

PARECER N° 12/PP/2016

CONCLUSÕES

- 1. Não sendo um fim em si mesmo, o segredo profissional tem um fundamento ético jurídico;**
- 2. No propósito da consagração legal do dever de o guardar, está a defesa dos valores da confiança e da lealdade, transversais ao complexo das relações que o advogado estabelece no exercício da profissão.**
- 3. Se na interpretação do n° 1 do art° 92° do EOA terá de haver uma preocupação de ordem valorativa de modo a impedir que o dever de sigilo seja imposto injustificadamente,...**
- 4. ...por razão inversa, a interpretação das als. e) e f) do n° 1 do art° 92° não pode ficar espalhada pelo teor da sua formulação literal, sob pena de afastarmos o dever de sigilo em situações em que ele justificadamente se impõe;**
- 5. Pese embora as als. e) e f) do n° 1 do art° 92° apenas mencionarem como abrangidos pelo segredo profissional os factos conhecidos ou transmitidos ao advogado no âmbito de negociações, não afasta, em determinados contextos, que o mero facto da existência da negociação esteja abrangido pelo sigilo.**
- 6. Numa ação judicial em que é pedido o reconhecimento da titularidade do direito, a simples existência de uma negociação prévia tendente à aquisição desse direito por parte da ré, constitui um facto abrangido pelo segredo profissional;**
- 7. Não estará, contudo, tal negociação abrangida pelo segredo profissional, se foi iniciada e prosseguida pelas partes, mesmo que assessoradas pelos seus advogados ou mesmo que estes posteriormente nela venham a ter intervenção, continuando contudo estes, vinculados ao dever de sigilo relativamente aos factos que a partir desse momento venham a conhecer e lhe sejam transmitidos.**

I

Reportado ao processo n° (...) a correr termos no 1º juízo do Tribunal da Propriedade Intelectual, é remetido ao Conselho Regional do Porto da Ordem dos Advogados ofício a solicitar parecer sobre se violam o dever de guardar segredo profissional do advogado, as alegações contidas nos artºs 15º a 25 da petição inicial e os documentos nºs 14, 16 a 24 juntos ao procedimento cautelar apenso ao referido processo.

Na base da solicitação do Tribunal está o despacho (**pag. 85**) proferido pelo senhor juiz do processo proferido em 21/12/2015 após os articulados.

É referido nesse despacho, e passamos a citar: “... ao estudar o processo com vista a proferir despacho, o tribunal deparou-se com um problema que não foi focado anteriormente, designadamente, sem sede de audiência prévia, em concreto as alegações dos artºs 15º a 25º da petição inicial onde são referidos factos ocorridos no âmbito de negociações entre as partes, inclusive com a participação dos advogados corridas no decurso do ano de 2013/2014 que resultaram malogradas, remetendo tal peça processual no que neste ponto concerne aos documentos (14,16 a 24) juntos com o requerimento inicial do procedimento apenso.

Depois de transcrever o artº 92º do EOA, o senhor juiz do processo prossegue o despacho nos seguintes termos: *É certo que o autor no artº 20º da petição alega que apenas a partir do momento descrito no documento 21 junto com o requerimento inicial do procedimento cautelar apenso é que as negociações passaram a ser realizadas entre os advogados das partes, ou seja a partir de 30 de Janeiro de 2014.*

Contudo da documentação junta em sede cautelar já supra referida, indicia-se que a intervenção de advogados nas negociações em causa data já do momento anterior, pois logo no doc. 16 junto com o requerimento inicial do procedimento cautelar apenso, em email datado de 29 de Abril de 2013, ao que tudo indica da ora ré, se menciona “junto se envia minuta do contrato redigido pelo advogado, e em email do dia 20 de Setembro de 2013, ao que tudo indica da ora autora, se menciona “Estava só à espera de análise do meu advogado trocados entre as partes já em 12 de Agosto de 2013 se menciona jurista.

Perante o normativo citado (artº 92º do EOA), das alegações e documentos referidos, surgem, portanto, legítimas dúvidas sobre os factos relativamente aos quais é lícito ao presente tribunal conhecer (o que terá natural influência em eventuais temas de prova a seleccionar).

Afigura-se-nos que o respeito pela lei impõe que as alegações expostas nos artºs 15º a 25º da p.i. devem ter-se por não escritas por violadoras do segredo profissional. (sic)

Para evitar uma decisão surpresa, ordenou a notificação dos advogados das partes, para querendo, se pronunciarem no prazo de 10 dias.

O advogado da autora tomou posição defendendo que aqueles factos e documentos não estavam abrangidos pelo segredo profissional. Posição contrária tomou o advogado da ré.

Face às dúvidas que já suscitava no seu despacho inicial, e tendo em conta a posição das partes, o Mº Juiz profere despacho nos seguintes termos:

A posição da autora perante o despacho de 21/12/2015 é contrária ao entendimento nele expresso. Por seu turno a posição da ré é concordante.

...em matéria tão delicada como a eventual violação do segredo profissional do advogado, afigura-se-nos ser pertinente requerer à O.A. parecer sobre aquele problema enunciado naquele despacho, até porque sem a respectiva resolução, o tribunal não pode decidir do fundo da causa, porquanto tem dúvidas sobre a efectiva violação do segredo profissional e da extensão de tal violação.

Sob a invocação do disposto nos artºs 3º al. d) e 54º nº 1 al. f) do EOA, solicita assim emissão de parecer sobre se os factos alegados nos artºs 15º a 25º da petição inicial que a seguir se transcrevem e os documentos 14, 16 a 24 juntos com o procedimento cautelar apenso cujo conteúdo aqui também se vai reproduzir, estão abrangidos pelo segredo profissional.

Os factos são os seguintes:

15º

Sucedem que, atentando nos direitos privatísticos exclusivos da titularidade jusautorais que assiste à autora, a sociedade comercial ora ré, e face às condições da relação de prestação de serviços existente entre ambas, manifestou à autora, durante o ano de 2013, a vontade de adquirir-lhe a titularidade do direito de autor sobre as criações que a autora lhe realizou ao longo de todos estes anos;

16º

Em agosto de 2013, a sociedade ora ré iniciou a manifestação de tal intenção (cfr. doc. 14 junto em anexo ao procedimento cautelar), ainda que essa vontade haja sido inicialmente realizada de forma encapotada, e depois mais assumidamente pela ré;

17º

Isto, porque a ré apresentou aquele email, ali junto como doc. 14, em 12 de agosto de 2013, à autora, numa primeira minuta de contrato de prestação de serviços, com a alegada intenção de reduzir a escrito esta relação contratual já pré-existente, mas contendo no seu clausulado a alienação dos direitos de autor pela

autora à ré de forma remunerada, em suma a ré reconhecia, assim, a titularidade jus-autoral in casu à autora;

18º

O que ademais, tal conhecimento da titularidade do direito de autor de todas as criações realizadas pela autora, no âmbito da prestação de serviços, além de não ser mais do que a confirmação da realidade fáctica, pois em sucessivas criações da autora, enviadas à ré, tal como aos demais clientes da autora, constava tal menção expressa nas condições contratuais descritas em página anexa às propostas em enviadas como já alegado;

19º

Como a ré veio ainda a reforçar mais tarde tal reconhecimento – pois a negociação para tal alienação sofreu vicissitudes e interrupções várias, diversos avanços e recuos, sem que nunca se tenha concretizado, por discordância da autora – porque em algumas das minutas e comunicações a ré já alterava aquele entendimento acerca da titularidade de direito de autor que assiste à autora.

20º

Com efeito, em Dezembro de 2013, a ré já pretendia reduzir a escrito o contrato de prestação de serviço, mas apresentando duas minutas, sendo uma relativa aos anos de 2012 a 2013 (que então terminava) e outra para o ano de 2014, como supra referido – ao que a autora manifestou a sua oposição, tendo tal negociação passado a ser realizada entre os advogados da autora e da ré;

21º

E em tais negociações (ou tentativas de tal) entre advogados, o reconhecimento dessa titularidade dos direitos de autor que assistem à autora foi-se consolidando (vide doc. 22 em anexo ao Procedimento Cautelar e que ora se dá como que reproduzido no presente articulado, no qual consta este reconhecimento: a assunção expressa pela ré de que a titularidade jus autoral das criações em apreço pertencem à autora, e que estas as pretendia adquirir) – ao ponto de terem sido avançadas propostas de valor para cada uma das criações, sem que tal negociação tivesse sucesso, porque a ré não estava ab initio de boa fé.

22º

Em suma, se dúvidas sobejassem (o que não é o caso), nesta mensagem constante daquele doc.22, as mesmas dissiparam-se, pois a ré assume expressamente a vontade de adquirir os direitos autorais à autora, logo reconhecendo-lhes assim a sua jus-titularidade.

23º

Na verdade, tais negociações frustraram-se definitivamente, por súbita e inopinadamente, enquanto os advogados supostamente negociavam, a ré comunicou à autora, a denúncia unilateral do contrato de prestação de serviços existentes entre as partes ora litigantes com um prévia aviso de apenas dois dias. cfr. documento 23

24º

Ao que a autora respondeu, subsequente e imediatamente, à ré (cfr. doc. 24 em anexo ao procedimento cautelar) comunicando-lhe que esta:

-estava impedida absolutamente de usar sob qualquer forma, direta ou indirecta, qualquer suporte (em papel, electrónico ou outro) na qual constasse qualquer trabalho criativo da ora autora, designadamente o que vinha sendo negociado
- subsequentemente, mais deveria a ré retirar imediatamente do mercado todo e qualquer suporte que contemplasse aquelas criações cuja titularidade jus-autoral assistem à autora e que a ré pretendia adquirir, mas cuja negociação não logrou obter qualquer resultado.

25º

E apesar da comunicação unilateral da ré apenas ter abrangido aparentemente a prestação de serviços pela autora, mas que, não obstante, por força legal, também afecta a propriedade intelectual, o certo é que – apesar daquela comunicação da autora e frustração da negociação – a ré continuou a usar as criações da autora à revelia do que esta lhe comunicara, e dos mais elementares princípios legais, contratuais e da boa-fé.

Os documentos nºs 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, são emails trocados entre (...) e (...) (representantes legais ou funcionários das sociedades partes no processo) sendo o seu conteúdo reportado às negociações que estavam a decorrer;

O documento nº 22 é um email remetido à sociedade autora pelo seu advogado do seguinte teor: *Junto remeto excerto de mais uma comunicação recebida pelo colega que representa a PHC, transmitindo a posição desta. São estes os excertos reproduzidos naquele email: (i) “declina a cedência de direitos autorais no que refere à imagem PHC; (ii) propõe-se pagar €18.600,00 pela cedência, nos termos anteriormente definidos, dos direitos autorais quanto às imagens PHC, FX e PHC CS, sendo 3.600,00 objeto de compensação de créditos. Mais acrescenta aquele que é uma derradeira proposta, mas não creio. Temo é que andemos a perder tempo”.*

O documento nº 23 é uma carta da sociedade ré à sociedade autora a denunciar o contrato de prestação de serviços, e o **documento nº 24** é a carta da sociedade autora a acusar a receção da carta da sociedade ré e na qual lhe comunicava que a partir daquele momento ficava impossibilitada de *usar sob qualquer forma o produto do trabalho criativo*. (sic)

II

A pronúncia sobre a questão colocada pelo Tribunal da Propriedade Intelectual cabe no elenco das competências deste Conselho Regional. artº 54º nº 1 al. f) do EOA.

Pela sua controvérsia justifica a emissão de parecer.

Para sua resolução convocamos o disposto no artº 92º do EOA

Dispõe o nº 1 desta que o advogado *é obrigado a guardar segredo profissional no que respeita a todos os factos cujo conhecimento lhe advenha do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços*.

O nº 3 da mesma norma preceitua que *estão abrangidos pelo segredo profissional os documentos que direta ou indiretamente, se relacionem com os factos abrangidos pelo sigilo*.

O nº 1 do artº 92º, nas suas alíneas, concretiza alguns factos abrangidos pelo segredo profissional.

Com pertinência para o caso em apreço, as alíneas e) e f).

Nelas se preceitua que, *estão abrangidos pelo segredo profissional*:

(i) *Os factos 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;*

(ii) *os factos de que tenha tido conhecimento no âmbito de quaisquer negociações malogradas, orais ou escritas, em que tenha intervindo.*

Da leitura das citadas disposições estatutárias resulta que estão abrangidos pelo segredo profissional, apenas os factos conhecidos ou transmitidos ao advogado no âmbito de negociações prévias à instauração da ação judicial. E se ficássemos por uma interpretação espartilhada pelo teor literal das normas, arrumaríamos logo a questão no sentido de que o

que está alegado nos artºs 15º a 25º da petição, com excepção do artigo 21º, não está abrangido pelo segredo profissional.

Na verdade, nesses artigos é tão só alegado que existiu uma negociação tendente à aquisição dos direitos de autor relativamente a determinadas obras,...

... não tendo sido alegados (revelados) quaisquer factos conhecidos pelo advogado ou transmitidos a este, no âmbito dessa negociação.

Mas teremos de entender que assim não será, ou pelo menos, que assim poderá não ser.

Vamos supor que dois advogados com vista a solucionar um litígio entre os seus clientes relativamente a um direito controvertido, iniciam um processo negocial tendente a solucionar esse litígio. Nessa negociação, uma das partes, pese embora não reconhecer à contraparte a titularidade desse direito, para evitar as despesas, incómodos de uma ação judicial e a contingência da decisão que nela venha a ser proferida, até se propõe pagar uma determinada quantia pela cedência desse direito.

Poderá o advogado, sem quebra de sigilo, numa ação judicial em que o seu cliente pede a condenação da contraparte no reconhecimento do direito controvertido, alegar que esta até reconheceu o direito, tanto assim que em negociação prévia, se propôs adquiri-lo?

Com tal alegação não está a revelar factos conhecidos ou transmitidos durante a negociação, mas apenas esta?

Uma interpretação das alíneas e) e f) do nº 1 do artº 92º, sem preocupação de ordem valorativa poderia conduzir a uma resposta afirmativa à questão, isto é, que o facto da negociação não estaria abrangido pelo sigilo. Mas cremos que assim não será.

Se já defendemos que na interpretação do nº 1 do artº 92º do EOA, onde está expresso que **todos os factos advindos ao conhecimento do advogado estão o abrangidos pelo segredo profissional**, não devemos ficar espartilhados pelo teor da sua formulação, porquanto desse modo estendemos gratuitamente o dever de sigilo a situações em que ele não se justifica, muitas vezes com prejuízo doutros valores e interesses (vd parecer nº1/PP/2016 deste Conselho),...

... por razão inversa, não podemos ficar no espartilho literal daquelas normas estatutárias (als e) e f) do nº 1), e afastar o dever de sigilo de situações onde ele justificadamente se impõe.

O segredo profissional não é assim um fim em si mesmo. António Arnaut, (Introdução à Advocacia, Coimbra Editora, 1993, pag. 64), afirma “*o fundamento ético-jurídico do segredo profissional radica no princípio da confiança e na natureza social da função forense*”.

Tem assim o segredo profissional um fundamento ético-jurídico. No propósito da imposição legal do dever de o guardar está a salvaguarda dos princípios da confiança e da lealdade, transversais ao complexo das relações que o advogado estabelece no exercício da sua profissão.

Assim, a questão de saber se determinado facto está abrangido pelo segredo profissional pressupõe sempre uma análise casuística em que se atente no facto em si, nas circunstâncias em que chegou ao conhecimento do advogado, e sobretudo, no particular contexto em que se pretende a sua revelação.

É a partir do conhecimento destes elementos que se terá de ponderar se a revelação do facto contende com aqueles valores (confiança e lealdade).

Na ação judicial a que se reporta o ofício com o pedido de parecer, a sociedade autora pede que a sociedade ré seja condenada a reconhecer os seus direitos autorais sobre determinadas obras por si concebidas e executadas no âmbito da sua atividade social. Os restantes pedidos estão condicionados à procedência daquele primeiro pedido.

Nos artºs 15º a 25º da petição inicial apenas foi alegado que existiu uma negociação para a cedência destes direitos de autor.

Mas esta alegação é feita com o claro propósito de levar o julgador a retirar uma conclusão na base destes pressupostos: se a sociedade ré pretendeu adquirir aqueles direitos logo reconhece que a sociedade autora é titular dos mesmos. E esta, na sua contestação, controverte a titularidade de tais direitos.

Terá sido esta, por certo, a razão que criou a dúvida do Senhor Juiz do processo, e que determinou o pedido de parecer.

Se porventura a negociação que é revelada nos artºs 15º a 25º da petição inicial tivesse ocorrido nas mesmas circunstâncias em que ocorreu a negociação no exemplo acima dado, isto é, se os advogados da sociedade autora e da sociedade ré, tivessem manifestado entre si o propósito negocial, dessem início ao mesmo e neles tivessem sido os intervenientes, teríamos de concluir que, nos particulares termos em que está controvertida a relação material no âmbito daquele processo judicial, a revelação da existência dessa negociação e respectivo propósito, mesmo sem a revelação de qualquer facto conhecido ou transmitido no âmbito da mesma, estaria abrangido pelo segredo profissional.

O advogado da sociedade ré teria a legítima expectativa de confiar que, em eventual ação judicial onde é pedido o reconhecimento da titularidade dos direitos de autor, a existência dessa negociação seria mantida sob sigilo. E o advogado da outra parte, por dever de lealdade, não poderia trair essa confiança.

Mas assim não ocorreu no caso em apreço, salvo no que respeita ao alegado no artº 21º e ao documento que instrói o alegado nesse artigo a que adiante nos iremos referir.

Conforme claramente decorre dos documentos nºs 14, 16, 17, 18, 19, 20 e 21 a negociação teve o seu início e decorreu até certo momento entre os representantes das próprias partes.

Uma das partes transmitiu esse facto ao seu advogado e este, muito legitimamente, alegou-o no sentido de dele retirar a consequência jurídica que melhor servisse os interesses do seu cliente.

A posterior intervenção dos advogados na negociação não terá a virtualidade de tornar sigilosa a existência da negociação. Apenas são sigilosos os factos conhecidos pelo advogado ou a este transmitidos, após o momento em que passou a intervir nas negociações.

Mas não é o caso. As negociações foram iniciadas pelos representantes das sociedades autora e ré, pese embora, como disso dão conta os documentos, assessoradas pelos seus advogados.

Do alegado nos artºs 15º a 20º e 22º a 25º da petição inicial não consta qualquer facto conhecido ou transmitido ao advogado da sociedade autora após o momento em que passa a intervir na negociação. E nisto concede a sociedade ré que, alega nos artºs 123º e 124 da contestação que *a autora optou por não trazer a estes autos a totalidade das versões do*

contrato que foram apresentadas e debatidas pelas partes, sendo compreensível que tal tenha ocorrido, pois muito desse debate foi realizado entre advogados, estando portanto protegido pelo sigilo. (sublinhado nosso)

O facto de os advogados estarem a acompanhar a negociação mediante as informações que lhe eram prestadas pelas clientes e nela terem intervenção no momento em que ela se malogrou, nenhuma relevância assume para a questão que nos ocupa.

Pelas razões expostas, somos de entender que o alegado nos artºs 15º a 20 e 22º a 25º da petição inicial, não configura matéria abrangida pelo sigilo.

No concerne aos documentos, os referenciados com os números 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23 e 24 suportam correspondência estabelecida entre os representantes da sociedade. Incontroversamente, não estão abrangidos pelo segredo profissional. Apesar de no conteúdo da correspondência trocada constar expressões como: *“junto envio minuta do contrato redigida pelo advogado” “por favor vê se concordas e preenche a tua parte para depois enviar para o jurista” “Estava só à espera da análise do advogado” “Finalmente já passamos de novo este contrato pelo advogado que incorporou algumas das vossas sugestões”,* não vincula os advogados ao dever de sigilo relativamente aos documentos em causa.

Diferente, será a nossa posição relativamente ao alegado no artº 21º e ao documento nº 22.

No artº 21º é alegado: *“E em tais negociações (ou tentativas de tal) entre advogados, o reconhecimento dessa titularidade dos direitos de autor que assistem à autora foi-se consolidando (vide doc. 22 em anexo ao Procedimento Cautelar e que ora se dá como que reproduzido no presente articulado, no qual consta este reconhecimento: a assunção expressa pela ré de que a titularidade jus autoral das criações em apreço pertencem à autora, e que estas as pretendia adquirir) – ao ponto de terem sido avançadas propostas de valor para cada uma das criações, sem que tal negociação tivesse sucesso, porque a ré não estava ab initio de boa fé”.*

Por sua vez, o documento nº 22 que é avocado como prova do alegado no artº 21º p.i., trata-se de um email remetido à sociedade autora pelo seu advogado em 20 de Fevereiro de 2014, com o seguinte teor: *Junto remeto excerto de mais uma comunicação recebida pelo colega que representa a PHC, transmitindo a posição desta.*

O excerto é este: (i) *“declina a cedência de direitos autorais no que refere à imagem PHC;* (ii) *propõe-se pagar €18.600,00 pela cedência, nos termos anteriormente definidos, dos direitos autorais quanto às imagens PHC, FX e PHC CS, sendo 3.600,00 objeto de compensação de créditos. Mais acrescenta aquele que é uma derradeira proposta, mas não creio. Temo é que andemos a perder tempo”.*

Parece-nos incontroverso que o consta do artº 21º da p.i. e do documento nº 22 estão abrangidos pelo segredo profissional.

A violação do segredo profissional como é óbvio, não ocorre quando o advogado comunica ao seu cliente a proposta que recebe do advogado da parte contrária. Por imposição estatutária (artº 95º nº 1 al. a) do EOA) até tem o dever de o fazer. A violação de sigilo ocorre faz aquela alegação no processo quando revela o documento no procedimento cautelar.

Com aquela alegação e junção do documento são revelados factos transmitidos ao advogado no âmbito da negociação, revelação essa que contende com a *ratio* da al. f) do nº 1 do artº 92º do EOA: evitar que a convicção do julgador seja suscetibilizada pela revelação de factos ocorridos durante uma negociação, designadamente propostas de negociação, as quais até poderão ser determinadas, não por reconhecimento de direito(s) da parte que dele(s)se arroga, mas por outras circunstâncias, designadamente, como acima se disse, evitar incómodos, despesas e a contingência do resultado de um processo judicial.

Tal conduta constitui, em nosso entender, violação do disposto na al. f) do artº 92º nº 1 do EOA.

No que respeita ao alegado no artº 21º e ao documento nº 22, facto e documento abrangidos pelo segredo profissional, por certo que o Mº Juiz do processo tomará em consideração o disposto no nº 5 do artº 92º do EOA.

CONCLUSÕES

1. Não sendo um fim em si mesmo, o segredo profissional tem um fundamento ético jurídico;

2. No propósito da consagração legal do dever de o guardar, está a defesa dos valores da confiança e da lealdade, transversais ao complexo das relações que o advogado estabelece no exercício da profissão.

3. Se na interpretação do n.º 1 do art.º 92.º do EOA terá de haver uma preocupação de ordem valorativa de modo a impedir que o dever de sigilo seja imposto injustificadamente,...

4. ...por razão inversa, a interpretação das als. e) e f) do n.º 1 do art.º 92.º não pode ficar espartilhada pelo teor da sua formulação literal, sob pena de afastarmos o dever de sigilo em situações em que ele justificadamente se impõe;

5. Pese embora as als. e) e f) do n.º 1 do art.º 92.º apenas mencionarem como abrangidos pelo segredo profissional os factos conhecidos ou transmitidos ao advogado no âmbito de negociações, não afasta, em determinados contextos, que o mero facto da existência da negociação esteja abrangido pelo sigilo.

6. Numa ação judicial em que é pedido o reconhecimento da titularidade do direito, a simples existência de uma negociação prévia tendente à aquisição desse direito por parte da ré, constitui um facto abrangido pelo segredo profissional;

7. Não estará, contudo, tal negociação abrangida pelo segredo profissional, se foi iniciada e prosseguida pelas partes, mesmo que assessoradas pelos seus advogados ou mesmo que estes posteriormente nela venham a ter intervenção, continuando contudo estes, vinculados ao dever de sigilo relativamente aos factos que a partir desse momento venham a conhecer e lhe sejam transmitidos.

Este s.m.o. o meu parecer

Porto, 06 de Maio de 2016

O Relator,

Domingos Ferreira