada de conhecimento do conteúdo dos referidos documentos.⁹⁰

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

90 Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, Azko Nobel, T-125/03 e T-235/03, ECLI:EU:T:2007:287, n.ºs 77 e 86 e 87, negro nosso.

a restrição do conhecimento dessa informação pelos seus intervenientes e a sua utilização exclusiva no âmbito do tratamento do assunto confiado ao advogado.

Tal regra deverá ser aplicável a correspondência trocada entre Advogado e cliente, quer fechada, quer aberta e nas suas diversas modalidades (escritos, cartas, faxes, mensagens eletrónicas, anexos, etc.) e independentemente da sua localização, com vista à proteção de valores basilares e essenciais do exercício da profissão, como é o caso do segredo profissional e da consequente confidencialidade das respetivas comunicações, abertas ou fechadas e estejam elas onde estiverem.

Isto mesmo foi reconhecido pelo TEDH, que, no seu acórdão *Campbell*, considerou que a apreensão de correspondência de advogado com o seu constituinte, por parte dos serviços prisionais (ou seja, correspondência que não se encontrava localizada no escritório do advogado), constituía uma violação do artigo 8.º da CEDH⁹¹:

“46. It is clearly in the general interest that any person who wishes to consult a lawyer should be free to do so under conditions which favour full and uninhibited discussion. It is for this reason that the lawyer–client relationship is, in principle, privileged. Indeed, in its S. v. Switzerland judgment of 28 November 1991 the Court stressed the importance of a prisoner’s right to communicate with counsel out of earshot of the prison authorities. It was considered, in the context of Article 6 (art. 6), that if a lawyer were unable to confer with his client without such surveillance and receive confidential instructions from him his assistance would lose much of its usefulness, whereas the Convention is intended to guarantee rights that are practical and effective (Series A no. 220, pp. 15–16, para. 48; see also, in this context, the Campbell and Fell v. the United Kingdom judgment of 28 June 1984, Series A no. 80, p. 49, paras. 111–113).

47. In the Court’s view, similar considerations apply to a prisoner’s correspondence with a lawyer concerning contemplated or pending proceedings where the need for confidentiality is equally pressing, particularly where such correspondence relates, as in the present case, to claims and complaints against the prison authorities. That such correspondence be susceptible to routine scrutiny, particularly by individuals or authorities who may have a direct interest in the subject matter contained therein, is not in keeping with the

91 Cfr. acórdão do TEDH de 25 de Março de 1992 no Proc. n.º 13590/88, *Campbell v. The United Kingdom*, sublinhados nossos, disponível em <http://echr.coe.int>. Cfr. igualmente e a título exemplificativo o acórdão do TEDH de 20.6.1988, no Proc. n.º 11368/85 *Schönenberger and Durmaz v. Switzerland*.

principles of confidentiality and professional privilege attaching to relations between a lawyer and his client.

48. Admittedly, as the Government pointed out, the borderline between mail concerning contemplated litigation and that of a general nature is especially difficult to draw and correspondence with a lawyer may concern matters which have little or nothing to do with litigation. Nevertheless, the Court sees no reason to distinguish between the different categories of correspondence with lawyers which, whatever their purpose, concern matters of a private and confidential character. In principle, such letters are privileged under Article 8 (art. 8).

This means that the prison authorities may open a letter from a lawyer to a prisoner when they have reasonable cause to believe that it contains an illicit enclosure which the normal means of detection have failed to disclose. The letter should, however, only be opened and should not be read. Suitable guarantees preventing the reading of the letter should be provided, e.g. opening the letter in the presence of the prisoner. The reading of a prisoner's mail to and from a lawyer, on the other hand, should only be permitted in exceptional circumstances when the authorities have reasonable cause to believe that the privilege is being abused in that the contents of the letter endanger prison security or the safety of others or are otherwise of a criminal nature. What may be regarded as "reasonable cause" will depend on all the circumstances but it presupposes the existence of facts or information which would satisfy an objective observer that the privileged channel of communication was being abused (see, mutatis mutandis, the Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom judgment of 30 August 1990, Series A no. 182, p. 16, para. 32).

No fundo, conforme refere Ireneu Cabral Barreto, a respeito da jurisprudência do TEDH relativa ao artigo 8.º da CEDH, “o Tribunal precisou no Acórdão Campbell, de 25 de Março de 1992, A, 223, pág. 21, §53, [que] uma pessoa que precisa de consultar um advogado deve poder fazê-lo em condições propícias a uma plena e livre discussão; se um advogado não pudesse corresponder-se livremente com o seu cliente, a sua assistência perderia muito da sua utilidade”⁹².

Tenha-se por fim presente que, a não ser assim, poder-se-ia, em última instância, ponderar que a Comissão deixaria de empreender, ela própria, ações de busca e apreensão em Portugal, passando a delegar as mesmas na AdC, nos termos do n.º 2 do artigo 22.º do Regulamento n.º 1/2003. É que a AdC poderia então apreender documentos de Advogados externos nas instalações

92 Cfr. anotação ao artigo 8.º da CEDH in Cabral Barreto, 2015: 263.

das empresas visadas, nos termos do direito nacional, poder de que a Comissão não dispõe ao abrigo do direito comunitário. Posteriormente, a AdC disponibilizaria tais documentos à Comissão, para que esta os utilizasse como meios de prova, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 12.º ou do n.º 6 do artigo 18.º do Regulamento n.º 1/2003⁹³.

Assim e em conclusão, tendo em conta o que supra se referiu, não restam dúvidas que, sempre que a Autoridade da Concorrência pretenda aplicar direito da concorrência nacional ou comunitário terá de cumprir integralmente não só o disposto na relevante legislação nacional a respeito dos direitos de defesa e da confidencialidade da correspondência e demais documentos (para quem considere que a primeira se diferencia dos segundos) entre clientes e advogados (sejam eles internos ou externos e encontrem-se tais documentos no arquivo do advogado ou em qualquer outro lugar, mormente nas instalações do cliente) como igualmente o que, a este respeito, constitui o acervo do direito comunitário, nos termos *supra* expostos. E tal deverá suceder, conforme vimos, não só nos casos em que pretenda aplicar as normas de direito comunitário da concorrência como também quando queira aplicar as disposições atualmente constantes da Lei n.º 19/2012.

93 Cfr. Faull & Nickpay, 2007, que, referindo-se ao poder de uma autoridade de concorrência poder solicitar a outra a realização de ações de busca e apreensão, nos termos do artigo 22.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003, refere o seguinte: *“Thus, the question whether information was collected legally or not is determined by the national law of the assisting NCA that has collected the information.”* (p. 139). Cremos que o mesmo sucederá no caso de a Comissão solicitar à AdC a realização de tais ações, tal como previsto no n.º 2 do artigo 22.º do referido Regulamento.

BIBLIOGRAFIA

AAVV

1993 *Commentaire Mégret, Le droit de la CEE*, 10 – La Cour de justice. Les actes des institutions, ULB, 1993.

2006 *Estatuto da Ordem dos Advogados Anotado*, 10.^a Edição, Coimbra Editora.

ARNAUT, António

1996 *Iniciação à Advocacia*, 3.^a Edição, Coimbra Editora.

2005 *Estatuto da Ordem dos Advogados Anotado*, 9.^a Edição, Coimbra Editora.

CABRAL BARRETO, Ireneu

2016 *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5.^a Edição Revista e Atualizada, Almedina.

COUSSIRAT-COUSTÈRE, Vincent

1995 Comentário ao artigo 8.^o(2) in PETTITI, L.-E. (org.), *La Convention européenne des droits de l'Homme – Commentaire article para article*, Economica, Paris, 1995, p. 351.

CRUZ VILAÇA, José Luís da

2001 “A proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária”, separata dos “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica* 61, *Ad Honorem* – 1, Coimbra Editora, 2001

FAULL & NICKPAY

2007 *The EC Law of Competition*, 2nd Edition, Oxford University Press.

JACOT-GUILLARMOD, Olivier

1995 “Règles, méthodes et principes d’interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme” in PETTITI, L.-E. (org.), *La Convention européenne des droits de l'Homme – Commentaire article para article*, Economica, Paris, 1995, p. 49.