

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Ano Letivo 2010/2011

Mestrado em Propriedade Intelectual

Dissertação de Mestrado

Orientador – Professor Doutor José de Oliveira Ascensão



Segredo Comercial:

Conceito e extensão da tutela

Saulo Emanuel Vigário Chanoca - 16867

“Corria o ano de 1908, quando Domingos Carabel, já talvez homem para os seus 38 anos, se pôs a fazer tabletes de um saboroso chocolate, que ganhara fama nas décadas que se seguiram, ao redor de Melgaço, ao redor de Monção, ao redor de Valença, tendo chegado, mais tarde, aos olhos e ouvidos dos ingleses, que até mandaram pedir, por carta, amostras dos rótulos do dito produto, vá lá hoje saber-se porquê. Domingos Carabel faleceu em 1918, e o negócio dos chocolates, se não acabava por aí, teria, pelo menos, conhecido uma pausa ou abrandado o ritmo produtivo.

Deu-se o caso de o seu filho Abílio Alves, que ainda andaria de luto por ele, ter assentado praça no Regimento de Caçadores nº 9, à época sediado em Valença do Minho. Parece que já andaria preocupado com o futuro do negócio, quando ainda batia o “esquerdo e o direito” lá pela parada do quartel. Pelos vistos, mal regressasse à vida civil, a cousa fiava fino, agora que não tinha o pai para lhe valer.

Parece que do melhor apuro em chocolates saberia tanto como os seus colegas de camarata perceberiam de jesuítas. Um dia, estando de licença, vai à Fábrica de Chocolates de Valença, assim como quem não quer a coisa, passando então por um tropa que apenas lá ia sem ter mais para onde ir ou que fazer.

Fez-se desentendido e muito mais de desinteressado e, durante a visita, se mais não viu, foi porque não quis: abriram-lhe a fábrica como quem abre um livro com todos os capítulos. Espiou os ingredientes, numa rápida introdução à matéria, espreitou a melhor aplicação das fórmulas, tomou o gosto e o cheiro ao cacau que por lá se gastava, e depressa aprendeu a receita da casa. Estava com ela ferrada!

Acabado o serviço militar, andou, ainda, por terras galegas a micar umas quantas outras receitas e, já catedrático na cousa, aperfeiçoou a sua própria receita, a tal que deu sabor especial aos “Chocolates Carabeis, Sucessor” ou “Chocolates Castro Laboreiro”, como era mais conhecidos. Abílio Alves Carabel fez então contas à melhor rentabilidade do fabrico, para relançar o negócio.”

- - Pedro Leitão

A fábrica de chocolate da Família Carabel e o sabor que se desfez ao redor de ...

Castro Laboreiro *In* SIM - Revista do Minho, Dezembro 2013, p. 32.

Modo de citar e abreviaturas

As obras são citadas pelo autor, título, número de edição (caso aplicável), editora, local de publicação, data e página; nas referências subsequentes, o título é abreviado e é omitida a editora, o local de publicação e a data. Os artigos consultados na *internet* são citados de acordo com a sugestão de citação constante das respetivas publicações.

As referências a decisões dos tribunais superiores portugueses são feitas com a indicação do tribunal, recorrendo à abreviatura do mesmo *infra*, seguido da data de prolação e do número de processo associado (ex: *Ac. TRP, de 17-11-2008, processo n.º 0855318*). Excetua-se as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional que, para além de conterem um número de processo, são igualmente identificadas pelo número do próprio acórdão (ex: *Ac. TC n.º 198/85, de 30-10-1985, processo 32/83*). Todas as decisões foram obtidas pela respetiva consulta na página www.dgsi.pt, exceto as do Tribunal Constitucional, que foram retiradas da página <http://www.tribunalconstitucional.pt/>.

Os textos citados de autores estrangeiros são preferencialmente apresentadas em português para facilitar a leitura, menos quando se pretenda salientar algum aspeto específico do texto, que resulte melhor explicitado recorrendo à redação original.

AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.
<i>Abs.</i>	<i>Absatz</i> (parágrafo de uma norma no Direito alemão).
Ac. STA	Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo
Ac. STJ	Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça
Ac. TC	Acórdão do Tribunal Constitucional
Ac. TCAN	Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte.
Ac. TCAS	Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul.
Ac. TRC	Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra.
Ac. TRE	Acórdão do Tribunal da Relação de Évora
Ac. TRG	Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães
Ac. TRL	Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa
Ac. TRP	Acórdão do Tribunal da Relação do Porto
ADPIC	Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (Anexo IC ao

	Acordo que cria a Organização Mundial do Comércio, ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 82-B/94, de 27 de dezembro).
BFDUC	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CC	Código Civil
CCom	Código Comercial
CP	Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, com a última alteração legislativa introduzida pela Lei n.º 110/2015, de 26 de agosto.
CPA	Código de Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro.
CPI	Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de março, com a última alteração legislativa introduzida pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho.
CPI de 1995	Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 16/95, de 24 de janeiro.
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro e com a última alteração legislativa introduzida pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro.
CT	Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro e com a última alteração legislativa introduzida pela Lei n.º 69/2013, de 30 de agosto.
CUP	Convenção de Paris para a Protecção da Propriedade Industrial de 20 de março de 1883, revista em Bruxelas a 14 de dezembro de 1900, em Washington a 2 de junho de 1911, na Haia a 6 de novembro de 1925, em Londres a 2 de junho de 1934, em Lisboa a 31 de outubro de 1958 e em Estocolmo a 14 de julho de 1967 e modificada a 12 de outubro de 1979, aprovada pelo Decreto n.º 22/75, de 22 de janeiro, publicado no Diário da República n.º 18/5, Série I - 1.º Suplemento, de 22 de janeiro de

	1975.
DL 122/2000	Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de julho, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 96/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março, relativa à protecção jurídica das bases de dados.
DL 178/86	Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho, Regulamenta o contrato de agência ou representação comercial, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 118/93, de 13 de abril.
DL 252/94	Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de outubro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de maio, relativa ao regime de protecção jurídica dos programas de computador.
DL 62/2013	Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio, que estabelece medidas contra os atrasos no pagamento de transações comerciais, e transpõe a Diretiva n.º 2011/7/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 2011.
DR	Diário da República.
EJ	Estatuto do Jornalista, aprovado pela Lei n.º 1/99, de 13 de janeiro.
EM	Estatuto do Medicamento, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 51/2014, de 25 de agosto.
UE	União Europeia
EUA	Estados Unidos da América.
GG	<i>Grundgesetz</i>
HGB	<i>Handelsgesetzbuch</i>
IFG	<i>Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz)</i>
INPI	Instituto Nacional da Propriedade Industrial.
LADA	Lei de Acesso aos Documentos Administrativos, aprovada pela Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto.
LADA de 1993	Lei de Acesso aos Documentos Administrativos, aprovada pela

	Lei n.º 65/93, de 26 de agosto.
LCD	<i>Ley de Competencia Desleal</i> aprovada pela <i>Ley</i> 3/1991, de 10 de enero.
LGT	Lei Geral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de dezembro, com a última alteração legislativa introduzida pela Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro.
LPDP	Lei de Proteção de Dados Pessoais, aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, com a última alteração legislativa introduzida pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto.
OMC	Organização Mundial do Comércio.
OMPI	Organização Mundial da Propriedade Intelectual.
RJC	Regime jurídico da concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio que revogou a Lei n.º 18/2003, de 11 de junho.
Regulamento 330/2010	Regulamento n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas.
Regulamento 772/2004	Regulamento (CE) n.º 772/2004, da Comissão de 27 de abril de 2004, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a categorias de acordos de transferência de tecnologia.
RFDUL	Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
RGICSF	Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, com a última alteração legislativa introduzida pelo Decreto-Lei n.º 190/2015, de 10 de setembro.
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i>
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UKSC	<i>United Kingdom Supreme Court</i>
USC	<i>United States Code</i>
USPTO	<i>United States Patents and Trademarks Office</i>

UWG

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

1. Resumo

O presente estudo aborda o tema da proteção da confidencialidade das informações comerciais, da possibilidade da sua manutenção em segredo e da extensão temporal com que tais informações assim poderão permanecer... em segredo. Sendo esse o objeto de estudo, é também intenção do mesmo, perceber que tipo de informação pode ser mantida em segredo numa Sociedade aberta, sujeita aos princípios da transparência, de liberdade de expressão e de livre movimentação de trabalhadores.

Após análise da relevante legislação portuguesa, verificámos que existe uma preocupação num largo número de diplomas legislativos, em manter um certo patamar de confidencialidade nas informações comerciais. Não obstante, a referida preocupação é usualmente expressada sem se referir a um claro e frequente conceito de informação, assim, alguns diplomas referem-se a segredos comerciais, outros a segredos de negócios, outros a segredos industriais ou também, mais recentemente, a informações não divulgadas. Assim o presente estudo focar-se-á, igualmente, na identificação, na ordem jurídica portuguesa, do fundamento jurídico das preocupações acima referidas.

Tenciona-se responder a três principais questões: se há um conceito único de segredo comercial no Direito nacional; se, existindo um tal conceito, o mesmo é independente da concorrência desleal; e qual é a extensão da proteção, quando começa e quando acabará.

A resposta às questões acima formuladas poderá ser de grande importância tendo em vista a correta transposição para o Direito interno das novas regras europeias que possam resultar da proposta da União Europeia relativa aos segredos comerciais, sendo que o interesse da Comissão Europeia no tema também demonstra a atualidade do tema e esta será, assim, uma boa oportunidade para discutir um tema que tem sido historicamente pouco debatido nos estudos jurídicos nacionais.

Palavras-chave: Direito Comercial; segredo comercial; concorrência desleal; privacidade; propriedade intelectual.

Abstract

This study focuses on the matter of the protection of commercial information, on its mere possibility of being kept in secret and also on the time extension of such secrecy, hereinafter shortly referred to as '*trade secret*'. While this points are an integrated part of the study, it is also the intention of the same, to understand what kind of information can be kept in secret in an open society, bounded by principles of transparency, freedom of expression and free movement of workers.

After going through some Portuguese legislation we ascertained that there is a concern, on a significant number of statutes, to preserve a certain standard of confidentiality on commercial information. Notwithstanding, the said concern is commonly expressed without referring to a clear and frequent concept of information, thus some statutes refer to '*trade secrets*', others to '*businesses secrets*', others to '*industrial secrets*' or also, and more recently, '*undisclosed information*'. This study is also focused on identifying, on the Portuguese law, the legal grounds for the abovementioned concern.

This study further aims to answer to three main questions: wether is there a sole concept of trade secret under the Portuguese law; wether, if such sole concept exists, that concept is independent from unfair competition; and which is the extend of the protection, when does it starts and when it will end.

While the answer to the questions above might well be of great importance in order to correctly implement the new rules that may arise from the proposed European Union directive on trade secrets, the interest of the EU Commission on the subject also demonstrates the relevance and timeliness these matters – it is now a good opportunity to discuss more about this subject, moreover because it is scarcely the subject in the Portuguese legal studies.

Key words: Commercial Law; trade secret; unfair competition; privacy; intellectual property

2. Introdução

O objeto de estudo do presente trabalho é a tutela que a ordem jurídica nacional dispensa a informações que os titulares do respetivo controlo de divulgação, pretendem manter em segredo. Está, por isso, em causa o estudo sobre a extensão conferida pelo Direito português à proteção da posição jurídica daqueles que pretendam a manutenção de dada informação em segredo e sob o seu controlo.

Mais concretamente, e porque um estudo sobre todo e qualquer tipo de segredo¹ envolveria um pesado esforço de conciliação das mais distintas matérias jurídicas e o recurso aos mais diversos conceitos, dispersos por toda a ordem jurídica, pretende-se circunscrever o âmbito do presente trabalho apenas àqueles segredos que demonstrem uma especial relação com o exercício de uma atividade por agentes que atuam na economia de mercado, e no quadro das respetivas atividades comerciais, por isso, segredos comerciais de forma ampla. Eis, assim, o objeto e o âmbito do presente estudo, a admissibilidade e extensão da confidencialidade informativa ao serviço do comércio, o segredo ao serviço do comércio.

Não obstante e como veremos, os problemas jurídicos têm início na própria escolha da terminologia a usar na exposição, colocando-se, desde logo, a difícil escolha de uma terminologia que, ainda que desprovida de um sentido jurídico *proprio sensu*, permita abarcar a matéria que aqui se pretende abordar. Em face daquele objeto e daquele âmbito optou-se, simplesmente, pela designação de segredo comercial, opção mais linguística do que jurídica, como adiante veremos.

O objeto e o âmbito acima invocados servem o objetivo de procurar identificar, no Direito nacional, o enquadramento geral da matéria do segredo comercial, procurando, dessa forma, detetar nesse enquadramento um possível tratamento unitário da figura ou a impossibilidade de tal tratamento.

Nessa sequência, importa referir que a matéria do segredo comercial tem vindo a ser tratada conjuntamente com a matéria da concorrência desleal, e nesta se incluindo². Esta, por sua vez, é abordada, maioritariamente³, no quadro do Direito Industrial, muito

¹ Segredo fiscal, bancário, de justiça, de Estado, médico, entre outros.

² Nesse sentido ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA, *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 461 refere que “[t]radicionalmente, a violação de segredos de negócios foi em Portugal integrada no domínio da concorrência desleal.”

³ Sem prejuízo da existência de diversos trabalhos monográficos relativos à disciplina da concorrência desleal dos quais se assinalam, designadamente, ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA, *Concorrência Desleal*,

embora grande parte da doutrina reconheça que não existe identificação entre as matérias⁴. Do nosso ponto de vista, como de resto também do da doutrina que não vê identificação nas matérias, a abordagem da concorrência desleal no âmbito do Direito Industrial tem toda a vantagem, tendo em conta a grande proximidade das matérias sobre que versam⁵ e, quanto mais não seja, pelo lastro histórico⁶ que as une. Sendo que não se pretende, no âmbito do presente trabalho, adotar uma posição quanto à colocação sistemática da disciplina da concorrência desleal, importa *prima facie* tomar em consideração que é o próprio legislador que se refere à concorrência desleal no âmbito do CPI. Tendo em conta a colocação sistemática da disciplina na ordem jurídica, e a subsequente referência legal à matéria do *segredo de negócios*, ou como, aparentemente de forma mais abrangente, alude a epígrafe do artigo 318.º do CPI, *informações não divulgadas*, é precisamente desse ponto que partiremos para o desenvolvimento do presente trabalho.

Trata-se, por isso, de um estudo de Direito Industrial, mais concretamente, no âmbito de uma tutela legal que, *prima facie*, surge no âmbito da concorrência desleal.

Esse é, de facto, o ponto de partida, porém, o interesse na discussão da matéria que se traz ao presente estudo fica a dever-se a duas principais ordens de razão, a saber: por um lado, a alteração aos termos da redação do artigo relativo à disciplina da concorrência desleal, conforme preconizado pelo CPI aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de março, da qual resultou a autonomização do artigo 318.º, por outro lado, pela diversidade de normas jurídicas, relativas à proteção de informação sigilosa, que nos foi possível identificar no atual estado da ordem jurídica nacional e que, numa primeira análise, nos pareceram assumir alguns traços de proximidade.

Almedina, Coimbra, 2002; LEITÃO, ADELAIDE MENEZES, *Estudo de direito privado sobre a cláusula geral da concorrência desleal*, Almedina, Coimbra, 2000;

⁴ O tratamento da matéria da concorrência desleal tem sido abordado, no quadro dos manuais portugueses de Direito Industrial, enquanto disciplina autónoma do Direito Industrial embora com este conexas, nesse sentido *vide v.g.* ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA, *Direito Comercial*, Vol. II, Direito Industrial, 1988; GONÇALVES, LUÍS M. COUTO, *Manual de Direito Industrial*, Almedina, Coimbra, 6.ª ed. rev. e act., Almedina, Coimbra, 2015.; SILVA, PEDRO SOUSA E, *Direito industrial: noções fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011; OLAVO, CARLOS, *Propriedade industrial*, Vol. 1, Almedina, Coimbra, 2005.

⁵ Nesse sentido VICENTE DÁRIO MOURA, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Almedina, Lisboa, 2008, p. 14, refere que “[a]s normas que disciplinam a concorrência desleal acham-se todavia funcionalmente conexas com as que tutelam a propriedade intelectual, na medida em que ambos os institutos visam estabelecer uma ordenação das relações de mercado.”

⁶ Como refere LEITÃO, ADELAIDE MENEZES, *Estudo de Direito Privado sobre a Cláusula Geral de Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 133, existe, entre as matérias, uma “significativa dimensão histórico-genética, pois a concorrência desleal surge, em quase todos os sistemas, umbilicalmente ligada aos normativos que regem os direitos privativos.”

As ordens de razão invocadas concatenam-se numa lógica sequencial e permitiram-nos colocar algumas questões cuja resposta não resulta evidente da mera leitura dos preceitos legais.

Como referido, a disciplina jurídica do *segredo de negócios* deixou de constar apenas de uma alínea – a alínea *i*) do artigo 260.º do revogado CPI de 1995 – do artigo que definia a concorrência desleal. Com efeito, o conceito de *segredo de negócios* passou a fazer parte de um artigo autónomo, o artigo 318.º do CPI, embora conexo com o artigo que lhe antecede, o artigo 317.º que se refere à noção e enunciação de atos de concorrência desleal. Também, e ainda a propósito da mencionada alteração legislativa, importa referir que a sanção pelos comportamentos de concorrência desleal deixou de ser configurada como crime, passando as condutas desleais a serem sancionadas enquanto ilícitos de mera ordenação social. Sendo certo que o segredo não deixou de ter tratamento penal (cfr. os artigos 195.º e 196.º do CP).

Esta primeira ordem de razão aponta, com um grau razoável de probabilidade, para uma diversa conceção da disciplina da concorrência desleal e, pelo menos e numa primeira análise, para uma nova lógica de relação entre a norma geral relativa à concorrência desleal a norma especial relativa ao *segredo de negócios*. Essa nova conformação legislativa implicará afirmar que o CPI caminhou no sentido de considerar o segredo comercial, *rectius*, o direito sobre as *informações não divulgadas*, como um direito industrial *a se*? E se não trilhou, ou não pretendeu trilhar, esse caminho, qual será hoje a relação entre o ilícito de mera ordenação social de *divulgação, a aquisição ou a utilização de segredos de negócios de um concorrente* e a manutenção da criminalização constante dos artigos 195.º e 196.º do CP.

Igualmente, a acrescer à primeira ordem de razão, refira-se que foi da análise de algumas normas dispersas no ordenamento jurídico nacional, designadamente no domínio do Direito Administrativo, do Direito Comercial, do Direito do Trabalho, do Direito de Autor e também do Direito Industrial, que nos foi permitido formular a questão sobre se existirá uma noção ampla de segredo nas atividades comerciais que, paulatinamente, tivesse iniciado uma viragem a caminho de uma tutela geral e autónoma da figura da concorrência desleal. A pergunta que norteou a nossa abordagem aos diversos ramos jurídicos foi a de saber se a norma de proteção das informações sujeitas a segredo comercial, em cada um desses ramos, consagra uma projeção da tutela conferida pela concorrência desleal, ou se essas informações se reportam, afinal, à

proteção de uma figura autónoma que não existe apenas nos quadros da concorrência desleal.

Estes são os pontos de partida para a exposição que se segue, daí que se tenha optado por uma designação que fosse tão ampla que permitisse rapidamente identificar o objeto e o âmbito do presente estudo, mas não tão ampla que provocasse uma inexatidão quanto aos objetivos a que aquele se acomete; a averiguação, na legislação nacional, de uma tutela geral e autónoma do segredo comercial e respetiva fundamentação jurídica.

No sentido da importância da questão sobre que se nos oferece versar, e muito embora a opção terminológica aqui adotada possa ser diversa, não o é, contudo, sob o ponto de vista do objetivo final de identificação na ordem jurídica nacional de uma eventual tutela geral da matéria. Assim, dando conta da importância da questão, embora ainda ao abrigo do CPI de 1995, JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO⁷ referia-se a uma dúvida relativamente ao mencionado preceito, então, constante do artigo 260.º, alínea i) desse CPI de 1995:

“É porém difícil determinar se nesta previsão:

- se contempla um acto de concorrência desleal, portanto sujeito aos pressupostos gerais desta

- se estabelece em geral a tutela do segredo de negócios, independentemente de a violação representar um acto de concorrência desleal.”

Por último, importa ainda referir que não se visa, com o presente trabalho, uma defesa da proteção do segredo no quadro do exercício das atividades comerciais, ou seja, não é intenção do presente trabalho apelar a uma tutela jurídica mais ou menos robusta da proteção – ou desproteção – do segredo comercial. Pretende-se, isso sim, proceder a um estudo delimitativo do conceito – ou dos conceitos⁸ – em causa e da respetiva tutela jurídica, livre de compromissos com a defesa de uma tutela mais ou menos restritiva do produto da confidencialidade comercial.

Atento o teor científico do presente trabalho não interessará aqui a conclusão com a necessidade de um maior ou menor compromisso do legislador com a proteção dos segredos comerciais, na realidade e muito embora se tenha forçosamente que passar por

⁷ *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 412.

⁸ Caso se haja de chegar, afinal, à conclusão de que inexistente um conceito geral que permita a designação global das informações confidenciais.

essa análise, o que se pretende é identificar qual o estado da proteção atualmente dispensada pela ordem jurídica e qual o conteúdo da mesma que poderá merecer uma maior atenção por parte dos intérpretes, aplicadores e legislador, tudo de uma forma neutra e, essencialmente, científica.

3. Notas metodológicas

A opção metodológica tem como base o modelo indutivo e a subsequente comprovação sistemática das soluções encontradas no quadro da generalização a que se alcançar com recurso àquele modelo.

O modelo indutivo expressa-se, no quadro do presente trabalho, com o intuito de, a partir da observação de diversas normas dispersas no ordenamento jurídico, procurar obter uma visão geral e unitária da disciplina da aplicação dos conceitos relativos a conceito mais amplo, e que se optou designar por segredo comercial, sempre que toda e qualquer norma invoque um dos conceitos aqui estudados.

A lógica indutiva procura então a colocação de um problema jurídico: a dispersão e imprecisão conceptual normativa. A formulação desse problema suscita a necessidade de alcançar uma solução para o mesmo que poderá passar, pela identificação de elementos comuns em todas as normas relativas ao segredo comercial e bem assim, pela delimitação daquilo que pode ser tutelado, na ordem jurídica nacional, enquanto segredo comercial, tendo em vista a concreta delimitação da extensão da proteção do segredo em face dos interesses em jogo. Ao identificar os referidos elementos comuns, uma de duas conclusões se haverá de alcançar. Ou chegamos à conclusão de que existe uma tutela geral e autónoma do segredo comercial ou, por outro lado, teremos de chegar à conclusão de que o conceito não tem suficiente conteúdo jurídico para que possa ser tutelado fora dos quadros da concorrência desleal.

Aquela solução é procurada, por um lado pela verificação da extensão com o que o conceito de segredo comercial se encontra contemplado em cada um dos ramos jurídicos em que se inserem aquelas normas, assim se alcançando a possibilidade de identificação de elementos comuns. Por outro lado, a validade da solução implica uma tomada de posição relativamente à natureza jurídica dos interesses em jogo, assim validando os interesses jurídicos relevantes, segundo a ordem jurídica nacional, em face dos eventuais interesses, de diversa ordem, que com aqueles possam colidir.

O método indutivo precisa, depois, de ser complementado com recurso à comprovação da solução encontrada, procurar-se-á comprovar aquela solução no quadro das diversas situações em que se suscite a matéria do segredo comercial e testando a idoneidade daquela solução para resolver problemas que concretamente possam ser concitados, pelo que passaremos pela análise de situações de aquisição lícita de informações protegidas pelo segredo comercial.

4. Conceito de Segredo Comercial: introdução sistemática e enquadramento do conceito na produção jurídica nacional

4.1. Aspetos terminológicos

I. Como referido no ponto introdutório, e antes de se avançar com a colocação do problema jurídico que nos propusemos abordar e, bem assim, do desenvolvimento desse mesmo problema, importava tomar uma decisão relativamente à terminologia a usar para designar o objeto do presente estudo. Tal decisão poderia passar pelas mais diversas designações que têm sido utilizadas pela legislação, doutrina e jurisprudência, sendo frequentes as expressões segredo comercial, segredo de indústria, segredo de negócios, segredo de fabrico, informações confidenciais ou informações não divulgadas.

Ora, em face do objetivo do presente texto poderia qualificar-se, simplesmente, o conceito objeto de estudo, como informações confidenciais comerciais, não obstante, a designação não é comum nem na legislação, nem na jurisprudência, nem na doutrina. Também não nos parece ser de adotar a terminologia, constante da epígrafe do artigo 318.º do CPI: “*informações não divulgadas*”. Como veremos, o universo das informações confidenciais que são tuteladas pelo Direito é maior do que o das informações que não sejam divulgadas, de resto, situações há, em que não é a revelação da informação (adiante diremos, a *partilha* da informação), por si só, que lhes permitirá ficar arredadas da tutela que a ordem jurídica lhes dispensa.

Temos então, como restantes designações, as seguintes: *know-how* ou saber-fazer, segredo de negócios, segredo industrial e segredo comercial.

II. O conceito que se pretende utilizar deverá ser o mais amplo possível de forma a que possa abarcar todas aquelas situações acima referidas, isto é, todas as informações havidas por confidenciais no âmbito da atividade comercial. Só dessa forma se poderá, posteriormente, identificar conceitos mais estritos em face da classificação que se pretenda evidenciar, designadamente a relação entre os sujeitos, a natureza substantiva da informação, o tipo de tutela (civil, contraordenacional ou penal) ou outras.

Neste aspeto, os conceitos de segredo industrial e segredo de negócios, parecem-nos, com o devido respeito por posições diversas, remeter para especificidades dentro de toda a amplitude de informações confidenciais que possam receber a tutela da ordem jurídica. Assim, a designação de segredo industrial remete para a ideia de indústria, *i.e.*,

de transformação de matéria-prima em produtos que possam ser comercializados e, de novo como adiante veremos, também por aí poderíamos restringir o âmbito do conceito, tendo em conta que podem perfeitamente constituir por informação confidencial aquelas que se reportem a factos da vida interna da empresa e que não estejam necessariamente relacionados com a sua atividade industrial, ou com a colocação de bens e serviços no mercado resultantes daquela atividade.

Já o conceito de segredo de negócios remete para uma lógica relacional, ou melhor, uma lógica negocial, de disciplina das relações negociais entre partes ou entre concorrentes e aí, de novo, constituindo uma especificidade da informação confidencial, em termos a que voltaremos adiante, sendo que contra esta especificidade se poderia confrontar a admissibilidade de dado comerciante pretender manter em segredo, por exemplo, as técnicas de promoções de produtos no mercado, admissibilidade que não pode ser, de todo, afastada, pelo menos, nesta fase inicial da investigação. Ora essas técnicas de comercialização não podem, a não ser que quem as tenha desenvolvido pretenda formar terceiros relativamente a tais técnicas, ser vistas como relacionadas num quadro negocial. A proteção de tais informações deverá ser estudada sob a perspectiva de serem mantidas em segredo de todos os restantes sujeitos da ordem jurídica.

III. Concluindo, se o que se pretende identificar é a possibilidade que os comerciantes⁹, terão, ou não, de manter em segredo determinadas informações, são informações comerciais as que visam tutelar, portanto, segredos comerciais. Dentro dos quais poderão caber subcategorias, como por exemplo o *know-how* ou *saber-fazer*, nos termos a que *infra* nos referiremos.

Nesta fase, procura-se um conceito o mais amplo possível, no âmbito do qual não exista já, por exemplo, uma intrínseca relação de concorrência, uma especificidade quanto à natureza da informação havida por confidencial ou quaisquer outras especificidades. Para se encontrar um conceito de segredo que mereça uma tutela geral da ordem jurídica, a nossa metodologia implicará que se parta do particular para o geral¹⁰, daí que nesta fase, e sem qualquer compromisso dogmático ou terminológico, nos referiremos às informações havidas por confidenciais pelos agentes económicos

⁹ Ou *meramente* industriais, mas cujo labor acabará, inevitavelmente originar a colocação de produtos e serviços no mercado numa lógica comercial.

¹⁰ Cfr. a opção metodológica adotada no ponto 3.

como segredo comercial¹¹, a seu tempo nos pronunciaremos acerca da natureza jurídica da figura.

Há, contudo, uma expressão que poderá, igualmente, ser utilizada como se referindo a segredos utilizados no âmbito da atividade comercial e que é suscetível de revestir uma natureza ampla, a saber: o segredo de empresa. Assim o conceito seria suficientemente amplo para abarcar todas as realidades a que nos temos vindo a referir, porquanto o conceito de empresa convoca-nos, precisamente, para uma lógica *ideal* de colocação de esforços para a realização de uma atividade económica, com a esperança de obtenção de um objetivo final, independentemente da realização empresarial ser feita na lógica da interposição nas trocas, aí comercial em sentido estrito, ou antes na indústria ou agricultura, por exemplo. Apesar de julgarmos ser essa talvez a expressão mais adequada para classificar o segredo que aqui pretendemos estudar¹², essa apresenta duas grandes vicissitudes, uma lógica e outra paradoxal. A lógica corresponde ao facto de não ser uma expressão comum na doutrina, na lei e nem na jurisprudência nacionais, a paradoxal, é precisamente a sua extensão. Perante um conceito tão lato, corria-se o risco de neste trabalho não se lhe conseguir corresponder, para além de que, como veremos, a utilização da expressão ser-nos-á útil para a distinção de conceitos que adiante faremos.

A nossa opção aqui se fecha e assim se justifica, escreveremos sobre o segredo comercial.

¹¹ Referindo-se a uma noção ampla de segredo comercial, à qual se contrapõe uma noção de segredo comercial *stricto sensu* vide VICENTE, DÁRIO MOURA, *Segredo Comercial e Acesso à Informação Administrativa*, in Estudos em homenagem ao Prof. Sérvulo Correia, Coimbra, 2010, Vol. 3, p. 295, o autor apresenta como fazendo parte do conceito de segredo comercial *stricto sensu* “métodos de gestão, comercialização e de trabalho utilizados pelas empresas”. O conceito de segredo comercial compreende, para o autor, designadamente, “*invenções* (v.g. fórmulas para o fabrico de produtos, máquinas, processos), *compilações de dados* (incluindo listas de clientes e de fornecedores), *simples ideias* (estratégias empresariais, métodos de publicitação, venda e distribuição, etc.) e *meras informações* (por exemplo, relativas a actividades de investigação e desenvolvimento). Adotando um conceito mais amplo de segredo de negócios, abrangendo este o segredo industrial e o segredo comercial vide GONÇALVES, LUÍS M. COUTO, *Manual de Direito Industrial*, 6.ª ed. Rev. e Aum., Almedina, Coimbra, 2015, p. 389.

¹² Note-se que, por exemplo, no Direito espanhol, duas das obras que mais se dedicaram ao tema do segredo, intitulam os respetivos trabalhos monográficos com recurso ao conceito de segredo de empresa, nesse sentido LUCEA, AUREA SUÑOL, *El Secreto Empresarial – Un Estudio del Artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009 e LERMA, ESTHER MORÓN, *El secreto de empresa : protección penal y retos que plantea ante las nuevas tecnologías*, Aranzadi, Navarra, 2002. Não obstante quer as normas jurídicas no quadro da concorrência desleal (na LCD), quer as normas jurídicas relativas à proteção do segredo no Direito Penal espanhol aludem expressamente ao conceito de segredo de empresa, o que não sucede no Direito português.

IV. A precisão terminológica acabada de fazer assume a maior importância para a abordagem e compreensão da problemática que em seguida se exporá, ademais, estabelece mesmo a relação lógica entre o mote para o presente texto e as conclusões a que forçosamente se terá de alcançar. É que não se pretende com o presente texto averiguar tão só do sentido das disposições normativas que tutelam os mencionados segredos comerciais em apenas um diploma jurídico, mas sim nos diversos diplomas que abordam a temática da confidencialidade no âmbito das atividades económicas.

Assim, o mote do presente trabalho é, para além da alteração da disciplina jurídica do segredo comercial no âmbito da concorrência desleal, a multiplicidade de referências, em distintos ramos jurídicos, da proteção da confidencialidade dos comerciantes e industriais no âmbito das respetivas atividades económicas, o traço comum é, precisamente e tão só, a existência de segredos comerciais e as conclusões passarão por perceber o verdadeiro significado da existência desse traço comum.

4.2. *Know-how* e segredo comercial

Com o segredo comercial não se pode confundir o *know-how* ou *saber-fazer*, isto porque o *know-how* pode perfeitamente não ter sido alvo de quaisquer diligências pelos respetivos *titulares* de forma a ser mantido secreto, de resto, a possibilidade, sobre que adiante nos referiremos, de realização de negócios jurídicos que o tenham como objeto afasta que se tenha de levar em consideração para a definição do *know-how* o requisito de o mesmo ser secreto¹³.

De facto, o *know-how* enquanto resultado global de um conjunto de técnicas e métodos levados a cabo por um comerciante de forma a implementar determinado modelo de negócio, enquanto aplicação de alguma técnica patenteada ou mesmo enquanto desenvolvimento de uma qualquer atividade comercial, seja ela protegida ou não por um direito de matriz intelectual, pode perfeitamente ser conhecida do público geral. Como ANTÓNIO JOSÉ CARDOSO MOTA¹⁴ refere, “a expressão «*know-how*» é de origem americana, tendo surgido para designar informações técnicas não patenteadas

¹³ Neste âmbito MARIA GABRIELA FIGUEIREDO DIAS *A assistência técnica nos contratos de Know-How*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 29, prefere a conceção, segundo a autora, mais conforme com a natureza económica do *know-how*, segundo a qual se deve “compreender o requisito de segredo em termos subjectivos, ou seja, não propriamente como um segredo em termos absolutos, mas como uma dificuldade de acesso a essa informação por parte do adquirente”.

¹⁴ *O know-how e o direito comunitário da concorrência*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal n.º 130, Lisboa, 1984, p. 143.

complementares a conhecimentos patenteados”. O autor acaba por aderir à posição de J. M. MOUSSERON, nos termos da qual o *know-how* se “*constitui como um Conhecimento técnico transmissível, mas não imediatamente acessível ao público e não patenteado*”.

É com essa definição genérica que para já devemos ficar, sem necessidade de adentrar muito mais pela natureza do *know-how*, sobre a qual adiante teremos de voltar, importa tão só referir que ele se enquadra num contexto específico e que o seu valor económico (e, daí, jurídico) decorre não do facto de ser secreto¹⁵ mas de não ser *imediatamente acessível ao público*, o que não é necessariamente coincidente.

Podemos, por exemplo, considerar a existência de conjunto global de técnicas, se inclua um outro conjunto, mais ou menos amplo, de técnicas que se possam considerar sigilosas. Imagine-se, por exemplo, se a empresa que explora a comercialização do *pastel de belém* decidisse implementar um modelo de *franchising* no âmbito do qual, eram fornecidos ao franqueado todos os utensílios de *merchandising*, caixas, chávenas, canecas, mesas etc, sendo que era a própria franqueadora que procedia à confeção dos pastéis e posteriormente os fornecia ao franqueado. Aí teríamos que o modelo de negócio estava a ser transmitido, de resto todos os elementos estariam a ser utilizados para promover o negócio, mas a *receita*¹⁶ do pastel nunca seria revelada.

¹⁵ Apesar de concordarmos com ANTÓNIO JOSÉ CARDOSO MOTA, *O know-how e o direito comunitário da concorrência...*, p. 149, numa fase inicial da sua investigação, quando nos dá o enquadramento geral da matéria do *know-how*, não podemos, pelo exposto, concordar com o autor quando este sustenta que o *know-how* “*apresenta um carácter secreto*”, entendendo, mesmo, que “*a confidencialidade é mesmo o cerne do know-how*”. Essa posição é, acreditamos, incoerente com o facto de que, como o autor o refere, e com a nossa concordância, o *know-how* se dever analisar “*essencialmente [como um] elemento intelectual – conhecimentos*”. Esses conhecimentos tanto poderão ser secretos como ser largamente conhecidos, por exemplo, por diversos especialistas numa específica engenharia mas não serem de imediata cognoscibilidade na aplicação da técnica necessária para o aproveitamento industrial daqueles conhecimentos. Ou seja, os demais podem saber que dada técnica existe, só não sabem é como aplicá-la de forma a que possam retirar da mesma todas as utilidades industriais possíveis. Neste contexto o conceito de *know-how*, estará mais próximo de um conceito de competência ou aptidão industrial.

¹⁶ Naturalmente que adiante, quando retomarmos o conceito de *know-how*, teremos de voltar ao acervo de conhecimentos que se poderão encontrar contidos no conceito de *know-how*, e aí será o lugar para se identificar se o exemplo das receitas gastronómicas, ao qual aqui nos referimos, se poderá encontrar contido no objeto de *know-how*. Importa, nesta fase, perceber, contudo, que o conceito de *know-how* tem defensores que apontam para a sua consideração apenas no ramo do sector industrial, como, JOSÉ GÓMEZ SEGADE, *Algunos Aspectos de la Licencia de know-how*, in *Tecnología y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 753, igualmente, tomando posição, acerca da consideração de receitas (ou fórmulas, como a da Coca-Cola) enquanto *know-how*, LADAS *apud* FLORES, CESAR, *Segredo industrial e o Know-How: aspectos jurídicos internacionais*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 72, afirma que “*não se deve confundir o know-how com os segredos de fabricação ou fórmulas propriamente ditas, tais como, por exemplo a fórmula da coca-cola. Esses segredos não constituem know-how, pois não são jamais*

Naturalmente, que é o facto de não ser *imediatamente acessível ao público* que torna o *know-how* um objeto apetecível de negócios jurídicos, pelo que, a circunstância de o *know-how* ser secreto, certamente que implicará uma maior valorização dos conhecimentos a que se reporta.

Mas o que nos faz optar pela terminologia segredo comercial em detrimento do conceito de *know-how*, é o facto de o *know-how* ser, como referido, um conhecimento e o segredo comercial, uma proteção desse conhecimento. Assim o que pode ser objeto de contrato de exploração com um terceiro é o *know-how*, o segredo comercial, a ser tutelado enquanto tal, poderia ser – adiante veremos se é assim – uma permissão normativa de manutenção do *know-how* sob confidencialidade.

divulgados ou conhecidos.” Favorável a uma conceção ampla de *know-how* no âmbito da qual se incluem quer conhecimentos industriais quer conhecimentos comerciais (como de gestão empresarial) *vide* MARIA GABRIELA FIGUEIREDO DIAS *A assistência técnica...*, p. 35.

4.3. Referências normativas de origem nacional

I. Na ordem jurídica nacional diversas são as normas que aludem à proteção jurídica de determinadas informações, assim podem elencar-se diversas matérias que estão sujeitas a sigilo, a saber: **segredo de justiça**, **segredo de Estado** (cfr. Lei n.º 6/94, de 7 de abril), **sigilo bancário** (cfr. artigos 78.º, 79.º, 80.º e 84.º do RGICSF), **segredo fiscal** (cfr. artigo 64.º da LGT), **segredo militar** (artigo 11.º do Regulamento de Disciplina Militar, aprovado pela Lei Orgânica n.º 2/2009, de 22 de julho), **segredo médico** (artigo 13.º, al. c) do Estatuto da Ordem dos Médicos, aprovado pelo Decreto-Lei. n.º 282/77, de 5 de julho), **segredo de jornalista** (cfr. artigo 14.º, n.º 2, al. a) do EJ), **segredo religioso** (artigo 16.º, n.º 2, da Lei de Liberdade Religiosa aprovada pela Lei 16/2001, de 22 de junho), entre outros¹⁷.

Interessam-nos particularmente, e atento o escopo do presente texto, identificar aquelas normas que permitem tutelar a informação que os agentes económicos têm por confidencial e que pretendem que assim se mantenha, isto é, segredos comerciais nos termos acima avançados, pelo que não constituirá objeto de estudo o que seja o âmbito de proteção dos tipos de segredo acima referidos.

II. A primeira que cumpre de imediato destacar é a constante do artigo 318.º do CPI, a qual, sob a epígrafe “*Protecção de informações não divulgadas*”, dispõe que:

“Nos termos do artigo anterior, constitui acto ilícito, nomeadamente, a divulgação, a aquisição ou a utilização de segredos de negócios de um concorrente, sem o consentimento do mesmo, desde que essas informações:

a) Sejam secretas, no sentido de não serem geralmente conhecidas ou facilmente acessíveis, na sua globalidade ou na configuração e ligação exactas dos seus elementos constitutivos, para pessoas dos círculos que lidam normalmente com o tipo de informações em questão;

b) Tenham valor comercial pelo facto de serem secretas;

¹⁷ Podem elencar-se, entre outros, os seguintes: segredo dos enfermeiros (art. 85.º do Estatuto da Ordem dos Enfermeiros, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 104/98, de 21.04), dos arquitetos (art. 15.º do Regulamento de Deontologia da Ordem dos Arquitetos), dos notários (art. 37.º do Estatuto da respetiva Ordem, aprovado pelo Dec. Lei n.º 27/2004, de 24.02) ou, por exemplo, de escrutínio (art. 342.º CP).

c) Tenham sido objecto de diligências consideráveis, atendendo às circunstâncias, por parte da pessoa que detém legalmente o controlo das informações, no sentido de as manter secretas.”

O artigo anterior a que se refere a norma é referente à enunciação, não taxativa¹⁸, das práticas de concorrência desleal, tidas pelo legislador como contrárias às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica. Em face da sua colocação sistemática, a doutrina¹⁹ já se pronunciou no sentido de classificar a divulgação, aquisição e a utilização dos segredos de negócio como mais um ato desleal típico²⁰, a par dos atos previstos nas alíneas do artigo 317.º. De resto essa posição doutrinal é suportada pelo facto de a disposição acompanhar a redação do artigo 39.º do ADPIC, sobre o qual adiante nos referiremos. Quanto a outras referências, no Direito Industrial sobre proteções nacionais aos segredos comerciais adiante voltaremos.

III. Diversas normas no Direito nacional se podem encontrar dispersas pelos mais díspares diplomas, e que se referem diretamente ao segredo comercial podendo assinalar-se, designadamente, o CP (artigo 196.º), o CPI (artigo 29.º), o CSC (422.º, n.º 2), o CPA (artigos 83.º, n.º 1 e 84.º, n.º 2), a LADA (artigo 6.º, n.º 6), o EJ (artigo 8.º, n.º 3), o EM²¹ (artigos 30.º, n.º 5, 170.º-B, n.º 5e 188.º, n.º 3) a Lei das Comunicações Eletrónicas²² (artigo 120.º, n.º 1, al. f) e artigo 71.º, n.º 4), os Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos²³ (artigo 7.º, n.º 1), a Lei do Cibercrime²⁴ (artigo 6.º, n.º 4, al. a) o Regime da Proteção Jurídica das Bases de Dados²⁵ (artigo 20.º) e o Regime de Proteção Jurídica dos Programas de Computador²⁶ (artigo 15.º).

¹⁸ Concretamente com influência, designadamente, na responsabilidade civil, *vide* LEITÃO, ADELAIDE MENEZES, *Estudo de direito privado...*, pp. 139 ss.

¹⁹ *Vide* CAMPINOS, ANTÓNIO (coord.), *Código da Propriedade Industrial Anotado*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 560.

²⁰ Ou mais concretamente um ato de aproveitamento quando se consubstancie numa *aquisição ou utilização de segredos de negócio* e de agressão quando a *divulgação de segredos de negócio*, cfr. SILVA, PEDRO SOUSA E, *Direito industrial: noções fundamentais...*, pp. 334 e 336.

²¹ Principalmente na decorrência das contestadas alterações introduzidas pelo artigo 4.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro.

²² Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro.

²³ Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de abril.

²⁴ Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro.

²⁵ Decreto-Lei n.º 122/2000, de 04 de julho.

²⁶ Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de outubro.

Adicionalmente, e embora não se refiram diretamente ao conceito de segredo comercial, diversas normas acabam por mencionar uma tutela de confidencialidade de determinadas informações utilizadas no giro comercial das empresas podendo, designadamente, assinalar-se o artigo 195.º do CP, os artigos 128.º, n.º 1, al. f) e 412.º e 413.º do CT, o artigo 11.º, n.º 6.º, al. d) da Lei do Acesso à Informação do Ambiente²⁷, os artigos 215.º, n.º 1, 290.º, n.º 2, 291.º, n.º 4, al. c) e 441.º-A do CSC, o artigo 42.º do Código Comercial²⁸ e o artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 72/2003, de 10 de abril que regula a libertação deliberada no ambiente de organismos geneticamente modificados (OGM) e a colocação no mercado de produtos que contenham ou sejam constituídos por OGM.

4.4. Referências normativas de origem europeia

Também no Direito Europeu se podem identificar normas que se dirigem à proteção de informações comerciais ao abrigo do segredo comercial. Se, por um lado, se identificam diplomas que visam a respetiva transposição para o Direito interno, diplomas há que contêm a referência ao segredo comercial, por um lado, de forma direta ao conceito ou, por outro lado, de forma indireta, aludindo já à necessidade de manutenção da reserva da confidencialidade de determinadas informações comerciais.

Assim, referindo-se diretamente ao conceito de segredo comercial, podem identificar-se os seguintes o artigo 1.º, n.º 1, al. i) do Regulamento 772/2004, artigo 1.º, n.º 1, al. g) do Regulamento 330/2010.

Também se referindo diretamente a um conceito de segredo comercial, a Diretiva 91/250/CEE, de 14 de maio de 1991, relativa à proteção jurídica dos programas de computador e que instituiu essa proteção, no âmbito do direito comunitário, mediante a concessão de direitos de autor, enquanto obras literárias, na aceção da Convenção de

²⁷ Lei n.º 19/2006, de 12 de junho.

²⁸ Na parte referente à escrituração mercantil, adiante, quando tivermos de voltar às normas do Direito Comercial, voltaremos à questão, mas desde já fique-se com o entendimento expresso pelo Ac.TRP, de 17-11-2008, processo n.º 0855318: “*O sigilo comercial abrange as situações referidas no art. 42º do CComercial (ex-vi art. 534º do CPC) sendo, assim, requerida a exibição por inteiro dos livros e documentos relativos à escrita.*” Acórdão que viria a ser secundado pelo Ac. TRP, de 07-02-2012, processo n.º 615/10.9TBESP-F.P1, sustentando este que “*I - O sigilo comercial só abrange a exibição judicial, por inteiro, dos livros de escrituração comercial e dos documentos a ela relativos. II – O mesmo não abrange a exibição parcial, nos termos permitidos pelos arts 42º e 43º do Código Comercial, designadamente a apreensão de documentos para instrução de processo de insolvência, referentes a participação social do insolvente, requeridos pela administradora da insolvência.*”

Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas, já aludia, no seu artigo 9.º, n.º 1, que as disposições nela constantes não prejudicavam quaisquer “*outras disposições legais, nomeadamente as relativas a direitos de patente, a marcas, a concorrência desleal, a segredos comerciais, a protecção de produtos semicondutores ou ao direito dos contratos*”.

A diretiva encontra-se atualmente revogada pela Diretiva 2009/24/CE, de 23 de abril, a qual dispõe de idêntica forma no respetivo artigo 8.º, sendo de salientar, com interesse para o presente trabalho, que o referido artigo mantém uma aparente distinção entre a disciplina da concorrência desleal e a dos segredos comerciais. Do Direito Europeu pode ainda dar-se nota a positivação de outra norma que se refere a um conceito de segredo comercial próximo à do artigo 8.º da Diretiva 2009/24/CE, o artigo 13.º da Directiva 96/9/CE, de 11 de março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados.

Referindo-se indiretamente à proteção de informações confidenciais pode, por exemplo, mencionar-se o constante do artigo 339.º do TFUE e o artigo 41.º, n.º 2, al. b) da CEDH, o artigo 4.º, n.º 2 do Regulamento (CE) N.º 1049/2001, de 30 de maio de 2001²⁹ e do artigo 39.º, n.º 1 do Regulamento (CE) N.º 178/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro de 2002³⁰.

Chega-nos, contudo, do Direito Europeu uma das mais recentes fontes de instrumentos para a investigação que presentemente levamos a cabo. A proposta de diretiva da Comissão Europeia COM (2013) 813, de 28 de novembro, apresentada pela Comissão ao Parlamento Europeu na sequência da realização de dois estudos, um dos quais versou sobre o papel que os segredos comerciais e a informação comercial confidencial poderá desempenhar enquanto possíveis suportes à inovação, competitividade e crescimento económico na UE³¹.

Como resulta do seu *Explanatory Memorandum* a Comissão parte do pressuposto de que “*dependendo do modelo de negócios do investigador há casos em que a confidencialidade pode ser o requisito básico sobre o qual [os direitos de propriedade industrial] podem ser incubados de forma a serem explorados enquanto inovações e assim aumentar a respetiva competitividade.*” Como circunstancia a Comunicação da

²⁹ Relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão.

³⁰ Que determina os princípios e normas gerais da legislação alimentar, cria a Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos e estabelece procedimentos em matéria de segurança dos géneros alimentícios

³¹ Os estudos estão disponíveis na página http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/trade_secrets/index_en.htm.

Comissão, “*todos os direitos de propriedade intelectual começam com um segredo.*” E é da proteção dos direitos industriais que nasce o interesse da Comissão em legislar na matéria dos segredos comerciais, como se refere na proposta de diretiva “*A otimização da infraestrutura da Propriedade Intelectual é um importante pilar da União da Inovação [“Innovation Union”] (...). Esta proposta é mais um passo tendo em vista o compromisso de criar um mercado único para a propriedade intelectual.*”

A proposta de diretiva contém um acervo de normas que visam, essencialmente delimitar o conceito de segredo de comercial (artigos 1.º e 2.º), determinar quando o acesso (por via da aquisição ou mero uso) e a divulgação são lícitos ou ilícitos (artigos 3.º e 4.º) e a adoção de algumas medidas, procedimentos e meios de defesa para a tutela da proteção dos titulares do segredo comercial. Entre estas últimas contam-se, designadamente, a preservação da confidencialidade dos segredos comerciais no decurso de procedimentos legais (artigo 8.º), a adoção de providências cautelares (artigos 9.º e 10.º) e a adoção de medidas corretivas (artigos 11.º a 13.º).

Com particular interesse para o presente trabalho dá-se nota de que, um dos considerandos (o n.º 5) que consta da proposta tem que ver com a inexistência de um quadro legislativo comum entre os Estados-Membros, no que tange aos meios de defesa ao dispor dos titulares de segredos comerciais para fazer cessar (*cease and desist orders*) condutas de terceiros que não sejam concorrentes (*competitors*) do titular do segredo comercial. Sobre esta questão, que adiante teremos de voltar e que encontra expressão nos artigos 9.º, n.º 1, al. b), 11.º e 12.º, n.º 3³² da proposta, importa referir que a solução adiantada pela proposta de diretiva terá que ser cuidadosamente confrontada com o regime de tutela dos direitos industriais que assenta numa lógica de divulgação contra a atribuição de direitos de exclusivo, os quais, verificando-se a condição da sua concessão, *i.e.* a divulgação, poderão ser objeto de proibição a todos os terceiros, ainda que de boa fé. Com esta *medida alternativa* a diretiva aparenta sustentar, em certa medida, a suscetibilidade da tutela *erga omnes* da proteção do segredo comercial (adiante retomaremos a temática, cfr. pp. 191 e seguintes).

Atualmente o percurso de aprovação da diretiva pode ser já acompanhado na página oficial do Parlamento Europeu, sendo que já se podem, igualmente, identificar na produção doutrinária³³ e também contexto de diplomas institucionais da União

³² Cfr. o considerando 18.

³³ Para alguns autores portugueses *vide* SILVA, NUNO SOUSA E, *A proposta de directive em matéria de segredos de negócio – estado e perspectivas*, in *Revista de Direito Intelectual*, N.º 2, 2014, pp. 259 – 305,

Europeia³⁴ e nacionais³⁵, importantes elementos de estudo sobre a referida proposta, sendo que o crescente interesse pela diretiva bem demonstra a atualidade das questões sobre que versam a presente investigação.

4.5. Referências normativas com origem em tratados internacionais

Para além do Direito Europeu, outros instrumentos de Direito Internacional Público foram adotados por Portugal e que consagram conceitos mais ou menos restritos de segredo comercial. Neste contexto o diploma de Direito Internacional Público mais citado quando se alude à defesa da confidencialidade de determinadas informações comerciais é o ADPIC, o qual, de resto, influenciou mesmo a redação do atual artigo 318.º do CPI e, como veremos, a sua relação com o artigo 317.º, também do CPI e, igualmente, o artigo 188.º, n.ºs 3 e 5 do EM.

SAIAS, MARCO ALEXANDRE, *Unlawful acquisition of trade secrets by cyber theft: between the Proposed Directive on Trade Secrets and the Directive on Cyber Attacks*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice* [2014], pp. 721-729 e NUNES, DIOGO PEREIRA DIAS, *The European Trade Secrets Directive (ETSD): Nothing New Under the Sun?*, (July 25, 2015). Lex Research Topics on Innovation 2015-1, consultado em: <http://ssrn.com/abstract=2635897>; vide também, autores não nacionais, como por exemplo e não sendo exaustivo, os comentários do Max Planck Institute sobre a diretiva, disponíveis na Língua inglesa em KNAAK, ROLAND and KUR, ANNETTE and HILTY, RETO, *Comments of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 3 June 2014 on the Proposal of the European Commission for a Directive on the Protection of Undisclosed Know-How and Business Information (Trade Secrets) against their Unlawful Acquisition, Use and Disclosure of 28 November 2013, Com(2013) 813 Final* (June 3, 2014). *Forthcoming in: IIC: international review of intellectual property and competition law*; Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 14-11, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2464971>, APLIN, TANYA, *A critical evaluation of the proposed EU Trade Secrets Directive*, (July 18, 2014). King's College London Law School Research Paper No. 2014-25, consultado em: <http://ssrn.com/abstract=2467946>, TORREMANS, PAUL L.C., *The Road Towards the Harmonisation of Trade Secrets Law in the European Union* (January 20, 2016). *Revista La Propiedad Inmaterial*, No. 20, Julio-Diciembre de 2015, consultado em: <http://ssrn.com/abstract=2719015> e VAQUE, LUIS GONZALEZ e RODA, ISABEL SEGURA, *The Impact of the Future Trade Secrets Directive on the Food Sector*, in *European Food and Feed Law Review*, Issue 4, 2015, pp. 275 – 285 e, aí, com mais referências bibliográficas.

³⁴ A proposta de diretiva, os pareceres do Comité Económico e Social Europeu, de 25 de março de 2014, o Projeto de Resolução Legislativa do Parlamento Europeu, introduzindo significativas alterações no documento inicial apresentado pela Comissão e os pareceres da comissão da indústria, da investigação e da energia e da comissão do mercado interno e da proteção dos consumidores, podem ser consultados, em Língua portuguesa em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0199+0+DOC+XML+V0//PT#title1>.

³⁵ Vide o ponto 2.10 do capítulo dos “Eixos Estratégicos e Medidas” da Agenda para a Competitividade do Comércio, Serviços e Restauração para 2014-2020, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 6-A/2015, de 2 de fevereiro.

Aprovado em anexo ao Acordo que instituiu a Organização Mundial de Comércio, assinado em Marraquexe a 15 de abril de 1994³⁶, o ADPIC alude ao conceito de propriedade intelectual, como se referindo a todas as categorias (“*de propriedade intelectual*”) que constituem o objeto das secções 1 a 7 da parte II desse mesmo acordo (*vide* artigo 1.º, n.º 2). Temos assim como **categorias de propriedade intelectual**, para efeitos do artigo 1.º, n.º 2 do ADPIC as seguintes: Direito de autor e direitos conexos (secção 1), Marcas (secção 2), Indicações geográficas (secção 3), Desenhos e modelos industriais (secção 4), Patentes (secção 5), Configurações (topografias) de circuitos integrados (secção 6) e Protecção de informações não divulgadas (secção 7)³⁷.

A Parte II do ADPIC termina com a referência à secção 8 relativa ao *controlo das práticas anticoncorrenciais em licenças contratuais*.

A protecção de informações não confidenciais surge, assim, no quadro das diversas categorias de propriedade intelectual, mais concretamente no âmbito do artigo 39.º.

Mas é o próprio ADPIC que dispõe de uma outra norma, que adiante teremos de voltar, em que diretamente se refere à existência de um conceito de segredo comercial, referimo-nos ao artigo 34.º, n.º 3. O artigo, que tem por epígrafe “*Patentes de processos: ónus da prova*”, alude à necessidade de os Estados estabelecerem, no âmbito das normas processuais internas, uma inversão do ónus da prova contra os demandados no contexto de uma ação em que se suscite a violação de uma patente de processo. Nesses casos, tendo em conta a dificuldade de o demandante demonstrar que o produto foi atingido com recurso ao mesmo processo, estabelece-se uma inversão do ónus da prova, tendo nesse caso, de ser o demandado a demonstrar que não utilizou o processo patenteado de forma a atingir o mesmo produto. Para efeitos da demonstração da prova

³⁶ *Vide, inter alia*, VICENTE, DÁRIO MOURA, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Almedina, Lisboa, 2008, pp. 109 ss.; CARVALHO, NUNO PIRES DE, *The TRIPS Regime of Antitrust and Undisclosed Information*, Kluwer Law International, Haia, 2008, pp. 189 – 327, SANDRI, STEFANO, *La nuova disciplina della proprietà industriale dopo i GATT-TRIPs*, 2a ed. Cedam, Padova; CORREA, CARLOS e YUSUF, M., ABDULQAWI A., *Intellectual property and international trade : the TRIPS agreement*, 2nd ed., Kluwer Law International, 2008; ANTUNES, AQUILINO PAULO, *O acordo ADPIC/TRIPS no direito português: a perspectiva do acesso a medicamentos e da saúde pública*, in *Direito Industrial - Vol. VIII*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 129 a 179; ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Concorrência Desleal*, pp. 469 a 472.

³⁷ Acerca da colocação das informações não divulgadas naquela Parte II do ADPIC *vide* VICENTE, DÁRIO MOURA, *Segredo Comercial e Acesso à Informação Administrativa*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Sérvulo Correia*, Coimbra, 2010, Vol. 3, p. 293, o autor refere que, embora o ADPIC “*classifique o segredo comercial, no art. 1.º, n.º 2, como uma «categoria de propriedade intelectual», não o protege em si mesmo, mas tão-só nas relações entre os concorrentes e na medida em que a sua divulgação, aquisição ou utilização se mostrem contrárias às «práticas comerciais desleais».*”

em contrário daquilo sobre que foi demandado, dispõe da seguinte forma o artigo 34.º, n.º 3³⁸:

“Por ocasião da adução de prova em contrário, serão tidos em conta os legítimos interesses dos requeridos em proteger os seus segredos industriais e comerciais.”

Quanto a outras normas, que entram no Direito português pelo Direito Internacional Público pode, desde logo, detetar-se uma expressa menção ao conceito de segredo comercial no Acordo Sobre a Aplicação do Artigo VII do Acordo Geral Sobre Pautas Aduaneiras e Comércio de 1994, quando no ponto 2 da Introdução Geral se admite, para os casos de necessidade de determinação do valor aduaneiro, uma troca de informações entre a administração aduaneira e o importador, sendo que:

“A consulta entre as duas partes permitirá uma troca de informações, no respeito das obrigações relativas ao segredo comercial, com vista a determinar a base correcta para efeitos do valor aduaneiro.”

Veja-se também o artigo 6.º, n.º 2, al. vii) do Tratado de Budapeste sobre o Reconhecimento Internacional do Depósito de Microrganismos para Efeitos do Procedimento em Matéria de Patentes, adotado, em Budapeste, em 28 de abril de 1977 e alterado em 26 de setembro de 1980³⁹. De forma indireta podem ainda referir-se os artigos 30.º e 38.º do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes, concluído em Washington em 19 de junho de 1970 e modificado em 2 de outubro de 1979 e em 3 de fevereiro de 1984⁴⁰.

4.6. Situações jurídicas comumente associadas ao segredo comercial

Diversas são as situações jurídicas que comumente surgem associadas ao segredo comercial e que têm suscitado a discussão relativamente à necessidade da respetiva proteção, desde os modelos de negócios de empresas já implementadas no mercado,

³⁸ Sobre esta norma vide STEFANO SANDRI, *La nuova disciplina della proprietà industriale...*, pp. 195 e 196.

³⁹ Aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/97, de 19 de maio.

⁴⁰ Aprovado pelo Decreto n.º 29/92, de 25 de junho.

passando pelas técnicas industriais que, embora desprovidas de carácter inventivo (e assim de tutela pelo direito das patentes), se assumem como *know-how* importante para o posicionamento de dada empresa no mercado, passando ainda pelas listas de clientes ou também pelas próprios métodos⁴¹ e ideias de negócios⁴². O que é comum a todas as informações acabadas de mencionar é o facto de ser a possibilidade de as mesmas se poderem manter em segredo que confere ao titular do controlo legal das mesmas uma vantagem económica.

O caso das técnicas industriais, das técnicas de vendas e das técnicas de contratação de recursos humanos pode enquadrar-se na categoria de *know-how*. Outro dos casos que teve já abordagem no âmbito da protecção por via do segredo comercial é o dos modelos de negócios, isto é, o modo de determinada empresa atuar no mercado, designadamente pela característica diferenciadora de colocação de bens e serviços no mercado.

Nesta sequência, um dos casos que tem suscitado a protecção do segredo comercial é o dos modelos de gestão das companhias aéreas, o designado *yield management* ou, em tradução livre, a gestão de receitas⁴³. Neste campo é importante referir que a inadmissibilidade de protecção da reserva da informação produzida por esses modelos de gestão conduz, sem margem para dúvida, à divulgação de importantes elementos de gestão e de controlo das operações comerciais por parte das companhias aéreas. Está em

⁴¹ SILVA, PEDRO SOUSA E, *A patenteabilidade dos métodos comerciais*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 63 - Vol. I / II - Abr. 2003, consultado em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=57754&ida=57694

⁴² Outros se podem mencionar como o conteúdo dos estudos de mercado, as técnicas de contratação de recursos humanos, o conteúdo de estudos técnicos e científicos que tenham estado na base do desenvolvimento de determinada invenção suscetível ou não de aplicação industrial, receitas para confeção de géneros alimentícios (cfr. artigo 39.º, n.º 1 do Regulamento (CE) n.º 178/2002) entre outros. Dando alguns exemplos sobre as informações que poderão encontrar-se contidas num direito à protecção de segredos comerciais *vide* PAÚL, JORGE PATRÍCIO, *Concorrência desleal e Segredos de Negócio*, in *Direito Industrial*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, p. 149, MARQUES, J. P. REMÉDIO, *Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual*, Volume II, Almedina, Coimbra, 2007, ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA, *Concorrência Desleal...*, p. 459.

⁴³ O conceito de *yield management* é transversal a diversas áreas de atividade que não apenas ao da aeronáutica, muito embora surja intimamente conexo com o desenvolvimento de atividades económicas ligadas ao turismo. *Vide*, para uma perspetiva geral, MODARRES, MOHAMMAD e NAZEMI, JAMSHID, *Yield Management in Manufacturing: A Conceptual Model & Research Propositions*, (August 2, 2005), disponível em <http://ssrn.com/abstract=2305232> e TEWARI, RUCHI, *Understanding Applied Yield Management Practices in the Hotel Industry Using Simulation Techniques*, in MIT School of Management (MITSOM), Post Graduate Research Centre, Vol. 1. Issue 2. 2009, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2034808> e WITHIAM, GLENN, *Yield Management* disponível em <http://www.hotelschool.cornell.edu/research/>, definindo, este último autor, que o *yield management* é um conceito chapéu (“*umbrella term*”) para um conjunto de estratégias que permitem que empresas de serviços com restrições de capacidade percebam qual a receita ideal a retirar das suas operações. O núcleo do conceito do *yield management* é o fornecimento do service ideal, ao cliente ideal e ao preço ideal.

causa a forma como cada uma das companhias organiza, ao longo do ano, o respectivo plano de rotas, e que, pese embora a – só – aparente simplicidade, poderá demonstrar muito sobre aquilo que são os objetivos empresariais de cada uma das companhias e sobre a forma como os pretende alcançar.

A tutela dessas informações foi já referida no âmbito de um processo judicial que opôs, nos EUA, duas companhias aéreas no caso *American Airlines, Inc. v. KLM Royal Dutch Airlines, Inc.*⁴⁴ do *United States Court of Appeal* do Oitavo Circuito, nos termos do qual se referiu que:

“6

Antes da desregulamentação da indústria aérea em 1978, as companhias aéreas dispunham de poucas classes de tarifas para os clientes e todas as companhias aéreas cobravam taxas muito semelhantes para os voos entre as mesmas origens e destinos. A concorrência resultante após 1978, entre companhias aéreas convidou a abordagens criativas para melhorar as receitas, incluindo a expansão das classes de tarifas e taxas. Um conceito conhecido como yield management, no jargão da indústria, evoluiu. As companhias aéreas desenvolveram modelos de gestão do rendimento, que procuraram equilibrar a capacidade de passageiros de avião com a procura para o serviço de tal forma que a utilização mais rentável da classe de Tarifa pôde ser maximizada.

7

Estes modelos de gestão do rendimento são altamente sofisticados e bastante caros desenvolver. Os modelos envolvem análise e aplicação financeira, logística e dados de mercado, num esforço para maximizar a receita ou rendimento de um voo. Os modelos utilizam sistemas de computador e equações matemáticas elaboradas, algoritmos e constantes para simular a previsão de oferta e procura. Há muitos elementos matemáticos na indústria da aviação, que são amplamente utilizados e reconhecidos no domínio público como factores significativos no desenvolvimento de um sistema de gestão do rendimento efetivo. Uma empresa que mais eficazmente pode igualar a procura com as tarifas de classe mais rentáveis através de seu sistema de gestão de rendimento terá seguramente uma vantagem competitiva.” (destaque nosso)

⁴⁴ 42 U.S.P.Q.2d 1723

Em complemento ao Acórdão acabado de citar poderá referir-se, com GUILHERME ROCHA⁴⁵ que:

“As companhias aéreas querem em última análise maximizar lucros. Como os custos variáveis (dependentes da quantidade de passageiros transportados) são relativamente pequenos quando comparados com os custos fixos (dependentes da capacidade da aeronave), a solução de maximização das receitas está muito próxima da solução de maximização de lucros. Deste modo, os sistemas de Gerenciamento de Receitas se consagraram como instrumentos altamente eficazes para aumentar a lucratividade destas empresas aéreas.”

Como decorre do Acórdão, e da citação abaixo, os referidos modelos de gestão, podem demorar anos até ficarem afinados com aquilo que é pretendido pelas companhias que os desenvolvem, pelo que o resultado obtido será fruto da experiência comercial das companhias aéreas e confere-lhes uma vantagem económica. Pelo que, a revelação dessas informações conexas com essas opções estratégicas poderia pôr em causa a saudável concorrência entre as companhias aéreas, prejudicando-as.

Para além dos modelos de gestão também têm suscitado a tutela do segredo comercial a proteção do segredo comercial a utilização de algoritmos informáticos, como por exemplo os algoritmos de pesquisa de termos na *internet*, de que o mecanismo de pesquisa do *Google* é exemplo, adiante voltaremos à multiplicidade informativa que se poderá subsumir à ideia de segredo comercial.

4.7. Breve resenha doutrinal sobre o tema.

Como referimos, na introdução, a matéria do segredo tem sido tratada essencialmente em conjunto com a matéria da concorrência desleal. Sem prejuízo daquilo que tem sido abordado noutros ramos da ordem jurídica, o lugar de debate da proteção de informações empresariais sigilosas tem sido o Direito Intelectual, em especial no Direito Industrial e mais concretamente no âmbito da disciplina da concorrência desleal. Nessa sequência um dos primeiros autores portugueses a abordar a matéria terá sido,

⁴⁵ *Introdução ao Gerenciamento de Receitas de Companhias Aéreas*, in Revista de Literatura dos Transportes, Volume 2, Número 1, 2008, pp. 125-146.

JOSÉ LOBO D'AVILA LIMA, na sua obra intitulada *Da Concorrência Desleal*⁴⁶ de 1910. Nessa obra, embora se enquadrem os *segredos de fábrica* no contexto da concorrência desleal⁴⁷, surpreende-se contudo a admissibilidade da existência de um eventual direito de exclusivo do segredo, desde que o mesmo se revestisse de um carácter de *absoluta novidade*. O autor explicava, contudo, que essa era apenas uma eventual possibilidade de enquadramento do *segredo de fábrica* no Direito francês, e apenas no âmbito do Direito Penal. Seguiram-se outros autores na doutrina nacional que, embora sempre incidentalmente e no quadro mais amplo da exposição de outras matérias, se foram referindo a uma ideia de tutela do segredo, sendo disso exemplo a obra de JORGE PATRÍCIO PAÚL⁴⁸, de 1965

Mais recentemente, em 1984, é editada a obra de AMÉRICO DA SILVA CARVALHO⁴⁹ no âmbito da qual o autor, na fase introdutória, refere que, e permita-nos o leitor a citação da passagem completa, em razão da expressividade do respetivo conteúdo que se pretende aqui reproduzir na íntegra:

“O Know-how não será objecto de qualquer referência especial, devendo aplicar-se as regras relativas à concorrência desleal.

Esta figura tão desprezada no nosso direito, que até há muito pouco tempo não tinha merecido, entre nós, que sobre ela se elaborasse um estudo, indispensável aliás, quer, quanto ao seu conceito e natureza jurídica, quer quanto à natureza jurídica da sua transferência, e sobre muitos outros aspectos, desempenha um papel importantíssimo na vida moderna. Em face da evolução ou modificação que está a sofrer a Propriedade Industrial, não parece descabido perguntar-se se não se deverá atribuir ao Know-How, um direito privativo, como qualquer outro direito de Propriedade Industrial. Sem aprofundar a questão, inclinamo-nos para uma resposta afirmativa.”

Ou seja, aparece aqui uma primeira expressão na Doutrina nacional, que aponta para uma solução, aparentemente *de jure condendo*, de tratamento autónomo da figura do *know-how*. Embora o autor não identifique o que pretende classificar como *know-how*, é

⁴⁶ LIMA, JOSÉ LOBO D'AVILA, *Da Concorrência Desleal*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1910.

⁴⁷ *In op. cit.* p. 255.

⁴⁸ *Concorrência desleal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1965, correspondente à dissertação apresentada no Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano letivo de 1962-63.

⁴⁹ *Concorrência desleal: princípios fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1984.

indubitável que o pretendeu fazer com referência aos conhecimentos que na altura já recaíam no domínio da concorrência desleal. Assim, artigo 212.º, 9.º do Código da Propriedade Industrial de 1940, sancionava como ilícito de concorrência desleal “*a ilícita apropriação, utilização ou divulgação dos segredos de indústria ou comércio de outrem, se ao agente não coub[esse] maior responsabilidade pela aplicação do artigo 462.º do Código Penal*”. Chama-se contudo a atenção para o importante estudo de ANTÓNIO JOSÉ CARDOSO MOTA⁵⁰ relativo ao *know-how* que data, igualmente, de 1984, sendo que a temática voltaria a ser de novo abordada, no Direito nacional, por MARIA GABRIELA FIGUEIREDO DIAS⁵¹, numa obra editada em 1995.

A possibilidade de tratamento autónomo da figura veio, mais tarde a ser novamente abordada por JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, autor da mais extensa obra nacional relativa à disciplina da concorrência desleal. O autor, na sua monografia *Concorrência Desleal*⁵², sustenta⁵³, precisamente, que ao abrigo do Código da Propriedade Industrial de 1940, e tendo em conta o concurso de punições a que aludia o respetivo artigo 212.º, 9.º, “*a previsão da violação dos segredos de negócios, embora formalmente contida no capítulo da concorrência desleal, escapava afinal a este domínio*”.

Atualmente são já diversos os autores que se pronunciaram sobre a matéria da proteção de informações comerciais confidenciais, merecendo particular destaque, pelo detalhe expositivo, a atenção que lhe foi dispensada por J. P. REMÉDIO MARQUES na sua extensa obra *Bioteologias(s) e Propriedade Intelectual*, particularmente no Volume II⁵⁴, no âmbito do qual o autor aborda a possibilidade de “*os recursos biológicos e os conhecimentos tradicionais associados relativos à localização, manipulação e utilização pode[re]m beneficiar da tutela jurídica fragmentária que a lei dispensa ao saber-fazer (Know-how), ao segredo dos negócios.*”

Como começámos por referir, na introdução, uma das razões que nos trouxe ao tema objeto do presente estudo foi a dispersão do tratamento da matéria do segredo, chamou-nos particular atenção, designadamente, a abordagem da matéria no âmbito do Direito Comercial, no âmbito do Direito do Trabalho, no âmbito do Direito Administrativo e no âmbito do Direito Penal. Assim, também no âmbito de cada uma daquelas disciplinas

⁵⁰ *O know-how e o direito comunitário da concorrência.*

⁵¹ *A assistência técnica nos contratos de Know-How.*

⁵² *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, 2002

⁵³ *In op. cit.* p. 462.

⁵⁴ *Bioteologias(s) e Propriedade Intelectual...*, pp. 471 ss.

jurídicas começam a surgir diversos trabalhos doutrinários que abordam a matéria do segredo comercial.

Sem qualquer objetivo de ser exaustivo, e até porque teremos de voltar a referir-nos a estes ramos da ordem jurídica, detetam-se esparsas referências à matéria da admissibilidade (ou até, nalguns casos, obrigatoriedade) de preservação de algumas informações *empresariais* em confidencialidade. É importante, por isso, fazer referência, no âmbito do Direito das Sociedades Comerciais, designadamente, às anotações aos artigos 215.º e 291.º do CSC, relativos aos deveres de informação nas sociedades comerciais, primeiro por RAÚL VENTURA e depois por ANTÓNIO DE MENEZES CORDEIRO.

Também ainda no âmbito do Direito Comercial se tem trabalhado o conceito de *know-how* nos quadros da contratação comercial, particularmente no âmbito do contrato de *franchising*, a que adiante voltaremos, podendo encontrar-se obras que se debruçam essencialmente sobre a discussão da celebração de pactos de confidencialidade tendo por objeto informações sensíveis, relativas, designadamente a técnicas de vendas, de descontos, de gestão da cadeia empresarial etc. Identificam-se, por isso, diversas referências à tutela da confidencialidade no âmbito da contratação comercial, designadamente nas obras de JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES⁵⁵, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO⁵⁶ e PEDRO ROMANO MARTINEZ⁵⁷ e a monografia de MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO⁵⁸ relativa ao contrato de *franchising*.

No tocante ao Direito do Trabalho, é precisamente no quadro da celebração de pactos de confidencialidade⁵⁹ que mais a doutrina, e neste campo com um labor jurisprudencial cada vez mais significativo, como veremos *infra*, se tem pronunciado, um pouco por todos os manuais da disciplina jurídica, nos capítulos referentes aos deveres do trabalhador e, em especial, no que tange aos deveres de lealdade do mesmo. Por ser uma questão tem despertado particular interesse na *laboralística* encontram-se já alguns trabalhos monográficos que acabam por aludir à matéria da confidencialidade de certas

⁵⁵ *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2012.

⁵⁶ *Direito Comercial - Contratos de Distribuição Comercial*, Almedina, Coimbra, 2009.

⁵⁷ *Contratos Comerciais*, Principia, Cascais, 2001, pp. 33 ss.

⁵⁸ *O contrato de franquia (franchising) : noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 167 ss.

⁵⁹ Não confundir com os pactos de não concorrência, a que adiante nos iremos referir.

informações *postas ao serviço do comércio*, são disso exemplo os trabalhos de SOFIA SILVA E SOUSA⁶⁰ e JÚLIO GOMES⁶¹.

Diversas outras obras, dispersas na Doutrina, que acabam, de uma forma ou de outra por se referir a um conceito mais ou menos lato de segredo comercial, no quadro dos mais diversos ramos da ordem jurídica nacional poderiam aqui ser mencionadas, mas não é isso que se procura com esta introdução à Doutrina nacional do segredo comercial. O que se pretende, e se crê ter alcançado nas linhas que se antecederam, é que, independentemente de a Doutrina do Direito Industrial, na maior parte das vezes coloque o tratamento do segredo comercial no âmbito da concorrência desleal, cada vez com maior frequência aquele tratamento começa a merecer destaque noutros ramos da ordem jurídica. E cada vez mais a Doutrina vai ensaiando novas (ou antigas e agora reformadas) definições no quadro da disciplina jurídica em que respetivamente se inclua, para o que seja o segredo comercial nessa disciplina, o que nos leva a equacionar se, com tantas referências a uma tutela de informações sigilosas, não terá, pelo contrário de se procurar uma visão integrada da tutela do segredo comercial.

Não obstante, e porque não se pretende tomar uma posição relativa àquela matéria já nesta fase do trabalho, veja-se ainda que, num último exemplo, acerca de um ramo da ordem jurídica em que a tutela das informações tem conhecido um interesse da doutrina e da jurisprudência, é o Direito Administrativo, mais concretamente a disciplina do acesso às informações administrativas e neste particular, para além de toda Doutrina que, invariavelmente, acaba por ter ponderar a natureza da informação confidencial que é alvo de exceção do dever de as entidades públicas revelarem a informação que tenham sob o seu controlo, nesse âmbito se salientando as obras de JOSÉ RENATO GONÇALVES⁶² e ALEXANDRE BRANDÃO DA VEIGA⁶³, importa destacar, como primordial importância para as questões que se pretendem versar no presente trabalho o artigo de DÁRIO MOURA VICENTE⁶⁴, especificamente dedicado à matéria do segredo comercial no quadro da exceção prevista da LADA. Nesse artigo, que é um dos mais recentes na Doutrina nacional sobre a matéria do segredo comercial, o autor sustenta que, e – de novo, e sem

⁶⁰ *Obrigação de não concorrência com efeitos post contractum finitum*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012

⁶¹ *Algumas novas questões sobre as cláusulas ou pactos de não concorrência em Direito do Trabalho*, Revista do Ministério Público, 127, julho-setembro, 2011, Lisboa, pp. 77 a 99.

⁶² *Acesso à Informação das Entidades Públicas*, Almedina, Coimbra, 2002.

⁶³ *Acesso à Informação da Administração Pública por Particulares*, Almedina, Coimbra, 2007.

⁶⁴ *Segredo Comercial e Acesso à Informação Administrativa*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Sérvulo Correia*, Coimbra, 2010, Vol. 3, p. 297

prejuízo de adiante a este ponto regressarmos – permita-nos o leitor a citação da passagem completa:

“*O segredo comercial constante de documentos administrativos não é, pois, protegido em si mesmo, mas tão-só e na medida em que o acesso ao mesmo possibilite, no caso singular, a prática de actos de concorrência desleal. (...)*”

O autor voltou novamente à temática do segredo comercial, mais recentemente, num estudo respeitante à questão de saber se a informação poderá ser objeto de direitos subjetivos⁶⁵, referindo-se aí também à tutela das informações comerciais no âmbito da proteção dispensada pelo art. 318.º do CPI às informações não divulgadas⁶⁶.

Mais recentemente, e abordando a matéria de forma inovadora, podem identificar-se na doutrina os diversos trabalhos de NUNO SOUSA E SILVA, designadamente abordando o conceito de segredo de negócio⁶⁷, a sua aplicação no Direito nacional⁶⁸, a proposta da diretiva sobre segredos comerciais⁶⁹ e as questões conexas com a proteção de segredos comerciais no contexto da atividade laboral e da admissibilidade da restrição da liberdade de trabalho de um *ex-trabalhador*⁷⁰. A diversidade temática, no quadro da proteção do segredo comercial, que tem vindo a ser abordada pelo autor bem demonstra o crescente interesse que a matéria suscita e evidencia uma lacuna na problematização da temática.

Ora, em face do exposto, parece claramente que os dados estão lançados na Doutrina para haver lugar a uma discussão interessante dos pontos de vista conflitantes, é que, se como vimos, autores apontam para uma abordagem isolada do conceito de *segredo* em cada um dos ramos jurídicos, outros parecem apontar para existência de um conceito

⁶⁵ *A informação como objeto de direitos*, in Revista de Direito Intelectual, N.º 01, 2014, pp. 115 – 129.

⁶⁶ *A informação ...*, cit., pp. 124 – 126.

⁶⁷ *Quando o segredo é a “alma do negócio” – definição de um conceito*, in Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, n.º 126, 2013.

⁶⁸ *Um retrato do regime português dos segredos de negócio*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 75, Vol. I/II, Jan./Jun., 2015.

⁶⁹ *A proposta de directiva em matéria de segredos de negócio – estado e perspectivas*, in Revista de Direito Intelectual, N.º 2, 2014, pp. 259 – 305 e *What Exactly is a Trade Secret Under the Proposed Directive?* (April 7, 2014), Journal of Intellectual Property Law & Practice (2014) 9 (11): 923-932, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2427002>

⁷⁰ *Trabalho e segredos de negócio – Pode um (ex-)trabalhador ser proibido de trabalhar?*, in Questões Laborais, Ano XXII— n.º 47 — 2015, pp. 217 – 271.

unitário que acaba por convocar a aplicação complexa de diversos normativos, que não apenas os próprios do ramo jurídico em estudo.

4.8. Indefinição na delimitação do conceito.

Como pudemos observar em face de tudo quanto vem de ser exposto, na larga maioria das dispersas matérias acabadas de visitar, para efeitos de identificação da tutela de informações comerciais que se pretendem manter confidenciais, verificam-se cautelas do legislador com tal escopo, cautelas que tomam a forma de conceitos mais ou menos desenvolvidos de segredo comercial, segredo industrial ou de informações confidenciais, conceitos esses que se articulam no âmbito de normas marcadamente proibitivas (veja-se, designadamente, o disposto na lei de acesso aos documentos administrativos ou à informação ambiental ou a regra 9.2 do Regulamento de Execução do Tratado de Budapeste sobre o Reconhecimento Internacional do Depósito de Microrganismos) ou da admissibilidade da consagração de cláusulas de confidencialidade (como se pode verificar, embora não especificadamente para a matéria da confidencialidade, mas também a contendo, no caso do artigo 136.º do CT ou ainda como o afloramento da obrigação de confidencialidade nos termos do artigo 128.º, n.º 1, alínea f) do CT). A dispersão normativa acabada de invocar, não permite claramente identificar qual o concreto valor que o ordenamento jurídico pretende atribuir ao segredo comercial, parecendo mais, que essa valoração muito dependerá dos valores que se levantem no quadro do diploma legislativo onde a proteção do segredo comercial acaba por surgir.

Essa, entendemos, inconstância conceptual permite que se levante a legítima questão de saber, então, porque se encontra nos diversos diplomas acima identificados a menção à ideia geral de informações que, de uma forma ou de outra, se procuram tutelar. Neste sentido, caso se adote a perspetiva de que o artigo 318.º do CPI impõe um específico afloramento do artigo 317.º CPI, na medida em que aquele apenas conferiria uma mera proteção reativa e não já ativa por parte de quem preservasse as informações a que o artigo 318.º do CPI se refere, então também se tem de conceder uma ampliação da aplicação do instituto da concorrência desleal, mesmo perante situações que, *prima facie*, não aparentariam suscitar questões de tal natureza, veja-se a proteção ante o trabalhador (artigo 128.º, n.º 1, alínea f) do CT), ante jornalistas (cfr. artigo 8.º, n.º 3 do Estatuto do Jornalista), ante os próprios sócios (cfr. artigos 215.º, n.º 1, 290.º, n.º 2,

291.º, n.º 4, alínea c), todos do CSC) ou, por exemplo, dos próprios fiscal único, revisor oficial de contas e/ou membros do conselho fiscal da sociedade (cfr. artigo 422.º, n.º 2 do CSC) e ainda dos trabalhadores integrantes de estruturas de representação coletiva (412.º do CT).

Ou seja sustentar que o segredo comercial *vive*, sob a designação de informação não divulgada, no regaço da concorrência desleal, tal qual a mesma surge configurada no artigo 317.º do CPI, implica também que, para se poder tutelar a reserva do segredo comercial, em todos aqueles casos acabados de descrever se identificasse um ato de concorrência desleal e existissem, igualmente, os pressupostos que justificam a aplicação do instituto (cfr. pp. 119 ss. *infra*).

5. Experiência internacional

5.1 Introdução

Numa primeira aproximação à matéria do segredo comercial nos ordenamentos jurídicos estudados pode identificar-se que, tal como sucede no Direito português, a proteção do segredo comercial se faz com recurso a um conjunto de normas dispersas no respetivo ordenamento jurídico, sendo de assinalar, com particular destaque, normas de Direito Penal, de Direito Administrativo, de Direito Civil, de Direito Industrial e da Concorrência Desleal, sendo que, igualmente apenas no tocante aos ordenamentos estudados, apenas nos EUA se encontra um diploma (na realidade 47 diplomas diferentes em cada um dos estados) que especialmente regula a matéria do segredo comercial⁷¹, nos termos que veremos *infra*.

Entre os ordenamentos jurídicos estudados destacam-se ainda as particularidades de que, apesar de no Direito alemão e no Direito espanhol, a tutela surgir também no contexto de diplomas respeitantes à concorrência desleal, quer num país, quer no outro, as respetivas normas permitem a tutela da informação independentemente da existência de uma relação concorrencial com o infrator, como veremos em seguida.

É igualmente interessante observar a experiência italiana que, com a reforma ao *Codice della proprietà industriale* de 2005, viu ser integrada na sua disciplina interna respeitante ao Direito Industrial uma norma, que aos olhos da doutrina italiana maioritária criava um direito de exclusivo sobre as *Informazioni segrete*. A norma então introduzida viria rapidamente a ser alterada em 2010, de forma a superar as críticas que então foram dirigidas à configuração legal da proteção.

Paradigmática é a experiência norte americana da qual se pode retirar a existência de instrumentos jurídicos autónomos – como sejam os *Trade Secrets Acts* dos estados – criados especificamente para assegurar a proteção de um espaço de reserva da

⁷¹ Não obstante, na União Europeia pode também referir-se que a Suécia é o único Estado membro que dispõe de um instrumento legislativo que especialmente regula a matéria do segredo comercial, trata-se do *Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter*, ao abrigo qual já terá inclusivamente sido aplicada a pena de prisão a um ex-trabalhador da Ericsson, precisamente por espionagem industrial (cfr. a notícia em <http://www.theguardian.com/media/2002/nov/07/newmedia.citynews>) ou a condenação de um ex-trabalhador e respetiva nova entidade empregadora, pela utilização ilícita da listagem de clientes do anterior empregador (cfr. a notícia em <http://www.sydsvenskan.se/lund/10-miljoner-for-stulnakundregister/>). Para mais desenvolvimentos vide CAENEGEM, WILLIAM VAN, *Trade Secrets Intellectual Property, Breach of Confidence, Misappropriation and Unfair Competition*, Kluwer Law, 2014, pp. 168 ss.

informação comercial confidencial. Por ser a ordem jurídica que dispõe de maior acervo de fontes normativas, doutrinárias e jurisprudenciais justifica-se que comecemos pela mesma, a seguinte breve exposição respeitante aos regimes jurídicos estrangeiros, norteados por um objetivo: a identificação da amplitude do objeto de tutela em cada uma dessas ordens jurídicas.

5.2 Estados Unidos da América

a) Fundação e evolução jurisprudencial

A doutrina⁷² dos EUA tem indicado como se tratando, provavelmente, do primeiro caso de *trade secret* a ser julgado nos tribunais americanos o *Vickery v. Welch*⁷³, no contexto do qual se discutiu se o autor, John Vickery, na sequência da celebração de um contrato de trabalho com o réu, Jonas Welch, deveria ou não ter o exclusivo benefício de confeccionar chocolates de acordo com o modo utilizado pelo réu e se, na decorrência desse mesmo contrato, teria o réu que comunicar essa sua arte secreta (*secret art*) de fazer chocolates ao autor, bem com se este último havia acordado com o primeiro a comunicar-lhe o segredo e a não o divulgar a terceiros. Nesse caso o tribunal entendeu que o *pacto de transmissão de conhecimentos*, do réu para o autor, era perfeitamente válido e que a proibição de revelação, por parte do réu, das informações transmitidas, não só não seria contra a concorrência (“*restraint of trade*”), como se imporia mesmo, considerando que a possibilidade de o réu poder continuar a revelar o segredo do seu comércio a terceiros, poria inequivocamente em causa a própria transmissão do direito a essa informação (tal “...*would have defeated the very transfer of the right.*”) O curioso no caso, para além de ser o primeiro documentado na ordem jurídica dos EUA, é que se colocava a questão da existência de uma obrigação de manutenção em confidencialidade imposta ao próprio *criador* da informação. A visão que aí era inicialmente esboçada pela decisão, viria de facto a influenciar a evolução jurisprudencial subsequente, que partiria também de uma certa ideia de propriedade sobre a informação.

RICHARD G. BONE, num estudo que versa sobre um dos atuais requisitos de proteção dos segredos comerciais nos EUA, respeitante às razoáveis precauções de sigilo (*reasonable secrecy precautions*)⁷⁴, refere-se a uma evolução do *Trade secret law* dividida em 4 principais fases, consoante a maior e a menor aproximação das decisões a

⁷² Vide v.g JAGER, MELVIN F., *Trade Secrets Law*, Clark Boardman Company, Ltd., Nova Iorque, Release # 9, 1990, p. 1-6, DENICOLA, ROBERT, *The Restatements, the Uniform Act and the status of American trade secret law*, in AAVV, *The Law and Theory of Trade Secrecy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK e Northampton, MA, USA, 2011, p. 18, n. 4 e SANDEEN, SHARON K., *Relative Privacy: What Privacy Advocates Can Learn from Trade Secret Law*. Michigan State Law Review, Vol. 6. 2006, consultado em: <http://ssrn.com/abstract=1087145>, p. 674.

⁷³ 36 Mass. 523, 1837.

⁷⁴ Cfr. Secção 1 (4) (ii) do UTSA.

uma tese inicial baseada na ideia de propriedade (“*common-law property*”), tendente à proteção de direitos exclusivos sobre informações valiosas e a uma ulterior preocupação, suportada na responsabilidade delitual (*tort*) e tendente à prevenção e punição de métodos desleais de concorrência (*unfair methods of competition*)⁷⁵.

De acordo com a lógica de repartição cronológica proposta, numa primeira fase, que o autor situa entre os anos 1860 e 1920, terá dominado, então, a teoria da propriedade. A tese proposta caracterizava-se por ser algo formalista ao fazer depender a verificação de um direito algo próximo ao de propriedade (*common law property rights*)⁷⁶, da verificação de um conceito de posse, no sentido de o seu titular ter de ter o controlo ou domínio material sobre a coisa, ora, no caso informação, como “*as conceções são livres como pássaros no ar ou como feras selvagens na floresta, [elas pertencerão] a quem as colocar em cativeiro.*”⁷⁷ A proteção pelo regime da propriedade, operaria então pela adoção de medidas de precaução, tendentes à manutenção do controlo material da informação, é por isso que se identificam situações como a da descoberta de obrigações contratuais implícitas de confidencialidade, por parte dos trabalhadores, apenas quando estes tenham razões para saber que era suposto que a informação devesse ser mantida confidencial⁷⁸, ou, por exemplo, que precauções fossem adotadas no sentido de limitar a possibilidade de acesso às informações havidas por confidenciais, como também reporta o autor, ao referir o caso *Tabor v. Hoffman*⁷⁹, em que o tribunal entendeu que o autor (*plaintiff*), ao vender um produto contendo um sistema de bombeamento, sem haver requerido uma patente, publicou todos os segredos que pudessem ser prontamente acedidos pela inspeção da bomba, tendo dessa forma perdido o direito a esses segredos⁸⁰.

Para o período de 1920 a 1940, RICHARD G. BONE sustenta que se terá verificado o declínio das teses formalistas da proteção pelo conceito de propriedade⁸¹, logo em 1917

⁷⁵ BONE, RICHARD G., *Trade secrecy, innovation and reasonable secrecy precautions*, in AAVV, *The Law and Theory of Trade Secrecy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK e Northampton, MA, USA, 2011, pp. 49 – 58.

⁷⁶ BONE, RICHARD G., *Trade secrecy ...*, cit., p. 49.

⁷⁷ *Idem*, p. 50, citando o caso *Werckmeister v. American Lithographic Co.*, 134 Fed. 321, 324 (2d Cir. 1904), mais referindo que o tribunal, nesse caso, prosseguiu referindo que “*a proteção pelo common-law persiste apenas enquanto os cativos ou as criações sejam mantidas em clausura ou controladas.*”

⁷⁸ *Idem*, p. 49, citando o caso *Hamilton Mfg. Co. V. Tubbs Mfg. Co.*, 216 F. 401, 404, 407 (W. D. Mich. 1908).

⁷⁹ 118 N.Y. 30, 34, 36 (1889).

⁸⁰ BONE, RICHARD G., *Trade secrecy ...*, cit., p. 50.

⁸¹ BONE, RICHARD G., *Trade secrecy ...*, cit., p. 52.

se denota esse declínio no caso *E. I. duPont de Nemours Co. v. Masland*⁸², em que o Supremo Tribunal referiu que, numa determinada situação pode até negar-se a existência de propriedade sobre a informação mas não a sua confidencialidade, pelo que, para si, o ponto de partida, para a matéria de facto que aí se discutia, não poderia ser a propriedade nem o *due process of law*, mas sim o facto de que o réu se colocara numa relação confidencial com os autores.

O progresso na jurisprudência, no sentido de abandonar a ideia de proteção da informação comercial nos termos de um direito de propriedade foi, em 1939, secundado pela publicação do *Restatement (First) of Torts*⁸³, secções 757 e 758, referindo-se na secção 757, comentário *a.* que:

“A ideia de que alguém tem o direito de excluir outros do uso dos seus segredos comerciais por ter um direito de propriedade sobre a ideia tem sido frequentemente avançada e rejeitada. A teoria que tem prevalecido é a de que a proteção é apenas conferida por via de um dever geral de boa fé e que a responsabilidade existe apenas perante a violação desse dever; isto é, incumprimento contratual e abuso de confiança ou inadequação do meio de obtenção do segredo.”⁸⁴

O *Restatement* reporta-se ainda àquela que seria, no seu entendimento, o fundamento da proteção, para a *American Law Institute* a responsabilidade dependeria de o réu ter adquirido ou divulgado segredos por meios impróprios (“*improper means*”), sendo que,

⁸² 244 U.S. 100, 102 (1917), referido pelo autor na página 52 e também por TURNER, AMÉDÉE E., *The law of trade secrets*, Sweet & Maxwell Limited, Londres, 1962, p. 11.

⁸³ No Direito dos Estados Unidos os *Restatements of the law* constituem um conjunto de tratados acerca de determinadas matérias jurídicas, e que têm em vista informar os juízes e advogados sobre os princípios gerais do *Common Law*. Os tratados são organizados por uma associação de juízes, académicos, advogados e demais juristas, a *American Law Institute*, e, apesar de poderem influenciar a tomada de decisões por parte dos tribunais norte americanos, não constituem fonte de Lei (cfr. DENICOLA, ROBERT, *The Restatements ...*, cit., pp. 19 e 20). Para o seu enquadramento no Direito dos Estados Unidos vide VICENTE, DÁRIO MOURA, *Direito Comparado ...*, pp. 326 e 327.

⁸⁴ Importa, ainda, referir que o *Restatement (First) of Torts* § 757 cmt. b (1939), sustenta que não é possível uma definição exata de segredo comercial, refere, por isso, que “[a]lguns factores a considerar na determinação do facto de uma dada informação ser um segredo comercial de alguém são: (1) a extensão do conhecimento da informação fora do seu negócio; (2) a extensão do seu conhecimento por trabalhadores e outros envolvidos no seu negócio; (3) a extensão das medidas por si tomadas para manter o sigilo da informação; (4) o valor da informação para si e para os seus concorrentes; (5) o esforço e o dinheiro gastos por si no desenvolvimento da informação; (6) a facilidade ou dificuldade pelas quais a informação poderá ser adequadamente adquirida ou duplicada por terceiros.”

por meios impróprios, se deveria entender como sendo aqueles que fossem geralmente aceites num padrão de moralidade comercial e de conduta razoáveis⁸⁵.

Para o período que RICHARD G. BONE situa entre 1940 e 1980, o autor sustenta que terá sido o da afirmação da concorrência desleal (*unfair competition*) enquanto fundamento da proteção do segredo comercial, implicando uma viragem definitiva nas anteriores teses formalistas do direito de propriedade, referindo ainda que nessa fase o requisito das precauções razoáveis na manutenção da informação enquanto secreta quase que se esbateu, em detrimento dos princípios da moralidade de conduta no comércio, dando o exemplo do caso *Junker vs. Plummer*⁸⁶ como paradigmático do período em causa, caso em que o tribunal manteve a proteção do segredo comercial, contra um trabalhador, numa situação em que o empregador deixara esse trabalhador, e até os seus amigos, visualizarem uma determinada máquina em funcionamento⁸⁷.

Por último, o autor reporta-se ao período que se iniciou em 1980 e até à atualidade, período que tem como evento marcante a adoção, pela *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, do Uniform Trade Secret Act (“UTSA”)⁸⁸, o qual, tratando-se de um instrumento jurídico de *soft law*, carecia da respetiva *transposição* em cada um dos Estados. Volvidos cerca de 37 anos sobre a respetiva aprovação, o UTSA foi já adotado pela larga maioria dos Estados federais⁸⁹, existindo inúmeras decisões judiciais que remetem diretamente para o diploma legislativo estadual que consagra o UTSA no respetivo Estado. Sem prejuízo de voltarmos ao UTSA e aos requisitos dele constantes para a tutela do segredo comercial nos EUA, importa para já referir que, chegado a este período, RICHARD G. BONE não classifica o fundamento para a proteção do segredo comercial, remetendo para o requisito das *reasonable secrecy precautions*, a que se refere a secção (4) (b) do UTSA, após o que identifica várias conceções que têm sido avançadas pela doutrina norte-americana para justificar a proteção dos segredos comerciais para depois, especificamente debruçando-se sobre o requisito das *reasonable secrecy precautions*, vir referir que para si não faz

⁸⁵ BONE, RICHARD G., *Trade secrecy ...*, cit., p. 53; Restatement (First) of Torts § 757 cmt. f (1939).

⁸⁶ 320 Mass. 76 (1946).

⁸⁷ BONE, RICHARD G., *Trade secrecy ...*, cit., p. 56.

⁸⁸ KLITZKE, RAMON A., *The Uniform Trade Secrets Act*, 64 Marq. L. Rev. 277 (1980). Available at: <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol64/iss2/2>

⁸⁹ Consultada a página oficial da *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, em janeiro de 2016, constata-se que já inscreveram nas respetivas ordens jurídicas internas 47 Estados, aos quais acrescem ainda o Distrito de Columbia, Porto Rico e as Ilhas Virgens dos Estados Unidos, sendo de notar a ausência da aprovação do UTSA na Carolina do Norte, em Nova Iorque e em Massachusetts. Cfr. <http://www.uniformlaws.org/LegislativeFactSheet.aspx?title=Trade%20Secrets%20Act>

sentido mantê-lo num contexto em que houve uma notável alteração na jurisprudência que implicou uma viragem a favor da conceção da concorrência desleal, como estando na base da proteção do segredo comercial. Adiante voltaremos a este requisito, mas para já, o que importa reter é que o tal período a que o autor se refere, tem de facto estado algo próximo da matéria da concorrência desleal⁹⁰, não sendo, contudo, essa a única fundamentação.

Na realidade a *cause of action* de eleição no ordenamento jurídico dos EUA tem sido o próprio UTSA, juspositivado na maioria dos Estados, o qual constitui uma *cause of action* distinta da concorrência desleal⁹¹, que trata de identificar um delito (*tort*). A opção adotada por RICHARD G. BONE reporta-se concretamente à justificação do requisito das *reasonable secrecy precautions*, porque no que diz respeito à justificação da doutrina do segredo comercial o autor tem uma visão muito particular, tendo proposto, num estudo anterior⁹², “(...) que par[ássemos] de buscar uma justificação funcional para o Direito do segredo comercial [“trade secret law”] e reconhe[cêssemos] este campo do Direito como aquilo que ele é – uma coleção de outros delitos legais. Com esta perceção, muito acerca do Direito do segredo comercial se torna compreensível, especialmente o seu parasitismo. Ao mesmo tempo, por outro lado, muito da sua estrutura doutrinal se torna difícil de justificar.” O autor afasta assim, a existência de um ramo jurídico autónomo que se dedique ao segredo comercial, fazendo uma leitura restritiva da proteção jurídica que os EUA dispensam aos segredos, sustentando que toda a proteção advém de um concreto ramo jurídico, que servirá como hóspede de suporte normativo, daí o invocado *parasitismo*.

Se tomasse posição quanto à questão que colocámos no início do presente trabalho, RICHARD G. BONE, votaria, provavelmente, contra uma visão integrada do segredo comercial.

⁹⁰ Como, por exemplo os casos *Burten v. Milton Bradley Co.*, 222 U.S.P.Q. 605 (1st Cir. 1985) e *Curtiss-Wright Corp. v. Edel-Brown Tool & Die Co.* 381 Mass. 1, 407 N.E. 319 (1980), para mais casos sobre este fundamento de proteção vide JAGER, MELVIN F., *Trade Secrets Law*, Clark Boardman Company, Ltd., Nova Iorque, Release # 9, 1990, p. 1-7.

⁹¹ Cfr. CAENEGEM, WILLIAM VAN, *Trade Secrets Intellectual Property, Breach of Confidence, Misappropriation and Unfair Competition*, Kluwer Law, 2014, p. 107.

⁹² *A New Look at Trade Secret Law: Doctrine in Search of Justification*, 86 Cal. L. Rev. 241 (1998), consultado em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol86/iss2/1>, pp. 245 – 246.

Sem prejuízo de posições mais ou menos extremadas, o amplamente citado caso *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.*⁹³ veio trazer alguns argumentos para a conceção segundo a qual, a proteção do segredo comercial se faz nos EUA, também com o intuito proteger o interesse geral de encorajamento à invenção e inovação. Em rigor discutia-se se as normas federais sobre patentes deveriam prevalecer⁹⁴ (*preempt*) sobre a proteção do segredo comercial conferida pelo *common law* estadual, no caso o *tort* de *unfair competition* do estado de Ohio. O Supremo Tribunal, entre outros argumentos, referiu-se ao facto de que a proteção pelo segredo comercial permite ao seu criador uma proteção imediata da sua inovação, independentemente da sua submissão a um – prolongado – pedido de registo de patente, sendo que, considerando as situações em que o criador ache que não se verificam os requisitos de patenteabilidade, por um lado, ou em que, por outro lado, para si a verificação dos mesmos pela inovação é duvidosa, entendeu o Supremo Tribunal que a tutela da inovação pelo segredo comercial seria, também, mais vantajosa para o interesse público, na medida em que afastaria da análise do USPTO, pedidos que estariam, à partida, votados ao fracasso⁹⁵. O Supremo Tribunal sustentou⁹⁶, ainda, que “*certamente a política das patentes de encorajar a invenção não fica afetada pela existência de outras formas de incentivo à invenção. A este respeito os dois sistemas não estão e nem nunca estarão em conflito.*”

No campo da justificação e fundação do ramo jurídico do *Trade Secret Law*, outras propostas têm também vindo a ser trazidas a terreiro, importando, por exemplo, reter a posição de JAMES W. HILL, o qual, suportando-se numa conceção *personalística*, sustenta que a proteção do segredo comercial se deve também considerar como um reflexo da identidade pessoal, referindo-se a um correspondente direito ligado à sua personalidade, sendo que este direito existe independentemente de qualquer relação

⁹³ 416 U.S. 470 (1974). Vide sobre o enquadramento histórico e leitura atualista, após a aprovação do UTSA, SANDEEN, SHARON K., *Kewanee Revisited: Returning to First Principles of Intellectual Property Law to Determine the Issue of Federal Preemption*, Marquette Intellectual Property Law Review, Vol. 12, 2008, consultado em: <http://ssrn.com/abstract=1095871>

⁹⁴ Trata-se do princípio do primado do Direito federal sobre o Direito estadual, partindo, contudo da ideia de repartição de competências entre os Estados e a federação, nos termos da qual, todos os poderes que não hajam sido transferidos pela Constituição para órgãos federais se mantêm na titularidade dos órgãos estaduais, sendo que a matéria respeitante ao Direito de Autor e à propriedade industrial pertence, de facto, ao Congresso, nos termos da secção 8ª do artigo I da Constituição, cfr. VICENTE, DÁRIO MOURA, *Direito Comparado ...*, pp. 289 e 316 - 320.

⁹⁵ SANDEEN, SHARON K., *Kewanee Revisited: Returning ...*, cit., p. 324.

⁹⁶ Cfr., também, JAGER, MELVIN F., *Trade Secrets Law*, Clark Boardman Company, Ltd., Nova Iorque, Release # 9, 1990, § 1-11.

contratual⁹⁷. MELVIN F. JAGER⁹⁸ salienta, ainda, o caso *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*⁹⁹, secundando o caso *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.*¹⁰⁰, no qual foi também afluída a questão de a proteção de *um direito humano fundamental, de privacidade, ser ameaçada se a espionagem industrial for tolerada e tornada rentável.*” Para o autor, essa preocupação ascendeu, assim também, ao conjunto de razões que se encontram na base de uma política pública de proteção dos segredos comerciais (*pelo Direito estadual*), em conjunto com a manutenção da moralidade comercial e o encorajamento à invenção e inovação.

Expostas que estão as principais orientações doutrinárias acerca do que sejam os fundamentos de proteção do segredo comercial nos EUA, importa agora atentar, aos requisitos que têm sido utilizados pelos tribunais, socorrendo-se do UTSA, para garantir, ou negar, a proteção dos segredos comerciais.

b) O *Uniform Trade Secret Act*

i. Colocação sistemática

Elaborado pela *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* e terminado em 1979, o UTSA¹⁰¹ foi já adotado pela larga maioria dos Estados federais, dessa forma harmonizando os direitos internos de cada um dos Estados em consonância com os requisitos de proteção do segredo comercial dele constantes, sendo que, como referem ELIZABETH A. ROWE e SHARON K. SANDEEN¹⁰², mesmo nos Estados em que o UTSA não foi adotado, uma harmonização quanto aos princípios gerais da proteção dos

⁹⁷ *Trade Secrets, Unjust Enrichment, and the Classification of Obligations*, 4 Va. J. L. & Tech. 2 (1999), § 125. Vide, também, a posição tomada por ROWE, ELIZABETH A., *Trade Secret Litigation and Free Speech: Is it Time to Restrain the Plaintiffs?*, Boston College Law Review, 2009; University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 2009-24, consultado em: <http://ssrn.com/abstract=1428021>, reportando-se a um conceito de “*privacidade comercial*”, p. 12. Contra estas posições vide, entre outros, RISCH, MICHAEL, *Trade secret law and information development incentives*, in AAVV, *The Law and Theory of Trade Secrecy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK e Northampton, MA, USA, 2011, p. 180 e CAENEEM, WILLIAM VAN, *Trade Secrets Intellectual Property, Breach of Confidence, Misappropriation and Unfair Competition*, Kluwer Law, 2014, p. 46.

⁹⁸ *Trade Secrets Law*, Clark Boardman Company, Ltd., Nova Iorque, Release # 9, 1990, p. 1-15.

⁹⁹ 489 U.S. 141 (1989).

¹⁰⁰ 416 U.S. 470 (1974).

¹⁰¹ KLITZKE, RAMON A., *The Uniform Trade Secrets Act*, 64 Marq. L. Rev. 277 (1980), consultado em: <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol164/iss2/2>

¹⁰² ROWE, ELIZABETH A. e SANDEEN, SHARON K., *Trade Secrecy and International Transactions*, Edward Elgar Publishing, 2015, pp. 36 – 37.

segredos comerciais foi igualmente alcançada, pela aprovação, na Carolina do Norte, de um diploma embora não idêntico ao UTSA, mas contendo algumas semelhanças e em Massachussets e Nova Iorque, com uma evolução jurisprudencial muito próxima dos princípios a que se reporta o UTSA.

De acordo com a lógica de repartição de Direito federal e Direito estadual¹⁰³, nos EUA, a tutela proveniente de normas legais conferida ao “*trade secret*” é, então, essencialmente de origem estadual, através da aprovação de diplomas estaduais transpondo para o respetivo Direito interno o UTSA, sendo que alguns adotaram ainda a versão inicial, de 1979, e outros a versão já revista, de 1985. Papel de importante relevo na evolução do *Trade Secret Law*, tem desempenhado o *Common Law* – as regras paulatinamente introduzidas quer a nível estadual quer a nível federal pelos casos julgados – que, como vimos, esteve na base da fundação dos pressupostos de proteção das informações comerciais confidenciais e que, em certa medida e de acordo com alguns sectores da doutrina e correntes jurisprudenciais, poderá mesmo vir a complementar a proteção conferida pelo UTSA. É que, recentemente, tem-se assistido a alguns bloqueios à plena aplicabilidade do UTSA no domínio dos direitos estaduais¹⁰⁴, conquanto alguns tribunais estaduais têm adotado a tese segundo a qual nem toda a informação comercial confidencial se encontra tutelada no UTSA, na medida em que possa não se enquadrar no conceito de *trade secret* para efeitos da aplicação daquele. Têm, por isso, surgido algumas decisões judiciais que apontam para que, quando sejam suscitadas questões que possam não se encontrar no âmbito do conceito de *trade secret* para os efeitos do UTSA, não fiquem os titulares dessas informações carentes de tutela, aplicando, destarte, o *Common law* desse Estado, tomando-se, por exemplo os casos *Burbank Grease Services, LLC v. Sokolowski*¹⁰⁵ e *Cenveo Corp. v. Slater*¹⁰⁶.

ii. Requisitos de proteção

O UTSA é constituído por 12 secções, que dizem respeito às definições de alguns dos principais conceitos sobre que versa (§ 1), a medidas cautelares (§ 2), a indemnizações por apropriação ilícita e custos com advogados (§§ 3 e 4), a medidas de

¹⁰³ VICENTE, DÁRIO MOURA, *Direito Comparado*, 3.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2015, pp. 289 a 291.

¹⁰⁴ *Vide* para mais desenvolvimentos sobre a matéria, DENICOLA, ROBERT, *The Restatements ...*, *cit.*, pp. 33 – 44, e aí com diversa bibliografia e jurisprudência.

¹⁰⁵ 717 N.W.2d 781 (Wis. 2006).

¹⁰⁶ 2007 WL 527720 (E.D. Pa. 2007).

preservação do sigilo na pendência de uma ação intentada de acordo com as provisões do UTSA (§ 5), a caducidade do direito de ação, após o decurso de três sobre o conhecimento da apropriação ilícita ou desde que, pelo exercício das medidas razoáveis para a manutenção da informação em segredo, se deveria ter tomado conhecimento de tal apropriação (§ 6), sobre a prevalência do UTSA, por princípio, sobre outras regras estaduais, designadamente fundadas em delitos (*tort*) (§ 7), a sua, desejada, uniformidade de aplicação e de construção nos Estados federais (§ 8), a designação do diploma (§ 9), a autonomia (“*severability*”) de cada uma das disposições do UTSA, no caso de alguma delas, ou da sua aplicação a alguma pessoa ou circunstância, ser considerada *inválida* (§ 10) e a regras de aplicação no tempo e de revogação de normas anteriores (§§ 11 e 12).

Assim, o UTSA introduz, então, definições respeitantes ao que sejam meios impróprios¹⁰⁷, apropriação indevida¹⁰⁸, pessoa¹⁰⁹ e segredo comercial, referindo que este último:

“significa informação, incluindo uma fórmula, modelo, compilação, programa, dispositivo, método, técnica, ou processo, que: (i) tenha um valor económico autónomo, atual ou potencial, por não ser geralmente conhecido por, e não ser facilmente

¹⁰⁷ (*improper means*) “incluindo roubo, suborno, falsa representação, quebra ou incitamento à quebra de um dever de manter sigilo, ou espionagem por meios eletrónicos ou por outros meios.” Optámos por traduzir a expressão *improper*, por, simplesmente, impróprio, na medida em que, como se verificará, a tutela do UTSA sobre as apropriações ilícitas (*misappropriations*), não se faz apenas contra meios ilícitos, mas também contra determinados atos até lícitos que, atendendo às circunstâncias, acabam por ser *impróprios* para uma lícita aquisição de segredos comerciais.

¹⁰⁸ (*Misappropriation*) “significa (i) aquisição de um segredo comercial de outrem por uma pessoa que saiba ou deva saber que o segredo comercial foi adquirido por meios ilícitos; ou (ii) divulgação ou uso de um segredo comercial de outrem sem o expresso ou implícito consentimento da pessoa que:

(A) usou de meios ilícitos para chegar ao conhecimento do segredo comercial; ou

(B) à data da divulgação ou uso sabia ou devia saber que o seu conhecimento do segredo comercial:

(I) era proveniente, direta ou indiretamente, de uma pessoa que tenha recorrido a meios ilícitos para o adquirir;

(II) fora adquirido no contexto de circunstâncias que dariam origem a um dever de o manter confidencial ou de limitar o seu uso; ou

(III) tenha provindo, direta ou indiretamente, de pessoa subordinada a pessoa que procurava evitar a confidencialidade, ou limitar o seu alcance; ou

(C) antes de uma alteração substantiva da sua posição, sabia ou devia saber, que tal era um segredo comercial e que o conhecimento do mesmo foi adquirido por acidente.”

¹⁰⁹ (*person*) “significa uma pessoa singular, sociedade, business trust, estate, trust, parceria, associação, joint venture, governo, entidades governamentais ou qualquer outra pessoa coletiva ou entidade comercial.”

acessível por meios admissíveis por outras pessoas que possam obter um valor económico com a sua divulgação ou utilização, e (ii) que sejam objeto de esforços que sejam razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para se manterem em segredo.”

A enumeração de informações que poderão constituir segredo comercial é, naturalmente, meramente enunciativa, e embora demonstre uma proximidade com uma vertente mais técnica, o que é facto é que informações como receitas culinárias, listas de clientes, planos e modelos de negócios, e ideias de pesquisa de mercado já foram consideradas como sendo segredos comerciais¹¹⁰. WILLIAM VAN CAENEGEM¹¹¹, refere que, com a definição adotada, são tuteláveis técnicas independentemente de serem ou não patenteáveis, na medida em que os requisitos de originalidade e novidade, não desempenham um papel muito relevante, ao contrário do requisito da **vantagem concorrencial**, que constitui, a par de outros que veremos em seguida, um requisito determinante na avaliação da aplicação ou não da respetiva tutela.

Outro dos requisitos que igualmente emerge da definição de segredo comercial do UTSA é o da **relativa confidencialidade** (“*relative secrecy*”), na realidade, o UTSA basta-se com uma técnica, informação ou outro tipo de conhecimento que não seja *geralmente conhecido por*, [nem] *facilmente acessível por meios admissíveis por outras pessoas que possam obter um valor económico com a sua divulgação ou utilização*, assim o UTSA faz a sua opção no sentido de ser apenas a um conjunto de pessoas, as *que possam obter um valor económico com a divulgação (...) ou (...) utilização* dos segredos comerciais, que interessa verificar se a informação confidencial é geralmente conhecida ou facilmente acessível, por outro lado, permite-se que a informação haja sido partilhada com terceiros conquanto, novamente, ela não se tenha tornado, por isso, geralmente conhecida ou facilmente acessível, para aquele conjunto de pessoas acima referido. Como a proteção não é efetuada com base num registo público, a avaliação da verificação da *confidencialidade* nos casos de tutela de segredo comercial que chegam aos tribunais, é feita com recurso a informação que se encontre disponível, designadamente em em jornais comerciais, livros de referência ou em outros elementos públicos¹¹².

¹¹⁰ CAENEGEM, WILLIAM VAN, *Trade Secrets ...*, cit., p. 111.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Como assim expressamente se refere no comentário da própria *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* à § 1 do UTSA. Comparando esta pesquisa a uma pesquisa do estado da técnica

Ainda no campo do requisito da relativa confidencialidade, ELIZABETH A. ROWE e SHARON K. SANDEEN chamam atenção para os conhecimentos que são indicados como se tratando da experiência técnica e profissional adquirida pelos trabalhadores, os designados *skill and knowledge*¹¹³, que constituem uma restrição à proteção dos segredos comerciais precisamente na medida em que constituem um conhecimento geralmente conhecido por trabalhadores de uma dada área profissional, para o desempenho das tarefas que se lhe encontram associadas. A questão que os autores afluam tem sido objeto de acesa discussão jurisprudencial, sendo de assinalar, por exemplo o caso *Wilmington Trust Co. v. Consistent Asset Management Co., Inc.*¹¹⁴, no qual se sustentou que “*um trabalhador que adquira uma experiência técnica ou um conhecimento geral enquanto tenha estado ao serviço de outro pode, posteriormente, usar tal conhecimento em concorrência com o seu anterior empregador, desde que, por tal uso, não use nem divulgue segredos comerciais.*”

A questão de traçar uma distinção entre o *skill and knowledge* do trabalhador e os segredos comerciais do empregador, tem sido amplamente discutida na doutrina e na jurisprudência, referindo ELIZABETH A. ROWE e SHARON K. SANDEEN que a forma através da qual se deverá desenhar a referida distinção é matéria de complexo debate entre as partes do litígio, mas o foco da questão deverá ser colocado nas especiais qualidades e particularidade da informação que alegadamente constitui segredo comercial¹¹⁵.

Igualmente, para que se possa sustentar uma proteção do segredo comercial contra apropriações ilegítimas de segredos comerciais refere-se, ainda, que tais tenham ocorrido por meios inadequados (*improper means*), afastando-se assim da tutela pelo segredo comercial aquelas informações que sejam adquiridas de forma legítima, como, por exemplo¹¹⁶, por desenvolvimento independente ou por *reverse engineering*¹¹⁷. Neste

(*prior art*), como sucede com os pedidos de patentes, cfr. ROWE, ELIZABETH A. e SANDEEN, SHARON K., *Trade Secrecy and International Transactions*, cit., p. 39.

¹¹³ *Trade Secrecy and International Transactions*, cit., p. 40.

¹¹⁴ 8867, 1987 WL 8459 (Del.Ct.Chanc. 1987), secundado pelo caso *Integrated Cash MGMT. Serv. v. D.T.*, 732 F. Supp. 370 (S.D.N.Y. 1989).

¹¹⁵ *Trade Secrecy and International Transactions*, cit., p. 40. Para algumas notas jurisprudenciais, vide os casos *S.I. Handling Systems, Inc. v. Heisley*, 753 F.2d 1244, 1267 (3rd Cir. 1985) e *Bradbury Co., Inc. v. Teissier-Ducros*, 413 F. Supp.2d 1209 (D. Kan. 2006).

¹¹⁶ Para além das indicadas, são ainda referidas como formas lícitas de aquisição a descoberta em virtude de uma licença conferida pelo titular do segredo comercial, observação do objeto que incorpora o segredo (*item*), pelo uso público ou pela sua exposição pública e pela obtenção do segredo comercial a partir da literatura já publicada.

contexto, pode referir-se que o UTSA adotou a regra do precedente *E.I. duPont de Nemours & Co. v. Christopher*¹¹⁸, em que se decidiu que sobrevoar as instalações de uma fábrica ainda em construção era um meio de aquisição inadequado de informação, na sequência da qual podem ser considerados meios ilícitos aqueles que não sejam delitos autónomos *de per se*¹¹⁹, mas que atendendo às circunstâncias possam ser inadequados.

WILLIAM VAN CAENEGEM, refere que, de acordo com a proteção jurídica dos segredos comerciais pelo UTSA, a apropriação ilícita poderá ocorrer por quebra de um vínculo contratual ou de outra relação jurídica de confidencialidade, de um delito civil ou criminal cometido pelo réu ou por ações que mesmo que não sejam ilegais violem normas da honestidade comercial ou de conduta concorrencial¹²⁰. Caracterizando o critério da *impropriedade dos meios* na aquisição da informação comercial confidencial, para aferir do eventual desvalor jurídico da atuação do infrator, como um dos elementos distintivos do *Trade Secret Law*, em relação ao Direito inglês, o autor não deixa de traçar uma interessante relação entre o *Trade Secret Law* e o Direito alemão, salientando que, em ambos, se atribui a responsabilidade a título principal àqueles que transmitem a informação, àqueles que recebem a informação e a usem ou a transmitam, àqueles que incitem outros a revelar as informações para seu próprio benefício, ou para que a adquiram para tal propósito¹²¹. Adiante veremos, contudo, que entre as legislações alemã e do *Trade Secret Law* nos EUA, se verifica uma relevante diferença na aplicação dos regimes de proteção do segredo comercial, no que tange, precisamente à questão da apropriação ilícita e que diz respeito à versão restritiva da admissibilidade de acesso à informação pela *reverse engineering*.

Outra circunstância que tem sido sinalizada como constituindo um importante passo dado pelo UTSA é a questão de que o UTSA não faz depender a proteção do segredo comercial à questão do uso efetivo da informação, passando a referir-se aos critérios das *reasonable secrecy precautions* e do *not readily ascertainable*. Dessa forma, o UTSA

¹¹⁷ Vide JAGER, MELVIN F., *Trade Secrets Law*, Clark Boardman Company, Ltd., Nova Iorque, Release # 9, 1990, § 5.29, n. 68.27, com diversa jurisprudência sobre a matéria.

¹¹⁸ 431 F.2d 1012 (5th Cir. 1970), *cert. denied*, 400 U.S. 1024 (1971).

¹¹⁹ Quando se refere no UTSA § 1, cmt., que “[o]s meios ilícitos podem incluir também condutas lícitas que se tornem ilícitas em face das circunstâncias.”

¹²⁰ *Trade Secrets Intellectual Property, Breach of Confidence, Misappropriation and Unfair Competition*, Kluwer Law, 2014, p. 114.

¹²¹ *Trade Secrets ...*, *cit.*, p. 116.

passa a admitir, igualmente, a proteção de *negative information*, isto é, de informação que o respetivo titular não irá utilizar, como sejam os resultados de uma investigação respeitante a um determinado processo químico, sabendo que não funcionará para o fim que se tem em vista¹²², o que, mais uma vez, como veremos *infra* para o Direito alemão, também aí será possível tutelar.

iii. Doutrina da inevitabilidade da divulgação (*inevitable disclosure*)

Como referem QUINTO, DAVID W. e SINGER, STUART H.¹²³ a doutrina da *inevitable disclosure*, terá sido fundada pelo caso *PepsiCo., Inc. v. Redmond*¹²⁴ e, quando aplicada num dado caso, poderá implicar que o tribunal impeça um ex-trabalhador de trabalhar para uma empresa concorrente, conquanto fique demonstrado que¹²⁵: “(i) o ex-trabalhador teve acesso a segredos comerciais enquanto esteve a trabalhar para o autor [plaintiff], e (ii) o ex-trabalhador terá funções semelhantes na nova entidade empregadora, de tal forma que será inevitável que acabe por usar ou revelar tais segredos na prossecução das suas funções na nova entidade empregadora.”

Sem prejuízo da identificação, pelos autores *supra*, do caso *PepsiCo., Inc. v. Redmond*, como podendo estar na base da doutrina da *inevitable disclosure*, o certo é que, em casos anteriormente abordados na jurisprudência dos EUA se poderiam já identificar algumas preocupações no sentido de acautelar que a prossecução de uma atividade profissional de um ex-trabalhador, em concorrência com a anterior entidade empregadora, não colocasse em causa os segredos comerciais dessa anterior entidade empregadora. Um caso que demonstra o que se acaba de expor é o *S.I. Handling Systems, Inc. v. Heisley*¹²⁶, em que o tribunal entendeu ser de conceder algumas medidas cautelares a favor da autora, contra alguns trabalhadores que saíram da empresa na tentativa de formar uma nova concorrente, servindo-se, esses trabalhadores, de especiais conhecimentos técnicos adquiridos ao serviço da anterior entidade empregadora, tendo aí sido defendido que o *know-how* da engenharia de sistemas da autora (designada,

¹²² Vide DENICOLA, ROBERT, *The Restatements ...*, cit., p. 25.

¹²³ *Trade Secrets: Law and Practice*, Oxford University Press, Nova Iorque, 2009, pp. 56 – 57.

¹²⁴ 54 F.3d 1262, 1268 (7th Cir. 1995).

¹²⁵ QUINTO, DAVID W. e SINGER, STUART H., *Trade Secrets: ...*, cit., p. 55.

¹²⁶ 753 F.2d 1244, 1267 (3rd Cir. 1985). Não obstante, como referem QUINTO, DAVID W. e SINGER, STUART H., *Trade Secrets: ...*, cit., p. 91, tais preocupações podem até remontar a 1963 quando foi discutido na jurisprudência o caso *B.F. Goodrich Co. v. Wohlgemuth*, 192 N.E.2d 99, 104–05, 137 U.S.P.Q. (BNA) 804, 807 (Ohio Ct. App. 1963).

abreviadamente no aresto, por *SI*) reportava-se a um “(...) *acumulado de conhecimentos e experiência necessários para a modelagem de um sistema de transporte de materiais que responde a particulares exigências dos clientes de uma forma única. Assim tal vai além dos gerais conhecimento e perícia que qualquer trabalhador pudesse ter adquirido ao trabalhar para a SI. O know-how da SI acerca da engenharia de sistemas da SI — o conhecimento sobre como funciona o sistema — [ao contrário daqueles gerais conhecimento e perícia] formou-se numa base de tentativa e erro, experimentação dispendio de dólares investidos ao longo do período de desenvolvimento do produto. É por isso que este know-how pertence à SI, é um valioso segredo e foi ilicitamente apropriado pelos réus.*”

A questão da doutrina da inevitabilidade não se coloca de forma uniforme em todos os Estados, sendo que, para um mero exemplo, em alguns como no Texas haverá maior probabilidade de sucesso num pedido de decretamento de medidas restritivas do exercício da atividade profissional pelo trabalhador¹²⁷, ao passo que noutros, como em Massachusetts, os tribunais poderão não estar tão inclinados a conceder medidas cautelares baseadas nessa doutrina, podendo contudo aceder à concessão de medidas de proibição de divulgação de segredos comerciais¹²⁸. O Estado da Califórnia rejeita, *tout court*, a aplicação de uma tal doutrina, mesmo perante a existência de cláusulas de não concorrência¹²⁹, sendo que outros Estados como Alabama, Florida, Indiana, Louisiana, Maryland, Michigan, Missouri, Nova Iorque, Oklahoma e Virginia, também têm uma visão restritiva quanto à sua aplicação¹³⁰.

iv. Relação com o *Restatement (Third) of Unfair Competition*

¹²⁷ QUINTO, DAVID W. e SINGER, STUART H., *Trade Secrets: ..., cit.*, p. 35.

¹²⁸ Como explicam QUINTO, DAVID W. e SINGER, STUART H., *Trade Secrets: ..., cit.*, p. 38, reportando-se ao caso *Architext, Inc. v. Kikuchi*, No. 0500600, 20 Mass. L. Rptr. 127, 2005 WL 2864244 (Super. Ct. May 19, 2005), embora no caso não tenham sido concedidas quaisquer medidas preventivas contra a divulgação de segredos comerciais, pelo simples motivo que o tribunal entendeu não existirem segredos comerciais envolvidos. A rejeição dos tribunais de Massachusetts em relação à aplicação da doutrina da inevitabilidade de divulgação, está quase sempre fundada na inexistência de uma relação concorrencial, como foi o caso no processo *Architext, Inc. v. Kikuchi*, ou na inexistência de uma prévia cláusula de não concorrência, como foi decidido no recente caso *The Gillette Company v. Craig Provost et al*, Civ. Action No. 15-0149 (Mass. Sup. Dec. 22, 2015), havendo cláusula de não concorrência, um tribunal de Massachusetts aceitou já a aplicação da doutrina, como ocorreu no caso *Marcam Corp. v. Orchard*, 885 F. Supp. 294, 298-300 (D. Mass. 1995).

¹²⁹ QUINTO, DAVID W. e SINGER, STUART H., *Trade Secrets: ..., cit.*, p. 56.

¹³⁰ QUINTO, DAVID W. e SINGER, STUART H., *Trade Secrets: ..., cit.*, pp. 91 ss.

Como referido, muito embora a tutela do segredo comercial nos EUA se faça, ao nível estadual, primordialmente com recurso às normas positivadas no Estado, sob influência do UTSA, a *American Law Institute*, já posteriormente à aprovação do UTSA, publicou, em 1995, o *Restatement (Third) of Unfair Competition* e que constitui um instrumento a que recorrem por diversas ocasiões e perante as mais variadas situações, os intérpretes e aplicadores, em matéria de proteção de segredos comerciais¹³¹.

O *Restatement (Third)* parte da conceção de que o UTSA, ao excluir a matéria que seja geralmente conhecida ou facilmente acessível por meios adequados, pode excluir, também, uma grande parte dos precedentes que admitiram a existência de responsabilidade por violação de um dever de confidencialidade, mesmo quando a informação tutelada já tivesse sido tornada pública, assim o *Restatement (Third) of Unfair Competition* sustenta que existe um interesse público no impedimento de desnecessárias restrições à exploração de informação valiosa, suportando a conclusão de que o segredo comercial deverá terminar quando a informação já não seja secreta¹³².

Outra matéria, esta expressamente inovatória, do UTSA que saiu igualmente reforçada com a publicação do *Restatement (Third) of Unfair Competition*, foi a da eliminação do requisito do efetivo uso da informação comercial confidencial que, como vimos, foi superada em relação ao *Restatement (First) of Torts*. A referida eliminação permite a tutela de informações por parte, por exemplo, de empresários que tenham desenvolvido uma dada ideia de negócio mas que não tenham ainda tido os necessários recursos para desenvolver a referida ideia. É, assim, curiosa (porque absolutamente inovadora) a afirmação que consta do *Restatement (Third) of Unfair Competition* § 39, cmt. h. de que “[c]om a rejeição nos termos do *Uniform Trade Secret Act* e desta *Secção de qualquer requisito de uso pelo titular de um segredo comercial ... já não existe uma distinção formal entre segredos comerciais e ideias que formem o objeto de casos de submissão de ideias [(idea submission cases)¹³³]*”

¹³¹ Cfr. §§ 38 a 45, contendo o § 38 a seguinte definição de segredo comercial: “*Um segredo comercial é uma qualquer informação que pode ser usada no desenvolvimento de um negócio ou qualquer outro empreendimento e que é suficiente valioso e secreto para proporcionar uma atual ou potencial vantagem económica sobre terceiros.*”

¹³² *Restatement (Third) of Unfair Competition* § 39, cmt. a.

¹³³ Os referidos *idea submission cases* são um conjunto de casos decididos nos tribunais dos EUA respeitantes à alegação de apropriação ilícita de segredos comerciais por parte de potenciais investidores que tenham tomado conhecimento de uma ideia de negócio, por via de uma exposição por parte do seu criador intelectual (“*idea man*”), vide a explicação destes casos em ROWE, ELIZABETH A. e SANDEEN,

Para além do UTSA podem ainda ser assinalados outros normativos de origem federal, como sejam o *Freedom of Information Act, Economic Espionage Act*¹³⁴ ou a proibição de divulgação de segredos comerciais por funcionários federais (título 18 § 1905 do USC)¹³⁵, podendo ainda sinalizar-se *Restatement (Second) of Agency § 396 (1958)* e o caso julgado *Nucor Corp. v. Tennessee Forging Steel Serv., Inc.*¹³⁶, no qual se entendeu que os trabalhadores têm um dever de não revelar informações independentemente de as mesmas serem consideradas segredo comercial¹³⁷.

c) Informação administrativa

A tutela dos segredos comerciais não se esgota nos EUA, sem que nos refiramos, ainda, à questão da divulgação de informações administrativas, nos termos do FOIA, codificado no título 5 do USC § 552 e resultante, em primeiro lugar, da extração da secção 3 do *Administrative Procedure Act* de 1946, em 1966 e sucessivamente alterado desde 1974 – após o escândalo do *Watergate* – até à mais recente alteração, em 2010, o FOIA vem com uma exceção (cfr. 5 U.S.C. § 552 (b) (4) (2006)) à divulgação da informação administrativa respeitante, precisamente, à existência de segredos comerciais e a informação comercial ou financeira, que sendo privilegiada ou confidencial, tenha sido obtida de uma pessoa¹³⁸.

JAGER, MELVIN F. dá-nos conta de que, ao contrário daquilo que seriam as expectativas do Congresso, no sentido de o FOIA constituir uma ferramenta de acesso à informação administrativa por parte dos cidadãos, a larga percentagem de pedidos de informação ao abrigo do FOIA, não provém da imprensa, da comunidade académica ou de investigadores independentes, mas sim de comerciantes, diretamente ou por intermediários, a entidades administrativas (*agencies*) que possuem quantidades

SHARON K., *Trade Secrecy ...*, cit., pp. 84 – 85 e DENICOLA, ROBERT, *The Restatements ...*, cit., pp. 27 – 33, aí com diversa bibliografia e jurisprudência.

¹³⁴ Codificado no título 18 do USC §§1831 a 1839. O USC é a consolidação e codificação do objeto das leis federais dos EUA, é elaborado e revisto pelo *Office of the Law Revision Counsel of the United States House of Representatives*.

¹³⁵ DENICOLA, ROBERT, *The Restatements, the Uniform Act and the status of American trade secret law*, in AAVV, *The Law and Theory of Trade Secrecy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK e Northampton, MA, USA, 2011, p. 18.

¹³⁶ 476 F.2d 386 (8th Cir. 1973).

¹³⁷ Vide DENICOLA, ROBERT, *The Restatements ...*, cit., p. 26.

¹³⁸ JAGER, MELVIN F., *Trade Secrets Law*, Clark Boardman Company, Ltd., Nova Iorque, Release # 8, 1988, § 12.

substanciais de informação comercial que lhes tenha sido fornecida às entidades administrativas¹³⁹, sendo neste sentido interessante dar nota do caso *Chrysler v. Brown*¹⁴⁰, em que o Supremo Tribunal, reconheceu que “o acesso alargado à informação governamental sem dúvida que implica a redução das preocupações de privacidade das entidades não governamentais, e por uma questão de política, algum balanceamento e conciliação é desejável.”

d) *Defend Trade Secrets Act*

Cumprir ainda fazer uma breve referência ao facto de, coincidentemente com a discussão que atualmente decorre na União Europeia, tendo em vista a aprovação de uma diretiva que tem em vista a harmonização dos Direitos em cada um dos Estados-Membros, das respetivas legislações, nos EUA decorre agora um – igualmente complexo – processo legislativo tendente, não já à harmonização legislativa (o UTSA desempenhou essa função), mas à unificação dos Direitos Estaduais, com a aprovação de um diploma legislativo federal¹⁴¹.

¹³⁹ *Trade Secrets Law, cit.*, § 12-6.

¹⁴⁰ 441 US 281 (1979).

¹⁴¹ GOLDMAN, ERIC, *Do We Need a New Federal Trade Secret Law?* (September 19, 2014). *Forbes Tertium Quid*, Sept. 16, 2014; Santa Clara Univ. Legal Studies Research Paper No. 35-14, consultado em: <http://ssrn.com/abstract=2498323>

5.3 Alemanha

a) Fundação e objeto de tutela

Na história recente do Direito alemão, discutiram-se as implicações da revelação de informação de natureza financeira de um determinado grupo de sociedades, o caso do Grupo Kirch¹⁴². Quando, no final do ano 2001, o Grupo Kirch, um conhecido grupo de telecomunicações alemão, atravessava sérias dificuldades financeiras, um representante do *Deutsche Bank* deu uma entrevista no jornal *Bloomberg*, tendo aí revelado que considerava não haver possibilidades de financiamento externo ao grupo para que o mesmo pudesse continuar a sua atividade, o representante referiu, nesse programa que “(...) tudo o que se pode ler e ouvir sobre este caso é que o sector financeiro não está disposto a disponibilizar mais meios de terceiros ou próprios.”

Ora, uma das empresas do Grupo Kirch era cliente do *Deutsche Bank*, tendo, em consequência da divulgação dessa informação, apresentado queixa daquela instituição financeira sob, entre outras, a acusação de revelação de informação confidencial. O Ministério Público de Frankfurt entendeu, numa primeira fase, não ser de prosseguir a ação, porquanto a situação do Grupo era já conhecida do público em geral, o BGH admitiu, contudo, a ação uma vez que, para além da referência ao sector financeiro, o representante do *Deutsche Bank* havia, também, revelado informação de falta de disponibilidade de conceder crédito por parte do próprio *Deutsche Bank*¹⁴³, enquanto banco do qual uma das empresas do Grupo Kirch era cliente. Depois de vários anos de disputa judicial, o *Deutsche Bank* anunciou em 2014 que iria pagar 775 milhões de euros aos herdeiros de Leon Kirch, o titular das empresas do Grupo, tendo em vista a composição amigável do litígio que opunha as partes.

Sem prejuízo de terem sido naturalmente alegadas normas respeitantes ao próprio sigilo bancário, o que se encontrava em causa era também a própria natureza, tutelável ou não, da informação em causa, a própria credibilidade financeira do Grupo. Provavelmente a disputa não durasse tantos anos ou não obrigaria o *Deutsche Bank* a acordar num valor tão elevado, para por fim à disputa judicial, não fosse a robusta proteção jurídico-penal que o Direito alemão dispensa às informações comerciais confidenciais.

¹⁴² Vide WAWRZINEK, KAI, in *Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, pp. 42 a 43.

¹⁴³ *Ibidem*, vide também, BGHZ 166, 84 – 117; NJW 2006, 830 – 843.

Não obstante a atual defesa das informações comerciais confidenciais, antes do século XVIII a Alemanha não conhecia disposições de segredo, as aspirações de proteção do segredo comercial começam, um pouco por toda a Europa, com a liberdade industrial, e com o artigo 418 do *Code Penal* francês de 1810, tendo sido incluído na ordem jurídica alemã apenas no dia 25 de maio 1896 nos parágrafos 9 e 10 da UWG, posteriormente, com alterações ligeiras e complementos, foi adotado na UWG de 1909, nos §§ 17 e ss, e objeto de sucessivas alterações em 1932, 1986 e 2004¹⁴⁴, em relação a outros tantos institutos jurídicos e figuras jurídicas, o segredo comercial é, assim, uma preocupação relativamente recente na ordem jurídica alemã.

No direito alemão alguns autores¹⁴⁵ referem-se hoje aos segredos de negócio (*Geschäftsgeheimnis*) ou de funcionamento técnico (*Betriebsgeheimnis*), como se reportando a informações comerciais objeto de um direito subjetivo e abrangidos pelo § 14 da GG¹⁴⁶, carecendo de proteção em dimensão especial. Para este fim o § 17 da UWG (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* – Lei contra a concorrência desleal) protege a empresa como tal, de uma intervenção não autorizada no seu âmbito de segredos, proporcionando ao estabelecimento comercial, não apenas a proteção de concorrentes mas também a dos próprios empregados (“*proteção de bens individuais*”), protege assim o segredo comercial quer como um bem próprio, quer como um bem de interesse geral¹⁴⁷. Numa perspetiva económica PIPER/OHLY/SOSNITZA, consideram que os segredos comerciais são bens imateriais (*Immaterialgueter*), uma vez que têm um valor económico e o respetivo titular pode excluir outros e explorá-los por si próprio ou por intermédio de uma licença, sustentando, contudo, que não podem ser considerados

¹⁴⁴ WAWRZINEK, KAI, in *Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, Verlag Dr. Kovač, Hamburgo, 2010, pp. 45 a 74.

¹⁴⁵ Vide TEPLITZKY, OTTO (Ed.), KARL-NIKOLAUS PEIFER (Ed.) and MATTHIAS LEISTNER (Ed.). *Band 3 §§ 8-22; Register (...)*, p. 1409. Igualmente reportando-se à natureza da proteção das informações comerciais pelo segredo comercial, enquanto se tratando de um direito subjetivo protegido nos termos do § 14 GG vide PIPER/OHLY/SOSNITZA, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Beck München* (2010) apud CAENEGEM, WILLIAM VAN, *Trade Secrets Intellectual Property, Breach of Confidence, Misappropriation and Unfair Competition, Kluwer Law*, 2014, p. 168. Este último autor sustentando ainda que a proteção das informações comerciais pelo segredo comercial pode igualmente ser configurada como derivando da livre iniciativa económica privada, embora conflituante com a liberdade de escolha de profissão a que se reporta o § 12 GG, in *ibidem*.

¹⁴⁶ Artigo respeitante à *propriedade, direito de sucessão e expropriação, vide*, para a tradução desta e de algumas outras normas alemãs, CANARIS, CLAUS-WILHELM, *Direitos Fundamentais e Direito Privado* trad. por SARLET, INGO WOLFGANG e PINTO, PAULO MOTA, Almedina, Coimbra, 2012.

¹⁴⁷ TEPLITZKY, OTTO (Ed.), KARL-NIKOLAUS PEIFER (Ed.) and MATTHIAS LEISTNER (Ed.). *Band 3 §§ 8-22; Register (...)*, p. 1409.

como direitos industriais uma vez que não conferem exclusividade mas apenas proteção contra particulares formas de agressão¹⁴⁸.

Para além da proteção por via das disposições constantes da UWG, pode também dar-se conta de outras disposições, dispersas pelo ordenamento jurídico alemão, como sejam designadamente as normas constantes dos §§ 203 e 204 StGB, respeitantes à proteção das esferas da vida privada e secreta.

Desde logo numa primeira abordagem à legislação alemã, identifica-se um regime legal fortemente suportado por normas de natureza penal que sancionam até a mera tentativa de divulgação ou utilização, denotando-se, pela forma como as normas acima referidas se encontram redigidas, a inexistência da necessidade de uma relação de concorrência entre o titular do controlo da informação sujeita a segredo comercial e o agente que se recorre da mesma, seja movido por interesse concorrencial, seja movidos por interesses próprios. Isto é, a identificação das duas ordens de interesse (concorrência ou interesse próprio) parecem afastar a necessidade de existência de interesses concorrenciais para haver violação de segredos comerciais, bastando que haja um *interesse próprio* (diferente, naturalmente, da concorrência).

b) §§ 17 e 18 da Lei contra a concorrência desleal (UWG)

A disposição central, no direito alemão, que tutela o segredo comercial é, então, o referido § 17 da UWG¹⁴⁹, e que dispõe da seguinte forma (tradução livre):

“§17

Revelação de segredos comerciais e de funcionamento técnico de empresa

(1) Quem, como pessoa empregada de uma empresa, durante a execução da relação contratual, ilicitamente e com fins concorrenciais, por interesse próprio, em benefício de um terceiro, ou com a intenção de causar um dano ao titular da empresa, comunique a alguém [“an jemand mitteilt”] um segredo comercial ou de funcionamento técnico de

¹⁴⁸ PIPER/OHLY/SOSNITZA, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Beck München* (2010) *apud* CAENEGEM, WILLIAM VAN, *Trade Secrets ...*, p. 164 e 165.

¹⁴⁹ Para a evolução da norma *vide* WAWRZINEK, KAI, *in Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, Verlag Dr. Kovač, Hamburgo, 2010, pp. 45 a 74.

empresa, o qual lhe tenha sido confiado, ou ao qual tenha tido acesso por ocasião da relação de serviço, incorrerá em pena de prisão até três anos ou em pena de multa.

(2) Também é punido com a mesma pena quem, com fins concorrenciais, por interesse próprio, ou em benefício de um terceiro, ou com intenção de causar dano ao dono da empresa:

1. obtenha ou guarde sem para tal estar autorizado [“unbefugt verschafft oder sichert”], um segredo de negócios ou de funcionamento técnico de empresa, mediante:

a) o emprego de meios técnicos;

b) a criação de uma reprodução materializada do segredo; ou

c) subtraia uma coisa na qual se tenha materializado o segredo;

ou

2. utilize ou comunique a alguém, sem para tal estar autorizado [“unbefugt verwertet oder jemandem mitteilt”], um segredo de negócios ou de funcionamento técnico de empresa, que haja obtido através das informações constantes da alínea (1) ou que o tenha conseguido guardar mediante ação própria ou alheia de acordo com o número 1, ou que o tenha de outra forma adquirido ou guardado.”^{150/151}

A UWG dispõe ainda, com importância para a defesa de informações comerciais confidenciais, no seu § 18, Abs. 1 da UWG, que¹⁵²:

¹⁵⁰ Optámos por traduzir a expressão contida na epígrafe da norma “*Verrat von (...)*” por revelação, não obstante a respetiva tradução para português ser traição, porquanto o termo traição não encontraria ligação com o resto da epígrafe, na verdade o que a epígrafe do § 17 se pretende referir quando usa o termo “traição” pretende, cremos, identificar uma situação em que alguém sobre quem incidiam deveres de confiança na manutenção da informação enquanto secreta *traia* essa confiança *revelando-a*. O § 17, dispõe ainda nos subsequentes números da seguinte forma:

“(3) A tentativa é punível.; (4) Em casos especialmente graves, incorrer-se-á em pena de prisão até 5 anos ou em pena de multa. Existe, designadamente, um caso grave, quando o agente:

1. atue profissionalmente; 2. saiba, a respeito de uma informação, que o segredo será utilizado no estrangeiro, ou 3. utilize, ele mesmo, no estrangeiro, de acordo com o parágrafo (2), número 2.; (5) O facto só será investigado mediante pedido, a não ser que as autoridades competentes para a perseguição penal vejam como necessária uma intervenção em razão de interesse público.; (6) É aplicável o disposto no § 5, número 7 do Código Penal [“StGB”].”

¹⁵¹ O referido § 5, número 7 do StGB dispõe quanto à aplicação territorial da Lei alemã, no caso da violação de segredos comerciais, independentemente da Lei aplicável no local da violação, quando uma sociedade tenha sede no estrangeiro sendo, contudo, dependente de uma sociedade abrangida pelo âmbito territorial da Lei penal alemã e que com ela esteja numa relação de grupo (“*Verletzung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen eines im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes liegenden Betriebs, eines Unternehmens, das dort seinen Sitz hat, oder eines Unternehmens mit Sitz im Ausland, das von einem Unternehmen mit Sitz im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes abhängig ist und mit diesem einen Konzern bildet*”).

¹⁵² “§ 18 Verwertung von Vorlagen

“Quem, por motivos de concorrência ou por interesse próprio, sem autorização, explorar ou revelar a alguém modelos ou instruções de natureza técnica (“Vorlagen oder Vorschriften technischer Art”), particularmente desenhos, protótipos (“Modelle”), métodos (“Schablonen”), secções (“Schnitte”) ou receitas, que lhe tenham sido confiados na decorrência de uma transação comercial, será punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa.”

A proteção do segredo comercial na UWG fica ainda complementada pelas regras constantes do § 19 da UWG, designadamente do *Abs. 1*¹⁵³ e do *Abs. 2*¹⁵⁴, os quais determinam a aplicação de penas de prisão e de multa mesmo quando apenas esteja em causa do incitamento e a disponibilização para o cometimento de uma qualquer infração ao disposto nos §§ 17 e 18 UWG, no que aparenta ser um complemento à regra da punibilidade da tentativa a que aludem os § 17 *Abs. 3* e § 18 *Abs. 2*.

O regime jurídico assim consagrado, permite a distinção de três específicas vias de proteção, a primeira (§ 17 (1) UWG), é dirigida à divulgação, pelos trabalhadores, de segredos durante a execução do contrato de trabalho; a segunda (§ 17 (2) UWG) é a norma respeitante à espionagem industrial, sendo já dirigida a qualquer pessoa que leve a cabo uma tal atividade ilícita; a terceira (§ 18 (1) UWG) que é dirigida à revelação ou utilização de modelos ou instruções de natureza técnica (*Vorlagen oder Vorschriften technischer Art*), confiados no âmbito de uma transação comercial (*im geschäftlichen Verkehr anvertrauten*), sendo que esta terceira via, tal como se encontra redigida, conduz a uma proteção de âmbito mais alargado, dirigida a outros operadores económicos que com o titular das informações confidenciais se relacionem.

A proteção do segredo comercial em relação aos trabalhadores, durante a relação contratual (§ 17 (1) UWG), faz-se desde logo apenas com a mera divulgação (*an jemand mitteilt*) da informação, sendo que logicamente se o próprio trabalhador incorrer

(1) Wer die ihm im geschäftlichen Verkehr anvertrauten Vorlagen oder Vorschriften technischer Art, insbesondere Zeichnungen, Modelle, Schablonen, Schnitte, Rezepte, zu Zwecken des Wettbewerbs oder aus Eigennutz unbefugt verwertet oder jemandem mitteilt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.”

¹⁵³ *“(1) Wer zu Zwecken des Wettbewerbs oder aus Eigennutz jemanden zu bestimmen versucht, eine Straftat nach § 17 oder § 18 zu begehen oder zu einer solchen Straftat anzustiften, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.”*

¹⁵⁴ *“(2) Ebenso wird bestraft, wer zu Zwecken des Wettbewerbs oder aus Eigennutz sich bereit erklärt oder das Erbieten eines anderen annimmt oder mit einem anderen verabredet, eine Straftat nach § 17 oder § 18 zu begehen oder zu ihr anzustiften.”*

também (ou apenas) na violação a que se reporta o § 17 (2), designadamente por armazenamento da informação ou utilização da mesma (numa atividade concorrencial contra o seu próprio empregador, por hipótese), lhe poderá ser assacada a prática do crime aí previsto.

A perceção quanto ao que seja objeto de proteção enquanto segredo comercial nos termos da UWG dependerá da verificação de alguns requisitos que são apontados na doutrina e de que daremos a devida nota em seguida. Quanto ao que sejam informações comerciais tuteladas ao abrigo do § 17 da UWG importa desde logo notar que tem sido apontado que os conceitos de *Geschäfts-* e *Betriebsgeheimnisse* devem ser colocados como se enquadrando no contexto de um conceito geral, mais amplo e que os abarque, de “segredos económicos (*Wirtschaftsgeheimnisse*)”¹⁵⁵, cabendo à indicação expressa do segredo de negócio (*Geschäftsgeheimnis*) ou de funcionamento técnico (*Betriebsgeheimnis*), no § 17 UWG, apenas¹⁵⁶ a tarefa clarificadora de que todos os segredos que fazem parte do âmbito comercial ou técnico da empresa estão submetidos a proteção jurídico-penal do direito da leal concorrência (*Lauterkeitsrechts*)¹⁵⁷.

Para efeitos de aplicação do disposto no § 17 (1) UWG têm sido apontados 4¹⁵⁸ principais requisitos para que se verifique um segredo comercial sujeito à tutela legal, a saber: (1) a ligação ao negócio da empresa (*Unternehmensbezogenheit*); (2) falta de conhecimento público (*fehlende Offenkundigkeit*); (3) interesse na manutenção em segredo (*Geheimhaltungsinteresse*); e (4) intenção, por parte do titular da informação, em mantê-la em segredo (*Geheimhaltungswille*).

No que diz respeito ao primeiro requisito exige-se, desde logo, que a informação tenha uma relação com uma atividade comercial, considerando que o § 17 UWG surge num contexto de proteção concorrencial no mercado, o que, à partida excluirá

¹⁵⁵ Vide TEPLITZKY, OTTO (Ed.), KARL-NIKOLAUS PEIFER (Ed.) and MATTHIAS LEISTNER (Ed.). *Band 3 §§ 8-22; Register*. Berlin, Boston: De Gruyter, 2015. (consultada a 09-01-2016 em <http://www.degruyter.com/view/product/181523>), p. 1412 e PIPER/OHLY/SOSNITZA, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Beck München* (2010) *apud* CAENEGEM, WILLIAM VAN, *Trade Secrets Intellectual Property, Breach of Confidence, Misappropriation and Unfair Competition, Kluwer Law*, 2014, p. 171.

¹⁵⁶ TEPLITZKY, OTTO (Ed.), KARL-NIKOLAUS PEIFER (Ed.) and MATTHIAS LEISTNER (Ed.). *Band 3 §§ 8-22; Register (...)*, p. 1411, não tem efeitos para a verificação da aplicação do direito.

¹⁵⁷ RG 3.10.1890 RGSSt 21, 90, 91

¹⁵⁸ PIPER/OHLY/SOSNITZA, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Beck München* (2010) *apud* CAENEGEM, WILLIAM VAN, *Trade Secrets Intellectual Property, Breach of Confidence, Misappropriation and Unfair Competition, Kluwer Law*, 2014, p. 171 e TEPLITZKY, OTTO (Ed.), KARL-NIKOLAUS PEIFER (Ed.) and MATTHIAS LEISTNER (Ed.). *Band 3 §§ 8-22; Register...*, *cit.*, pp. 1412 ss.

informações de natureza privada ou pessoal, tal como excluirá também informação científica resultando de instituições de investigação não comerciais¹⁵⁹. Para além de a informação dever relacionar-se com uma lógica de mercado, importa ainda que essa relação seja estritamente estabelecida com a entidade comercial que a pretende manter em segredo, WILLIAM VAN CAENEGEM aponta como possíveis segredos tutelados pela norma em causa, planos de negócios, processos de construção, dados de fabrico e de construção, informações de fornecedores e dados dos clientes, conquanto, relativamente ao último tipo de informação, diga respeito a clientes que já se encontrem em relação com a empresa e sejam possíveis futuros adquirentes¹⁶⁰.

Relativamente ao segundo requisito respeitante à falta de conhecimento público é importante que a informação não seja facilmente acessível, devendo o titular tomar medidas adequadas de forma a manter em segredo a informação que pretende ver tutelada, deve demonstrar que tem interesse nisso¹⁶¹. Neste contexto, naturalmente, não se verificará a publicidade relevante para se considerar que a informação caiu em domínio público, quando a empresa divida um conjunto de tarefas entre pessoas que trabalham nessa mesma organização, na medida em que essas se encontrarão sujeitas a sigilo contratual e legal¹⁶².

No que se reporta a este requisito manifesta-se uma particularidade do direito alemão interessante de ser assinalada, a sua visão restrita do conceito da *reverse engineering* e do âmbito da possibilidade de acesso a informação comercial confidencial pela via

¹⁵⁹ PIPER/OHLY/SOSNITZA, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Beck München* (2010) *apud* CAENEGEM, WILLIAM VAN, *Trade Secrets Intellectual Property, Breach of Confidence, Misappropriation and Unfair Competition, Kluwer Law*, 2014, p. 171. Os resultados de investigação de instituições estatais, por não operarem num mercado concorrencial, poderão não se incluir neste requisito, recorrendo, contudo, a um critério de prossecução do lucro, caso essas instituições estejam a desenvolver uma qualquer técnica com o objetivo último de a colocar no mercado, poderá a informação ser protegida, cfr. neste sentido, TEPLITZKY, OTTO (Ed.), KARL-NIKOLAUS PEIFER (Ed.) and MATTHIAS LEISTNER (Ed.). *Band 3 §§ 8-22; Register*. Berlin, Boston: De Gruyter, 2015. (consultada a 09-01-2016 em <http://www.degruyter.com/view/product/181523>), p. 1412.

¹⁶⁰ *In Trade Secrets Intellectual Property, Breach of Confidence, Misappropriation and Unfair Competition, Kluwer Law*, 2014, p. 171.

¹⁶¹ *Vide* OLG Frankfurt 13.6.1995 NJW 1996, 264 e BGH 16.10.1962 GRUR 1963, 207, 209.

¹⁶² Interessante é contudo verificar os dados jurisprudenciais salientados por TEPLITZKY, OTTO (Ed.), KARL-NIKOLAUS PEIFER (Ed.) and MATTHIAS LEISTNER (Ed.). *Band 3 §§ 8-22; Register*. Berlin, Boston: De Gruyter, 2015. (consultada a 09-01-2016 em <http://www.degruyter.com/view/product/181523>), p. 1414, relativamente a situações relatadas nos casos OLG Düsseldorf 3.3.1998 AfP 1999, 75, 76 e BayObLG 25.9.2000 – 4 St RR 114/00, em que se entendeu, neste último, que o círculo de pessoas é qualificado no caso de um funcionário de um jornal, quando os anúncios se encontrem na redação do jornal para serem publicados, e mesmo quando estejam já impressos, mas ainda antes da respetiva publicação.

independente através dessa técnica. O que os autores que se debruçam sobre o tratamento da aquisição independente de informações comerciais confidenciais no Direito alemão referem é que o aludido requisito da falta de conhecimento público da informação não se verifica se, sem maior necessidade nem grande sacrifício se puder vir a tomar conhecimento dos segredos comerciais em causa. Assim é igualmente apontado que a informação estará fora do âmbito de proteção pelo segredo comercial, se um observador equipado com conhecimento especializado conseguir identificar o segredo pela mera observação, estando porém abrangida pela proteção legal pelo segredo comercial, quando o observador entendido pode partir com certeza de que a informação secreta só pode ser apreendida por um especialista com complexo trabalho ou elevados custos (grande investimento de tempo e dinheiro)¹⁶³. É, igualmente, admitido pela jurisprudência alemã a celebração de cláusulas contratuais impedindo a desmontagem conceptual e, dessa forma, torna-la tecnicamente difícil, devendo entender-se que, tomando estas medidas, se protege o segredo da sua possível aquisição independente e, em consequência, observando-se o cumprimento do requisito da falta de conhecimento público¹⁶⁴.

Assim, enquanto no Reino Unido e nos EUA a desmontagem conceptual é aceite com grande amplitude, contanto apenas que os meios empregues para alcançar a informação comercial protegida não sejam contrários a imposições legais (por exemplo o regime da descompilação de *software*) ou contratuais (por exemplo eventuais regras de tratamento e armazenamento de informação), WILLIAM VAN CAENEGEM sustenta que, para o Direito alemão, tal forma de aceder a informação confidencial sujeita à proteção pelo segredo comercial, será apenas permitida quando a mesma seja de acesso relativamente fácil. Para o autor, se for necessário empregar complexos meios técnicos ou elevados esforços financeiros para alcançar as informações escondidas num produto ou máquina, então a desmontagem conceptual poderá estar a violar a lei, podendo ser considerada concorrência desleal¹⁶⁵.

Relativamente ao terceiro requisito, o interesse em manter o segredo (*Geheimhaltungsinteresse*), a doutrina tem-se referido ao facto de que esse interesse tem

¹⁶³ TEPLITZKY, OTTO (Ed.), KARL-NIKOLAUS PEIFER (Ed.) and MATTHIAS LEISTNER (Ed.). *Band 3 §§ 8-22; Register (...)*, p. 1415.

¹⁶⁴ BGH 7.1.1958 GRUR 1958, 297, 299 – Petromax I e BGH 7.11.2002 – I ZR 64/00 – GRUR 2003, 356, 358.

¹⁶⁵ *Trade Secrets ...*, p. 169.

de se avaliar por um critério de gestão de empresa, objetiva e materialmente adequado em face dos interesses visados pela norma penal (âmbito da empresa na estrutura concorrencial de mercado)¹⁶⁶, tendo a jurisprudência já identificado que as atividades ilícitas não têm valor de segredo, como por exemplo em situações de violação de normas de trabalho, de ambiente, de participação em cartel ou de fraude fiscal¹⁶⁷.

Por último, no tocante ao requisito da vontade de manter a informação em segredo (*Geheimhaltungswille*), tem a doutrina entendido que essa vontade deve ser expressa e declarada¹⁶⁸, embora próximo do conceito de interesse de manutenção em segredo, a vontade terá de ter uma consideração autónoma em relação ao interesse, devendo ambos os conceitos serem conciliados, note-se que, em grandes empresas podem ocorrer situações em que o titular do segredo pode ter interesse na manutenção da informação em segredo e até nem conhecer a existência do mesmo, como no caso de um trabalhador seu estar a desenvolver no contexto do trabalho uma invenção¹⁶⁹.

No quadro da extensão da proteção das informações comerciais confidenciais no período posterior ao termo de um vínculo laboral, é comum referir-se que a proteção existirá quando tenham de ser desenvolvidos pelo trabalhador esforços não exigidos pelo empregador para a aquisição da informação, sejam tais apenas por meio de decorar as informações, seja pelo seu armazenamento por qualquer forma. Neste contexto, alguns autores indicam que a posição do *Bundesgerichtshof* é de excluir a mera coincidência (desde que as informações sejam complexas e não facilmente apreensíveis pelo público). Por outras palavras, quando uma empresa que contrata um ex-trabalhador de uma empresa – que pretende manter em segredo uma dada informação – inicia a produção (e comercialização) de artigos muito idênticos aos produzidos pela anterior empregadora, então deverá concluir-se pela existência de violação do segredo comercial, como sustenta HARTE-BAVENDAMM *et al.*¹⁷⁰ (sem prejuízo da ponderação

¹⁶⁶ TEPLITZKY, OTTO (Ed.), KARL-NIKOLAUS PEIFER (Ed.) and MATTHIAS LEISTNER (Ed.). *Band 3 §§ 8-22; Register (...)*, p. 1416.

¹⁶⁷ RAG 27.8.1930 JW 1931, 490 f. – Milchpanscherei; vide TEPLITZKY, OTTO (Ed.), KARL-NIKOLAUS PEIFER (Ed.) and MATTHIAS LEISTNER (Ed.). *Band 3 §§ 8-22; Register (...)*, p. 1416, com mais indicações jurisprudenciais.

¹⁶⁸ TEPLITZKY, OTTO (Ed.), KARL-NIKOLAUS PEIFER (Ed.) and MATTHIAS LEISTNER (Ed.). *Band 3 §§ 8-22; Register (...)*, p. 1417.

¹⁶⁹ BGH 18.2.1977 GRUR 1977, 539, 540 – *Prozessrechner*

¹⁷⁰ *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Kommentar*, 3. Auflage (2013), Beck, München *apud* CAENEGEM, WILLIAM VAN, *Trade Secrets Intellectual Property, Breach of Confidence, Misappropriation and Unfair Competition*, Kluwer Law, 2014, p. 182, e aí se referindo seguintes aos casos

quer da admissibilidade do trabalhador no acesso à informação, quer da maior ou menor facilidade de apreensão dos conhecimentos pelos técnicos dos correspondentes círculos profissionais, o que se põe em causa é, por exemplo, uma excecional capacidade de memorização, por exemplo, de listas de clientes e respetivas qualidades).

Para além do exposto, a proteção no Direito alemão, no quadro manutenção em segredo de informações no período pós-contratual, adquiridas por um trabalhador na decorrência do vínculo laboral, será bastante ténue sendo que se partirá de um princípio geral, baseado na liberdade de profissão contida no § 12 GG (“*todos os alemães terão o direito de livremente escolher a sua ocupação ou profissão (...)*”), de que o trabalhador, uma vez findo o contrato de trabalho poderá exercer a sua profissão recorrendo às informações que licitamente tenha adquirido no decurso da respetiva profissão, mesmo que essas sejam secretas, e ainda que em concorrência contra o seu anterior empregador. Neste contexto, a eventual proteção da entidade empregadora passará aí, simplesmente pelas referidas normas gerais da proibição da concorrência desleal (§§ 3 e 4 UWG)¹⁷¹.

Desta forma tem vindo a ser sustentado¹⁷² que, após a verificação do termo da relação contratual, constitui regra geral no Direito alemão a livre utilização/divulgação, por parte dos trabalhadores, da informação que os mesmos tenham obtido no decurso do contrato de trabalho. Abre-se, contudo, uma exceção à censurabilidade dessas utilização ou/e divulgação quando tais ocorram por deliberada e inadmissível aquisição ou guarda dos segredos comerciais, designadamente pela utilização de *meios técnicos* para a obtenção de informações não relacionadas com as suas funções ou pela utilização também de meios técnicos, para o armazenamento de informações a que tenha (apenas) acesso¹⁷³.

levados ao *Bundesgerichtshof* e aí decididos: BGH GRUR 1963, 369 – *Industrialböden*; BGH GRUR 1983, 179, 181 – *Stapel-Automat*; e BGH GRUR 2006, 1044 f. – *Kundendatenprogramm*.

¹⁷¹ PIPER/OHLY/SOSNITZA, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Beck München* (2010) *apud* CAENEGEM, WILLIAM VAN, *Trade Secrets ...*, p. 166.

¹⁷² PIPER/OHLY/SOSNITZA, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Beck München* (2010) *apud* CAENEGEM, WILLIAM VAN, *Trade Secrets ...*, p. 169.

¹⁷³ Salienta-se, contudo, na jurisprudência a referência à possibilidade da conduta de um trabalhador poder ser sancionada nos termos do § 3 UWG (cláusula geral da concorrência desleal), assim nos refere o acórdão OLG Frankfurt CR 1990, 589, 591, em que se discutiu a situação de dois ex-trabalhadores de uma dada empresa terem iniciado a comercialização de um composto químico idêntico ao que era comercializado pela anterior entidade empregadora, tendo ficado decidido que era quase impossível para esses trabalhadores terem desenvolvido, de forma independente, a fórmula do composto em causa.

Podem apontar-se como exemplos de informações tuteladas como segredo negocial (*Geschäftsgeheimnisse*)¹⁷⁴ as listas de clientes¹⁷⁵, os documentos que permitem conclusões sobre o cálculo empresarial, os trabalhos de manutenção, documentos sobre propostas ou orçamentos que foram obtidos por concurso público, experiências, processos de produção, modos de preparação e semelhantes, receitas económicas, credibilidade financeira, estratégias de mercado de mercado de uma empresa¹⁷⁶, cálculo de preços¹⁷⁷, protótipos e modelos, desenhos e modelos e, entre outros, a situação fiscal. Podem ser considerados segredos de funcionamento técnico da empresa (*Betriebsgeheimnisse*)¹⁷⁸, também entre outros, planos de construção, métodos de fabrico, processos de produção, programas de computador e técnicas de tratamento de dados.

O § 18 UWG surge como tutela complementar à do § 17 UWG mais dirigido, por um lado, aos comportamentos adotados no âmbito de uma relação de trabalho (§ 17 (1)) e, por outro lado, à espionagem industrial (§ 17 (2)). O § 18 dirige-se especialmente a relações comerciais e à atribuição de especiais deveres de guarda de informação comercial confidencial a operadores comerciais que se relacionem com os titulares da informação protegida, abrangendo ainda deveres de não utilização desses conhecimentos quando não autorizada. Pode, por isso, referir-se que os principais campos de aplicação do § 18 são o licenciamento de *know-how* e as negociações pré-contratuais, tomando como objeto de proteção informação que não tenha necessariamente de ser caracterizada pela novidade, mas apenas que seja suscetível de ser transmitido a outrem sob imposição da obrigação de confidencialidade¹⁷⁹.

c) O contrato de agência (§ 90 do HGB)

¹⁷⁴ TEPLITZKY, OTTO (Ed.), KARL-NIKOLAUS PEIFER (Ed.) and MATTHIAS LEISTNER (Ed.). *Band 3 §§ 8-22; Register (...)*, p. 1418.

¹⁷⁵ BGH 14.1.1999 WRP 1999, 912, 914 – Kundenanschriften; BGH 19.12.2002 – I ZR 119/00 – GRUR 2003, 453 – Verwertung von Kundenlisten

¹⁷⁶ BVerfG 14.3.2006 – 1 BvR 2087/03.

¹⁷⁷ BVerwG 4.1.2005 – 6 B 59/04 – CR 2005, 194

¹⁷⁸ TEPLITZKY, OTTO (Ed.), KARL-NIKOLAUS PEIFER (Ed.) and MATTHIAS LEISTNER (Ed.). *Band 3 §§ 8-22; Register (...)*, p. 1418.

¹⁷⁹ O que não será, por exemplo, o caso de informação que haja já caído no conhecimento público. Para mais sobre esta matéria *vide* CAENEGEM, WILLIAM VAN, *Trade Secrets Intellectual Property, Breach of Confidence, Misappropriation and Unfair Competition, Kluwer Law*, 2014, p. 183.

Como acima referido nem só de proteção penal e contra a concorrência desleal (*gegen den unlauteren Wettbewerb*), é gizada a tutela do segredo comercial na ordem jurídica alemã. Na sequência do disposto no § 18 UWG e com importância para o que em seguida se irá expor relativamente à proteção das informações comerciais no período contratual e pós-contratual das relações comerciais (agência, concessão, *franchising* etc), note-se o disposto no artigo § 90 do HGB, respeitante à matéria da regulação do contrato de agência.

“§ 90

Segredos de negócio e de funcionamento técnico de empresa

O Agente comercial não pode utilizar ou divulgar a outros, segredos de negócio e de funcionamento técnico de empresa que lhe tenham sido divulgados ou de que teve conhecimento no âmbito da sua atividade, nem depois do termo da relação contratual, desde que isto seja contrário à deontologia de um comerciante ordenado.”

A norma constante do § 90 HGB foi introduzida na reforma do HGB em 1953, antes não existia nenhuma redação comparável, embora se possa identificar que o dever de sigilo terá sido deduzido do dever de lealdade que cabe ao agente comercial nos termos gerais dos §§ 84 e seguintes do HGB¹⁸⁰. Como igualmente veremos *infra*, apesar de ter estado presente nos trabalhos preparatórios da diretiva da agência comercial, o § 90 não tem correspondência nessa diretiva, que nada dispõe, de forma expressa, no que tange à tutela das informações comerciais, nem alude a nenhum dever de sigilo.

A proteção com eficácia pós-eficácia não existe apenas como forma acessória ao contrato sendo que tal obrigação resultaria já dos deveres fidelidade pós-contratual, os quais, por sua vez, já resultariam do § 86 do HGB¹⁸¹. A norma está, contudo, em relação de tensão com o § 90a do HGB, respeitante à celebração de cláusulas de não concorrência para um período no máximo de 2 após o termo do vínculo do agente com o principal. Precisamente neste quadro de tensão entre as normas, na doutrina encontram-se autores que sustentam que o que pode ser protegido será apenas um saber

¹⁸⁰ EMDE, RAIMOND in STAUB, HERMANN, *Handelsgesetzbuch: Grosskommentar – 5.*, neu bearb. hrsg. CLAUS-WILHELM CANARIS, MATHIAS HABERSACK, CARSTEN SCHÄFER, De Gruyter, Berlin, 2008, p. 1471.

¹⁸¹ EMDE, RAIMOND in STAUB, HERMANN, *Handelsgesetzbuch: Grosskommentar ...*, cit. , p. 1472.

especial do vendedor anterior, não nenhum saber geral de venda, por tal motivo foi já sustentado que será, certamente, uma das normas mais violadas do contrato de agência, na medida que poderá mesmo ocorrer na sequência de um ato de negligência por divulgação não pensada¹⁸².

Sempre orientando a interpretação da extensão da proteção dos segredos comerciais nos termos do § 90 do HGB com a possibilidade de celebração de cláusulas de não concorrência no período pós-contratual, têm sido apontados como constituindo objeto de proteção apenas aqueles factos ou direitos que estão num contexto da exploração do negócio por parte do principal e que só são conhecidas por um grupo muito limitado de pessoas¹⁸³. Em virtude da referida tensão entre as normas, é reduzida a possibilidade de ser o próprio principal a determinar, por sua vontade, o conteúdo do segredo, tal terá de ser determinado de um ponto de vista objetivo e do olhar de um terceiro entendido¹⁸⁴. É reconhecido, contudo, ao principal um espaço de atuação adequado, caso esse espaço de atuação fosse ilimitado o principal teria na mão a possibilidade de criar motivos extraordinários, eventualmente até, de resolução, o que contrariaria o § 89a¹⁸⁵.

A existência do direito do comerciante à manutenção em segredo das informações confidenciais depende do conhecimento, por parte do agente, de que o principal queria manter a informação em segredo, devendo haver a comunicação inequívoca da vontade de manter em segredo ao agente¹⁸⁶. Na dúvida deve-se partir da intenção de manter o interesse e o agente deveria solicitar autorização ao empresário¹⁸⁷, a omissão do pedido de divulgação pode fundamentar uma violação de dever.

O interesse económico na manutenção da confidencialidade das informações do principal, não é o único critério justificável para a avaliação da possibilidade da manutenção dessa informação em segredo, uma vez que também se encontram sujeitos ao segredo comercial aquelas informações que não têm interesse económico¹⁸⁸. Também não é necessário que as informações a proteger venham apenas da esfera do principal, podendo, por exemplo, resultar de documentos que o próprio agente elaborou, como listas de clientes e relatórios de viagens¹⁸⁹.

¹⁸² *Ibidem.*

¹⁸³ *Ibidem.*

¹⁸⁴ *Idem*, p. 1473.

¹⁸⁵ *Ibidem.*

¹⁸⁶ *Ibidem.*

¹⁸⁷ *Ibidem.*

¹⁸⁸ *Ibidem.*

¹⁸⁹ *Ibidem.*

Apesar de se admitir a existência de um certo espaço discricionário ao principal para a proteção das respetivas informações, afastam-se, contudo, factos públicos, isto é, tudo o que um terceiro com experiência no ramo sabe ou ainda pode vir a saber, assim as informações respeitantes a procedimentos geralmente conhecidos ou habituais em determinadas empresas, inclusive nomes e empresas como sendo conhecidos no ramo como sendo possíveis adquirentes, não são objeto de proteção, todavia, pode ser segredo a forma como é alcançado o trabalho de obtenção dessas informações¹⁹⁰). Parece estar excluído de proteção os factos que já estavam na posse do agente antes de ele ser agente do novo principal¹⁹¹.

Como acima se observou, o § 90 faz também uma distinção expressa entre os segredos de negócio (“*Geschäftsgeheimnisse*”) e de funcionamento técnico (“*Betriebsgeheimnisse*”), e também no que diz respeito ao que se encontra disposto nesta norma, a doutrina tem entendido que tal delimitação é irrelevante¹⁹². Constituem, então, genericamente informações suscetíveis de proteção pelo segredo, os processos de produção e os documentos para cálculo, aqui se incluindo não apenas modelos de trabalho, mas sim também documentos empresariais como programas de comércio, margens de comércio, ofertas de preço, resultados de balanços feitos internamente e semelhantes.

Quanto à possibilidade de as carteiras de clientes serem igualmente objeto de proteção, afastam-se desde logo aquelas em que os clientes nelas incluídos são de considerar como possíveis, por pertencerem a um determinado ramo, consideradas por isso como potenciais compradores¹⁹³.

O conhecimento de negociações pendentes, que tenha sido o agente ainda a negociá-las, não pode ser utilizado pelo próprio agente para, por si, utilizar esse negócio e concluí-lo sem o principal¹⁹⁴. Contra um agente pode, por isso, ser fundamentado o recurso a uma providência cautelar tendo por objeto a abstenção, relativamente a quaisquer dados de clientes, de utilização de carteiras de clientes do anterior principal, que adquiriu ou que se apoderou ilicitamente com fim de concorrência a favor de uma empresa concorrencial¹⁹⁵. Interessante aqui, até para traçar alguma distinção entre o que

¹⁹⁰ *Idem*, p. 1474.

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ *Idem*, p. 1475.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

seja o âmbito de proteção nos termos do § 90 do HGB e nos do § 17 da UWG, é verificar que na jurisprudência alemã já se identificou a possibilidade de o agente, após o termo do contrato, invocar uma memória extraordinária na qual ninguém havia reparado durante a execução do contrato de agência, de forma a utilizar os dados apreendidos respeitantes a uma carteira de clientes, sendo já impossível o aproveitamento total de uma carteira de clientes¹⁹⁶. No que tange às carteiras de clientes, afasta-se, predominantemente, a proteção de clientes angariados pelo próprio agente¹⁹⁷.

Em princípio a proteção do segredo é ilimitada no tempo a não ser que as informações que originariamente eram protegidas pelo segredo o tenham deixado de ser posteriormente, por ter perdido a necessidade de proteção¹⁹⁸, como por exemplo através da revogação expressa ou concludente do principal. A extensão temporal da proteção está, assim, indexada ao objetivo de manutenção da mesma em segredo¹⁹⁹. Já na pendência da relação contratual, o dever de não revelação (“*Schweigepflicht*”) abrange tudo o que for partilhado com agente para a execução do contrato, maior rigor se exige ao dever pós contratual (informações potencialmente lesivas, reclamações de terceiros, inclusão em listas negras)²⁰⁰.

d) Outras disposições normativas

Para além das normas penais, comerciais e de direito da concorrência desleal a que acima nos referimos, cumpre ainda fazer referência ao que se encontra disposto na IFG, que constitui uma Lei algo próxima da LADA portuguesa, e ao abrigo da qual os cidadãos podem solicitar o acesso a documentos oficiais (“*Amtliche Information*”), dispondo da seguinte forma o seu § 6²⁰¹:

¹⁹⁶ BGH GRUR 2003, 453 (454)

¹⁹⁷ BGH EBE 1999, 204 (206); OLG Koblenz NJW-RR 1987, 95 (97).

¹⁹⁸ EMDE, RAIMOND in STAUB, HERMANN, *Handelsgesetzbuch: Grosskommentar*, cit., p. 1477.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ *Idem*..., p. 1478.

²⁰¹ § 6 *Schutz des geistigen Eigentums und von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen*

Der Anspruch auf Informationszugang besteht nicht, soweit der Schutz geistigen Eigentums entgegensteht. Zugang zu Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen darf nur gewährt werden, soweit der Betroffene eingewilligt hat.

“Proteção da propriedade intelectual e dos segredos de negócio e de funcionamento técnico

Nenhum acesso à informação será aplicável caso tal acesso possa por em causa a proteção de propriedade intelectual. O acesso a segredos de negócio ou de funcionamento técnico apenas poderá ser concedido mediante autorização dos interessados (“Betroffene”).

Para THOMAS HOEREN a ponderação de interesses entre a divulgação da informação e a proteção do segredo comercial não é discricionária, o autor entende não haver espaço de discricionariedade administrativa, ou seja, não havendo consentimento para a revelação dos segredos comerciais em causa a decisão da administração pública, trata-se de uma decisão vinculada, não existindo espaço de interpretação das normas²⁰². Resta, por isso, fazer a avaliação sobre se o titular do segredo tem interesse fundamentado em manter as informações em segredo²⁰³. A IFG não regula, contudo, como deve ser expressa a concordância (ou discordância) do titular do segredo²⁰⁴, não sendo possível substituir a declaração do afetado, como o faz o § 136, 3.^a frase da *Telekommunikationsgesetz* (TKG).

Alguns *Länder* já aprovaram para as respetivas legislações internas um complexo normativo respeitante às suas informações administrativas, sendo neste particular de salientar a BlnInfGB²⁰⁵, a Lei da Informação Administrativa de Berlim. A lei berlinense dedica os §§ 7 e 7a à matéria dos segredos comerciais, sendo de destacar a redação da norma constante do § 7 que parece introduzir alguns critérios para aferir do que seja o interesse fundamentado de falava THOMAS HOEREN, quando na norma se dispõe que²⁰⁶:

“[o] direito à consulta ou à informação dos documentos [administrativos] não existe,

²⁰² HOEREN, THOMAS, *Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und das IFG*, in *Informationsfreiheit Und Informationsrecht: Jahrbuch 2008*, Lexxion, Berlin, 2008, p. 118.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ Gesetz zur Förderung der Informationsfreiheit im Land Berlin (Berliner Informationsfreiheitsgesetz – IFG) de 15 de outubro de 1999 (GVBl. S. 561), de acordo com as alterações introduzidas pela Lei de 8 de julho de 2010 (GVBl. S. 358).

²⁰⁶ *“Das Recht auf Akteneinsicht oder Aktenauskunft besteht nicht, soweit dadurch ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis offenbart wird oder den Betroffenen durch die Offenbarung ein nicht nur unwesentlicher wirtschaftlicher Schaden entstehen kann, es sei denn, das Informationsinteresse überwiegt das schutzwürdige Interesse der Betroffenen an der Geheimhaltung. Gegenüber der Offenbarung tatsächlicher Anhaltspunkte für das Vorliegen einer strafbaren Handlung können sich die Betroffenen und die öffentliche Stelle nicht auf Satz 1 berufen.”*

nas situações em que sejam divulgados segredos de negócio ou de funcionamento técnico ou se para os interessados [na manutenção da informação em segredo] não resultam senão apenas danos económicos insignificantes, a não ser que o interesse na informação supere o legítimo interesse dos interessados na manutenção da confidencialidade da informação. Perante a divulgação de indícios reais [“tatsächlicher Anhaltspunkte”] da prática de um crime, nem os interessados nem as autoridades públicas deverão obedecer ao disposto na primeira parte.”

Atribui, assim, a norma contante do § 7 da BlnInfGB, dois úteis critérios na delimitação da proteção do segredo comercial no contexto da divulgação de informações de natureza administrativa, impondo que a divulgação não cause senão insignificantes danos económicos aos titulares do controlo legal da informação e que, independentemente da existência dessa possibilidade de dano económico, a informação que se pretenda manter em segredo não seja respeitante a uma atividade ilícita.

A posição adotada pelo legislador berlinense parece-nos consonante com os requisitos de proteção de segredos comerciais a que aludem os §§ 17 e 18 da UWG, isto porque, ao se referir a um conceito de *insignificantes danos económicos*, deixa também patente uma importante característica da proteção do segredo comercial na Alemanha, a da desnecessidade de prova de um valor económico autónomo da informação comercial a tutelar, como surge, designadamente no § 1 (4) (i) do UTSA, ou de um seu valor comercial, nos termos do artigo 39.º, n.º 2, al. b) do ADPIC. Tal como referido *supra* exigir-se-á, para o Direito alemão, que a informação comercial a tutelar tenha ligação com o negócio da empresa (*Unternehmensbezogenheit*) e se, para alguns sectores da doutrina, seja de por de parte informações comerciais de natureza privada, é interessante cotejar a doutrina de alguns autores respeitantes à dogmatização de três níveis de segredo comercial, positivos, negativos e neutros²⁰⁷ (aqui com especial interesse na consideração dos segredos negativos), com esta disposição do § 7 da BlnInfGB.

²⁰⁷ Embora no âmbito do Direito Penal, mas também com importância para a UWG, considerando que de sanções penais se trata nos §§ 17 e 18 da UWG, RUIZ, CARMEN ELOÍSA, *Derecho de competencia y protección penal de la información*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 20, n.º 98, set.-out. 2012, p. 481, identifica os referidos três tipos de segredo, classificando a informação da empresa de acordo com um critério de tipo económico, na medida em que a informação tenha a capacidade para gerar uma perda ou um lucro (*ganancia*) para a empresa; assim segredos *positivos* corresponderão àqueles que poderão ser utilizados pela empresa como *meios empresariais de produção* ou como *mercadorias* (ex.: *Know-how*), segredos *negativos* corresponderão àqueles que contenham informação que se pretende ocultar já não pela sua capacidade de ser explorada, mas porque é propícia a ser empregada por um terceiro com objetivo de lhe provocar um dano (ex.: *informação sobre os pontos fracos da empresa*) e segredos *neutros* que corresponderão àqueles que não contenham informação sobre um processo de

e) Ponto conclusivo

No Direito alemão a proteção conferida ao segredo comercial é efetivamente bastante ampla. Ao contrário do Direito britânico e do italiano (que veremos em seguida), fortemente contruídos numa base mais regulatória das relações entre as partes num contexto contratual e entre comerciantes – *amplíssimo sensu* – num âmbito, de maior ou menor concorrência, do que tanto na criação de um bem jurídico tutelável por normas penais bastante robustas ou, mesmo, por normas de natureza civil suscetíveis de conferir uma proteção – como sustentam alguns autores – ilimitada no tempo (§ 90 HGB, que viria a influenciar a redação do artigo 8.º do do DL 178/86, sobre a regulação do contrato de agência em Portugal).

Retemos, também, que alguns autores se pronunciam a favor da conceção do segredo comercial como se tratando de um direito subjetivo dos titulares do seu controlo legal, alguns situando-o mesmo no quadro do § 14 da GG, respeitante ao direito de propriedade²⁰⁸, assim e em face do que observámos supra, pode, com alguma segurança, afirmar-se que o Direito alemão se assume como um posto avançado da proteção do segredo comercial na Europa, surpreendentemente assumindo até uma repressão mais autoritária das condutas de divulgação ilícita, quando resultem de aquisição independente, através da *reverse engineering*, do que a que ocorre nos EUA²⁰⁹. Será esta visão restritiva da *reverse engineering* um obstáculo ao desenvolvimento tecnológico? Adiante nos poderemos pronunciar sobre a matéria, mas o que é certo é que a Alemanha é, entre os restantes países europeus, um dos primeiros a ter legislado sobre a matéria do segredo comercial e é, também, uma das maiores potências económicas e tecnológicas do mundo.

produção nem tão pouco representam uma mercadoria (ex.: *relatórios sobre a organização da empresa, política de pessoal e política de produto*). Para mais indicações sobre esta matéria vide RAMÍREZ, RODRIGO ALDONEY, *Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, Centaurus Verlag, Kenzingen, 2009, pp. 74 – 78.

²⁰⁸ TEPLITZKY, OTTO (Ed.), KARL-NIKOLAUS PEIFER (Ed.) and MATTHIAS LEISTNER (Ed.). *Band 3 §§ 8-22; Register (...)*, p. 1409.

²⁰⁹ CAENEGEM, WILLIAM VAN, *Trade Secrets ...*, p. 173.

5.4 Itália

I. Como assinala STEFANO SANDRI²¹⁰, o Código da Propriedade Industrial italiano acolheu, no seu artigo *6bis* e por via do *decreto legislativo* 19 marzo 1996, n. 198 (D.Lgs 198/96), a redação do artigo 39.º do ADPIC, numa altura em que, como refere²¹¹, se exigia uma adequada proteção em face da coeva omissão de uma disciplina coordenada e sistematizada do segredo comercial, como disso dava nota a doutrina italiana de então²¹². Seguindo a lógica da remissão do artigo 39.º do ADPIC para o artigo *10bis* da CUP, também aquela norma italiana remetia para o regime da concorrência desleal. O autor acabava por aceitar a colocação sistemática da proteção do segredo comercial nos quadros da concorrência desleal, em face da “*fragmentação*” da tutela do segredo, pela qual, na altura, se caracterizava a ordem jurídica italiana. Não é, contudo, essa a realidade atual da ordem jurídica italiana.

II. Determina, hoje, o artigo 1.º do Código da Propriedade Industrial italiano que²¹³:

*“Ai fini del presente codice, l'espressione **proprietà industriale comprende** marchi ed altri segni distintivi, indicazioni geografiche, denominazioni di origine, disegni e modelli, invenzioni, modelli di utilità, topografie dei prodotti a semiconduttori, **informazioni aziendali riservate e nuove varietà vegetali.**”* (destaque nosso)

O Código da Propriedade Industrial italiano sofreu, em 2005, por força do *decreto legislativo* n. 30/2005, uma alteração concernente à matéria do segredo comercial. O artigo *6-bis l.i.* do *Codice della proprietà industriale* foi derogado pelos artigos 98 e 99. O revogado artigo *6-bis l.i.* deu lugar a dois novos preceitos normativos que, surgindo no contexto do Capítulo II do Código, relativo às *norme relative all'esistenza, all'ambito e all'esercizio dei diritti di proprietà industriale*, dispõem quanto ao objeto da tutela das designadas “informações secretas” (*informazione segrete*) e à forma de exercício das mesmas.

²¹⁰ *La nuova disciplina della proprietà industriale dopo i GATT-TRIPs*, 2a ed. Cedam, Padova, 1999, p. 181.

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² *Vide ibidem*, nas notas de rodapé para diversas notas bibliográficas.

²¹³ Optamos por não traduzir a norma legal em face da especial expressividade da redação original do dispositivo legal.

Por via daquela alteração o artigo 98 do Código, determinou o objeto da tutela daquelas informações, tendo como matriz os requisitos constantes do artigo 39.º do ADPIC. Mas verdadeira novidade foi a redação dada ao artigo 99, o qual passou a dispor da seguinte forma:

“Salva la disciplina della concorrenza sleale, é vietato rivelare a terzi oppure acquisire od utilizzare le informazioni e le esperienze aziendali di cui all'articolo 98.”

A inovação legislativa no ordenamento jurídico italiano foi, de imediato posta em causa.

A doutrina não se fez esperar e endereçou, de imediato, algumas críticas bastante assertivas ao tratamento da figura das informações secretas (*informazioni segrete*) enquanto verdadeiros direitos industriais. Nessa sequência GUSTAVO GHIDINI/VALERIA FALCE²¹⁴ explicavam que a nova abordagem que o Código da Propriedade Industrial italiano fazia da natureza jurídica daquele acervo de informações (informação técnica e comercial confidencial²¹⁵), implicaria o seu afastamento do instituto da concorrência desleal, e tendo em conta a natureza dessas informações enquanto direitos industriais *a se* tal importaria para os seus titulares um direito absoluto (*erga omnes*) e de exclusivo. Isto é, como referiam, o novo regime permitiria ao titular da informação secreta impedir toda e qualquer pessoa de a adquirir e a usar, independentemente da existência da quebra de obrigações de manutenção de dada informação em segredo, sejam essas implícitas ou explícitas, e, mais amplamente, da adoção de comportamentos de desleal concorrência²¹⁶.

O tratamento autónomo da figura e a nova possibilidade que era dada aos titulares daquelas informações de a manterem em segredo, com a possibilidade de excluir todos os terceiros da sua utilização (*ius excludendi alios*)²¹⁷, permitiria conferir àqueles uma maior segurança na desnecessidade de recorrerem à proteção que lhes conferiria o direito de patente. Tal confiança no regime do segredo teria, no entendimento dos autores, o condão de iniciar uma fuga para o direito do segredo, pondo assim em causa a

²¹⁴ *Trade secrets as intellectual property rights: a disgraceful upgrading – Notes on an Italian ‘reform’*, in AAVV, *The Law and Theory of Trade Secrecy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK e Northampton, MA, USA, 2011, p. 142.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ *Idem*, p. 143.

²¹⁷ *Idem*, p. 145.

lógica de proteção que está subjacente à atribuição de exclusivos industriais, isto é, a divulgação da inovação à comunidade, a troco da atribuição do exclusivo²¹⁸.

Os autores manifestavam ainda o entendimento segundo o qual a reforma legislativa poria também em causa o princípio da livre concorrência. Como referem²¹⁹ “*a reforma também contraria o princípio geral de que, na ausência de patentes ou de violação do direitos industriais e de outras condutas desleais, a imitação é uma legítima expressão da liberdade geral de concorrência.*”

III. O ruído em torno das alterações certamente que terá chegado aos ouvidos do legislador. Assim, pelo decreto legislativo de 13 agosto 2010, n. 131, procedeu à alteração do artigo 99., para passar a dispor da seguinte forma:

“Ferma la disciplina della concorrenza sleale, il legittimo detentore delle informazioni e delle esperienze aziendali di cui all'articolo 98, ha il diritto di vietare ai terzi, salvo proprio consenso, di acquisire, rivelare a terzi od utilizzare, in modo abusivo, tali informazioni ed esperienze, salvo il caso in cui esse siano state conseguite in modo indipendente dal terzo.”

Da redação não resulta evidente, se a norma abandonou ou não a ideia de independência do conceito de informações secretas em face da concorrência desleal, mas uma interpretação literal não parece apontar para que o legislador italiano tenha regressado à inclusão do segredo na disciplina da concorrência desleal. Aparentemente a norma permite que se sancionem utilizações abusivas (*in modo abusivo*) de informações secretas sem que (*ferma*) sejam tais utilizações sancionadas pela disciplina da concorrência desleal, o que de resto é o que melhor permite a concordância com a enunciação dos direitos industriais, constantes do artigo 1 do Código, é por exemplo esse o entendimento expresso por ALBERTO CAMUSSO²²⁰. Como nos dá nota o autor, com a alteração de 2005, a própria jurisprudência italiana²²¹ chegou mesmo a sustentar que “*a eliminação, na nova formulação contida nos artigos 98 e 99 [do CPI] (...) pela*

²¹⁸ *Idem*, p. 148.

²¹⁹ *Idem*, p. 151, tradução livre da seguinte conclusão a que chegam os autores: “*The reform also contradicts the general principle that in absence of patents or passing-off and other unfair conduct, imitation is a legitimate expression of the general freedom of competition.*”

²²⁰ *Know-how e segreto nell'evoluzione delle fonti*, in *La tutela del know-how*, Giuffrè, Milão, 2012, p. 25.

²²¹ Trib. Bologna, 4 Iuglio 2008, in GADI, 5298.

formulação "de forma contrária à correção profissional" sugere que o código confere proteção absoluta e real às informações confidenciais em conformidade com as normas estabelecidas no artigo 98 C.P.I."

Seja como for, e porque não é nossa intenção discorrer sobre se o Direito italiano consagra ou não um direito industrial autónomo à informação comercial confidencial, é inegável que essa alteração implicou ondas de choque em diversos ramos jurídicos do Direito italiano.

Disso mesmo nos dá conta, por exemplo, STEFANIA GIAVAZZI. A autora vê na nova configuração dada pela ordem jurídica italiana ao segredo comercial um conteúdo jurídico útil à expressão da proteção jurídica do direito ao segredo comercial no âmbito do Direito Penal²²². Na realidade, e à imagem de outras ordens jurídicas, também o Direito italiano contém normas de tutela penal do segredo comercial, é disso caso o artigo 623 do *Codice Penale*, o qual, surgindo na secção do código respeitante aos *delitos contra a inviolabilidade do segredo*²²³, determina que²²⁴:

"Qualquer um que chegue ao conhecimento em virtude do seu estatuto ou ofício, ou da sua profissão ou arte, de novidade destinada a permanecer em segredo, relativa a descobertas ou invenções científicas ou aplicações industriais, a revele ou utilize em proveito próprio ou de outrem, é punido com pena de prisão até dois anos. (...)"

Assim, com referência às alterações introduzidas no Código da Propriedade Industrial italiano, STEFANIA GIAVAZZI sustenta que essas alterações poderão constituir um ponto de partida ("*punto de arrivo*") no percurso interpretativo da identificação do que seja concretamente o segredo de empresa, seja pela melhor determinação do *quantum* da cognoscibilidade que pode ser tutelada como secreta, seja pelo reconhecimento do que seja secreto e seja ainda, pela particular fonte do segredo²²⁵.

Ainda com referência à influência que a possibilidade de ter a ordem jurídica italiana apontado à atribuição de um direito absoluto, UMBERTO OLIVA/GIULIA CANTINI

²²² *La tutela penale del segreto industriale*, Giuffrè Editore, Milão, 2012, pp. 102 ss.

²²³ "*Sezione V - Dei delitti contro la inviolabilità dei segreti.*"

²²⁴ Tradução livre do preceito que da seguinte forma reza na redação original: "*Chiunque, venuto a cognizione per ragione del suo stato o ufficio, o della sua professione o arte, di notizie destinate a rimanere segrete, sopra scoperte o invenzioni scientifiche o applicazioni industriali, le rivela o le impiega a proprio o altrui profitto, è punito con la reclusione fino a due anni.*"

²²⁵ *Idem*, p. 103.

CORTELLEZZI²²⁶, falando da influência da nova concepção jurídica do segredo comercial no Direito do Trabalho, não afastam a influência que a concorrência desleal ainda poderá assumir na determinação do que haja de ser protegido enquanto segredo comercial contra ex-trabalhadores.

Ora, dispõe o artigo 2105 do *Codice Civile*, que o trabalhador está obrigado a não divulgar a informação referente à entidade empregadora, e aos métodos de produção dessa mesma entidade, nem a fazer uso de tais de modo a poder causar-lhe prejuízo. Tendo por base essa norma os autores sustentam a admissibilidade da celebração de pactos de não divulgação (“*patto di riservatezza*”). Tais pactos permitirão às partes determinar e descrever, concretamente, quais as informações empresariais que se encontram a coberto do dever de reserva.

Tais pactos poderão, igualmente, assumir uma eficácia pós-contratual e é, no caso da inexistência, ou exiguidade, desses pactos que os autores sustentam a necessidade de aplicação das regras da concorrência desleal. Para UMBERTO OLIVA/GIULIA CANTINI CORTELLEZZI²²⁷, na ausência de tal pacto e, também, de um pacto de não concorrência, é correto dizer que, após a cessação da situação de trabalho, a fronteira entre informações que podem e que não podem ser legitimamente usadas por ex-trabalhadores, ele deve ser definida, sem prejuízo dos limites da concorrência desleal, não tanto com base no artigo 2105 do *Codice Civile*, mas sim em função das regras estabelecidas pelo Código de Propriedade Industrial.

III. Pelo exposto verifica-se que também na Itália a circunstância de os titulares de informação comercial poderem ou não manter a mesma em segredo é matéria que tem merecido assaz desenvolvimento doutrinário e legislativo.

²²⁶ *Obblighi Legali di Fedeltà, Riservatezza e Non Concorrenza dei Colaboratori dell'Impresa*, in *La tutela del know-how*, Giuffrè, Milão, 2012, p. 133.

²²⁷ *Ibidem*.

5.5 Espanha

Como assinala AUREA SUÑOL LUCEA²²⁸, a proteção de segredos comerciais em Espanha era feita tradicionalmente com recurso a normas penais, sendo que só em 1991, com a aprovação da *Ley de Competencia Desleal* (LCD), pela *Ley 3/1991, de 10 de enero*, foi consagrada a tutela dos referidos segredos no âmbito jurídico privado. Sob a epígrafe “*Violación de secretos*”, dispõe da seguinte forma o artigo 13 da LCD:

“1. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente o en el artículo 14.

2. Tendrán asimismo la consideración de desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo.

3. La persecución de las violaciones de secretos contempladas en los apartados anteriores no precisa de la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 2. No obstante, será preciso que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto.”

Note-se que o n.º 3 do artigo acabado de citar remete para o artigo (o artigo 2 da LCD) que determina, precisamente para o “*Ámbito objetivo*” do diploma, nos termos do qual se refere que a lei tem por objeto a concorrência desleal, tendo por base o conceito de *actos de competencia desleal*, realizado no mercado e com fins concorrenciais. Desta forma a legislação espanhola expressamente consagra a possibilidade de existirem atos de violação de segredos comerciais, mesmo que não tenha havido um ato de concorrência desleal. Na realidade, o Código Penal espanhol já dispunha de um capítulo autónomo designado “*del descubrimiento y revelación de secretos*”, que tem início no artigo 197 e termina no artigo 201.

Como justificação da existência de normas penais que tutelem os *secretos empresariales*, ESTHER MORÓN LERMA, alude à necessidade de haver uma intervenção do legislador penal, assim as normas do Direito Penal permitem uma resposta mais

²²⁸ *El Secreto Empresarial – Un Estudio del Artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p. 51.

robusta quando estejam em causa interesses pessoais e afasta, não completamente, a tutela penal quando estejam em causa interesses de uma generalidade de pessoas²²⁹.

²²⁹ Para mais desenvolvimentos vide *El secreto de empresa : protección penal y retos que plantea ante las nuevas tecnologías*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 161 ss.

6. A multidiversidade e a dispersão da tutela: colocação do problema

A pluridisciplinaridade na abordagem da matéria do segredo comercial leva REMÉDIO MARQUES a referir-se à proteção do segredo comercial como sendo uma *tutela jurídica fragmentária*²³⁰. Ora, como referimos logo no início do presente estudo, a proteção jurídica do segredo comercial tem sido, historicamente, construída a partir da concorrência desleal, muito embora JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO sustente que, a dada altura da evolução da história jurídica nacional, e quando se encontrava ainda em vigor o CPI de 1940, a tutela do segredo comercial poderia ter sido alvo de uma tutela autónoma.

Atualmente, a matéria da concorrência desleal encontra-se consagrada no artigo 317.º e 318.º do CPI, sendo que o artigo 317.º institui o ilícito de concorrência desleal e consagra um elenco não taxativo de atos que devem ser sancionados como sendo de concorrência desleal. Por sua vez o artigo 318.º consagra a definição de “*informações não divulgadas*” Como refere PEDRO SOUSA E SILVA, a proibição da concorrência desleal tem por objetivo a proteção do interesse dos concorrentes, *bem como um interesse geral no regular funcionamento do mercado, impondo aos agentes económicos um dever de agir leal e honestamente, quando competem entre si*”. Dessa forma, e subscrevendo a posição da doutrina maioritária, o autor também considera que a disciplina da concorrência desleal não atribui aos empresários *um verdadeiro direito subjectivo, pessoal ou patrimonial*, constituindo antes um *dever geral de conduta*²³¹.

Considerando as diversas referências normativas que acima apontámos, dispersas no ordenamento jurídico e por ramos jurídicos que visam a regulação de interesses jurídicos distintos, será que em todos esses ramos jurídicos teremos apenas uma projeção da concorrência desleal? Ou, pelo contrário, haverá então uma proteção parcelar, em cada um dos ramos jurídicos, de um conceito jurídico, transversal a todos os regimes jurídicos e que tem por escopo a proteção de interesses e/ou direitos que extravasam o da manutenção de determinados princípios na concorrência? Vejamos alguns desses ramos jurídicos, enquadrando sucintamente as matérias que, em cada um desses, suscitem a temática da proteção das informações comerciais confidenciais, com o único intuito de identificar os interesses que, aí, a proteção dos segredos comerciais possa reclamar.

²³⁰ *Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2007, p. 472.

²³¹ SILVA, PEDRO SOUSA E, *Direito Industrial ...*, cit., p. 317.

7. Segredo Comercial e Direito Comercial

7.1 Aspetos gerais

Como refere MENEZES CORDEIRO²³², “*o comércio engloba, em Direito, a indústria, e corresponde à atividade lucrativa da produção, distribuição e venda de bens. O termo “comércio” pode, com propriedade, aplicar-se a qualquer dos segmentos do circuito que une produtores a consumidores finais e, ainda, às atividades conexas e acessórias.*” Neste contexto é, por exemplo, aceitável que atividades económicas como a agricultura sejam igualmente englobadas no contexto do supraconceito de comércio²³³, sendo que outras atividades que noutros tempos eram vistas como não sendo comerciais, são hoje em dia já apontadas por alguns sectores da doutrina, como se tratando de atividades comerciais, veja-se o caso dos farmacêuticos²³⁴.

Independentemente da inclusão de determinados operadores económicos num conceito amplo de comércio, que aqui não cumpre, naturalmente, discutir, importa sim referir que a comercilística tem apontado para a histórica divisão entre atos comerciais objetivos²³⁵ e atos comerciais subjetivos²³⁶ (artigo 2.º do CCom.), de forma a caracterizar o objeto de regulação do Direito Comercial, depois importa também referir

²³² CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, Manual de Direito Comercial, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 44 e 45.

²³³ Desde que não se trate, naturalmente, de uma agricultura de subsistência, isto é, que não vise o lucro. Neste sentido se pronunciou já o TRC, no Ac. TRC de 23-09-2014, processo 66850/12.5YIPRT.C1, aí se referindo que “(...) [n]uma interpretação actualista e funcionalmente adequada do art. 230º do CComercial, apenas a agricultura tradicional exercida por um sujeito e com meios escassos e rudimentares se encontra excluída do conceito de empresa, e já não a agricultura empresarial – no âmbito de um exercício profissional e com fins lucrativos.” Acórdão que secunda o Ac. STJ de 23-02-2012, processo 2254/03.1TBCLD.L1.S1. Cfr., igualmente, SANTOS, FILIPE CASSIANO DOS, *Direito Comercial Português*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 95, entendendo que “a empresa agrícola é empresa comercial, pelo art. 230º, e o seu titular é empresário – e comerciante à luz do art. 13.º, n.º 1 (...). Excluída fica apenas a agricultura tradicional e não empresarial.”

²³⁴ ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 9.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 152, sustentando que em face da atividade sistemática da compra, para revenda, de medicamentos, se tratam já de comerciantes. Contra esta posição *vide* CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, Manual de Direito Comercial, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 288 e 289, sustentando que os profissionais liberais não serão comerciantes, referindo que serão *seguramente profissionais liberais os que trabalhem com autonomia no âmbito de profissões enquadradas por ordens profissionais.*

²³⁵ Definido por ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Curso ...*, Vol. I, p. 76, como se tratando de “*factos jurídicos voluntários (ou os actos, simplesmente) previstos em lei comercial e análogos.*”

²³⁶ Definido por ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Curso ...*, Vol. I, p. 98, como se tratando de “*factos jurídicos voluntários (ou os actos, simplesmente) dos comerciantes conexionáveis com o comércio em geral e de que não resulte não estarem conexionados com o comércio dos seus sujeitos.*”

que aqueles atos comerciais provirão, prototipicamente, de uma organização de meios destinada a facultá-lo, isto é, de uma empresa²³⁷.

Assim se é verdade que serão comerciantes, nos termos do artigo 13.º do CCom., as sociedades comerciais e aquelas pessoas que, tendo capacidade para praticar actos de comércio, fazem deste profissão, isto é, a sua prática profissional consubstancia-se numa prática reiterada ou habitual e lucrativa de atos de comércio²³⁸, não é menos verdade que as atividades que normalmente se encontram arredadas de um conceito de comércio – em particular as profissões liberais²³⁹ – podem acabar por cair no seu âmbito (do conceito, até, jurídico de comércio), caso sejam prosseguidas, por exemplo, no contexto de uma sociedade comercial, desde que não existam, naturalmente, restrições legais para tal organização de meios produtivos. Como ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO refere, existem profissionais liberais “*que dirigem autênticas empresas, em moldes muito próximos dos comerciais. Quando isso suceda estaremos perante “pessoas semelhantes a comerciantes*”²⁴⁰”. Para essas situações o autor refere que se torna possível *aplicar-lhes determinadas normas comerciais: tudo depende[ndo] da natureza da situação considerada*”²⁴¹. Em acréscimo ao exposto, refira-se ainda, que a evolução legislativa nacional, muito por influência da produção legislativa da União Europeia, tem vindo a permitir uma extensão do conceito de comércio, assinalando-se com particular destaque as definições de *transação comercial* e de *empresas* no DL 62/2013²⁴², tratando-se a primeiras de “*uma transação entre empresas ou entre empresas e entidades públicas destinada ao fornecimento de bens ou à prestação de serviços contra remuneração*”, sendo que uma empresa será uma entidade não pública, que “*(...) desenvolva uma atividade económica ou profissional autónoma, incluindo pessoas singulares.*”

²³⁷ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Comercial*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 141.

²³⁸ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Comercial*, cit., p. 264.

²³⁹ Vide, neste sentido, CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Comercial*, cit., p. 288 e CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito das Sociedades Comerciais*, 5.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 2. Como refere PEDRO PAIS VASCONCELOS, *Direito Comercial – Vol. I*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 43, o critério para distinguir os profissionais liberais dos comerciantes é o do interesse prosseguido pela respetiva atividade profissional, sendo que o do profissional liberal é o do cliente, o que se contapõe a um interesse próprio, no caso do comerciante.

²⁴⁰ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Comercial*, cit., pp. 288 – 289.

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² Que no seu preâmbulo expressamente refere que é aplicável a profissionais liberais.

Ora, começámos por referir que optávamos pela designação de segredo comercial em detrimento de outras classificações e, sendo para nós certo que o conceito não determina a coisa, mas sim que sintetiza, numa curta expressão, o conjunto predominante de elementos que com maior frequência a caracterizam, é *hic et nunc* notório que independentemente da inclusão de todos os operadores económicos num supraconceito de comércio – quer em sentido jurídico ou quer mesmo em sentido económico – a verdade é que a frequência com que a matéria da atribuição de um espaço de confidencialidade no âmbito das atividades económicas se coloca, isto desconsiderando as variantes de sigilo profissional acima referidas (médico, advogado, etc ...) e a proteção de dados pessoais nos termos da LPDP, é efetivamente num ambiente comercial em que a posição do empresário, no sentido amplo, de quem empreende meios para o desenvolvimento de uma atividade económica, poderá por algum motivo ser lesada, pela exposição de alguma característica do mesmo, modo de execução do seu trabalho ou de alguma ou algumas especial(ais) relação(ões) profissional(is), aos demais agentes económicos, sejam eles concorrentes ou não.

Adiante teremos oportunidade de aprofundar a caracterização do conceito de segredo comercial aqui em causa, mas para já o que importa reter é que é no âmbito das relações comerciais ou, tão só, no âmbito do desenvolvimento de uma atividade comercial por parte de um empresário e das relações jurídicas que daí hajam necessariamente que emergir, designadamente com a administração pública ou com os seus trabalhadores, que a grande maioria das questões conexas com o segredo comercial acabam por surgir, mas para já interessa-nos apenas o primeiro âmbito, o comerciante e a sua atividade comercial.

Adiante analisaremos, com algum detalhe, específicas circunstâncias que no decurso da atividade do comerciante no quadro dinâmico da contratação com terceiros, da forma como essas se desenvolvem e da natureza das obrigações aí assumidas, como a matéria do segredo comercial pode ser suscitada, mas para já, interessa-nos fazer uma breve referência a uma especificidade que a lei comercial atribui ao estatuto do comerciante e que assume uma projeção, hoje em dia mais reduzida, mas ainda refletida na jurisprudência da confidencialidade comercial; referimo-nos à escrituração mercantil, prevista nos artigos 29.º e seguintes, com as alterações impostas pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março, devendo, contudo, dar-se nota de que a jurisprudência já foi chamada a pronunciar-se, por mais do que uma vez relativamente à matéria da

confidencialidade dessa escrituração, importando reter os seguintes entendimentos manifestados pelo Tribunal da Relação do Porto:

*“2 – A recusa da parte em apresentar ou juntar determinado documento em seu poder só é legítima nas situações excepcionais previstas no n.º 3 do artigo 519.º do CPC e o segredo comercial não está aí contemplado. E se não está em causa a sua exibição por inteiro, nada impede – nem a lei processual cível nem o Código Comercial – a exibição, para exame ou junção de cópia de (parciais e pertinentes) elementos da escrituração comercial.”*²⁴³

*“A exibição por inteiro dos livros da escrituração comercial está, em princípio, vedada, mas tal não impede o exame ou inspeção parcial, na parte que seja necessária à prova “... para tanto bastando que se requeira o exame da “escrituração que for necessária” para apuramento de determinados factos...”*²⁴⁴.

“I - O sigilo comercial só abrange a exibição judicial, por inteiro, dos livros de escrituração comercial e dos documentos a ela relativos.

*II – O mesmo não abrange a exibição parcial, nos termos permitidos pelos arts 42º e 43º do Código Comercial, designadamente a apreensão de documentos para instrução de processo de insolvência, referentes a participação social do insolvente, requeridos pela administradora da insolvência.”*²⁴⁵

Após sumária consideração da matéria da escrituração mercantil, que atualmente terá uma importância muito residual no contexto da tutela da confidencialidade comercial, observemos, então agora, a matéria a que acima nos reportámos, respeitante à dinâmica da contratação comercial.

7.2 Contratos comerciais

a) Aspectos gerais

²⁴³ Ac. TRP de 21-11-2011, processo 462/10.8TBVFR-W.P1.

²⁴⁴ Ac. TRP de 28.11.2011, processo 462/10.8TBVFR-V.P1

²⁴⁵ Ac. TRP de 07-02-2012, processo 615/10.9TBESP-F.P1

Como refere PEDRO PAIS VASCONCELOS, “*o comércio é fundamentalmente uma atividade de intermediação entre a produção e o consumo, de produção e distribuição de bens e serviços. Este é o cerne da atividade comercial, que se desenvolve principalmente, mas de modo nenhum exclusivamente, em volta da compra e venda mercantil.*”

Assim, e na sequência da afirmação do autor, retém-se que para além do enquadramento geral à matéria do Direito Comercial, numa ótica estática de identificação do regime dos comerciantes, é na dinâmica comercial que a maior parte das situações que invocam a matéria do segredo comercial se verifica, isto é, na atividade contratual comercial. Merecendo especial destaque para o presente estudo, cumpre abordar o tratamento da matéria do segredo comercial, no contexto dos contratos de distribuição, mais concretamente pela sua – conforme é geralmente aceite²⁴⁶ – supra regulação pelo regime do contrato de agência, e pela existência da expressa menção à proteção de *segredos* confiados pelo principal ao agente comercial, nos termos do artigo 8.º do DL 178/86.

De uma forma sintética pode caracterizar-se o contrato de distribuição comercial como se tratando de uma relação jurídica estabelecida entre um fabricante de bens ou criador de serviços e um operador de mercado que se ocupa de colocar no mercado os bens fabricados e os serviços desenvolvidos. Em princípio o fabricante/criador beneficiará da maior vocação comercial e da específica competência da sua contraparte na tomada de conhecimento do mercado relevante, como sejam, eventualmente o *contacto mais estreito com o público, em especial com os pequenos consumidores privados*²⁴⁷. Também por princípio, o distribuidor beneficiará da existência de um produto ou de um serviço já pronto a ser a colocado no mercado, o que o poupará de efetuar investimento no desenvolvimento do bem objeto dos seus negócios. Naturalmente que não será sempre assim, e para alguns contratos de distribuição como sejam o contrato de concessão e o contrato de franquia, poderá ter de haver um certo investimento inicial na aquisição do produto ou na autorização de prestar determinados serviços, por parte do comercial, tendo em vista o arranque do seu negócio, mas ainda aí, os custos não são já de criação e desenvolvimento, mas de aquisição de um bem pronto a ser transmitido, ou de um serviço pronto a ser prestado.

²⁴⁶ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Comercial, cit.*, p. 741.

²⁴⁷ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Comercial, cit.*, p. 740.

Estas características do contrato de distribuição comercial revelam aquela que tem sido indicada como se tratando da característica principal dos contratos de distribuição comercial, a integração numa rede de distribuição²⁴⁸. Tal integração, mais ou menos intensa, na referida rede, para além de conferir uma vantagem concorrencial ao distribuidor, envolve, contudo, a assunção de determinadas obrigações de colaboração entre as partes, sendo que, por assumir a obrigação de transmissão de bens por si não criados, o distribuidor toma conhecimento de determinadas informações respeitantes a tais bens, que poderão não ser do conhecimento geral, nem facilmente apreensíveis pelo público, cabendo por isso identificar se os regimes jurídicos desses contratos concedem alguma proteção a essas informações e, bem assim, qual a sua extensão.

b) Tipologias de contratos de distribuição

i. Contrato de agência

I. O contrato de agência²⁴⁹ é um dos contratos tipicamente associados à atividade comercial²⁵⁰ de distribuição, consistindo, genericamente, num acordo através do qual

²⁴⁸ MENEZES CORDEIRO, *in* Manual de Direito Comercial ..., pp. 741, sistematiza os contratos de distribuição com base, por um lado, no critério do modo de transmissão dos bens do produtor para o consumidor, considerando como *distribuição direta* a que ocorra diretamente do produtor para o consumidor, ainda que através de representantes, comissários ou mediadores e como *distribuição indireta* aquela que em que o bem atravessa ainda várias fases, passando do produtor ao grossista, do grossista ao retalhista e deste ao consumidor final. Por outro lado, e já no que tange apenas à distribuição indireta, o autor refere-se ao um outro critério, o da existência de uma *coordenação entre a produção e a comercialização*. Nos casos em que exista uma tal coordenação, “*de tal modo que o distribuidor é integrado em circuitos próprios do produtor, sujeitando-se, eventualmente, às suas diretrizes*”, o autor fala de *distribuição indireta integrada*. Nos casos em que não haja tal coordenação, fala em *distribuição indireta não integrada*. E é precisamente pelo critério da existência da referida coordenação, e consequentemente da integração numa estrutura comercial determinada pelo fabricante, que o regime do contrato de agência poderá desempenhar a tal função de modelo para os demais contratos de distribuição.

²⁴⁹ “I - *Constituem elementos essenciais do contrato de agência, a obrigação de o agente promover a realização de contratos por conta do principal, com durabilidade e autonomia, e de o segundo pagar ao primeiro determinada remuneração, designada comissão, bem como prestar-lhe todos os elementos necessários ao desenvolvimento da sua actividade.*

II - *Trata-se de um negócio oneroso, sinalagmático, mediante o qual uma das partes – o agente –, actuando por conta e em nome da outra – o principal –, em regime de colaboração estável, não necessariamente exclusiva, desenvolve autonomamente uma actividade de promoção dos bens do principal, angariando clientela e consolidando zonas de mercado, podendo, se para tal estiver devidamente mandatado, celebrar contratos em nome e no interesse do principal.*” (Ac. STJ de 14-02-2012, processo 1889/03.7TBVFR.P1.S1)

²⁵⁰ Sobre a sua importância para a comercialística *vide* CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, Manual de Direito Comercial, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 747 -748. Como refere ABREU, JORGE MANUEL

uma parte (o principal) confia à outra (o agente)²⁵¹ a possibilidade de, em seu nome²⁵², promover pela celebração de contratos²⁵³ tendentes à prestação de serviços ou ao fornecimento de bens, de modo autónomo e estável, mediante retribuição²⁵⁴. A agência poderá ser prosseguida com o *direito de exclusivo*, do agente, de uma certa zona ou de um determinado círculo de clientes (por exemplo, apenas médicos ou apenas advogados), estando, por isso, na disponibilidade das partes a celebração de cláusulas de não concorrência, vinculando o principal à não utilização de agentes seus naquelas zonas e/ou para aquele círculo de clientes (cfr. artigo 4.º do DL 178/86).

Entre outras obrigações do agente que se encontram especificamente elencadas no artigo 7.º do DL 178/86, salientaríamos, com importância para o presente estudo, o dever de respeito pelas instruções do principal que não ponham em causa a sua autonomia (alínea a), o dever de fornecimento das informações que lhe forem pedidas ou que se mostrem necessárias a uma boa gestão, mormente as respeitantes à solvabilidade dos clientes (alínea b) e a esclarecer a outra parte sobre a situação do mercado e perspectivas de evolução (alínea c). Os deveres aí enunciados são essencialmente deveres de conduta e informativos que, conforme acima referido, se coadunam perfeitamente com a lógica colaborativa de integração numa rede de distribuição, permitindo a sua qualificação como contrato *intuitu personae*, na medida em que a relação de confiança entre as partes assume uma relevância acrescida²⁵⁵.

Para além das obrigações principais, como sejam o da promoção dos contratos em nome do principal, o agente comercial fica, assim, vinculado a um conjunto de obrigações acessórias, através das quais se efetua uma integração do mesmo na rede ou na cadeia de distribuição do principal, que basicamente são norteadas por uma

COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 9.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 151, a *actividade de promoção ou agenciamento de negócios, enquanto atividade de intermediação nas trocas, é uma actividade jurídico-comercial (e os respectivos “simples actos jurídicos – “operações jurídicas” são actos comerciais.*

²⁵¹ Que poderá ser pessoa singular ou coletiva, cfr., neste sentido, ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 9.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 151.

²⁵² Com (artigo 2.º, n.º 1 do DL 178/86) ou sem (artigo 22.º do DL 178/86) representação *vide* CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Comercial*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 751.

²⁵³ Esta promoção de negócios traduz-se num *conjunto variado de de actos materiais que vão desde a prospecção do mercado, a difusão publicitária dos produtos e serviços do principal, até à angariação de novos clientes, ao estabelecimento de negociações e à fidelização dos clientes já angariados*; cfr. em ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 441.

²⁵⁴ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Comercial*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 750.

²⁵⁵ *Vide*, aqui também, o Ac. STJ de 14-02-2012, processo 1889/03.7TBVFR.P1.S1 (§ VIII do sumário).

determinada política comercial, designadamente sobre a organização do trabalho do agente, métodos de venda, de assistência a clientes etc, integração essa que permite o controlo mais ou menos intenso do principal sobre o agente, consoante o enquadramento e a tipologia do contrato. Verifica-se, assim, uma intensa relação fundada em mútuos deveres de colaboração (confiança), informação e de lealdade, numa palavra, exige-se uma relação de confiança entre as partes, sabendo, designadamente, que ambos gozam de maior ou menor autonomia no quadro das funções que desempenham, no contexto, respetivamente, da produção e colocação no mercado de um determinado produto ou serviço. A autonomia no desempenho das funções contratadas implica uma troca constante de informação entre as partes, para que o agente saiba o que está a promover e o principal saiba como o seu bem está a ser transacionado, ambos trocam informações relevantes e que, naturalmente, devem também ser objeto de diligente dever de guarda e cuidado tratamento.

II. Assim, no respeitante à matéria dos segredos comerciais no âmbito do regime do contrato de agência cabe então identificar o constante do artigo 8.º do referido DL 178/86, o qual, inserido no Capítulo II, respeitante aos direitos e obrigações das partes, e mais concretamente no âmbito das obrigações do agente (a secção I), dispõe, sob a epígrafe “*Obrigação de segredo*” e fortemente influenciado pela redação do § 90 do HGB²⁵⁶, que:

“O agente não pode, mesmo após a cessação do contrato, utilizar ou revelar a terceiros segredos da outra parte que lhe hajam sido confiados ou de que ele tenha

²⁵⁶ O DL 178/86, corresponde à transposição da Diretiva 86/653/CEE do Conselho de 18 de dezembro de 1986 relativa à coordenação do direito dos Estados-membros sobre os agentes comerciais, sendo que em parte alguma da Diretiva se menciona a existência de uma norma de proteção respeitante à tutela dos segredos da contraparte dos agentes. Também não surge uma tal referência no *Code de Commerce* francês (artigos L134-1 a L134-17, R134-1 a R134-17 e A134-1 a A134-5), nem na *Ley número 12/92 de 27/05/1992, sobre Contrato de Agencia* em Espanha, nem nos artigos 1742 a 1753 do *Codice Civile* italiano, nem no instrumento legislativo do Reino Unido, “*The Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993*”. Na realidade a norma portuguesa tem uma assumida proximidade com o Direito alemão, o qual no § 90 HGB, dispõe que “[o]s agentes não devem usar nem divulgar segredos comerciais e de negócios que lhes sejam confiados ou que tenham tomado conhecimento pelo exercício da respetiva atividade, mesmo após a cessação do contrato, na medida em que tal seria contrário às circunstâncias globais da opinião profissional de um comerciante prudente.” (tradução livre da norma que dispõe da seguinte forma: “*Der Handelsvertreter darf Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, die ihm anvertraut oder als solche durch seine Tätigkeit für den Unternehmer bekanntgeworden sind, auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht verwerten oder anderen mitteilen, soweit dies nach den gesamten Umständen der Berufsauffassung eines ordentlichen Kaufmanns widersprechen würde.*”)

tomado conhecimento no exercício da sua actividade, salvo na medida em que as regras da deontologia profissional o permitam.”

De notar que em ponto algum da diretiva n.º 86/653/CEE surge a referência à proteção dos segredos do principal, o que, atento o percurso que a proposta de diretiva teve desde que foi inicialmente publicada em 1977²⁵⁷, fazia, de facto, prever que uma tal disposição iria constar na versão final da diretiva. Assim, o artigo 6.º da proposta de diretiva apresentada aos Estados membros em 1977 dispunha que:

O agente comercial não deverá, mesmo depois de o contrato terminar, divulgar a terceiros ou explorar qualquer segredo comercial ou industrial que lhe seja revelado ou de que tenha tomado conhecimento em virtude das suas relações com o principal, a não ser que demonstre que, ao fazê-lo, está de acordo com os princípios de um empresário diligente [(“principles of a sound businessman”)]²⁵⁸.

A previsão muito se aproximava da redação da norma constante do § 90 do HGB, como *supra* observado, mas por razões que não se encontram descritas nas fontes consultadas, da versão final da diretiva não constava já essa norma. A legislação portuguesa, na sequência do estudo e elaboração de proposta de transposição da diretiva em Portugal, por parte de PINTO MONTEIRO²⁵⁹, viria a adotar uma disposição algo próxima da constante da proposta de diretiva e em tudo semelhante com a norma do § 90 do HGB.

O artigo 8.º, ao surgir na sequência da enunciação do princípio geral do padrão de comportamento a adotar pelo agente perante a sua contraparte, de acordo com a boa fé, constante do artigo 6.º - de resto, com a correspondência para o principal no artigo 12.º -

²⁵⁷ JOCE n.º 13/2 de 18-01-1977

²⁵⁸ Tradução livre da norma com o seguinte texto: “*The commercial agent shall not, even after the contract has come to an end, divulge to third parties or turn to account any commercial or industrial secrets which were disclosed to him or of which he became aware because of his relationship with the principal, unless he proves that his doing so is consistent with the principles of a sound businessman.*” Sendo que a proposta de diretiva chegou a conhecer redações mais evoluídas, a última das quais, publicada no JOCE C 239/13, de 9 outubro de 1978, dispunha que “*In his relations with third parties, the agent shall not, even after the contract has come to an end, turn to account any commercial or industrial secrets which were disclosed to him or of which he became aware because of his relationship with the principal, unless such conduct is generally accepted to be consistent with the principles of a sound businessman.*”

²⁵⁹ *Contrato de agência (Anteprojecto)*, BMJ 360 (1986), 43 – 139.

parece apontar para que a *obrigação de segredo*, acabe por se situar no campo dos deveres acessórios de lealdade impostos, precisamente, pelos ditames da boa fé²⁶⁰. Sem prejuízo de uma tal aceção parecer ser a correta, e que desde logo permitiria, por força do disposto no artigo 12.º, estender igual obrigação de segredo ao principal, em relação aos segredos do agente, dois importantes elementos, permitem perquirir sobre se tal opção legal será – apenas – uma projeção, mesmo com eficácia pós-contratual²⁶¹, da boa fé contratual, a saber: a inspiração germânica da norma, por um lado, e a limitação temporal do pacto de não concorrência frente a (ao menos) aparente ilimitação temporal da proteção dos segredos comerciais do principal, por outro.

Assim, como *supra* observado, a redação da norma constante do artigo 8.º é quase que decalcada (exceto no que tange à avocação do termo “*deontologia profissional*”) da norma alemã (§ 90 HGB), essa que, por sua vez, surge numa ordem jurídica que, à data da aprovação da norma de proteção dos segredos comerciais (*Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse*) no contrato de agência, já dispunha de uma norma no direito interno que punia, em termos algo próximos²⁶² a conduta de revelação e utilização de segredos comerciais, conforme *supra* observado, quando nos referimos ao § 17 da UWG, fazendo sugerir que pudesse esta norma – o artigo 8.º do DL 178/86 – ser afinal uma projeção da tutela dispensada pela lei da concorrência desleal (o que, como vimos nos ordenamentos jurídicos *supra* poderá não significar uma proteção *apenas na* concorrência desleal). Tal opção encontraria justificação, à data, no disposto no artigo 212.º, 9.º do Código da Propriedade Industrial de 1940 do CPI, posteriormente no artigo 260.º, al. i) do CPI de 1995 e, atualmente, no 318.º do CPI²⁶³.

Por outro lado, coloca-se, contudo, a questão da diferença de redações entre o atual artigo 318.º do CPI português, tributário de uma transposição quase direta do artigo 39.º do ADPIC, perante uma redação do artigo 8.º do DL 178/86 gizada na lógica da norma

²⁶⁰ Cfr. CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da boa fé no direito civil*, 4.ª reimpr., Coleção teses, Almedina, Coimbra, 2011, p. 607 e PINTO, FERNANDO A. FERREIRA, *Contratos de distribuição*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2013, p. 444, este último autor referindo que este dever de reserva de confidencialidade se trata de um dever acessório, que se radica na boa fé “*e que, por vezes, se ocultam sob a categoria sintética do dever de lealdade*”.

²⁶¹ Vide v.g. CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da boa fé no direito civil*, 4.ª reimpr., Coleção teses, Almedina, Coimbra, 2011, p. 629, referindo-se ao facto de a *culpa post pactum finitum* se encontrar consagrada na ordem jurídica nacional, desde logo, no artigo 762.º, n.º 2 do CC.

²⁶² Vide v.g. HEFERMEHL, WOLFGANG E BAUMBACH, ADOLF, *Wettbewerbsrecht: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze*, 16.ª ed., Munchen, C. H. Beck, 1981, p. 1517.

²⁶³ Sem prejuízo da posição que *infra* se exporá relativamente ao modelo de aplicação do artigo 318.º do CPI.

alemã, a qual manteve, no seu § 17 da UWG, o *quantum* de proteção que a respetiva ordem jurídica reputa ser de dispensar ao segredo comercial, mesmo em face da posterior aprovação do artigo 39.º do ADPIC.

É que a norma alemã de proteção de segredos comerciais, a § 17 da UWG (e bem assim o § 18), contém desde logo a consideração das relações profissionais como, precisamente, permitindo a aquisição e utilização de segredos comerciais, desde que obedecidos os critérios aí enunciados, em rigor e se particularmente atentarmos à forma ampla como a norma do Direito alemão se encontra hoje redigida²⁶⁴ praticamente seria desnecessária a existência da norma constante do § 90 HGB, exceto no que tange à eficácia pós-contratual da obrigação, e é precisamente este ponto que nos conduz à ponderação do segundo elemento acima referido, a limitação temporal do pacto de não concorrência.

No artigo 9.º do DL 178/86 entendeu-se – este ponto já por exigência da diretiva – que os pactos de não concorrência deverão ser especialmente restritos quer quanto ao seu âmbito objetivo (delineamento de zonas) e subjetivo (círculo de clientes) quer, ainda, quanto ao âmbito temporal (no máximo dois anos).

Ora, ao se autonomizar uma norma como a da proteção de segredos, da da não concorrência poderia, quer sugerir-se o afastamento da tutela do segredo como mera proteção anticoncorrencial, quer também o afastamento dos constrangimentos da proteção contra – apenas – a concorrência, isto é, o afastamento da restrição da proteção do segredo por áreas, clientes e – mais importante – sem limitação temporal, pelo menos de forma imediata.

Assim, perante a inexistência da celebração de um pacto de não concorrência, nos termos gizados pelo artigo 9.º do DL 178/86, parece, desde logo, não haver grandes dúvidas de que o agente comercial, uma vez extinto o vínculo com o principal poderá, livremente prosseguir a sua atividade profissional, podendo, de resto, chegar mesmo a competir contra o principal²⁶⁵, sabendo ainda que o ato de aquisição de informação

²⁶⁴ Recordemos o início da redação da § 17 (1) da UWG, assim se percecionando a intenção de abarcar com a maior amplitude possível o leque de relações profissionais abrangidas: “*Quem, como pessoa empregada dentro de uma empresa, durante a vigência de uma prestação de serviço, comunique a alguém ilicitamente e com fins concorrenciais, por interesse próprio, ou em benefício de um terceiro, ou com a intenção de causar um dano ao dono da empresa, um segredo de negócios ou de empresa, o qual lhe tenha sido confiado, ou ao qual tenha tido acesso por ocasião da relação de serviço, incorrerá em pena de prisão até três anos ou em pena de multa.*” (sem destaque no original).

²⁶⁵ “*Algo perfeitamente normal numa economia de mercado, dominada pelos princípios básicos da liberdade de empresa e de concorrência (...)*”, como refere PINTO, FERNANDO A. FERREIRA, *Contratos de*

confidencial no decurso de uma atividade empresarial poderá não ser considerado ilícito nos termos do 318.º do CPI²⁶⁶.

Mas será que, ao não introduzir no artigo 8.º do DL 178/86 uma limitação temporal à sujeição ao dever com eficácia pós-contratual de confidencialidade, estará tal obrigação firmada de forma *ad eternum*²⁶⁷? A verdade é que uma tal situação poderá, em abstrato, bulir com a aquisição (e utilização) daquilo a que adiante explicitaremos como se tratando do património profissional.

Independentemente da posição que haja de ser tomada na matéria da extensão temporal da proteção do segredo comercial, e da vinculação *legal* do agente comercial à sua não divulgação no período pós-contratual, o facto é que essa hipotética consideração da existência da obrigação de manutenção de dada informação em segredo, aparentemente, sem limitação temporal (como assim o é defendido na doutrina alemã), permite, também, a consideração da mesma para além de um mero dever acessório decorrente da boa fé²⁶⁸, nem como decorrente da proteção da concorrência desleal²⁶⁹, mas como a dedicada a um direito próprio do principal.

De modo a identificar o que poderá constituir matéria integrante dos segredos comerciais do principal, damos, por exemplo, nota do processo retratado no Ac STJ de 14-02-2002²⁷⁰ e nos termos do qual o tribunal se referia ao dever de lealdade ínsito na relação principal/agente, num caso em que o agente, “*a partir de determinado altura, começou a transferir para outra firma, concorrente das contrapartes, modelos de calçado, para serem produzidos por essa firma a preços mais baixos (...)*”. Sendo certo que a posição do tribunal foi a de aceitar este comportamento, em conjunto com outras situações, como fundamento de resolução ao abrigo da violação do dever de lealdade, a situação descrita bem ilustra o que pode vir a ser considerado quer como divulgação

distribuição, pp. 444 e 445, defendendo, contudo o autor, que os deveres de *reserva* e confidencialidade se prorrogam para lá do termo do vínculo e mesmo perante a prossecução de uma atividade concorrencial do agente contra o principal.

²⁶⁶ Cfr. CAMPINOS, ANTÓNIO (coord.), *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2.ª ed. rev. e aum., Almedina, Coimbra, 2015, p. 508

²⁶⁷ Como refere EMDE, RAIMOND in STAUB, HERMANN, *Handelsgesetzbuch: Grosskommentar ...*, cit. , p. 1477, no Direito alemão, em princípio, a proteção é ilimitada no tempo a não ser que as informações que originariamente eram protegidas pelo segredo o tenham deixado de ser posteriormente, por ter perdido a necessidade de proteção, como por exemplo através da revogação expressa ou concludente do principal.

²⁶⁸ Na medida em que não se pode considerar a imposição de deveres acessórios da boa fé a perdurarem eternamente, mesmo quando já há muito que se extinguiu o vínculo contratual.

²⁶⁹ Na medida em que a concorrência desleal poderia, em abstrato e conforme acima mencionámos, permitir a livre aquisição e utilização de conhecimentos derivados do património profissional do agente.

²⁷⁰ Ac. STJ de 14-02-2012, processo 1889/03.7TBVFR.P1.S1.

quer como utilização desses segredos. O caso acabado de mencionar revela algum interesse no que tange à matéria da titularidade das informações confidenciais, é que no acórdão em causa o que se discutia era tão só a adequação da revelação daquelas informações a empresários concorrentes, para efeitos de resolução do vínculo contratual. A revelação da informação comercial confidencial – do principal – originou a quebra do vínculo. Mas e quanto à informação que seja gerada, adquirida ou trabalhada pelo próprio agente, no decurso da relação contratual, será também ela **do** principal, constituirá tal informação, para os efeitos do disposto no artigo 8.º do DL 178786, “*segredos da outra parte que (...) hajam sido confiados [ao agente] ou de que ele [(o agente)] tenha tomado conhecimento*”?

Não é difícil isolar alguma informação suscetível de se enquadrar no âmbito da informação que é gerada pelo agente comercial, salientando-se, desde logo, e com extrema importância para a continuação da distribuição dos bens do principal, após a cessação do vínculo com o agente, a base de dados de clientes, as conhecidas listas de clientes. As referidas listas de clientes poderão efetivamente conferir uma vantagem comercial às partes, na medida em que, dependendo do esforço empreendido na sua construção e do modelo de de negócio em causa, poderá conter dados tão significativos como a resposta dos clientes a determinadas campanhas, reclamações (e elogios) dos clientes em relação aos bens transacionados, gostos e apetências, rendimento disponível, relações entre os mesmos etc²⁷¹. A resposta a dar à questão poderá compreender uma dupla perspetiva, uma primeira eventualmente conexa com a possível proteção da organização da informação nos termos de um base de dados protegida nos termos do disposto no DL 122/2000 e uma segunda, decorrente da interpretação que se possa fazer da atribuição de uma indemnização de clientela, e mais concretamente do disposto no artigo 33.º, n.º 1, alíneas a) e b).

²⁷¹ Um dos primeiros casos documentados sobre a proteção de listas de clientes, chega-nos dos EUA, trata-se do caso *Empire Steam Laundry Co. v. Lozier*, cuja factualidade se reporta aos anos de 1909 e 1910, surgindo descrito por KRAMER, BAUER EDWIN, *Protection of Customer Lists in California*, 23 Cal. L. Rev. 399 (1935). Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol23/iss4/2>. No caso tratava-se da utilização de uma lista de clientes, por um ex-trabalhador de uma empresa de lavandaria em Los Angeles a quem havia sido confiada uma determinada zona da cidade e atribuída uma carroça para se deslocar nessa zona, ficando o trabalhador obrigado a apontar num caderno todos os clientes que fossem aderindo ao serviço de lavandaria e bem assim as rotas ideais para os alcançar. Finda a relação contratual o trabalhador ficou com a lista de clientes e começou a trabalhar para uma empresa concorrente, utilizando a anterior lista de clientes. O Tribunal censurou a conduta do ex-trabalhador invocando um dever contratual implícito, com eficácia pós-contratual, de não lesar a anterior entidade empregadora, designadamente servindo-se de informações comerciais adquiridas no contexto dessa relação contratual.

Assim, por um lado, caso a base de dados reúna as condições (de originalidade, nos termos do artigo 4.º, n.º 1 do DL 122/2000) para a atribuição de direito de autor, aplicar-se-ão os esquemas de titularidade das obras tuteladas pelo Direito de Autor (cfr. artigo 5.º, n.º 3 do DL 122/2000), faltando a originalidade suscetível da consideração da base de dados enquanto criação intelectual, poderá ainda ser atribuído ao seu *fabricante* um direito de *autorizar ou proibir a extracção e ou a reutilização da totalidade ou de uma parte substancial, avaliada qualitativa ou quantitativamente, do seu conteúdo*²⁷² (artigo 12.º do DL 122/2000). Atenta a principal característica do regime de contrato de agência, respeitante à autonomia do agente em relação ao principal (dependendo, naturalmente, da intensidade da integração na rede do mesmo), parece-nos justificável atribuir a *titularidade* dessas listas de clientes ao agente, sempre que seja este o autor do *investimento substancial do ponto de vista qualitativo ou quantitativo* (12.º, n.º 1 do DL 122/2000). Contra este último ponto podem, contudo, entrar em cena as regras da atribuição de uma indemnização de clientela nos termos do disposto no artigo 33.º do regime jurídico do contrato de agência.

PINTO MONTEIRO²⁷³, pronunciando-se quanto ao mero acesso, por parte do principal, a uma base de dados de clientes, criada e atualizada pelo agente comercial, para efeitos do preenchimento do requisito do disposto no artigo 33.º, n.º 1, al. b) do regime jurídico do contrato de agência, respeitante à atribuição da mencionada indemnização de clientela ao agente (em cumulação com os demais requisitos), entende que tal não bastará para o preenchimento do mencionado requisito. Para o autor, não bastará a mera possibilidade de acesso à base de dados, mas sim que esse acesso permita ao principal o acesso a condições objetivas para a continuação da clientela (*Kundenkontinuität*)²⁷⁴. Destaca-se, assim, no pensamento do autor, a posição que apela a uma efetiva *suscetibilidade* de transferência²⁷⁵ de clientela para o principal, através da utilização e aproveitamento da base de dados. Pelo que, acompanhando a posição do autor, igualmente sustentamos que, caso o agente pretenda beneficiar da indemnização de

²⁷² Vide sobre este direito LEITÃO, LUÍS DE MENEZES, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 339 e ss., MARQUES, J. P. REMÉDIO, *Biotechnologia(s) e Propriedade Intelectual, Volume II*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 887 ss. e PEREIRA, ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Almedina, Coimbra, 2008, pp.426 e ss., parecendo, da posição adotada pelo autor (*idem*, p. 427) que a proteção das bases de dados nestes termos apenas farão sentido quando haja um segredo de negócios, ou relativo à propriedade intelectual.

²⁷³ *Sobre os requisitos legais da indemnização de clientela do distribuidor comercial*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 144.º, n.º 3992 (maio-jun. 2015), pp. 378 e 379.

²⁷⁴ *Idem*, p. 374.

²⁷⁵ *Idem*, p. 379.

clientela, nos termos do artigo 33.º do regime jurídico do contrato de agência, terá também que transmitir definitivamente para o principal, e dela não podendo *mais* beneficiar – pelo menos para a comercialização de produtos idênticos aos do principal.

Vistos os principais pontos de contacto entre a matéria do segredo comercial e o regime do contrato de agência, importa ora referir que, considerando que este se trata do contrato de distribuição alvo da maior intervenção legislativa no campo da respetiva regulamentação, o regime do contrato de agência *funciona como uma matriz de distribuição*²⁷⁶, pelo que muitas das soluções que preconiza acabam por ser adotadas pela prática e pela jurisprudência, perante relações jurídicas de distribuição (como o contrato de concessão ou de *franchising*)²⁷⁷, mas vejamos de que forma e em que condições, começando, desde já, pelo contrato de concessão.

ii. Contrato de concessão comercial

PINTO MONTEIRO define o contrato de concessão como se tratando do contrato-quadro *que faz surgir entre as partes uma relação obrigacional complexa por força da qual uma delas, o concedente, se obriga a vender à outra, o concessionário, e esta a comprar-lhe, para revenda, determinada quota de bens, aceitando certas obrigações – mormente no tocante à sua organização, à política comercial e à assistência a prestar aos clientes – e sujeitando-se a um certo controlo e fiscalização do concedente.*²⁷⁸. Para o autor²⁷⁹ as características do contrato de agência acima apontadas, respeitantes à integração do agente na rede do principal, permitem a aproximação deste contrato ao de concessão comercial e, igualmente, de o estabelecer como regime-modelo dos contratos de distribuição²⁸⁰. O autor²⁸¹ sustenta igualmente que a integração “*torna ainda mais*

²⁷⁶ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, Manual de Direito Comercial, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 747.

²⁷⁷ *Ibidem*.

²⁷⁸ *Direito Comercial - Contratos de Distribuição Comercial*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 110. Para outra definição *vide*, igualmente, ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 446, salientando que o concessionário realiza as vendas contratadas *por conta própria* e mencionando, também, a circunscrição geográfica.

²⁷⁹ *Sobre os requisitos legais da indemnização de clientela do distribuidor comercial*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 144.º, n.º 3992 (maio-jun. 2015), p. 368.

²⁸⁰ Na doutrina, *vide* também CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, Manual de Direito Comercial, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 769 e 770, aí com diversas notas bibliográficas e jurisprudenciais. Também a jurisprudência por nós consultada parece apontar para uma posição francamente maioritária no sentido de aplicar ao contrato de concessão comercial o regime do contrato de agência, meramente a título de

fácil ao concedente impor a sua política comercial e controlar a fase da distribuição, sendo certo, por outro lado, que o concessionário também retira daí benefícios, mormente pela posição de privilégio e a vantagem concorrencial que passa a ter.”

Ora o aspeto da integração, quando perspectivado na ótica da concessão de uma vantagem concorrencial aos concessionários, convida à indagação dos motivos que possam estar na base da atribuição dessa vantagem, e tal indagação permitirá, naturalmente alcançar que, também no contrato de concessão certamente que ocorrerá a transmissão de conhecimentos relevantes no prisma da organização do negócio do concessionário. Tais informações conferem a referida vantagem concorrencial precisamente porque não são do conhecimento generalizado dos restantes operadores económicos, mas apenas do restrito grupo (mais ou menos amplo) de empresários que estejam *integrados*.

Em face dessa integração parece que, também no que diz respeito aos contratos de concessão comercial será de aplicar o artigo 8.º do regime jurídico do contrato de agência e bem assim da construção *supra* referida respeitante à titularidade das informações comerciais confidenciais.

iii. Contrato de *franchising*

Outro dos contratos que aqui se pode referir como apresentando laços com a matéria da proteção do segredo comercial, é o contrato de *franchising* ou de franquía²⁸², que consiste no contrato através do qual uma parte – o *franquiador* – *concede a outro empresário o franquiado* – o *direito de exploração e fruição da sua imagem empresarial e respectivos bens imateriais de suporte (mormente a marca), no âmbito da*

exemplo veja-se o Ac. STJ de 21-04-2005, processo 04B3868 (aplicação analógica do regime de extinção).

²⁸¹ *Idem* p. 369.

²⁸² CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, Manual de Direito Comercial, p. O Ac. STJ de 15-12-2011, processo 1807/08.6TVLSB.L1.S1, sustenta que o contrato de *franchising* ou de franquía “(...) é *definível como «o contrato pelo qual um empresário – o franquiador – concede a outro empresário – o franquiado – o direito de exploração e fruição da sua imagem empresarial e respectivos bens imateriais de suporte (mormente, a marca), no âmbito da rede de distribuição integrada no primeiro, de forma estável e a troco de uma retribuição», um contrato sinalagmático e oneroso, ficando o franquiado vinculado ao pagamento de determinadas prestações pecuniárias, usualmente consistentes numa prestação inicial fixa (“front money” ou “initiation fee”) e prestações ulteriores periódicas proporcionais ao volume de negócios (“royalties”, “redevances”))* [J. Engrácia Antunes, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, 2009, pg. 451].”

*reder de distribuição integrada do primeiro, de forma estável e a troco de uma retribuição*²⁸³.

O contrato de *franchising* não se encontra regulamentado na ordem jurídica nacional, com o detalhe, designadamente, com que se encontra o contrato de agência, pelo que à matéria da tutela do segredo comercial na pendência do vínculo e no período que se lhe seguir, poderá ser gizada, por analogia²⁸⁴, através do regime do contrato de agência. Esta leitura do contrato de *franchising*, em analogia com o contrato de agência, será de resto a mais indicada, na medida em que é concordante com o disposto no artigo 3.º do CCom.

Na ausência da identificação de critérios que permitam traçar a analogia entre os tipos contratuais em causa, uma outra via de igualmente alcançar a proteção do segredo comercial no contexto quer da pendência da relação contratual de *franchising*, quer do período pré-contratual e pós-contratual, parece igualmente poder resultar dos princípios civilísticos da proteção dos deveres contratuais acessórios e dos quais certamente o artigo 8.º do contrato de agência, será – *não só*, mas também – tributário. Assim, no que diz respeito ao período pré-contratual, como o refere MENEZES CORDEIRO²⁸⁵, os deveres de atuação próprios da fase pré-contratual e as dívidas ocasionadas pelo funcionamento da *culpa in contrahendo* na celebração de contratos comerciais têm, elas próprias, natureza comercial²⁸⁶.

Assim e independentemente da eventual consideração da proteção do segredo comercial enquanto um direito autónomo e a que teremos de voltar em seguida, certo é que a inexistência de uma norma expressa no sentido de atribuir esse mesmo direito, o que é facto é que também no contrato de *franchising* será de admitir a existência dessa proteção às partes de um tal contrato, aqui com especial enfoque para o franquiado que,

²⁸³ ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009, pp.451 e 452.

²⁸⁴ Como refere Menezes Cordeiro, in CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Comercial*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 213, “[a]s regras de Direito comercial são especiais: à partida, não são excecionais. Comportam pois (...) aplicação analógica.”

²⁸⁵ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Comercial*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 566.

²⁸⁶ O autor dá como exemplo, para a aplicação do instituto da *culpa in contrahendo* no âmbito do Direito comercial, precisamente, o dever de informação, mais concretamente, no que tange à obrigatoriedade da transmissão à outra parte dados corretos sobre o futuro do contrato e sobre condutas relevantes de terceiros, dando como exemplo, as *perspetivas de êxito* num contrato de *franchising* a celebrar, cfr. CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Comercial*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 567.

com o seu cocontratante, partilha importantes elementos do seu modelo de negócio como – com particular relevância para o presente estudo – o seu *know-how*.

De resto, a transmissão do *know-how* é mesmo indicada como se tratando de um dos *elementos distintivos do tipo social da franquia*²⁸⁷, por forma a se permitir ao franquiado uma efetiva fruição da imagem empresarial do franquiador (marcas, desenhos e modelos, utilização de patentes, e *outros elementos colectores de clientela, como os slogans publicitários*²⁸⁸).

²⁸⁷ Vide ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 454.

²⁸⁸ *Ibidem*.

8. Segredo Comercial e Direito das Sociedades Comerciais

8.1 Aspetos gerais

No âmbito do Direito das sociedades comerciais relevam, acima de tudo, duas pertinentes temáticas que merecem, no nosso entendimento, ser sucintamente mencionadas no enquadramento da matéria sobre que versa o presente estudo, a saber: o direito à informação societária e os deveres de lealdade.

Como veremos, os assuntos acabados de enunciar suscitam questões quer da parte dos sócios, quer parte dos titulares dos cargos nos respetivos órgãos de gestão e administração da sociedade. Assim pode haver de se analisar, por exemplo, quer o direito do sócio à informação societária, quer o da administração ou dos órgãos de fiscalização, em manter tal informação, que em face do desempenho das funções lhe sejam legal ou contratualmente transmitidas, em confidencialidade.

Vejamos, então, de que forma essas duas temáticas podem contribuir para o presente estudo, cientes, contudo, de que o enquadramento inicial será forçosamente sucinto, na medida em que, por um lado, as matérias do direito dos sócios à informação e dos deveres de lealdade, são extensas, não podendo naturalmente, ser aqui abordada na sua íntegra e que, por outro lado, o que importa para o presente capítulo é a enunciação das normas legais que possam suscitar a problemática do segredo comercial, identificando-a, quanto à sua extensão e âmbito, no contexto societário.

8.2 Direito à informação societária

Referindo-se ao *poder de informação* e afirmando que *a informação é imprescindível no exercício societário*, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS²⁸⁹, não deixa de salientar o velho adágio de que *o segredo é a alma do negócio* e que os comerciantes não podem fazer os seus negócios de um modo completamente aberto e transparente, como o autor refere:

“Há segredos comerciais e industriais que têm de ser preservados, há oportunidades de negócio que não convém partilhar, há listas de clientela e de fornecedores, há

²⁸⁹ *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, 2.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2006, p. 204.

estudos de mercados que custam caro e devem manter-se confidenciais, há projectos comerciais e industriais que têm de manter-se secretos.”

É precisamente numa lógica de colisão entre os deveres de informação²⁹⁰ e a proteção de um certo núcleo de informações comerciais confidenciais, que de certa forma o legislador terá procurado encontrar um equilíbrio possível entre os diferentes interesses em jogo. Assim, constando do artigo 21.º do CSC, na alínea c) do respetivo n.º 1, o direito à informação faz parte dos quatro direitos essenciais dos sócios em geral²⁹¹ (em conjunto com o direito a quinhão nos lucros, a participar nas deliberações sociais e a ser designado para os órgãos de administração e de fiscalização da sociedade). Como refere MENEZES CORDEIRO, *o direito à informação é uma posição pessoal que integra o status do sócio*²⁹².

O direito dos sócios à informação societária não é, contudo, ilimitado. Desde logo, porque a proteção desse direito variará consoante a dimensão e natureza da sociedade comercial, sendo que, como refere ANA GABRIELA FERREIRA ROCHA²⁹³, para sociedades comerciais de cariz mais personalista o direito de informação do sócio será mais bem protegido, ao passo que em sociedades de pendor mais capitalístico, em que a dispersão do capital social pelos sócios é também maior, “*a transparência nos negócios sociais terá de ser menor, a fim de assegurar a reserva e segredo necessários ao exercício societário.*” Já no que tange ao conceito de informação pode, desde logo, hipotizar-se duas distintas conceções, a informação enquanto um conjunto de conhecimentos que

²⁹⁰ Por exemplo, para o Direito espanhol CÁNDIDO PAZ-ARES, *in La sociedad colectiva: posición del socio y distribución de resultados*, in URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, Civitas, 1999, Tomo I, p. 602, sustenta que alguma dessa informação possa compreender, designadamente, limitações com origem na própria autonomia privada, conforme se pode retirar da seguinte citação: “*Entendemos, en efecto, que el principio de autonomía privada (arts. 1.255 CC y 121 C. de C.) milita a favor de la posible reducción del derecho de información, que en muchos casos se halla plenamente justificada (piénsese, por ejemplo, en la restricción del acceso por parte de un socio colectivo a la información confidencial motivada por el hecho de haber sido autorizado a competir con la sociedad; o en prohibición de examinar las listas de clientes establecida para garantizar la aportación hecha por el socio gestor). En nuestra opinión es posible incluso la completa reestructuración del derecho de información. Pensamos, por ejemplo, en la constitución de una Comisión de Control, que absorba los derechos individuales de información o en otras configuraciones contractuales de alcance semejante.*”

²⁹¹ Cfr. ROCHA, ANA GABRIELA FERREIRA, *O direito à informação do sócio gerente nas sociedades por quotas*, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano III, 2011, N.º 4, Almedina, Coimbra, p. 1036.

²⁹² CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito das Sociedades*, I Volume, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, p. 680.

²⁹³ *O direito à informação ...*, pp. 1036 e 1037.

pode ser revelado ao sócio mediante um seu pedido de informação e, a conceção da informação enquanto meio para alcançar aqueles conhecimentos²⁹⁴.

MENEZES CORDEIRO sistematiza as informações societárias, estabelecendo distinções quanto a determinados critérios, assim; a informação poderá ser *ordinária*, quando se refira à gestão comum da sociedade e *extraordinária*, quando se reporte já eventos específicos da realidade societária, e que possam convocar diversos tipos de informação a ser prestada, como sejam os aumentos de capital, fusões, cisões ou transformações²⁹⁵; a informação será *permanente*, se for prestada a todo o tempo, a pedido do sócio, *prévia*, se for fornecida antes de qualquer assembleia geral e *em assembleia*. Dentro ainda da sistematização preconizada pelo autor, e atento o critério da possibilidade de acesso à mesma, este sustenta ainda uma organização em círculos ou âmbitos de acessibilidade, considerando que, por um lado a sociedade comercial poderá ser detentora de segredos vitais como, por exemplo, *científicos, tecnológicos, estratégicos, comerciais ou pessoais* e que, por outro lado, a *qualidade de sócio poderá ser totalmente circunstancial ou passageira*²⁹⁶. Serão assim quatro os círculos de acessibilidade: (i) *informação pública*, à qual qualquer pessoa, sócio ou não, pode livremente aceder sem necessitar, sequer de a solicitar à sociedade, por ser informação cuja publicação é legalmente obrigatória; (ii) *informação reservada*, é a informação que apenas será fornecida aos sócios sendo que, na sequência do acima referido quanto ao carácter mais personalístico ou capitalístico da sociedade, acaba por conduzir a uma limitação, no caso das sociedades anónimas, à titularidade de, pelo menos, 1% de participação social; (iii) *informação qualificada*, a qual apenas poderá ser acedida por sócios que detenham uma percentagem mínima de participação social, que detenham uma participação qualificada, como sucede nas sociedades anónimas ao se exigir 10% de participação social para aceder a um conjunto mais amplo de informações, como consta do artigo 219.º, n.º 1 do CSC; e (iv) *informação secreta*, constituída pela informação que não pode ser prestada aos sócios por constituir *segredo imposto por lei*.

Diferenças, portanto, existem e são de assinalar entre as tipologias de sociedades e, assim, do referencial informativo que lhes poderá encontrar associado. Desta forma nas sociedades em nome coletivo o acesso à informação societária deverá ser

²⁹⁴ Cfr. ROCHA, ANA GABRIELA FERREIRA, *O direito à informação...*, pp. 1028 a 1033 e aí com diversas referências bibliográficas.

²⁹⁵ *Manual de Direito das Sociedades*, I Volume, *cit.*, p. 667.

²⁹⁶ *Idem*, p. 668.

disponibilizado, tendencialmente, com a maior amplitude possível, na realidade, enquadrado no artigo 181.º do CSC, não surgem aí as cautelas restritivas que se verificarão no quadro das sociedades por quotas e das sociedades anónimas. Essa amplitude informativa e o facto de o sócio, na sociedade em nome coletivo, ser ilimitadamente responsável, levam MENEZES CORDEIRO a sustentar que, no tocante a negócios da sociedade, não poderá ser invocado o segredo para não prestar informações ao sócio, considerando que o mesmo deverá poder aceder a tudo, excetuando-se contudo o facto de os gerentes chegarem ao conhecimento de dados pessoais confidenciais de terceiros que não tenham que ver com o giro comercial e que hajam, por isso, de guardar sigilo sobre tais dados²⁹⁷. O artigo 181.º, n.º 5 do CSC sanciona, contudo, a atuação do sócio que utilize as informações obtidas de modo a prejudicar injustamente a sociedade, sendo responsável pelos prejuízos que causar e ficando sujeito a exclusão.

Nas sociedades por quotas deverá já obedecer-se ao disposto nos artigos 214.º a 216.º do CSC e, embora se possa falar numa amplitude de acesso à informação algo próxima à das sociedades em nome coletivo, no artigo 215.º, cuja epígrafe se refere ao “[i]mpedimento ao exercício do direito do sócio”, constam desde logo algumas exceções a essa liberdade de acesso à informação societária, aí se referindo, no respetivo n.º 1, que:

“Salvo disposição diversa do contrato de sociedade, lícita nos termos do artigo 214.º, n.º 2, a informação, a consulta ou a inspeção só podem ser recusadas pelos gerentes quando for de recear que o sócio as utilize para fins estranhos à sociedade e com prejuízo desta e, bem assim, quando a prestação ocasionar violação de segredo imposto por lei no interesse de terceiros.”

Assim, se por um lado se procura tutelar uma posição da sociedade em não ser prejudicada pela revelação da informação ao sócio, designadamente para se proteger de atos concorrenciais que o sócio pudesse vir a praticar contra a sociedade²⁹⁸, por outro

²⁹⁷ *Manual de Direito das Sociedades*, II Volume, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, p. 191.

²⁹⁸ Como exemplifica ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 5.ª Ed. Reimp., Almedina, Coimbra, 2016, p. 244, no caso de um sócio que “(...) concorrente da sociedade e pretende consultar os documentos sociais donde constam as listas nominativas de clientes, as condições de pagamento oferecidas por fornecedores e os preços de venda praticados pela sociedade.” Para ANA GABRIELA FERREIRA ROCHA, *in op. cit.*, p. 1038 “a sociedade pode restringir o direito à informação quando, numa análise custo-benefício, se conclua que o prejuízo que a sociedade teria com a divulgação

lado tutela-se também o controlo da divulgação de *segredo imposto por lei a favor de terceiro*.

Sobre qual o âmbito de proteção do segredo a que se reportará o artigo acabado de referir, RAÚL VENTURA começou por se referir a um conceito de *segredo absoluto*, no qual se conteriam tão só o segredo de Estado, o segredo militar, o segredo profissional e o segredo bancário²⁹⁹. Para uma outra perspetiva, MENEZES CORDEIRO³⁰⁰ sustentando que “*a violação do segredo imposto por lei para tutela de terceiros é, sempre, uma razão absoluta de recusa de informação*”, acrescenta contudo que onde se lê “*lei*” se deverá ler “*Direito*”, pelo que tal violação poderá “*resultar de lei expressa, de princípios gerais ou de instrumentos contratuais, existentes em relação ao terceiro protegido*”.

Recusando a vertente contratual do *segredo imposto por lei a favor de terceiro*, se posiciona DIOGO LEMOS E CUNHA³⁰¹, ao sustentar que, caso se aceitasse a que a sociedade pudesse celebrar obrigações contratuais que impedissem o direito à informação, não seriam já as impostas por lei, mas sim as que fossem “*voluntariamente assumidas pela sociedade face a terceiros*”, procedendo dessa forma o autor demonstra o receio que “*poderia haver uma exagerada tendência para alargar os compromissos de segredo da sociedade para com terceiros com a conseqüente redução da amplitude do dever de informação.*” De igual forma, o autor sustenta que não pode constituir fundamento de recusa de acesso à informação de segredos de negócio e de sigilo de terceiros voluntariamente assumidos pela sociedade³⁰².

Ora, sem perder de vista a questão acabada de suscitar, observemos, desde já, que também no que diz respeito ao acesso à informação societária no contexto das sociedades anónimas dá-se nota de dois preceitos, o artigo 290.º, n.º 2 e o artigo 291.º, n.º 4, alínea c) do CSC, que se reportam também à possibilidade de recusa em prestar informação com base um certo conceito de segredo. Na lógica que *supra* enunciámos, o acesso à informação vai sendo restringindo à medida que a estrutura societária vá

da informação é superior às vantagens que o sócio retiraria do seu conhecimento. São [esses] os casos de recusa lícita do pedido de informação.”

²⁹⁹ *Sociedades por quotas*, vol. I, 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, 1989, p. 315, secundado por ROCHA, ANA GABRIELA FERREIRA, *O direito à informação...*, p. 1039.

³⁰⁰ *Manual de Direito das Sociedades*, II Volume, cit., p. 307.

³⁰¹ *O inquérito judicial enquanto meio de tutela do direito à informação nas sociedades*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 75, Vol. I/II, Jan./Jun., 2015, p. 327.

³⁰² Supomos que por obrigação contratual implícita, uma vez que na lógica da exposição do autor já anteriormente o mesmo se refere à informação voluntariamente assumida nos termos de uma cláusula de confidencialidade.

crescendo, ou seja, que vá tendo um maior número de sócios e que, de resto, poderão, mesmo, ser concorrentes da sociedade, como se poderá pensar, designadamente para o caso de um investidor privado que adquira em bolsa uma ação. Assim, e para enquadrar a referência à restrição informativa em situações de segredo, importa referir que se pode dividir a informação a transmitir aos acionistas entre informação *direta* e *indireta*, sendo a direta aquela a que a sociedade se encontra obriga a prestar aos sócios e indireta aquela que a sociedade esteja obrigada a tornar pública³⁰³, por exigência legal, e à qual os sócios poderão ter acesso sem terem de as solicitar à sociedade.

A informação direta, por sua vez, é transmitida pela sociedade aos sócios e pode dividir-se em: (i) informação abrangida pelo *direito mínimo à informação*, a atribuir àqueles sócios que disponham de, pelo menos, 1% de participação no capital social da sociedade, nos termos do artigo 288.º; (ii) *informações preparatórias de assembleia geral*, a fornecer aos acionistas na sede da sociedade tendo em vista a sua preparação para a discussão dos pontos da ordem do dia, nos termos do artigo 289.º; (iii) *informações em assembleia* no âmbito das quais pode ser transmitida informação aos sócios presentes³⁰⁴, com as restrições a que alude o artigo 290.º, n.ºs 1 e 2 do CSC; e (iv) informações contidas no âmbito do *direito coletivo à informação*, a prestar aos sócios que sejam titulares de participações, no mínimo, correspondentes a 10% do capital social, igualmente com as restrições a que alude o artigo 291.º, n.ºs 2 e 4. Concentremo-nos nas duas últimas.

No âmbito das restrições ao acesso às informações *em assembleia geral*, dispõem os n.ºs 1 e 2 do artigo 290.º do CSC da seguinte forma:

“1 - Na assembleia geral o accionista pode requerer que lhe sejam prestadas informações verdadeiras, completas e elucidativas que lhe permitam formar opinião fundamentada sobre os assuntos sujeitos a deliberação. O dever de informação abrange as relações entre a sociedade e outras sociedades com ela coligadas.

2 - As informações abrangidas pelo número anterior devem ser prestadas pelo órgão da sociedade que para tal esteja habilitado e só podem ser recusadas se a sua prestação puder ocasionar grave prejuízo à sociedade ou a outra sociedade com ela coligada ou violação de segredo imposto por lei.” (destaque nosso)

³⁰³ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito das Sociedades*, II Volume, cit., p. 586.

³⁰⁴ Ou devidamente representados, cfr. ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito das Sociedades*, II Volume, cit., p. 594.

Já os n.ºs 2 e 4 do artigo 291.º, no respeitante à matéria que pode ser acedida apenas pelos sócios que disponham de 10% do capital social, dispõem da seguinte forma:

“2 - O conselho de administração ou o conselho de administração executivo não pode recusar as informações se no pedido for mencionado que se destinam a apurar responsabilidade de membros daquele órgão, do conselho fiscal ou do conselho geral e de supervisão, a não ser que, pelo seu conteúdo ou outras circunstâncias, seja patente não ser esse o fim visado pelo pedido de informação.

(...)

4 - Fora do caso mencionado no n.º 2, a informação pedida nos termos gerais só pode ser recusada:

- a) Quando for de recear que o accionista a utilize para fins estranhos à sociedade e com prejuízo desta ou de algum accionista;*
- b) Quando a divulgação, embora sem os fins referidos na alínea anterior, seja susceptível de prejudicar relevantemente a sociedade ou os accionistas;*
- c) Quando ocasione **violação de segredo imposto por lei.**”*

Adicionalmente refira-se ainda, com importância para o presente estudo, que nos termos do artigo 291.º, n.º 7, as informações que sejam prestadas ao abrigo do direito coletivo à informação, voluntariamente ou por decisão judicial, deverão ficar à disposição de todos os outros acionistas, na sede da sociedade.

Ora, em relação à norma que vimos anteriormente para as sociedades por quotas, há desde logo, duas evidentes diferenças que cumpre salientar; **a primeira** refere-se à notória estratificação dos sócios titulares do acesso à informação, há uma distinção subjetiva entre sócios que podem e que não podem aceder a determinado tipo de informação, assim verifica-se que um acionista que apenas detenha uma participação inferior a 10% não poderá ter acesso às informações a que se reporta o artigo 291.º, independentemente de as mesmas poderem revelar ou não um *segredo imposto por lei*³⁰⁵. **A segunda** notória diferença é objetiva e liga-se à matéria da restrição ao acesso à informação, a **violação de segredo imposto por lei no interesse de terceiros** nos termos

³⁰⁵ A não ser que se associe com outros para, em conjunto, exercer esse direito; cfr., neste sentido, CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito das Sociedades*, II Volume, cit., p. 590 e VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *A Participação ...*, cit., p. 211.

do artigo 215.º, n.º 1 do CSC para as sociedades por quotas e *violação de segredo imposto por lei* (apenas), nos termos dos artigos 290.º, n.º 2 e 291.º, n.º 1, alínea c), ambos do CSC, para as sociedades anónimas.

Relativamente a esta diversa redação entre as normas das sociedades por quotas e das sociedades anónimas COUTINHO DE ABREU parece não ver diferença entre as mesmas, remetendo a posição que toma para o âmbito de proteção do segredo em causa no artigo 215.º, n.º 1 para o que disse quanto ao 290.º, n.º 2 do CSC³⁰⁶, no mesmo sentido PEDRO PAIS DE VASCONCELOS³⁰⁷ também acaba por expressar uma opinião nos termos da qual refere que as diferentes redações não têm relevância, uma vez que a lei, ao impor o segredo, não o faria no interesse da própria sociedade, “*mas antes sempre de terceiro*”, o autor acaba por referir que “[s]e o fizesse no interesse da própria sociedade, esse segredo seria disponível.” Salvo o devido respeito pela posição dos Ilustres Professores, não é essa a nossa posição.

Na realidade há ainda uma **terceira** diferença, embora menos evidente, entre as redações do regime das sociedades por quotas e do das sociedades anónimas e que se reporta às condições e à extensão da transmissão das informações. Assim, do lado das sociedades por quotas exige-se que as informações sejam apenas acedidas pelos sócios que as requereram, designadamente por escrito (cfr. o art. 214.º, n.º 1 do CSC), ou pelos sócios acompanhados por um outro profissional que esteja vinculado a sigilo profissional³⁰⁸, ao passo que nas sociedades anónimas a informação que seja requerida ao abrigo do direito coletivo à informação, ficará disponível para todos os sócios (cfr. o art. 291.º, n.º 7 do CSC), sabendo contudo que os deveres de confidencialidade são muito mais ténues para estes, os quais, como vimos, podem mesmo ser concorrentes da sociedade. Adicionalmente, também no que diz respeito à extensão com que as informações são divulgadas num contexto e no outro, se poderá evidenciar como representando diferenças de relevo, assim, se numa sociedade por quotas a dispersão do capital será tendencialmente mais contida, o mesmo não se verifica para as sociedades anónimas, em que, como refere MENEZES CORDEIRO, *podem compreender dezenas de milhares de sócios*³⁰⁹.

³⁰⁶ *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, cit., p. 244, nota 566.

³⁰⁷ *A Participação ...*, cit., p. 216.

³⁰⁸ Neste sentido vide CUNHA, Diogo Lemos e, *O inquérito ...*, cit., p. 322.

³⁰⁹ *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, cit., p. 585.

Ainda, sem prejuízo da posição adotada por PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, damos nota que é o próprio autor, embora num contexto algo diverso³¹⁰, que quando se refere às restrições constantes do artigo 290.º, n.º 2 do CSC, sustenta que³¹¹ “[n]ão é difícil imaginar casos em que seja lícito recusar as informações: se resultarem na revelação à concorrência de segredos comerciais, por exemplo, relativos a novos produtos em desenvolvimento ou se implicarem a violação de deveres de sigilo.”

Somos assim da opinião de que é possível sustentar que a redação com que ficou contemplada a tutela do *segredo imposto por lei*, no contexto do direito *coletivo* de acesso a informações societárias, respeitantes a sociedades anónimas poderá dizer igualmente respeito à tutela de segredos próprios da sociedade anónimas. Restará, contudo, compreender se o que está em causa é um direito da sociedade comercial à manutenção da reserva da informação em confidencialidade, ou se será apenas um mero reflexo da tutela dispensada pela concorrência desleal. Neste contexto a expressão *imposto por lei*, deverá funcionar como um importante elemento interpretativo, é que para que ocorra a defesa da informação em segredo, através do regime da concorrência desleal, é necessário que o titular do seu controlo legal adote determinadas providências (cfr. artigo 318.º, al. c) do CPI), ou seja a proteção, aparentemente, não opera *ex lege*, mas sim pela adoção de determinada conduta, por parte do titular do controlo legal. Destarte a adoção de medidas, designadamente a não revelação do segredo, implica uma justificação *imposta por lei*, mais concretamente, que sustente legalmente o invocado *controlo legal*.

Pelo exposto, e sem prejuízo do que adiante sustentaremos acerca da posição jurídica de vantagem do titular do controlo legal da informação sujeita a segredo, pode desde já, se referir que o segredo contemplado no artigo 291.º, n.º 4, al. c) do CSC, pode ser tutelado perante um pedido de um sócio que não seja concorrente, mas que pela divulgação dessa informação, se permitiria (por força do artigo 291.º, n.º 7 do CSC) que os concorrentes dele pudessem tomar conhecimento³¹².

³¹⁰ O autor reporta-se ao artigo 290.º, n.º 2, não ao 291.

³¹¹ *A Participação* ..., cit., p. 211.

³¹² E aqui note-se nem o pedido do sócio titular de 11% do capital social poderia ser considerado *contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo da atividade económica* (cfr. o proémio do artigo 317.º, n.º 1 do CPI), na medida em que seria um exercício legítimo dos seus direitos de informação enquanto sócio, nem a aquisição por parte de sócios minoritários, eventualmente concorrentes da sociedade anónima, poderia ser considerada *desonesta*, a informação teria sido tornada *geralmente conhecida* ou, pelo menos, *facilmente acessível* (cfr. artigo 318.º, al. a) do CPI).

8.3 Dever de lealdade

I. O dever de lealdade poderá sinteticamente ser enunciado como um dever de boa fé, exigindo que a conduta dos sócios exista uma “*permanente contemplatio societatis*” e, em consequência, se proíba a obtenção de vantagens próprias à custa de um sacrifício da sociedade³¹³. O dever de lealdade assume algumas manifestações concretas³¹⁴, como por exemplo o dever de não concorrência e o dever de não revelação de informações societárias³¹⁵.

No que tange à proibição de concorrência pode enunciar-se, sumariamente, o dever de não concorrência dos sócios em nome coletivo (artigo 180.º do CSC) e dos gerentes das sociedades por quotas, salvo autorização dos sócios para tal efeito (artigo 254.º do CSC).

Sem prejuízo da existência de deveres de lealdade por parte dos sócios e nas suas inter-relações, o ponto que mais tem sido abordado na doutrina é da vinculação a tais deveres por parte dos órgãos de administração societária, desde logo nos termos da disposição central do CSC relativo à matéria, o artigo 64.º do CSC, artigo que MENEZES CORDEIRO refere corresponder a uma construção clássica, *inicialmente suportada a boa fé e que tem vindo a assumir uma estruturação própria*³¹⁶.

Ora, um dos deveres que emerge do dever de lealdade é precisamente o da não divulgação de informações confidenciais da sociedade, ou não divulgar informações que possam importar um descrédito da sociedade ou ainda ao dever de não apropriação de oportunidade de negócio da sociedade³¹⁷. Tais deveres surgem para os administradores expressamente nos artigos a que já nos referimos anteriormente: o artigo 422.º, n.º 2 e 441.º-A. No primeiro caso trata-se do dever associado ao fiscal único e aos membros do conselho fiscal, excecionado pelo n.º 3, para o caso de os mesmos chegarem ao conhecimento de informações respeitantes a factos delituosos e que constituam crimes públicos. No segundo caso, a obrigação de sigilo está igualmente conexa com o exercício de um cargo de administração e não compreende já exceções expressas.

³¹³ Cfr. CÁNDIDO PAZ-ARES, *in op. cit.*, pp. 602 e 603.

³¹⁴ Cfr. CÁNDIDO PAZ-ARES, *in op. cit.*, p. 603.

³¹⁵ “*implica a proibição de fuga de informação*”, cfr. CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito das Sociedades*, I Volume, p. 429.

³¹⁶ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito das Sociedades*, cit., II Volume, p. 427.

³¹⁷ Cfr. CÁNDIDO PAZ-ARES, *in op. cit.*, p. 603.

Mesmo que para os demais órgãos da administração não esteja expressamente previsto o dever de não divulgar informações societárias confidenciais, como se referiu *supra* esse dever resulta da existência de deveres acessórios enformados pela boa fé, pelo que, mesmo que não sejam expressamente sancionadas pela lei se deverão considerar como consequência natural da assunção de uma obrigação fundada essencialmente numa relação de confiança, estando por isso vinculados ao sigilo³¹⁸.

II. Para além dos pontos acima afluídos, uma palavra ainda se impõe, no que tange ao dever de não apropriação de oportunidade de negócio por parte dos administradores de sociedades comerciais MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO³¹⁹ refere o seguinte:

“O dever de não apropriação de oportunidade de negócio societária subsiste, durante um período de tempo razoável, mesmo após a cessação da relação entre o administrador e a sociedade; o administrador que, tendo decidido aproveitar uma oportunidade de negócio da sociedade, se afasta da administração da mesma, viola certamente a regra da corporate opportunity.”

É interessante, por isso, observar uma das soluções a que a autora chega quanto às consequências jurídicas da violação da obrigação de não aproveitamento de uma oportunidade de negócio. Para situações em que ocorra uma violação nos termos indicados, para além de sustentar a existência de fundamento de para a destituição dos administradores com justa causa³²⁰, a autora refere ainda a possibilidade de a sociedade optar, no quadro da responsabilidade que pode ser assacada aos administradores no âmbito dos artigos 72.º e seguintes do CSC, pela reconstituição natural ou pela indemnização por equivalente. Interessante é, pois, verificar que no âmbito da reconstituição natural a sociedade poderá exigir a transferência da oportunidade (a «entrada» da sociedade no negócio), bem como a entrega dos lucros entretanto obtidos

³¹⁸ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito das Sociedades*, cit., I Volume, p. 827.

³¹⁹ *O dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócio societárias*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, coord. LUÍS COUTO GONÇALVES.. [et al.], Coimbra, Almedina, 2012, p. 645.

³²⁰ *In op. cit.*, p. 656, fundamentando a autora a aplicação analógica do disposto para a obrigação de não concorrência, nos artigos 254.º, n.º 5, 398.º, n.º 5 e 428 do CSC.

ilicitamente pelo administrador, sempre que isso seja material e juridicamente possível, nos termos do artigo 566.º do CC³²¹.

Nessa sequência, a autora acaba por sustentar uma aplicação analógica³²² do artigo 180.º, n.º 2 do CSC, nos termos do qual:

“O sócio que violar o disposto no número antecedente fica responsável pelos danos que causar à sociedade; em vez de indemnização por aquela responsabilidade, a sociedade pode exigir que os negócios efectuados pelo sócio, de conta própria, sejam considerados como efectuados por conta da sociedade e que o sócio lhe entregue os proventos próprios resultantes dos negócios efectuados por ele, de conta alheia, ou lhe ceda os seus direitos a tais proventos.”

Assim, tendo em conta que as informações comerciais confidenciais a que o administrador tenha acesso lhe poderão conferir uma *vantagem de mercado*, e que a sociedade poderá ter interesse na manutenção dos negócios concretizados pelo administrador, a posição doutrinal a que se refere MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO poderá apresentar algumas semelhanças com o tipo de tutela eventualmente a ser atribuída à sociedade quando se verifique o aproveitamento da segredos comerciais desta para a celebração de negócios em contravenção ao referido dever de não apropriação de oportunidade de negócios. De resto, a aplicação do artigo 180.º, n.º 2 do CSC teria, num destes casos uma aplicação direta e não apenas analógica.

Essa seria, portanto, uma situação em que o titular das informações sigilosas, teria direito a reagir quer recorrendo à concorrência desleal, quer recorrendo ao expediente legal que o CSC lhe disponibiliza, ou seja, a sociedade poderia optar pelo regime jurídico que lhe fosse mais vantajoso para tutelar o seu segredo comercial.

³²¹ *In op. cit.* p. 657.

³²² *In op. cit.* p. 658

9. Segredo Comercial e Direito Intelectual

9.1 O Direito Industrial:

a) O artigo 39.º do ADPIC

Na mesa das negociações no âmbito do Tratado ADPIC a questão da tutela do segredo comercial era matéria bastante controversa, sendo que muitos dos Estados assinantes eram da opinião de que essa matéria não deveria ser alvo de regulamentação pelo ADPIC considerando que já se encontraria protegida nos termos do artigo 10.º-*bis* da CUP, quando aí se refere que os países da União estão obrigados a assegurar aos nacionais dos países da União uma proteção efetiva contra a concorrência desleal, referindo-se, no n.º 2 desse artigo, que “[c]onstitui *acto de concorrência desleal qualquer acto de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.*” O artigo enuncia três possíveis situações de concorrência desleal, sendo que em nenhum deles se encontra prevista qualquer previsão quanto ao segredo comercial.

Foi devido a alguma pressão de países como os EUA, Canada e Suíça que acabou por se aditar a referência à proteção das informações não divulgadas. Entre estes países, alguns dos argumentos adiantados para se considerar a necessidade da aprovação dessa proteção, eram, designadamente, o facto de o artigo 10.º-*bis* da CUP não prever expressamente tal proteção, de a lista enunciativa não prever atos fraudulentos ou, por exemplo, de não acautelar suficientemente a posição dos particulares perante a administração pública, isto porque a revelação de informações confidenciais à administração pública não poderia redundar numa prática comercial desleal, na medida em que esta não se estaria a relacionar com os particulares numa lógica concorrencial, a aquisição das informações pela administração pública não seria assim contrária *aos usos honestos em matéria industrial ou comercial*³²³.

De forma a acolher ambas as conceções, foi entendido pelos Estados fazer aprovar um artigo que complementasse a defesa contra a concorrência desleal, também no contexto da proteção dos segredos comerciais, fazendo, contudo, expressa referência que essa tutela – *no Tratado* – far-se-ia nos quadros da concorrência desleal, estendendo a proteção já anteriormente consagrada no artigo 10.º-*bis* da CUP, sendo que no que

³²³ Cfr. com maior detalhe o *iter* negocial em CARVALHO, NUNO PIRES DE, *The TRIPS Regime ...*, cit., pp. 200 – 203.

dizia respeito à proteção de revelações informativas feitas à administração pública, se acabaria por acautelar nos termos de um número autónomo, que acabou por se dirigir apenas quanto ao resultado de testes respeitantes a produtos farmacêuticos e químicos para a agricultura³²⁴, número esse que, aparentemente, se procurou transpor para o ordenamento jurídico nacional, nos termos do disposto no artigo 188.º, n.ºs 3 e 5 do EM³²⁵.

De acordo com a redação aprovada no artigo 39.º, refere-se que a proteção não tem em vista a proteção da mera confidencialidade, mas sim, uma proteção contra meios desonestos na obtenção das informações sujeitas ao segredo, tutela-se a aquisição, a divulgação e a utilização que realizadas de uma forma ilícita³²⁶. Não obstante, a redação aprovada para o resultado de testes (n.º 3) situa-se contudo, e sem prejuízo da sua associação à proteção da concorrência desleal, num contexto diferente daquele que se situava o artigo 10.º-*bis* da CUP, podendo assim dizer-se que os resultados de testes podem ser considerados como uma nova entrada na tutela anteriormente prevista nos diplomas internacionais, sendo que a proteção se faz já pelo aditamento de dois novos critérios, a saber³²⁷; a subordinação a um procedimento administrativo tendente à aprovação para comercialização e o *esforço considerável* na obtenção dos *dados não divulgados referentes a ensaios ou outros*.

No que tange à formulação das alíneas do artigo 39.º, n.º 2 do ADPIC foram também elas objeto de ampla discussão, sendo que a primeira proposta apresentada para a sua

³²⁴ Dispõe o artigo 39.º, n.º 3 do ADPIC da seguinte forma: “*Sempre que subordinem a aprovação da comercialização de produtos farmacêuticos ou de produtos químicos para a agricultura que utilizem novas entidades químicas à apresentação de dados não divulgados referentes a ensaios ou outros, cuja obtenção envolva um esforço considerável, os Membros protegerão esses dados contra qualquer utilização comercial desleal. Além disso, os Membros protegerão esses dados contra a divulgação, excepto quando necessário para protecção do público, ou a menos que sejam tomadas medidas para garantir a protecção dos dados contra qualquer utilização comercial desleal.*”

³²⁵ Dizemos aparentemente porque não foi feita essa menção na Proposta de Lei n.º 13/XII, de 1 de setembro de 2011, que antecedeu a aprovação da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, a qual viria a introduzir, por força do respetivo artigo 4.º, as alterações constantes do mencionado artigo 188.º do EM, nessa proposta refere-se, simplesmente, que: “*Procura-se, deste modo, ir ao encontro do que já ocorre noutros Estados membros da União Europeia e evitar-se a prática actual de as empresas de toda a União virem a Portugal obter informações sensíveis sobre medicamentos relevantes para os seus mercados e que não podem obter nesses Estados. Compatibiliza-se também a obrigação de protecção de segredo com o princípio da administração aberta e com o respeito pelo direito de acesso, antes da decisão final, a um conjunto de informação, por parte de terceiro que, nos termos do artigo 64.º do Código do Procedimento Administrativo, demonstre ter legítimo interesse no conhecimento desses elementos.*”

³²⁶ CARVALHO, NUNO PIRES DE, *The TRIPS Regime ...*, cit., p. 204.

³²⁷ *Idem*, p. 205.

consagração veio da Comunidade Europeia à qual os EUA apresentaram uma contraproposta dividida em 5 números que envolviam o objeto da proteção, o termo da proteção, a manutenção dos direitos, a definição de apropriação ilícita e os direitos conferidos³²⁸.

Após algumas discussões respeitantes à terminologia a utilizar, designadamente com os receios expressos por alguns países como a Índia e o Brasil, na associação a conceitos que pudessem remeter para uma conceção que pudesse conduzir à consideração dos segredos comerciais enquanto mais uma categoria direitos intelectuais, acabou por prevalecer uma proposta que acabava por conter um misto das posições apresentadas pelos EUA, pela Comunidade Europeia e pela Suíça³²⁹. Sem prejuízo da discussão levada a cabo em sede negocial é incontornável a influência do *Trade Secret Law* dos EUA na versão final da redação do artigo 39.º, n.º 2 do ADPIC, como assim nos dá nota SHARON K. SANDEEN³³⁰, quando a autora refere que “[as] *subsecções (a) a (c) do artigo 39 (2) são modeladas na por influência da definição de ‘trade secrets’ que se encontra contida no Uniform Trade Secret Act (UTSA) e são usadas para definir o tipo e a extensão da informação que deve ser protegida*”³³¹. Não obstante a referida influência feita sentir em sede negocial pelos EUA, que se apresentavam como a ordem jurídica que mais evoluída se encontrava na tutela dos segredos comerciais, STEFANO SANDRI dá-nos nota de que³³² os EUA: “(...) *ao fim, acabaram por aceitar a posição dos países europeus baseada numa tutela diferenciada (norma penal, direito de trabalho, concorrência desleal, pois resulta do artigo 39 que esta última seria aplicável através da conexão do artigo 10.º da Convenção da União de Paris), ao contrário do direito de propriedade que é reconhecido pelo Common law.*”

³²⁸ CARVALHO, NUNO PIRES DE, *The TRIPS Regime ...*, cit., p. 209.

³²⁹ *Idem*, pp. 217 – 224.

³³⁰ *The limits of trade secret law: Article 39 of the TRIPS Agreement and the Uniform Trade Secrets Act on which it is based*, in AAVV, *The Law and Theory of Trade Secrecy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK e Northampton, MA, USA, 2011, p. 538.

³³¹ Como acima referido, para a § 1 (4) do UTSA segredo comercial “*significa informação, incluindo uma fórmula, modelo, compilação, programa, dispositivo, método, técnica, ou processo, que: (i) tenha um valor económico autónomo, atual ou potencial, por não ser geralmente conhecido por, e não ser facilmente acessível por meios admissíveis por outras pessoas que possam obter um valor económico com a sua divulgação ou utilização, e (ii) que sejam objeto de esforços que sejam razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para se manterem em segredo.*” (sem destaque no original e aqui destacado para evidenciar a proximidade com a versão final das alíneas do artigo 39.º, n.º 2 do ADPIC)

³³² *La nuova disciplina della proprietà industriale dopo i GATT-TRIPS*, 2a ed. Cedam, Padova, p. 179, nota 1 (tradução livre).

Como refere NUNO PIRES DE CARVALHO³³³, ao contrário do que se encontrava previsto no artigo 10.º-*bis* da CUP, não se exige que relativamente ao disposto no artigo 39.º, n.º 2 do ADPIC os Estados tenham de criar normas nos respetivos ordenamentos jurídicos para transpor o regime criado pela norma, uma vez que da mesma resulta um conteúdo jurídico imediatamente aplicável, sendo contudo aconselhável que os Estados adequem as respetivas legislações ao regime aprovado, pelo menos, “*identificando um patamar mínimo que deverá ser seguido pelos tribunais nacionais.*”

O artigo 39.º, n.º 2 do ADPIC, tutela, então e de acordo com a redação da norma, uma posição jurídica de quem *controle legalmente* certas *informações*, permitindo-lhes que impeçam que essas informações sejam divulgadas, adquiridas ou utilizadas por terceiros de uma forma *contrária às práticas comerciais leais*. Eis a enunciação da regra geral.

Quanto à matéria do objeto de tutela o artigo reporta-se a *informação*, não a qualifica no sentido que por exemplo era pretendido pelos EUA, como “*trade secret*”, trata-se de informação, sujeita aos requisitos que veremos *infra*, mas à partida não apresenta quaisquer restrições, como refere NUNO PIRES DE CARVALHO o conceito apresenta-se descrito de uma forma ampla, sendo que por informação se poderá entender qualquer tipo de informação, exigindo-se apenas uma relação com o mercado, com um “*ambiente económico*”³³⁴.

No que diz respeito ao termo *controle legal* por parte da pessoa singular ou coletiva, ou seja, a “*information lawfully within their control*”, nota-se que existe uma clara preocupação em não tomar posição quanto à qualificação da posição jurídica do ... titular (“*owner*”) ... possuidor (“*holder*”)... proprietário (“*proprietary*”)³³⁵ ... enfim de quem *controle legalmente* a informação, passe-se a redundância. Mas, de facto, é que independentemente da qualificação o que interessa – de uma forma imediata – para a aplicação do artigo é o que se tutela, e no artigo 39.º, n.º 2 o que se tutela é a proteção dessa informação nos termos da concorrência desleal, sendo que aquela *imprecisa*

³³³ *In op. cit.*, pp. 224 – 225.

³³⁴ *Idem*, p. 225, interessante aqui e até para cruzar também com o que se referiu supra quanto ao requisito da ligação ao negócio de empresa (“*Unternehmensbezogenheit*”) no Direito alemão, é verificar que o autor aceita, também, que o artigo possa tutelar igualmente o “*negativa knowledge*”, tido pelo autor como, por exemplo o caso do conhecimento de que um determinado químico não pode ser utilizado para o desenvolvimento de uma determinada solução, fazendo, contudo, depender a proteção dessa informação da existência de uma certa vantagem competitiva, em relação aos concorrentes.

³³⁵ *Idem*, p. 226.

designação aparece mais relacionada com a ideia, plasmada na alínea c) do artigo 39.º, n.º 2, da necessidade de tomada de medidas para a manutenção da informação em segredo³³⁶.

Quanto aos demais requisitos salienta-se, desde logo, relativamente à alínea a), que o termo *facilmente acessíveis* (“*readily accessible*”), foi proposto pela Suíça e aceite pela Comunidade Europeia, a delegação dos EUA, reportando-se ao que se encontra disposto na § 1 (4) do UTSA, preferia o termo “*readily ascertainable by proper means*”, mais próximo do termo, em Língua portuguesa, de *facilmente determinável*, no que, para NUNO PIRES DE CARVALHO remete, aparentemente, para uma maior amplitude na proteção do 39.º, n.º 2 do que resultaria da proposta dos EUA. No nosso entender, parece-nos que as expressões devem ser entendidas de uma forma sinonímica, sendo que acompanhamos, naturalmente, o autor quando associa o termo à própria informação e não ao objeto material que a corporiza, quando o mesmo refere que, por exemplo, uma folha de papel pode ser facilmente acessível pela pessoa que lhe está próxima, mas se a informação que estiver no papel tiver sido encriptada, pode não ser de fácil acesso; assim temos que o acesso ao documento pode ser fácil, mas não o acesso à informação nele contida³³⁷. O interessante desta aparente abertura normativa é que poderá, de certa forma, apelar a uma noção restritiva do acesso independente à informação, designadamente através da *reverse engineering*, que tem vindo a ser sustentada na doutrina e jurisprudência alemãs e à qual se contrapõe, surpreendentemente, a evolução jurisprudencial dos EUA, que excetuando o caso *E.I. duPont de Nemours & Co. v. Christopher*³³⁸, que de resto tem sido mais associado a outras matérias, tem concedido uma grande margem de manobra para a aquisição independente da informação pela *reverse engineering*.

No que respeita ao carácter sigiloso da informação importa que a informação esteja sempre (ainda) sobre o controlo legal de quem pretende manter a respetiva confidencialidade, não impendendo, naturalmente que haja partilha da informação com terceiros³³⁹, sendo que este requisito é particularmente relevante para afastar uma qualquer proximidade ao requisito da novidade, existente, por exemplo, para a proteção

³³⁶ CARVALHO, NUNO PIRES DE, *The TRIPS Regime ...*, cit., p. 226.

³³⁷ *Idem*, p. 231.

³³⁸ 431 F.2d 1012 (5th Cir. 1970), cert. Denied, 400 U.S. 1024 (1971).

³³⁹ CARVALHO, NUNO PIRES DE, *The TRIPS Regime ...*, cit., p. 232 e 233, em que o autor dá o exemplo segundo o qual, o sigilo persistirá até que o último de 10 concorrentes (caso os restantes 9 estejam contratualmente vinculados ao sigilo perante o titular do controlo legal) tenha conhecimento da informação.

de patentes. É que para que as informações não divulgadas se encontrarem tuteladas pelo artigo, não se requer o preenchimento de um requisito de novidade, mas sim que as informações não tenham sido *divulgadas*. O que nos permite fazer a ponte para o próximo requisito; a existência de um valor comercial por ser secreto.

Na verdade o que se pretende é que as informações a tutelar não tenham um mero carácter trivial, mas sim que, na lógica da inclusão do *ambiente económico* a que nos reportámos *supra*, elas tragam uma vantagem competitiva ao seu *titular do controlo legal*, estando, por isso, abrangidas as atividades científicas de entidades não comerciais, numa palavra, o factor prevaemente no requisito do *valor comercial por ser secreto*, é mesmo o segundo, a manutenção da confidencialidade³⁴⁰.

b) O artigo 318.º do CPI

Como resultado da aprovação do CPI de 2003, foi introduzido no código o artigo 318.º numa opção que deverá ser entendida como se tratando da *transposição* para o direito interno do artigo 39.º do ADPIC, embora fosse questão relativamente pacífica que tal artigo não carecesse de qualquer norma de transposição interna, sendo imediatamente aplicável após publicação oficial (artigo 8.º, n.º 2 da CRP)³⁴¹.

O artigo enquadra-se no Título III do código, respeitante à matéria das *Infrações*, tratando-se, aí, e de acordo com a sistemática adotada pelo código, e de acordo com o preâmbulo da norma, como tratando de *três* específicos atos de concorrência desleal³⁴² e, sem prejuízo da sua evidente proximidade em relação à norma constante do artigo 39 do ADPIC, tais atos são os da *divulgação, aquisição ou utilização de segredos de negócios de um concorrente, sem o consentimento do mesmo*. Ao contrário do que o faz o 39.º do ADPIC, o CPI adota a expressão *segredo de negócio*, para qualificar as informações tuteladas pela norma³⁴³. Neste sentido, LUÍS COUTO GONÇALVES sustenta

³⁴⁰ CARVALHO, NUNO PIRES DE, *The TRIPS Regime ...*, cit., p. 235.

³⁴¹ *Ibidem*.

³⁴² *Cfr.*, autonomizando as três condutas típicas, embora reportando-se ao ilícito de *violação de segredos de negócios* (“*know-how*”), GONÇALVES, LUÍS COUTO, *Manual de Direito Industrial: Patentes, Desenhos ou Modelos, Marcas, Concorrência Desleal*, 6.ª ed. rev. e aum., Almedina, Coimbra, 2015, p. 389, AAVV, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, CAMPINOS, ANTÓNIO (coord.), 2.ª ed. rev. e aum., Almedina, Coimbra, 2015, p. 508. *Vide*, também, SILVA, PEDRO SOUSA E, *Direito industrial: noções fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 336.

³⁴³ Nas respetivas alíneas o artigo reporta-se aos requisitos a que as *informações* deverão reunir, para aquelas aquisição, divulgação e/ou utilização sejam consideradas ilícitas, não havendo a referência a

que, sem prejuízo de a lei parecer referir-se a um elenco enunciativo de atos ilícitos de concorrência desleal – pela referência à expressão “*nomeadamente*” – tal terá ficado a dever-se a um lapso grosseiro³⁴⁴. Para o autor da norma resultam dois momentos jurídicos relevantes³⁴⁵, um primeiro de ilícita apropriação (a aquisição) e um segundo, de utilização e-ou divulgação da informação.

Com este primeiro contacto com a norma resultam, desde já, duas questões que importa salientar: a opção pela adoção do conceito de “*segredo de negócios*” e a utilização e/ou divulgação da informação quando a aquisição não tenha sido ilícita, esta última suscitando a questão da conformidade das normas da concorrência desleal quando a aquisição não seja considerada ilícita, por um lado, e a tutela de terceiros de boa fé, por outro.

No que tange à opção legislativa respeitante à expressão “*segredos de negócios*”, parece-nos que aponta para a circunstância de que a tutela da concorrência desleal prevista no artigo se dirige a um determinado universo das informações não divulgadas, apenas o das que suscitem uma relação concorrencial e que, nesse âmbito, devam ser tuteladas. É possível, de acordo com esta conceção, considerar conceito de segredo de negócios como, apenas, uma das possíveis informações tuteladas pelo segredo comercial.

No que tange à segunda questão, respeitante à da ilicitude da utilização ou divulgação das informações tuteladas quando a aquisição seja lícita, não será, por princípio, de excluir a eventual ilicitude de uma divulgação ou utilização posteriores³⁴⁶. Imagine-se, por exemplo, a situação da celebração de uma licença mista de patente e *know-how* em que o licenciado, decida sublicenciar a terceiros, sem autorização do licenciante o ato do primeiro licenciante poderá, efetivamente, situar-se no âmbito de uma divulgação ilícita. A questão a que acima nos referimos e que ora cumpre resolver, é a da posição do sublicenciado de boa fé, mais concretamente depois de ser notificado de que explora um conhecimento secreto que lhe foi sublicenciado, sem autorização e, como tal, foi feito de forma ilícita.

qualquer outra informação no corpo do artigo, parece-nos que essas não poderão deixar de ser os próprios *segredos de negócios*.

³⁴⁴ GONÇALVES, LUÍS COUTO, *Manual ...*, cit., p. 389.

³⁴⁵ *Ibidem*.

³⁴⁶ Neste sentido, vide AAVV, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, CAMPINOS, ANTÓNIO (coord.), cit., p. 509.

O CPI não permite identificar qual a posição desse terceiro de boa fé, pelo que o percurso a adotar para a resolução do problema poderá ter de passar pela identificação de uma solução pelo regime da concorrência desleal, trata-se da matéria da natureza jurídica da tutela dispensa pelo Direito nacional às informações confidenciais, a que teremos de voltar *infra* (cfr. *maxime* pp. 191 e seguintes) sendo que, para além do exemplo acabado de expor, pode ainda mencionar-se a aquisição por meio de contrato de trabalho, através da criação do património profissional do trabalhador, ou por aquisição independente, designadamente através da *reverse engineering*.

c) Outras disposições do CPI

O CPI não esgota, contudo, as suas referências ao segredo comercial no artigo 318.º, inserido no capítulo II, da Parte I do CPI, referente à tramitação administrativa, o artigo 29.º, determina ainda, sobre a matéria da publicação dos atos previstos no código, que:

“Qualquer interessado pode também requerer certidão das inscrições efectuadas e dos documentos e processos arquivados, bem como cópias fotográficas ou ordinárias dos desenhos, fotografias, plantas e modelos apresentados com os pedidos de patente, de modelo de utilidade ou de registo, mas só quando os respectivos processos tiverem atingido a fase de publicidade, não exista prejuízo de direitos de terceiros e não estejam em causa documentos classificados ou que revelem segredo comercial ou industrial.” (sem destaque no original)

É mais uma projeção de normas de proteção que têm em vista impedir a divulgação de informações sujeitas ao princípio da administração aberta. O enquadramento na disciplina da divulgação dessas informações no contexto do CPI é interessante, porquanto é o próprio CPI que utiliza as expressões *segredo comercial* e *segredo industrial*. A proteção do segredo comercial, no quadro do CPI, ainda que tendo em vista o seu enquadramento na disciplina do acesso à informação administrativa é sintomático do valor que o segredo assume, mesmo contra, admite-se, direitos industriais expressamente positivados no Código.

Outra expressão da proteção do segredo comercial no CPI, embora não seja expressa, chega-nos do confronto da inversão do ónus da prova constante do artigo 98.º com o artigo 34.º, n.º 3 do ADPIC, quando este se refere à possibilidade de, em sede

processual, os titulares de uma dada informação industrial secreta, poderem-na manter secreta contra a alegação de violação de patente, quando aleguem obter o produto patenteado sobre outro processo. A norma de Direito Internacional, deverá funcionar nos processos judiciais internos, porquanto consubstanciam um aprofundamento da norma do 98.º do CPI.

9.2 Direito de Autor e segredo comercial;

I. Conforme o afirma ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA³⁴⁷:

“Independentemente de a obra ser ou não original, a jurisprudência afirma a aplicação do instituto da concorrência desleal, a qual poderá resultar da apropriação dos elementos ou do resultado do trabalho de outrem (Ac. RL 2/6/99).”

O autor sustenta, contudo, uma posição restritiva da aplicação da concorrência desleal no âmbito do Direito de Autor, referindo³⁴⁸ que:

“Em suma, a concorrência desleal só excepcionalmente será directamente aplicável aos autores, enquanto tais, sem contudo se afastar liminarmente essa possibilidade, em especial no âmbito das criações mais utilitárias, como o software.”

Não obstante, e muito embora não caiba no âmbito do presente estudo muito espaço para avaliar da aplicabilidade da concorrência desleal no quadro do direito de autor, importa, contudo referir que, conforme resultou demonstrado do estudo de JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO³⁴⁹, o instituto da concorrência desleal tem por base o princípio da prestação, sendo que, conforme o refere o autor:

“Na realidade, o problema não está na observância ou não do princípio da prestação; está na ausência de um acto de concorrência.

(...)

³⁴⁷ *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 395 e 396.

³⁴⁸ *In op. cit.*, pp. 396 e 397.

³⁴⁹ *O princípio da prestação: um novo fundamento para a concorrência desleal?*, in ROA, Ano 56, Vol. I, 1996, pp. 23 e 24.

Os actos de agressão estranhos ao exercício empresarial estão fora da disciplina da concorrência desleal.”

Pelo que, a interpretação restrita do instituto da concorrência desleal no âmbito do direito de autor, que ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA preconiza, deverá levar em consideração que as sanções existentes na ordem jurídica nacional para atos de concorrência desleal, apenas poderão ser aplicadas no quadro do exercício da vertente patrimonial dos direitos de autor.

Por outro lado, e para o que nos interessa no âmbito do presente estudo, a tutela de segredos comerciais também apenas se poderá colocar no quadro do exercício de uma atividade económica por parte dos titulares de direito de autor.

Ora, concretamente no caso da proteção jurídica dos programas informáticos existem normas que impedem as respetivas reprodução, divulgação e/ou comunicação ao público, veja-se, nesse sentido, o disposto no artigo 8.º, n.º 1 da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (Lei do Cibercrime)³⁵⁰.

*“Quem ilegitimamente **reproduzir, divulgar ou comunicar ao público** um programa informático protegido por lei é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.”*

Para a proteção a que se refere a Lei do Cibercrime, é interessante atentar àquilo que refere JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO³⁵¹:

“A lei da criminalidade informática, no que respeita aos programas de computador, parece assentar numa tutela do segredo do programa – tutela que não é estabelecida em lugar nenhum da ordem jurídica!

De facto, o art. 9/1 da Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto, pune quem, não estando para tanto autorizado, reproduzir, divulgar, ou comunicar ao público um programa informático protegido por lei.

³⁵⁰ A Lei do Cibercrime, veio revogar a Lei n.º 109/91, de 17 de agosto (Lei da Criminalidade Informática) que, no seu artigo 9.º, n.º 1, dispunha de forma muito próxima ao atual artigo 8.º da Lei do Cibercrime,

³⁵¹ *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 470, referindo-se ainda à norma constante do artigo 9.º, n.º 1 da revogada Lei n.º 109/91, de 17 de agosto.

Como não há nenhum direito ao segredo do programa – nem está nomeadamente compreendido na directriz sobre programas de computador – temos de concluir que, também neste aspecto, é uma norma vazia, à espera de um hipotético e improvável preenchimento futuro.”

Ou seja, o autor contesta que a inexistência de um direito ao segredo do programa na ordem jurídica nacional possa permitir a aplicação da norma penal. Ora se considerarmos que a concorrência desleal poderá tutelar determinadas matérias do direito de autor quando envolvam o exercício de uma atividade comercial por parte do autor, então poderemos, com as reservas que a seguir se mencionarão, considerar que a referida norma vazia, “à espera de um hipotético e improvável preenchimento futuro”, a que se referia JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, poderá agora estar a coberto do artigo 318.º do CPI, se se entender que é o instituto da concorrência desleal que abrange tutela das informações não divulgadas a que se refere aquele artigo.

Há, contudo, reservas que devem ser feitas de forma a se poder aceitar esta posição que ora se avança.

A primeira diz respeito à circunstância de à concorrência desleal corresponderem, hoje, sanções de natureza contraordenacional e não já de natureza penal. Aparentemente não faz grande sentido dizer que uma norma penal acaba afinal por ser preenchida com recurso a uma norma contraordenacional.

Por outro lado, e numa segunda reserva, deve ainda mencionar-se que a norma penal só poderia ser aplicada caso se identificasse na ordem jurídica um direito ao segredo do programa, e esse direito resultasse para o seu titular com um mínimo grau de completude.

Acreditamos que as duas reservas se poderiam resolver com a consideração de um argumento apenas, a saber, o reconhecimento, pela ordem jurídica nacional, de um direito ao segredo comercial.

Por outro lado, repare-se, também os direitos de autor atribuem um exclusivo jurídico³⁵², no quadro da sua vertente patrimonial. Assim que a obra intelectual é revelada, o seu autor gozará de um monopólio de exploração económica dessa obra. Caso o autor se dedique a explorar economicamente a obra, um programa de

³⁵² Como refere ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA, *Direito Civil Direito de Autor e Direitos Conexos*, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 197, “[o] núcleo do direito patrimonial é constituído pelo exclusivo de exploração da obra.”

computador, pense-se, passará, na sequência do que vem de ser exposto, a estar sujeito a atos de concorrência desleal.

Assim, o que é reservado ao autor é a *utilização, aproveitamento* ou *exploração económica*³⁵³, sendo que, no quadro da exploração económica se tem identificado que a finalidade da lei não passa pela atribuição de um exclusivo como tal, o exclusivo atribuído visa assegurar vantagens patrimoniais (cfr. o artigo 67.º, n.º 2 do CDADC)³⁵⁴, ficando por isso excluído o uso privado³⁵⁵ da obra.

II. Outro caso em que a doutrina estrangeira já se pronunciou relativamente à relação entre a concorrência desleal e o direito de autor foi a dos formatos televisivos, ou formatos de programas de televisão³⁵⁶.

Os designados formatos televisivos constituem programas que se desenvolvem a partir de uma ideia original previamente criada e, posteriormente, adaptada ao meio televisivo no qual será transmitido, com mudança apenas de colaboradores técnicos³⁵⁷. Muito por conta do receio das estações televisivas em investir na criação intelectual própria nacional, resulta, desta forma, uma proliferação de aproveitamento de formatos já existentes, testados e melhorados de transmissão em transmissão e já com provas dadas na angariação de audiência. A criação destes programas, diremos, padrão, ou por outra, destes padrões de programa, nem sempre se pode considerar como revestindo um necessário grau de originalidade, porém casos há em que o conjunto de elementos de que se compõe o formato poderá muito bem ser considerado como criação intelectual³⁵⁸

³⁵³ ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA, *idem*, p. 197.

³⁵⁴ ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA, *idem*, p. 200.

³⁵⁵ ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA, *idem*, p. 200.

³⁵⁶ *Vide*, para maior desenvolvimento, GARCÍA, CONCEPCIÓN SAIZ, *Obras Audiovisuales e Derecho de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp.194 ss e KAMINA, PASCAL, *Film Copyright in the European Union*, Cambridge Studies in Intellectual Property, Cambridge University Press, Cambridge, 2002. pp. 81 ss. relevância tal que levou já a OMPI, em colaboração com a Associação para Protecção e Reconhecimento de Formatos (em inglês FRAPA - *Format Recognition and Protection Association*) a criar uma competência nesta matéria no seu Centro de Mediação, de forma fornecer serviços de resolução alternativa de litígios, neste sentido cfr. http://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2010/article_0009.html.

³⁵⁷ Para além de jogarem, ainda, na ideia geral do programa, determinadas técnicas de apresentação, seja com recurso ao método expositivo do apresentador, seja pela disposição do público no estúdio televisivo, seja pelo próprio design do mobiliário etc.

³⁵⁸ Veja-se, a título de exemplo, a criação do programa “*Quem Quer Ser Milionário?*” por David Briggs, quem passou dois anos jogando constantemente o jogo com companheiros na sua oficina, introduzindo sempre novidades cada vez que as ia alcançando. Refere o mesmo criador que, aperfeiçoamentos técnicos foram depois feitos como a iluminação, a música e outros aspectos de produção, mas a ideia original do formato, sempre se manteve, cfr. GARCÍA, CONCEPCIÓN SAIZ, *in op. cit.* p. 198, nota 339. Também neste

especificamente criada para radiodifusão visual. Sempre que haja esse carácter de criação intelectual original, o aproveitamento de tais obras sempre deverá ser feito com respeito pelos direitos autorais dos seus criadores.

Mas como já foi sustentado na doutrina italiana³⁵⁹ a complexidade (em sentido meramente linguístico³⁶⁰) do formato televisivo, implica que no contexto do mesmo possam surgir muito mais do que apenas um eventual direito de autor. Em rigor, o formato televisivo pode nele conter, designadamente, a projeção de marcas³⁶¹ e, acima de tudo, de utilização de técnicas de luzes, de sonorização e de direcção da condução dos tempos do programa, na doutrina italiana a que nos referimos sustenta-se, pois, a utilização de *know-how* por parte dos *licenciantes* daquelas obras televisivas. O que tem suscitado a questão da aplicação do instituto da concorrência desleal, sempre que alguém reproduza, sem consentimento, dos criadores intelectuais o programa televisivo. Dificilmente aqui se vê que haja qualquer necessidade de recorrer a uma tutela da confidencialidade daquelas técnicas. Em rigor, e apesar de o *know-how* relativo àquelas técnicas a que se refere aquele sector da doutrina italiana não ser de imediata apreensão público alvo, pelo menos a cadência temporal e organizada desses jogos de luz e música, o que é certo é que os formatos televisivos têm por objetivo ser projetados para uma grande audiência, sendo completamente natural que os olhares mais atentos consigam alcançar o padrão das referidas técnicas. O *know-how* que, eventualmente se poderia tutelar³⁶² neste tipo de obras, não é um *know-how* secreto, o que o afasta do presente estudo.

sentido, sustentando a possibilidade de atribuição de direitos de autor aos criadores do formato televisivo, “*as long as they meet the requirements of expression and originality*” vide KAMINA, PASCAL, *in op. cit.* p. 82.

³⁵⁹ Vide PROSPERETTI, EUGENIO, TOZZI, FERDINANDO e COMANDINI, VINCENZO VISCO, *I format televisivi tra acquisto di know-how e tutela della proprietà intellettuale*, in *Il Diritto dell’Informazione e dell’Informatica*, anno XXII, n.º 1, Giuffrè Editore, Milão, 2007, pp. 16 ss.

³⁶⁰ E sem desenvolver a natureza jurídica da obra televisiva enquanto *obra intelectual complexa*, por não caber fazê-lo no presente estudo.

³⁶¹ O caso paradigmático do programa “*Quem Quer Ser Milionário?*” é disso exemplo, como se poderá confirmar pela consulta da base de dados de marcas registadas do INPI, mais concretamente a marca nacional n.º 348686 ou a n. 494866.

³⁶² PROSPERETTI, EUGENIO, *et aliud*, *in op. cit.* p. 15, sustentam, por exemplo, a tutela dos formatos televisivos, por intermédio da concorrência quando um programa com um *contenuto idêntico* seja transmitido no mesmo horário e em dias idênticos.

10. Segredo Comercial e Direito do Trabalho

No quadro das obrigações do trabalhador no contexto de um contrato de trabalho, dispõe o artigo 128.º, n.º 1, alínea f)³⁶³ CT que aquele deve:

“Guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios.”

Adicionalmente e no tocante à admissibilidade de celebração de pactos de não concorrência, na subsecção II referente a cláusulas de limitação da liberdade de trabalho, no âmbito da secção VIII respeitante a cláusulas acessórias, no capítulo (I) das disposições gerais do contrato de trabalho (título II do CT), verifica-se que o código admite a possibilidade de um trabalhador se vincular por um período superior a 2 anos, que funciona como limite temporal máximo para a vigência de pactos de não concorrência (cfr. artigo 136.º, n.º 2 do CT), a não competir diretamente com o seu ex-empregador, nos termos do artigo 136.º, n.º 5, o qual dispõe da seguinte forma:

*“Tratando-se de trabalhador afecto ao exercício de actividade cuja natureza suponha especial relação de confiança ou que tenha acesso a **informação particularmente sensível no plano da concorrência**, a limitação a que se refere o n.º 2 pode durar até três anos.”* (destaque nosso)

Os normativos acabados de citar reportam-se àquele que tem sido apontado como um dos deveres centrais do trabalhador, o dever de lealdade. Na doutrina nacional PALMA RAMALHO, sistematiza³⁶⁴ o referido dever de lealdade num âmbito restrito e noutro amplo, assim, *“em sentido estrito, o dever de lealdade projeta-se em dois deveres derivados, que são o dever de sigilo e o dever de não concorrência com o empregador (...); em sentido amplo, o dever de lealdade recorta globalmente o comportamento do empregador e, nesse sentido, constitui, a par do dever de obediência, o mais importante dos deveres acessórios do trabalhador.”*

³⁶³ Vide para diversas referências jurisprudenciais, QUINTAS, PAULA e QUINTAS, HELDER, *Código do Trabalho: anotado e comentado*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 401 e ss.

³⁶⁴ *Grupos empresariais e societários: incidências laborais*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 445.

A doutrina tem também entendido que o dever de lealdade do trabalhador³⁶⁵, corresponde a uma obrigação emergente do princípio da boa-fé³⁶⁶, neste sentido referindo ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES que essa exigência geral de boa fé se exprime pela necessidade de obviar a que as prestações dos trabalhadores sejam funcionalmente desvirtuadas pelo comportamento dos prestadores, isto é, de impedir que o fim visado pelo empregador seja anulado ou compensado com um prejuízo resultante do modo e do *animus* do cumprimento³⁶⁷. Não obstante, e sem prejuízo da ligação objetiva às exigências da boa fé contratual, o mesmo autor sustenta que³⁶⁸, por exemplo no caso da proibição de concorrência corresponde “*a um comando votado à defesa do interesse económico e empresarial do empregador*”, de forma que se detete, no pensamento do autor, para além de um dever da parte do trabalhador, a existência de um interesse do empregador que mereceu a tutela do Direito.

PALMA RAMALHO, embora aceitando a componente obrigacional do dever de lealdade, na medida em que se exige que o mesmo adote um comportamento conforme com a boa fé, não deixa de vincar³⁶⁹ que o mesmo constitui igualmente, um “*sentido especificamente laboral e uma dimensão empresarial, na medida em que exige que o trabalhador pautar o seu comportamento pelos interesses da empresa*”.

Na lógica da divisão entre os deveres derivados, a que se refere PALMA RAMALHO, importa dar nota, como ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES sustenta, que a proibição de concorrência tem como objetivo último impedir que o trabalhador possa efetivamente desviar clientela do empregador³⁷⁰, mas a proibição de revelação de segredos comerciais

³⁶⁵ A configuração legal portuguesa aproxima-se à conceção alemã da *Treuepflicht*, o dever geral, emergente da relação laboral, de fidelidade, que exige do trabalhador o dever de manter o silêncio (*Schweigepflicht*) sobre e não explorar em nome próprio nenhuma informação que haja de ser mantida em confidencialidade, no interesse da entidade empregadora, falando-se mesmo num dever de prevenir quebras dessa confidencialidade por parte dos respetivos colegas de trabalho, cfr. CAENEGEM, WILLIAM VAN, *Trade Secrets Intellectual Property ...*, p. 188.

³⁶⁶ MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito do Trabalho*, 7.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 508, refere que o dever de lealdade corresponde a uma obrigação acessória de conduta que advém da boa fé; ínsita no princípio geral constante do art. 126º do CT e do art. 762, n.º 2, do CC. Para além do enquadramento desta formulação, fundada no princípio da primazia da materialidade subjacente (cfr. CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil*, Vol. I, tomo I, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 975 e ss.), é também proveniente da boa fé, a consideração do dever de lealdade do trabalhador, como constituindo um dever acessório ao contrato; para mais indicações a este respeito, dos deveres de lealdade enquanto deveres acessórios ao contrato de trabalho, e à respetiva evolução *vide* CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da boa fé no direito civil*, 4.ª reimpr., Coleção teses, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 607 – 608.

³⁶⁷ *Direito do Trabalho*, 16.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 197.

³⁶⁸ *In op. cit.* p. 203.

³⁶⁹ *Grupos empresariais ...*, *cit.*, p. 445.

³⁷⁰ *In op. cit.* p. 203.

não tem por escopo esse mesmo objetivo, e expressamente nesse sentido, é interessante verificar o que refere PEDRO ROMANO MARTINEZ³⁷¹:

“(...) o dever de sigilo subsiste mesmo que a divulgação dos factos não implique ou não facilite a concorrência. A obrigação de não prestar informações relacionadas com a empresa não se circunscreve a hipóteses onde se colocam problemas de concorrência.”

Contribuindo igualmente para a definição do âmbito do dever de sigilo imposto pela lei laboral, MENEZES LEITÃO³⁷² sustenta que tal dever veda ao trabalhador *“(...) a divulgação de quaisquer informações relacionadas com a esfera empresarial, que o empregador, com base num legítimo interesse económico, queira ver reservadas”*. Para o autor situam-se no campo das informações a tutelar, designadamente, *“o know-how técnico, as listas de clientes e de preços, os fornecedores, o balanço e inventário, a situação financeira da empresa e quaisquer outras informações adicionais.”* Prestando adicional contributo quanto à delimitação do âmbito de proteção do sigilo no contexto da relação laboral, PEDRO ROMANO MARTINEZ concede que o dever de sigilo existe *“(...) sempre que a divulgação de factos relacionados com a empresa, que não [sejam] do domínio público, possam implicar um prejuízo para o empregador”³⁷³.*

Então se ambas as tutelas se manifestam de formas distintas, sendo que é, inclusivamente, sustentável que a proteção das informações comerciais seja até independente de valorações concorrenciais³⁷⁴, será que se, por um lado, o pacto de não concorrência com eficácia pós contratual tem de constar de cláusula escrita, o de sigilo terá também de assim constar? Tomando posição sobre a matéria PEDRO ROMANO MARTINEZ refere que³⁷⁵, perante a inexistência da celebração de um tal pacto, e sem precisar se o mesmo exige alguma formalidade, *“os limites à liberdade de divulgação*

³⁷¹ *Direito do Trabalho, cit.*, p. 516.

³⁷² *Direito do Trabalho*, Almedina, 4.^a Ed., Coimbra, 2014, p. 272.

³⁷³ *Direito do Trabalho, cit.*, p. 516. No contexto de sociedade que se encontrem em relação de grupo PALMA RAMALHO, *Grupos empresariais ...*, cit., p. 447, sustenta ainda que, *“o dever de sigilo de um trabalhador cuja empresa esteja inserida num grupo societário ou empresarial, estende-se, com efeito, a informações de que ele possa ter conhecimento no cumprimento do seu contrato e que respeitem não diretamente ao seu empregador mas ao grupo, globalmente considerado, ou mesmo a outras empresas do grupo.”*

³⁷⁴ *Vide*, novamente, MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito do Trabalho ...*, cit., p. 516.

³⁷⁵ *In op. cit.* p. 480.

de informações não estão na dependência da situação de trabalho subordinado” e que “finda a relação laboral não subsiste um dever de lealdade para com o empregador”, o autor sustenta, ainda, que no período pós-contratual poderá, tão só, aplicar-se o disposto na regra geral constante do artigo 484.º do CC, ao abrigo da qual se poderá responsabilizar o ex-trabalhador pela divulgação culposa de factos capazes de prejudicar o crédito e o bom nome do empregador.

A posição do autor é, contudo, uma posição algo restritiva quanto à ponderação da eventual manutenção de um dever contratual acessório, com eficácia pós-contratual, manutenção pós-contratual essa, a que por exemplo parece aderir PALMA RAMALHO³⁷⁶. Os deveres acessórios de conduta, não dependem de *estipulação* contratual e, nesse sentido, também nos perfilaríamos no sentido de entender que a inexistência de uma cláusula contratual não obstará, por princípio, ao dever de manutenção das informações reservadas do ex-empregador em sigilo.

Nesse sentido há, desde logo, normas no Direito nacional que impedem a divulgação de determinadas informações que os trabalhadores adquiram no contexto da respetiva relação laboral, são disso exemplo o 17.º, n.º 1 da Lei 67/98, de 26 de outubro e 78.º, n.º 3 do RGICSF, normas essas que impõem a manutenção do sigilo com eficácia pós-contratual, independentemente da celebração de cláusulas contratuais que expressamente o contemplem.

Muito concretamente, no próprio CT é possível identificar, também, uma vinculação legal à não divulgação – que teremos, contudo, de verificar se se trata de uma vinculação igualmente com eficácia pós-contratual – de informações que o trabalhador haja adquirido na pendência da relação contratual, referimo-nos ao disposto no artigo 412.º, n.º 2 do CT, sendo que nesse artigo se refere que “[o] *membro de estrutura de representação colectiva dos trabalhadores não pode revelar aos trabalhadores ou a terceiros informações que tenha recebido, no âmbito de direito de informação ou consulta, com menção expressa da respectiva confidencialidade* (n.º 1), sendo que “[o] *dever de confidencialidade mantém-se após a cessação do mandato de membro de estrutura de representação colectiva dos trabalhadores.*” (destaque nosso)

... mas e uma vez extinto também o vínculo laboral?

Isto é, depois de um eventual primeiro período em que o trabalhador integrado na estrutura coletiva cessou já o respetivo mandato de membro da referida estrutura, mas

³⁷⁶ *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 5.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 444.

continuou a trabalhar para a entidade empregadora e ao fim de algum determinado tempo se tenha, por qualquer motivo que não importa à presente análise, desvinculado da entidade empregadora.

No âmbito das informações prestadas a trabalhadores integrados em estruturas de representação coletiva é a própria lei que atribui uma – *aqui* – pós-eficácia da obrigação de sigilo, respeitante “*a informações que tenha recebido, no âmbito de direito de informação ou consulta, com menção expressa da respectiva confidencialidade*”, pelo que parece legítimo identificar se a fonte da obrigação do sigilo a que alude o artigo 412.º é a mesma do artigo 128.º, n.º 1, al. f) do CT, e se também para estas a questão da celebração de pactos de confidencialidade se coloca nos mesmos termos que a acima já enunciada objeção de PEDRO ROMANO MARTINEZ que, como vimos, se baseia na rejeição de que o dever de lealdade se prolongue, para o trabalhador, no período pós-contratual.

Ora, na situação do trabalhador que receba uma informação que para ele apenas se torne acessível por estar integrado numa estrutura de representação coletiva – que poderá até ser dotada de personalidade jurídica autónoma da própria entidade empregadora – retira-se que tal informação apenas se tornou acessível ao trabalhador pelo facto de este pertencer àquela estrutura e, também, que o trabalhador não conseguiria aceder a tais informações pela execução normal da atividade profissional contratada. Estes seriam, por princípio, argumentos que militariam a favor de uma tutela diferenciada entre ambas as informações.

Contra, poderia argumentar-se que a inclusão de um trabalhador numa estrutura de representação coletiva é algo que pode ocorrer do mero vínculo laboral, assim permitindo o acesso à informação na decorrência desse mesmo vínculo. Não obstante, é particularmente relevante circunscrever a forma através da qual a informação chega ao membro da estrutura de representação coletiva, através da classificação da informação por parte do empregador, pela expressa menção da natureza confidencial (artigo 412.º, n.º 1 *in fine* do CT), *fundamentada por escrito, com base em critérios objectivos, assentes em exigências de gestão* (cfr. artigo 413.º, n.º 1 do CT).

Adotamos a segunda conceção e acreditamos que a revelação de informação transmitida a um trabalhador membro de uma estrutura de representação de trabalhadores tem um âmbito de proteção mais alargado que apenas o que consta do artigo 128.º CT, conquanto é transmitido em execução de um específico vínculo de natureza diferente da mera relação contratual, trata-se de uma estrutura representativa

regulada pela Lei e cujas funções a desempenhar são de natureza mais ampla, abstrata e idónea à proteção de valores e princípios aplicáveis a um indeterminado (embora determinável) número de pessoas, não é já de património profissional de que se fala, mas sim de informações recebidas tendo em vista o desempenho de um cargo numa estrutura que perdura para lá das pessoas que nela desempenhem cargos, numa palavra, "as pessoas passam e as instituições ficam" e o acervo de informações que sejam transmitidas a essas "instituições" a eles pertencem, não às pessoas que ocupem os respetivos cargos.

Eis, por isso, um caso em que, independentemente da existência de cláusulas de confidencialidade com eficácia pós-contratual, não poderá ser divulgada (nem utilizada) a informação obtida pelo trabalhador, no quadro da relação laboral. Ainda assim, e para o caso daqueles que entendam que a fonte de aquisição de informação é a mesma, *i.e.*, o contrato de trabalho, e que entendam, também, que as informações do artigo 417.º do CT poderão constituir património profissional do trabalhador, então sempre se poderá dizer que a classificação da informação enquanto confidencial e a prestação de justificação, por escrito, dos motivos da confidencialidade, bem poderão preencher um eventual requisito de cognoscibilidade de confidencialidade e de obrigatoriedade de não revelação da informação confidencial, fazendo assim *as vezes* à cláusula de confidencialidade.

Retomemos, então, a posição retritiva defendida por PEDRO ROMANO MARTINEZ. Fazendo-o parece-nos, contudo, legítima a questão de saber qual então o âmbito da mera admissibilidade legal da celebração de um pacto de confidencialidade com eficácia pós-contratual, isto perante o constante do artigo 136.º, n.º 1 do CT, o qual sendo tratado, como vimos, no âmbito de uma subsecção do CT designada "*Cláusulas de limitação da liberdade de trabalho*", dispõe da seguinte forma:

*"É nula a cláusula de contrato de trabalho ou de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que, **por qualquer forma**, possa prejudicar o exercício da liberdade de trabalho após a cessação do contrato."* (sem destaque na letra da lei)

Ora, poderá um pacto de confidencialidade para produzir efeitos após o *terminus* da relação contratual, configurar uma forma de *prejudicar o exercício da liberdade de trabalho após a cessação do contrato*? E a resposta não pode deixar de ser... depende, e depende porque a informação a manter em segredo pode até nem ter nada que ver com o

âmbito e atividade prosseguidos pelo trabalhador, imagine-se o caso de um técnico electricista que, por trabalhar numa fábrica de chocolates, acaba por descobrir a receita da guloseima. Se empregador e trabalhador celebrarem um pacto de confidencialidade, tendo por objeto a manutenção da informação da receita da guloseima em segredo, certamente que isso não irá limitar a liberdade de trabalho do nosso técnico electricista, no seu ramo de atividade, pelo que nada obstará à celebração de um tal pacto... a não ser que o nosso técnico queira agora iniciar-se numa atividade de produção e venda de chocolates...

Está em causa apenas a matéria da concorrência diferencial *versus* a da aquisição de património profissional pelo trabalhador, aquilo a que a doutrina estrangeira vem qualificando como *skill and knowledge*.

Um ponto igualmente interessante é o de identificar a autonomia dos pactos de confidencialidade com eficácia pós-contratual em relação ao contrato de trabalho no contexto do qual surja, ou que alguma forma pré-exista em relação àqueles pactos, de forma a desencadear a respetiva celebração. Apesar de, na pesquisa presentemente levada a cabo, não ter sido identificada a existência de decisões que se debruçassem sobre a questão na ótica da celebração de pactos de confidencialidade, o mesmo não se pode dizer para a ótica dos pactos de não concorrência.

Assim, por ordem cronológica, o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 17-02-2009³⁷⁷ entendeu que os pactos de não concorrência, ao imporem aos sujeitos novas obrigações correlativas, assumem uma natureza autónoma em relação ao contrato de trabalho. Mais recentemente, o Tribunal da Relação do Porto, em acórdão de 16-04-2012, seguiu um entendimento oposto, sustentando que “a violação de uma cláusula de

³⁷⁷ Ac. STJ 17-02-2009, processo 08A3836, com o seguinte sumário: “I - O pacto de não concorrência, que se traduz num compromisso inicial entre as partes, ou, em alternativa, num acordo simultâneo com o acto extintivo do contrato de trabalho, **assume autonomia relativamente a este, impondo aos mesmos sujeitos novas obrigações correlativas**, cujo conteúdo pode implicar, nomeadamente, uma inibição do exercício de certa actividade ou a proibição de contactar clientela, após a extinção do vínculo laboral. II - Em casos limite, o incumprimento do contrato de trabalho pode ter repercussões no pacto de não concorrência, atendendo à coligação existente entre estes dois negócios jurídicos. Aliás, os pactos de não concorrência situam-se numa zona de fronteira entre o Direito do Trabalho, o Direito Comercial e o Direito Civil, em que confluem interesses e princípios opostos. III - Sendo o facto genético do direito ou da pretensão do autor [empregador] a condenação dos réus [ex-trabalhadores] no pagamento de uma indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos com a violação, pelos mesmos, **do compromisso de sigilo profissional e de não concorrência**, está-se em presença de uma acção cível de condenação, da competência do Tribunal cível, e não perante uma questão, directamente, emergente ou conexas com uma relação de trabalho subordinado.” (sem destaque na versão consultada em www.dgsi.pt)

não concorrência pós-contratual, configura uma questão emergente da relação de trabalho subordinado que vigorou entre as partes”, mandando seguir a ação para o tribunal materialmente competente para a decisão de litígios emergentes de contrato de trabalho.

Destarte, a celebração de pactos de confidencialidade com eficácia pós-contratual, é levada a cabo, precisamente dentro do mesmo contexto legal e contratual, pelo que a discussão levada a cabo para os pactos de não concorrência parece igualmente ser transponível para aqueles primeiros pactos, sendo que a percepção da existência de uma autonomização desses pactos em relação ao contrato de trabalho, certamente ajudará a identificar e – igualmente – autonomizar o objeto de proteção.

Adiante, quando nos referirmos ao património profissional como uma das formas lícitas de aquisição de informação comercial confidencial, será altura de nos pronunciarmos quanto ao âmbito e à extensão dessa tutela dos segredos comerciais do ex-empregador.

11. Segredo Comercial e Direito Administrativo:

11.1 Acesso às informações administrativas;

No âmbito do Direito Administrativo conhece-se, desde logo, as normas de proteção do segredo comercial a que se referem os artigos 83.º, n.º 1, 84.º, n.º 2 e 117.º, n.º 2, al. b), todos do CPA, sendo que os dois primeiros se relacionam com a matéria do acesso à informação administrativa e o último à matéria do exercício probatório por parte das entidades públicas.

No quadro do disposto nos artigos 82.º e seguintes do CPA, que regulam o direito à informação, surge a LADA para regulamentar o referido acesso, importando, nesse contexto, referir que também a LADA contém disposições relativas à tutela de informação confidencial das empresas veja-se, nesse sentido, o disposto no artigo 6.º, n.º 6. O direito à informação administrativa encontra-se ainda previsto, genericamente, no n.º 2 do artigo 268.º da CRP, onde se consagra o direito dos cidadãos ao acesso aos arquivos e registos administrativos, desde que não sejam postas em causa questões de segurança interna e externa, investigação criminal e intimidade das pessoas.

Por outro lado a liberdade de acesso às fontes de informação constitui um dos direitos do jornalista, nos termos do artigo 6.º do Estatuto do Jornalista.

A concretização deste direito encontra-se plasmada no artigo 8.º do EJ, onde se dispõe, na alínea a) do n.º 1, que o direito de acesso às fontes de informação é assegurado aos jornalistas pelos órgãos da Administração Pública enumerados no n.º 4 do artigo 2.º do CPA³⁷⁸, sendo que, nos termos do n.º 3 do artigo 8.º do EJ, o interesse dos jornalistas no acesso às fontes de informação é sempre considerado legítimo para efeitos do exercício do direito regulado nos artigos 82.º a 85.º do CPA, não obstante, do direito dos jornalistas ao acesso à informação excluem-se, contudo, nos termos do n.º 3 do artigo 8.º do EJ, os documentos que revelem segredo comercial.

Tal restrição encontra-se, igualmente, prevista no n.º 6 do artigo 6.º da LADA. Nos termos deste preceito, “[u]m terceiro só tem direito de acesso a documentos administrativos que contenham segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna de uma empresa se estiver munido de autorização escrita desta ou demonstrar interesse

³⁷⁸ De acordo com uma interpretação atualista do artigo 8.º do EJ, em face da aprovação do novo CPA.

directo, pessoal e legítimo suficientemente relevante segundo o princípio da proporcionalidade”.

Nos termos do n.º 7 do artigo 6.º da LADA, “*Os documentos administrativos sujeitos a restrições de acesso são objecto de comunicação parcial sempre que seja possível expurgar a informação relativa à matéria reservada*”.

Revestindo particular importância para a ponderação do que seja a natureza da proteção dos segredos comerciais, é a prerrogativa que o artigo 15.º, n.º 1, alínea d) do RJC confere às entidades a quem a Autoridade da Concorrência solicite informações, de poder indicar como sendo confidenciais algumas das informações a fornecer à referida Autoridade, devendo, para tal motivo, demonstrar porque se trata de documentação confidencial³⁷⁹, embora continuando obrigados à apresentação de cópias não confidenciais à Autoridade, de forma a que possa ser sindicado pelos funcionários da Autoridade se a matéria constitui, efetivamente, objeto de proteção pelo segredo comercial. Após ter sido notificado para vir apresentar a documentação à Autoridade da Concorrência, a entidade notificada deve vir fornecer a informação requerida, indicando, de maneira fundamentada, as informações constantes da sua documentação consideradas como confidenciais, por constituírem segredo comercial, substituindo-as com o termo “Confidencial” na versão não confidencial apresentada, ou, no caso de dados quantitativos, substituindo-os, quando possível, por intervalos³⁸⁰.

A consideração da confidencialidade da informação, quando obtida *motu proprio* pela Autoridade da Concorrência fica submetida à sua apreciação, embora o *interesse legítimo das empresas, associações de empresas ou outras entidades na não divulgação dos seus segredos de negócio* fique acautelado nos termos do procedimento descrito nos artigos 30.º e 31.º do RJC. Partindo do disposto no artigo 81.º, alínea f) da CRP e da ideia de que *concorrência é um bem público constitucional* FERNANDO PEREIRA RICARDO³⁸¹ considera que “*a não divulgação de segredos de negócio das empresas é importante para o cumprimento, por parte da AdC, da função de assegurar a aplicação das regras de concorrência e, conseqüentemente, para a realização, por parte do*

³⁷⁹ Sobre esta matéria, embora respeitante ao anterior regimento da concorrência, *vide* RICARDO, FERNANDO PEREIRA, *Os segredos de negócio e o acesso aos autos no procedimento de controlo de concentrações*, in Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 161 – 197.

³⁸⁰ Cfr. o ponto 10 do Regulamento n.º 60/2013, de 14 de fevereiro de 2013, publicado no Diário da República, 2.ª série – N.º 32 – 14 de fevereiro de 2013, respeitante ao anterior regime jurídico da concorrência *vide* RICARDO, FERNANDO PEREIRA, *cit.*, p. 167.

³⁸¹ *In op. cit.* p. 169.

Estado, de uma das suas incumbências prioritárias no âmbito económico e social: assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”.

Outras normas de natureza administrativa se referem, igualmente, ao dever da Administração Pública em não revelar matéria sujeita a segredo comercial é disso exemplo o artigo 11.º, n.º 6 da Lei n.º 19/2006, de 12 de junho, que regula o acesso à informação sobre ambiente e os já referidos artigos 30.º, n.º 5, 170.º-B, n.º 5e 188.º, n.º 3 do EM, 120.º, n.º 1, al. f) e artigo 71.º, n.º 4 da Lei das Comunicações Eletrónicas e 7.º, n.º 1 dos Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos.

A disciplina que se encontra estabelecida nos artigos referidos tem que ver com o acesso dos cidadãos à informação administrativa e tem como substrato básico o princípio da Administração Aberta. Como veremos *infra* a reserva da informação comercial confidencial poderá assumir alguma expressão na restrição, na medida em que assim se justificar, daquele princípio da Administração Aberta.

11.2 Na contratação pública

Também o CCP dispõe de algumas normas que visam tutelar o segredo comercial, assim, nos termos do artigo 66.º, n.º 1 do CCP:

“Por motivos de segredo comercial, industrial, militar ou outro, os interessados podem requerer, até ao termo do primeiro terço do prazo fixado para a apresentação das propostas, a classificação, nos termos da lei, de documentos que constituem a proposta, para efeitos da restrição ou da limitação do acesso aos mesmos na medida do estritamente necessário.”

Por outro lado e com uma expressão marcadamente conexa com o cumprimento de obrigações contratuais, e não já, diretamente com uma eventual tutela do princípio da Administração Aberta, nos termos do artigo 290.º do CCP, sob a epígrafe *informação e sigilo*, determina-se que:

“1 - O co-contratante deve prestar ao contraente público todas as informações que este lhe solicitar e que sejam necessárias à fiscalização do modo de execução do contrato, devendo o contraente público satisfazer os pedidos de informação formulados pelo co-contratante e que respeitem a elementos técnicos na sua posse cujo conhecimento se mostre necessário à execução do contrato.

2 - Salvo quando, por força do contrato, caiba ao co-contratante o exercício de poderes públicos, compete exclusivamente ao contraente público a satisfação do direito à informação por parte de particulares sobre o teor do contrato e quaisquer aspectos da respectiva execução.

3 - O contraente público e o co-contratante guardam sigilo sobre quaisquer matérias sujeitas a segredo nos termos da lei às quais tenham acesso por força da execução do contrato.”

A norma acabada de citar permite identificar obrigações de sigilo que possam eventualmente surgir na execução dos contratos e que possam nem sequer ter uma relação direta com o objeto do contrato. Outras normas que suscitam a proteção dos segredos comerciais podem encontrar-se no CCP, referimo-nos, designadamente ao artigo 305.º, n.º 2 do CCP, esta referindo-se expressamente ao conceito de segredo comercial, e os artigos 132.º, n.º 5 e 189.º, n.º 5, também do CCP que igualmente suscitam a problemática da reserva de confidencialidade de informações comerciais. Concretamente no âmbito de procedimentos de negociação a que aludem os artigos 118.º a 121.º do CCP, relativos ao ajuste direto e 202.º do CCP, surgem cuidados acrescidos do legislador com a partilha de informações das entidades concorrentes com as entidades adjudicantes, com especial destaque refira-se o artigo 120.º, n.º 5 do CCP. Esses cuidados levam a que Luís Verde de Sousa refira que³⁸²:

“Além de consistir numa "guarda avançada" dos referidos princípios da contratação pública, a obrigação de confidencialidade previne também um dos riscos que mais "atormenta" os operadores económicos e que os tende a afastar da participação neste tipo de procedimentos (em que, após a apresentação das propostas — das versões iniciais — é ainda permitida a sua ampla alteração). Trata-se da já mencionada

³⁸² A negociação nos Procedimentos de Adjudicação: uma análise do Código dos Contratos Públicos, Coimbra, Almedina, 2010, p. 208.

apropriação, por parte de um ou mais competidores, das ideias e soluções pertencentes a outro(s) concorrente(s), num claro aproveitamento do produto do trabalho alheio (o designado "cherry-picking"). Na verdade, a mera classificação de documentos constantes da proposta (art. 66.º) revela-se insuficiente para proteger as "novidades" trazidas pelos concorrentes para a "mesa das negociações"".

A preocupação do legislador em manter reservadas informações que pudessem prejudicar a negociação parece apontar para que essa proteção seja feita mesmo contra as regras da concorrência desleal, na medida em que as cautelas assinaladas valem mesmo no âmbito de um procedimento concorrencial, assim, se um concorrente obtiver licitamente o conhecimento de determinada informação confidencial que, por lapso ou descuido, a entidade adjudicante fez constar da ata, tudo indica que o concorrente titular da informação *divulgada* poderá impedir o recurso à mesma pelo seu concorrente direto, problema: a prova de que essa informação não teria sido obtida de outra forma que não pela consulta da ata lavrada em erro.

12. Segredo comercial e a publicidade do processo civil (*breve referência*)

Ainda antes de se fechar o capítulo respeitante ao âmbito e à extensão com que a matéria do segredo comercial tem sido abordada, não podemos deixar de fazer uma brevíssima referência quanto às relações que a matéria do segredo comercial pode ainda ter com a disciplina jurídica do direito processual civil³⁸³, por ora circunscrita ao âmbito da matéria da publicidade do processo civil (artigos 163.º e ss. do CPC).

Como podemos observar ao longo das referências anteriores aos diversos ramos jurídicos, algumas normas surgem nesses ramos que concitam a eventual aplicação de um conceito de segredo comercial adequado à proteção de interesses que emergem no contexto de relações que os sujeitos estabelecem entre si, tratando-se aí da imposição de determinadas obrigações a uns (por exemplo, a imposição do dever de não revelação de segredos comerciais ao agente ou ao trabalhador), da atribuição de posições jurídicas ativas a outros (por exemplo, a classificação dos documentos partilhados com a Administração Pública) e até da imposição de condutas de interesse geral (como decorre do âmbito imediato do artigo 318.º do CPI, da concorrência desleal). As normas referidas funcionam como elementos de ordenação dos comportamentos dos sujeitos, assumindo uma função primária de regulação, será contudo na realização coativa dessas normas, e no tratamento processual das mesmas, que estas se realizarão na ordem jurídica em situações de conflito latente entre as partes, sendo de notar que, em casos em que se discutam matérias como as respeitantes ao segredo comercial, importa que sejam tomadas algumas cautelas de forma a evitar a divulgação de matéria confidencial, e logo aqui encontramos uma circunstância que importa ser assinalada, a da regra da publicidade do processo civil (artigo 163.º, n.º 1 do CPC).

A publicidade do processo civil sofre as restrições previstas na lei (cfr., novamente, o artigo 163.º, n.º 1 do CPC), sendo de notar, por um lado, a enunciação geral das exceções à publicidade a que se reporta o artigo (164.º, n.º 1 do CPC) e, por outro, o elenco meramente enunciativo – o código usa a expressão “*designadamente*” – de restrições à publicidade (164.º, n.º 2 do CPC). Assim, nos termos do disposto no artigo 164.º, n.º 1 do CPC, podem identificar-se como fundamento de limitação à publicidade do processo, mais concretamente, no acesso aos autos, aquelas situações em que a

³⁸³ Para o Direito alemão e também com referências ao Direito dos EUA, *vide* o estudo de STADLER, ASTRID, *Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und U.S.-amerikanischen Zivilprozeß und im Rechtshilfverfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1989.

divulgação do seu conteúdo: (i) *possa causar dano à dignidade das pessoas*; (ii) *possa causar dano à intimidade da vida privada ou familiar*; (iii) *possa causar dano à moral pública*; ou (iv) *possa pôr em causa a eficácia da decisão a proferir*.

Sem prejuízo de se considerar as circunstâncias do eventual dano à esfera da intimidade da vida privada a que adiante teremos de voltar, quando nos referirmos à natureza jurídica da tutela de informações comerciais pelo segredo comercial, desde já se aceita, com relativa naturalidade, a circunstância de, num determinado caso em que se discuta a divulgação de um segredo comercial por parte de um alegado *infrator*, a informação que se pretenda tutelar não seja, também, no contexto da ação declarativa em causa revelada. Assim se o autor pretende que a informação seja tida por confidencial, parece uma evidente medida de proteção dessa informação, que a mesma se mantenha em confidencialidade, sendo que com a publicidade do processo certamente que a confidencialidade se perderia, perdendo-se o valor económico da mesma e, assim também, a possibilidade de o autor a continuar a utilizar em regime de segredo. Seria uma situação de colocação em causa da eficácia da decisão a proferir e, em consequência, passível de se enquadrar no âmbito das limitações a que se alude no artigo 164.º, n.º 1 do CPC.

Em abono do que sustentamos note-se o disposto no artigo 34.º, n.º 3 do ADPIC (já acima referido). O artigo alude à necessidade de os Estados estabelecerem, no âmbito das normas processuais internas, uma inversão do ónus da prova contra os demandados no contexto de uma ação em que se suscite a violação de uma patente de processo. Nesses casos, tendo em conta a dificuldade de o demandante demonstrar que o produto foi atingido com recurso ao mesmo processo, estabelece-se uma inversão do ónus da prova, tendo nesse caso, de ser o demandado a demonstrar que não utilizou o processo patenteado de forma a atingir o mesmo produto. Para efeitos da demonstração da prova em contrário daquilo sobre que foi demandado o artigo 34.º, n.º 3 do ADPIC determina que “[p]or ocasião da adução de prova em contrário, serão tidos em conta os legítimos interesses dos requeridos em proteger os seus segredos industriais e comerciais.”

Voltando à experiência comparada, e em face da proposta de diretiva acima já referida, importa aqui recordar que a preocupação com a revelação de informação comercial, na pendência de um processo judicial consta também da secção 5 do

UTSA³⁸⁴, recordando, contudo, ELIZABETH A. ROWE e SHARON K. SANDEEN, que apesar de o UTSA prevenir a situação da manutenção da informação em confidencialidade, cabe ao autor o dever de identificar com detalhe os seus segredos comerciais, o que para alguns Estados, como o da Califórnia, acaba mesmo por ser um requisito legal de procedência da ação³⁸⁵.

Fortemente influenciada pelo UTSA, como já o é o artigo 39.º do ADPIC, não é de surpreender que também a diretiva venha com uma especial precaução no que se refere à matéria da proteção dos segredos comerciais na pendência de um processo judicial, fá-lo com algum detalhe no seu artigo 8.º. O artigo já sofreu alterações desde a primeira proposta apresentada pela Comissão em 2013, para além de que à última versão da diretiva foram também apresentadas propostas de alteração de por parte do Parlamento Europeu, pelo que é ainda prematura tomar posição quanto às medidas que aí vêm elencadas. A discussão a ser feita nos Estados, não poderá contudo, deixar passar aspetos como a da completude/detalhe da alegação do segredo comercial – em Portugal com a importância acrescida de uma eventual alegação de ineptidão da petição inicial – e da duração dos deveres de confidencialidade impostos no processo, designadamente consubstanciando se os mesmos deverão prolongar-se para além do termo do processo e se sim, por quanto tempo ou sob que condições.

Quanto a medidas a adotar no processo civil português tendentes à proteção de segredos comerciais, a abertura normativa criada pelos renovados poderes de adequação formal do processo que foram atribuídos ao juiz (cfr., v.g. os artigos 6.º, 547.º e 591.º, n.º 1, al. e) do CPC), certamente que permitirão a adoção de medidas que as partes repute eficazes, e assim o tribunal as sancione, para a tutela das informações comerciais confidenciais, será contudo um campo do direito processual em que muito se terá ainda que discutir.

³⁸⁴ “Numa ação movida nos termos do presente [regime “Act”], o tribunal deverá presevar a confidencialidade de um alegado segredo comercial recorrendo a meios razoáveis, que poderão incluir a concessão de medidas cautelares em conexão com os meios de produção de prova, realizando audiências de porta fechada [“in camera hearings”], classificando as gravações da ação, e ordenando a qualquer pessoa interveniente no processo a não divulgar um alegado segredo comercial sem o prévio consentimento do tribunal.”

³⁸⁵ *Trade Secrecy and International Transactions*, cit., pp. 110 – 111.

1. Necessidade de recentramento dogmático do segredo comercial?

I. Relativamente à dispersão normativa nos diversos diplomas visitados que, no seu cômputo geral, apontam para uma ideia genérica de proteção de segredos comerciais releva, desde logo, fazer uma nova referência à posição doutrinária expressa por JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, segundo a qual³⁸⁶:

“A violação dos segredos de negócios só releva enquanto tal como acto de concorrência. Fora disso, pode ter consequências negativas de muitas ordens, emanadas nomeadamente do Direito do Trabalho; mas não é objecto de nenhuma disciplina de ordem geral sobre a violação de segredos de negócios por si.”

Tendo em conta a opção terminológica que temos vindo a adotar, diríamos que segredo de negócios, na aceção adotada pelo autor, e segredo comercial, na aceção aqui adotada, não correspondem necessariamente ao mesmo conceito. Assim, o segredo de negócios a que se refere JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO concerne àquele que tem já implícito uma relação concorrencial; o segredo comercial, na aceção que temos vindo a adotar, não tem essa ideia implícita e comporta-se como um termo vago, precisamente para poder identificar na ordem jurídica informações que os comerciantes pretendem manter em segredo, não convocando, assim, uma necessária relação concorrencial. Por esse motivo, a posição de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO não é aplicável ao estudo aqui empreendido.

Embora não aplicável, não deixa de suscitar uma importante questão. Será que a disciplina do segredo comercial, como JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO o sustenta para segredo de negócios, merecerá apenas uma tutela legal no âmbito de cada um dos ramos jurídicos que a ele se referem? Ou será que as diversas normas até aqui estudadas se poderão concatenar de forma integrada e de, assim, configurarem uma disciplina geral de uma mesma figura jurídica? Ou será que o conceito jurídico ensaiado, de segredo comercial, enquanto realidade jurídica que dispensa a consideração da tutela apenas contra a concorrência desleal, será afinal inadmissível?

Em face do exposto, parece-nos, nesta fase, ser de identificar qual o posicionamento jurídico, *i.e.*, qual a colocação sistemática do segredo comercial na ordem jurídica

³⁸⁶ Cfr. *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 466 e 467.

nacional. Em rigor, pretende-se identificar se, do ponto de vista da designada *dogmática horizontalmente integrada*³⁸⁷, o papel que o segredo comercial desempenha carece ou não da aplicação dos normativos relativos à concorrência desleal, funcionando esta figura como habilitante da aplicação da tutela do segredo comercial, nos diversos diplomas legislativos que versam sobre o mesmo.

Note-se que esta visão implicaria que quando uma entidade pública fosse confrontada com um pedido de informação ao abrigo da LADA, teria que, por um lado, verificar se o requerente e o titular da informação requerida estariam numa relação de concorrência e ainda, por outro lado, se o pedido de informação poderia ir contra as normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade e o mesmo se diga de um conselho de administração de uma sociedade anónima, ou a gerência de uma sociedade por quotas, que fosse confrontado(a) com um semelhante pedido de informação. Essa ligação de regimes implicaria igualmente que houvesse de se identificar no âmbito de uma relação laboral... uma relação concorrencial; para além da prática de um ato que configurasse uma situação de violação de normas e usos honestos de *qualquer ramo de atividade*.

Para além da visão de aplicação complexa da disciplina do segredo comercial, de mãos dadas com a concorrência desleal, outras duas hipóteses se podem cruzar no caminho do intérprete. Numa primeira hipótese, pode chegar-se à conclusão de que o segredo comercial, ao receber um tratamento disperso pelas várias fontes legislativas, possui em cada uma dessas, e no confronto com os interesses então em presença, uma concreta extensão do respetivo conceito, isto é, cada diploma consagraria um concreto segredo comercial. Esta hipótese fragiliza o conceito, tendo em conta que o mesmo teria sempre de ser gizado para cada ramo jurídico no âmbito do qual fosse concitado. E fragilizando o conceito, fragiliza-se igualmente a posição das partes que deixariam de saber com o que contar.

Numa segunda hipótese, poderia chegar-se à conclusão, de que o conceito de segredo comercial dispõe de um conteúdo jurídico comum a todos os ramos jurídicos, podendo, contudo, sofrer compressões em face dos interesses em presença em cada um daqueles,

³⁸⁷ Como refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. I, Tomo I, 4.ª ed., Almedina, 2012, p. 502, “[a]os diversos problemas jurídicos, não se aplica uma norma isolada: é sempre o Direito, no seu conjunto, que é chamado a intervir. Temos assim, uma dogmática horizontalmente integrada.”

falar-se-ia assim de uma tutela geral do segredo comercial, dotada de um regime jurídico e de uma amplitude próprias.

A ser assim, de acordo com esta última hipótese, o segredo comercial teria de ser considerado como uma figura jurídica autónoma, independente de qualquer dos ramos jurídicos a que surgisse associado, autonomizando-se ainda da própria figura da concorrência desleal, *i.e.*, poderia aplicar-se independentemente da verificação ou não da concorrência desleal em cada caso concreto. Não obstante, para que se possa sustentar a existência de uma tutela geral do segredo comercial, importa então identificar qual a razão de ser do mesmo, qual a sua natureza jurídica.

II. O exercício jurídico acabado de mencionar não é despiciendo, a delimitação do âmbito de um conceito extenso de segredo comercial teria o condão de fornecer elementos importantes ao intérprete, na análise dos casos concretos que lhe fossem apresentados. Isto é, sem a clara definição do conceito, o núcleo essencial do mesmo e as posições jurídicas emergentes do mesmo simplesmente inexistiriam, estariam ao dispor do intérprete, sem qualquer suporte.

Estão, por isso, em jogo, designadamente, a celebração de pactos de confidencialidade e de contratos tendo como objeto informações sujeitas a segredo comercial, uma eventual tutela de vida reservada das empresas, a possibilidade de a celebração de contratos comerciais determinarem a perda de conhecimentos estratégicos desses comerciantes a favor de quem não empreendeu qualquer esforço na obtenção dos mesmos etc.

Em suma, o exercício de identificação do concreto âmbito de atuação do segredo comercial permite uma maior segurança das partes no contexto das relações jurídicas, pelo que, norteados por esse interesse de garantia da segurança jurídica, procuraremos identificar se na ordem jurídica nacional existe um princípio enformador/criador de um tal conceito autónomo de segredo comercial.

2. Natureza jurídica do Segredo Comercial

2.1. Aspetos gerais

Como nos referimos na parte introdutória do presente texto há, desde logo, um escopo e uma delimitação inicial do mesmo que condicionam toda a presente exposição. Como referido, o estudo versa sobre a admissibilidade de a ordem jurídica tutelar as informações havidas pelos comerciantes³⁸⁸ como secretas, por ser um objeto bastante amplo afastámos, num primeiro momento, o uso terminológico dos conceitos de segredo de fábrica, segredos de negócio, segredos industriais e de informações não divulgadas, tais seriam conceitos que ramificariam de um conceito geral de proteção da reserva da confidencialidade no exercício de uma atividade económica³⁸⁹, por mera opção linguística – repita-se – temo-nos vindo a referir a um conceito amplo de segredo comercial.

A exposição passou, até aqui, por referir as diversas normas do ordenamento jurídico, relativas a diversos ramos do Direito, que contemplam a existência de uma tutela de informações confidenciais dos comerciantes, industriais e profissionais liberais adquiridas ou desenvolvidas no decurso da respetiva atividade económica e, por qualquer forma, mantidas em segredo. Naturalmente, e por não corresponderem às matérias alvo do presente trabalho, não foram aprofundados cientificamente todos esses ramos, o escopo é diverso. Pretende-se, unicamente, identificar a norma de proteção do segredo, enquadrá-la no âmbito do ramo jurídico onde surge, procurando clarificar a sua relação com os interesses que tem em vista tutelar de forma a que, agora, possamos relacionar os respetivos objetivos em causa.

Como pudemos observar existem, de facto, diversas regras jurídicas cujo escopo normativo incide, precisamente, sobre informações sensíveis que podem quer condicionar a atividade económica, quer potenciar a rendibilidade da mesma, no caso de não serem divulgadas ou de poderem, com suporte legal, e assim também, contratual, ser mantidas em segredo.

³⁸⁸ Num sentido e com uma extensão relativamente amplos, em face de uma conceção europeia expansionista e, bem assim, da forma como os agentes económicos prossigam as respetivas atividades, o que pode abranger o designado segredo de indústria, agrícola e até *v.g.*, na medida em que prossigam a sua atividade através de uma sociedade comercial, profissionais liberais.

³⁸⁹ Recorde-se a amplitude do conceito de atividade económica constante do CPI (cfr. artigo 2.º do CPI).

Assim, a posição primeiramente identificada, de ampliação do conceito sob estudo, deverá ser agora circunstanciada para efeitos de se identificar se o aludido conceito tem a suscetibilidade de acolher uma regulação autónoma.

2.2. Fundamento deontológico da tutela do segredo comercial;

Ora, em Portugal a existência da proteção jurídica do segredo comercial tem surgido como consequência do labor doutrinário em torno da concorrência desleal e pela reprovação genérica dos comportamentos que possam ser contrários às normas e usos de qualquer atividade comercial. Assim, no Direito nacional, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO aponta o princípio da prestação (*Leistungswettbewerb*) como sendo a justificação finalística para existência de normas que impeçam, de uma forma geral, comportamentos concorrenciais desleais. Para o autor a “*ideia motriz da concorrência é a de que as prestações dos vários operadores económicos se devem defrontar no mercado com o mínimo de constrangimentos, para que vença o melhor*”. Destarte, e tendo em vista uma ideia abstrata de concorrência perfeita, se a vitória de um dos concorrentes for devida a outros factores, que não a superioridade da própria oferta, contributo ou prestação (particularmente através do binómio qualidade/preço) a concorrência é falseada³⁹⁰.

Em face da formulação desse princípio, o autor chegou à conclusão de que o artigo 260.º, n.º 1 do CPI de 1995, que contemplava, também nos quadros da concorrência desleal, a “*ilícita apropriação, utilização ou divulgação dos segredos da indústria ou comércio de outrem*”, assentava, precisamente, numa violação ao princípio da prestação. Assim, para o autor, se o concorrente utiliza um segredo alheio, parte para a concorrência, não com as suas próprias forças, mas à custa de uma indevida intromissão e utilização de elementos reservados de uma empresa alheia, havendo, assim um aproveitamento da prestação alheia. Por outro lado, se o concorrente divulga segredos alheios, mesmo sem os aproveitar, haveria um ato de agressão, sendo que, nesse caso, o agente se dirige a uma posição favorável na concorrência, não através da própria prestação, mas através do ataque às posições dos concorrentes, não havendo, dessa forma, uma concorrência baseada nas qualidades da própria prestação. Ou seja, a tutela do segredo comercial, far-se-ia apenas com recurso a um princípio geral que é

³⁹⁰ ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *O princípio da prestação: um novo fundamento para a concorrência desleal?*, in ROA, Ano 56, Vol. I, 1996, p. 7.

igualmente fundamento da própria concorrência desleal, dá-nos disso mesmo conta DENIS KESSLER, autor francês, quando sustenta contra uma ideia geral transparência nos mercados sujeitos a concorrência, que³⁹¹:

“La transparence n’est donc pas infiniment extensible, et elle doit respecter les principes d’une concurrence qui ne peut exister sans un minimum de confidentialité.”

Opondo-se ao princípio da prestação como fundamento da concorrência desleal, toma posição, no Direito nacional, ADELAIDE MENEZES LEITÃO. A autora vê no princípio uma natureza meramente tendencial, na medida em que, no seu entendimento, a *“fronteira entre o lícito e o ilícito não se pode traçar com uma régua e um esquadro, dado que há toda uma zona de indefinição (Grau Zone)”*. Para a autora³⁹² não basta que identificar quem é o melhor, no contexto de um ideal de concorrência perfeita, sustentando que é necessário *“compreender que hoje a luta económica assenta numa tal voracidade e agressividade no processo competitivo no qual o padrão de referência é negativo e não positivo”*. Em face da posição que adota, a autora sustenta uma maior aproximação ao conceito de bons costumes, nessa sequência refere que³⁹³:

“Pode, então, dizer-se que age contra os bons costumes aquele que actua de forma desonesta no espaço económico, rectius no desenvolvimento da autonomia privada.”

Mas será que a cláusula dos bons costumes poderá permitir a identificação do fundamento da proteção dos segredos comerciais? Se assim se for tutela-se apenas as intromissões contrárias aos bons costumes nos segredos comerciais do respetivo titular. O que, em face da existência de um efetivo direito de manutenção da informação em segredo, que pode até, numa certa medida, valer contra trabalhadores e mesmo com eficácia pós-contratual, não parece suficientemente explicar o fundamento da proteção do segredo comercial, o que pode, contudo conduzir a uma de duas conclusões, ou o direito ao segredo comercial inexistente fora do âmbito das práticas contrárias aos bons

³⁹¹ KESSLER, DENIS, *L’entreprise entre transparence et secret*, in *Transparence et Secret*, Revue Française d’Études Constitutionnelles et Politiques, n.º 97, 2001, Seuil, p. 41.

³⁹² *Estudo de direito privado ...*, p. 83.

³⁹³ *Estudo de direito privado ...*, p. 62.

costumes ou então não se enquadra a proteção do segredo no mesmo âmbito que a concorrência desleal porquanto têm fundamentos diversos.

Para uma perspectiva algo diversa, do Direito norte-americano chegam-nos dados doutrinários que procuram explicar, precisamente, a justificação da proteção do segredo comercial com base numa formulação algo diferente daquela a que JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO chega no estudo que levou a cabo sobre o princípio da prestação e ADELAIDE MENEZES LEITÃO no seu estudo sobre a cláusula geral da concorrência desleal no Direito Civil. Assim MICHAEL RISCH³⁹⁴, baseado na ideia geral de *véu de ignorância* na obra de JOHN RAWLS, e embora manifestando a natural dificuldade na determinação da tomada de posição de cada pessoa, colocada na *posição original* a que se refere JOHN RAWLS, chega à conclusão de que:

“Even if the current set of rules cannot be predicted, veil of ignorance analysis is still useful from a normative point of view. One might be able to consider the balancing those in the original position might have considered given the current set of rules. This may be sufficient for justifying the existence of trade secret law.

After all, even with efficiency analysis we have no way of knowing whether a particular rule really is the most efficient in all circumstances. For example, if one assumes that people value that which they create more than others do, but at the same time that people want to build on the work of others, it is well within the bounds of reason that some form of limited protection of trade secrets would be the outcome of a negotiation under the veil of ignorance.”

O autor norte-americano expressa assim uma visão menos relacional e, pelo contrário, mais individualista do segredo comercial, ao contrário daquilo que se poderia preconizar com base no princípio da prestação. Assim, se do princípio da prestação se poderia ler uma ideia geral de ordenação de condutas de terceiros perante informações produzidas pelo titular da proteção pelo segredo comercial, do pensamento decorrente da ideia da negociação na posição original de JOHN RAWLS, era a valorização da informação produzida, e pelo próprio titular da informação, que se pretenderia ver tutelada. Ou seja, com o princípio da prestação tutelar-se-ia um interesse geral, o não falseamento da concorrência, *i.e.*, a reprovação da conduta levada a cabo por agentes

³⁹⁴ RISCH, MICHAEL, *Why Do We Have Trade Secrets?*, 11 Intellectual Property L. Rev. 1, 2007, disponível em <http://scholarship.law.marquette.edu/iplr/vol11/iss1/1>, p. 33.

económicos que vençam *na* concorrência não porque são mais competentes na colocação de bens e serviços no mercado, mas porque são mais ardilosos a afastar os seus adversários, sendo que com recurso à ideia de negociação em posição original, se tutelaria um efetivo direito na manutenção de dada informação *só para si* e independentemente do indivíduo produtor da informação se relacionar num contexto de maior ou menor de concorrência, ou não se relacionar, de todo, num contexto concorrencial.

Já no confronto com a teoria dos bons costumes, a tese sobre o fundamento deontológico da proteção do segredo comercial com recurso à ideia de negociação na posição original demarca-se por não convocar um conceito de integração de partilha de costumes, a oposição levantada pelo véu de ignorância é claramente no sentido de apontar para o facto de a conceção do segredo comercial se poder fundar por motivos *individualistas* e não de relação num sistema de costumes dirigidos à uma qualquer prática económica.

Do pensamento de MICHAEL RISCH, retém-se ainda uma limitação intrínseca à tutela da confidencialidade da informação, a necessidade de a mesma ter de ser comunicada à comunidade para que assim se progrida (“*to build on the work of others*”). Essa limitação é perfeitamente justificável e ajuda até a perceber que talvez a natureza *deontológica* da proteção do segredo comercial será diversa da dos direitos intelectuais, genericamente protegidos pelo Direito das Patentes, das Marcas e pelo Direito de Autor. É que todos aqueles ramos envolvem divulgação da informação, para que a mesma seja tutelada, é um princípio que visa promover o desenvolvimento social, cultural e científico. Parece-nos até que é nesses direitos que o princípio da prestação assume feição normativa, e de novo, não atribui aos sujeitos, como adiante veremos, qualquer direito que eles já não tivessem antes de inovar, desenhar... criar.

Mas numa proteção da manutenção de informações em segredo não é já o progresso que está em causa, o interesse no progresso não pode ser prosseguido se cada um estiver virado para si e sem pretender construir a evolução humana com base nos seus estudos, nos seus conhecimentos, na sua arte. O interesse em manter uma informação confidencial há de se prender com um interesse não coletivo, mas próprio ...

Uma propriedade?

2.3. Fundamento económico da tutela do segredo comercial;

Também do ponto de vista económico se podem procurar motivações para a proteção de informações comerciais pelo segredo comercial. Um dos pontos que tem sido invocado para a ideia da necessidade de determinadas informações serem protegidas ao abrigo de um direito ao segredo comercial prende-se com os custos/contingências que deverá incorrer um titular de informação confidencial que sobre a mesma pretenda obter um registo de patente e da eventual desnecessária afetação de um organismo de concessão de direitos industriais á análise de pedidos de registo de patentes que, à primeira vista, não preencheriam, presumivelmente, os requisitos de patenteabilidade, ideia que emerge, por exemplo do caso amplamente discutido na jurisprudência dos EUA, *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.*³⁹⁵.

Nessa sequência, do ponto de vista do impacto financeiro, refira-se que os primeiros custos surgem, desde logo, com a necessária averiguação – científica/técnica – sobre se o objeto do segredo comercial é ou não patenteável, sendo nesta fase importante identificar se a informação constitui uma invenção considerada nova, isto é, que não esteja compreendida no atual estado da técnica e, bem assim, se é suscetível de aplicação industrial (cfr. artigo 51.º, n.º 1 do CPI). Impõe-se, por isso, o recurso à consultoria técnica de um especialista que tenha algum domínio sobre a técnica associada³⁹⁶. Finda aquela fase, poderá ocorrer uma eventual consultoria jurídica tendo em vista toda a preparação do processo de submissão e acompanhamento do pedido de registo de patente. Pela apresentação do pedido são devidas taxas, as quais poderão beneficiar de uma redução caso o pedido de registo seja feito *online*³⁹⁷. Uma vez concedida serão devidas anuidades para a manutenção do direito exclusivo.

Sem prejuízo de um pedido de patente europeia, que de resto confere apenas um registo de patente nacional, importa também referir que patente nacional visa a proteção do direito industrial em Portugal, isto é, a atribuição do direito permite apenas a

³⁹⁵ 416 U.S. 470 (1974).

³⁹⁶ Em complemento, ou alternativa, o INPI disponibiliza um serviço de estudo prévio ao estado da técnica, vide <http://www.marcaspatentes.pt/>.

³⁹⁷ Atualmente as taxas relativas a atos e serviços prestados no âmbito da propriedade industrial constam da tabela em anexo à Portaria n.º 1098/2008, de 30 de setembro, alterada pela Portaria n.º 1254/2009, de 14 de outubro, pela Portaria n.º 479/2010, de 12 de julho, e pela Portaria n.º 176/2012, de 31 de maio. No ano de 2013 encontrava-se em vigor a tabela atualizada nos termos da Deliberação n.º 1376-A/2013, de 18 de junho do INPI, publicada no DR, 2.ª série, n.º 123, de 28 de junho de 2013.

proteção do mesmo no território nacional, o que conduz à eventual necessidade de tutelar o direito de patente noutras ordens jurídicas.

Essa extensão de proteção pode ser pedida ao abrigo do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes, concluído em Washington em 19 de junho de 1970. Caso o requerente não tome, concomitantemente, a decisão de solicitar o registo da patente para outros Estados, restar-lhe-á reivindicar o direito de prioridade (quando o exista³⁹⁸).

Contudo, o prazo para reivindicação do direito de prioridade é relativamente curto e começa a contar-se da data da apresentação do primeiro pedido e não da concessão do direito privativo (*vide* artigo 4.º, n.º 2 da CUP)³⁹⁹.

De facto quem realiza um dado esforço de investimento num determinado Estado, certamente quererá perceber a possibilidade de recuperação desse investimento, antes de pretender realizar um novo investimento num segundo ou terceiro Estados. Ou seja, o risco da não recuperação dum hipotético investimento no estrangeiro concomitantemente com um investimento no Estado nacional (ou *vice versa*), será certamente mais elevado enquanto o comerciante (em sentido amplo) não conhecer, tão pouco, o próprio impacto económico-financeiro no Estado em que primeiramente apresentou o pedido de registo de patente.

Certamente que a extensão da proteção do objeto de patente noutros países, e bem assim, os custos associados a tal extensão, estarão presentes na ponderação sobre se se deverá manter ou não dada informação em segredo. Isto porque, ao solicitar o registo da patente, o respetivo objeto será divulgado, ora, na medida em que o seu titular poderá não ter registado a patente noutros Estados pode, eventualmente, colocar-se a hipótese de, nos Estados em que a patente não foi registada, um terceiro ou procurar fazê-lo ou, pura e simplesmente, explorar a invenção na medida em que não existirá, nesses Estados, um monopólio jurídico.

A suavizar a questão, embora sem dar uma resposta totalmente tranquilizadora para o titular do segredo comercial, sempre se refira que o estado da técnica deve ser avaliado do ponto de vista internacional, em contraposição à proteção que é exclusivamente

³⁹⁸ Tendo em conta que como o artigo 12.º, n.º 1 do CPI o indica, o direito à reivindicação da prioridade apenas existe naquelas situações em que aquele que pretende exercer tal direito tenha apresentado regularmente um pedido de patente, de modelo de utilidade, de certificado de utilidade, de certificado de autor de invenção, de registo de desenho ou modelo, ou de marca, em qualquer dos países da UE ou da OMC ou em qualquer organismo intergovernamental com competência para conceder direitos que produzam efeitos em Portugal

³⁹⁹ *Vide* CAMPINOS, ANTÓNIO (coord.), *Código da Propriedade Industrial Anotado*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 115.

nacional, pelo que haveria alguma manobra para a entidade competente para o registo da patente, nesse terceiro Estado, recusar a concessão do mesmo caso, naturalmente, lhe chegue ao conhecimento a existência de uma patente com o mesmo objeto noutra país⁴⁰⁰.

Admite-se que possa, de facto, haver uma fundamentação de matriz económico-financeira para a tutela das informações comerciais confidenciais, mas apenas assumirá relevância para situações em que seja, em abstrato, suscetível de se enquadrar a matéria confidencial igualmente no quadro das invenções patenteáveis ou passíveis de proteção, por exemplo, pelo registo de modelos de utilidade. Não obstante, como *supra* demos nota (cfr. pp. 28 ss), outro tipo de informações que na doutrina alemã já foram identificadas como constituindo *segredo comercial negativo*⁴⁰¹, e que dizem respeito a informações que, caso sejam conhecidas poderão prejudicar o comerciante.

Quanto a este tipo de informação parece não que haverá já preocupações do foro económico-financeiro, a informação existe e não haverá forma nenhuma – ou pelo menos não o concebemos como – de a tutelar como invenção, cabendo então à ordem jurídica identificar uma eventual possibilidade legal de manutenção da informação em segredo.

2.4. Fundamento jurídico da tutela do segredo comercial:

a) Afastamento do conceito de direito privativo.

I. Quando falamos de tutela de informações passíveis de configurar segredo comercial referimo-nos a conhecimentos que não podem ser, em grande parte, objeto de apropriação jurídica individualizada. São informações que, à imagem do objeto sob que

⁴⁰⁰ Para outras razões económicas *vide* MOTA, ANTÓNIO JOSÉ P. CARDOSO, *O know-how e o direito comunitário da concorrência*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal n.º 130, Lisboa, 1984, pp. 140 a 141, em que o autor sustentava que o volume e a importância de elementos não patenteados cresciam entre os industriais, o que levava a alguns a referir-se ao conceito de desagregação ou erosão da patente. Como razões para essa erosão invoca, designadamente, o tempo que o processo de obtenção da patente exige, sendo que por vezes a técnica é já obsoleta na altura da publicação; a incerteza que sempre pesa sobre uma patente atribuída (avançando, por exemplo, que nos EUA, 75 % das patentes contestadas em tribunal são declaradas nulas); A dificuldade, em certos países, de constatar a contrafação de uma patente e a aleatoriedade de perseguir o seu autor, quando se trata de um organismo do Estado; risco de licença compulsiva, eventualmente a favor de um concorrente direto do titular da patente; a preocupação de evitar a divulgação inerente à publicação da patente, de forma a não dar vantagem à concorrência.

⁴⁰¹ RAMÍREZ, RODRIGO ALDONEY, *Der strafrechtliche ...*, *cit.*, pp. 74 – 78.

incidem os direitos industriais, podem ser facilmente replicadas por terceiros. Contudo, grande parte das informações geralmente associadas ao segredo comercial tornam-se bastante difíceis de não ser utilizadas caso sejam divulgadas, ou seja, tomando por exemplo o conceito de *know-how*, só muito dificilmente se consegue impedir que alguém que tenha conhecimento de uma dada técnica efetivamente a utilize, imagine-se por exemplo no caso de manuseamento de uma máquina industrial. Dificilmente a criação de um exclusivo jurídico da utilização de dada técnica poderia impedir que quem soubesse da mesma não a pudesse utilizar, mesmo sabendo que o uso de tal técnica potenciaria a capacidade produtiva da máquina.

Outro exemplo que pode ser dado, relativamente à impossibilidade de impedir a utilização de uma dada informação a quem tome conhecimento da mesma, será o caso da divulgação de uma lista de clientes; como poderá um comerciante ignorar a existência de um acervo de contactos de possíveis clientes para adquirir os seus produtos e serviços, mas mais, como se poderá controlar se o comerciante não obteve *motu proprio* os contactos dos clientes a quem se dirigiu, ao invés de ter obtido esses mesmos contactos por intermédio da publicação daquela lista de clientes? E o mesmo se questione para uma eventual tutela de listas de contactos de fornecedores.

Com igual natureza, podem ainda enumerar-se algumas informações referentes à vida interna das empresas e que muito dificilmente deixariam de influenciar a adoção ou omissão de condutas por parte dos demais operadores económicos, caso fossem pelos mesmos conhecidas. Tal seria o caso da divulgação dos planos para a construção de um novo edifício da sede social, de projetos de investimento no estrangeiro, de técnicas de recrutamento de colaboradores etc. Com efeito, a divulgação de que uma empresa iria abrir uma sede de 20 andares na cidade do Porto dificilmente poderia obstar, por absurda competição, a que uma sua concorrente abrisse uma sede de 21 andares nessa mesma cidade, e dificilmente também se poderia impedir que uma empresa sua concorrente realizasse investimentos no mesmo valor, nos mesmos países e com o mesmo objeto que aqueles que resultassem dos seus projetos divulgados. Ou ainda, para outro exemplo, como se poderia tutelar – divulgando – o exclusivo a uma base de dados compilando queixas de clientes relativamente a um determinado produto colocado no mercado por um comerciante, sem que a mesma pudesse ser utilizada pelos seus concorrentes de forma a evitar certas características de produtos seus semelhantes?

Ou seja, ao passo que a divulgação da especificação de uma dada invenção com carácter inovador e suscetível de aplicação industrial, permite a criação de um direito de

monopólio de exploração dessa mesma invenção, caracterizado pela possibilidade de impedir *erga omnes* essa exploração⁴⁰², a divulgação de uma informação como as que vimos *supra* implicaria a degradação da sua utilidade enquanto vantagem económica⁴⁰³. Na realidade, mesmo que o Direito permitisse a criação de um exclusivo de exploração tendo como objeto aquelas informações, a mera divulgação das mesmas impediria o controlo judicial da sua violação⁴⁰⁴. Ou seja, as informações que são comumente associadas a uma tutela pelo segredo comercial são de absorção praticamente imediata por todos aqueles que cheguem ao respetivo conhecimento, podendo mesmo ser livremente utilizadas por qualquer um, e mesmo sem que tal, algum dia, venha a saber-se. Na sequência da exposição que até aqui fizemos, o máximo que aquele que tem a disponibilidade material de divulgação dessa informação secreta pode fazer é, num momento prévio à da ocorrência da divulgação (ou mera partilha, como veremos), adotar todas as medidas que estiverem ao seu alcance, de acordo com as circunstâncias, para o proteger da efetiva possibilidade de divulgação por terceiros e, no curso da tomada dessas medidas, eventualmente contemplar algumas que permitam identificar que a divulgação está a ocorrer, sem a sua autorização ou supervisão⁴⁰⁵.

⁴⁰² Como refere ASCENSÃO, J. OLIVEIRA, *Direitos Intelectuais: Propriedade ou Exclusivo*, in *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano VIII, n.º 15, 2008, Almedina, Coimbra, p. 135, “[esta] é a técnica do exclusivo. Consiste em rarificar actividades que naturalmente seriam livres – o que é muito nítido em sociedades dominadas pelo princípio da liberdade de iniciativa económica. Tornada rara, a actividade fica reservada para a pessoa beneficiada.”

⁴⁰³ Como refere MALHEIROS, ARNALDO, in *A importância dos segredos de fábrica e de negócios*, in *Revista da ABPI – Anais de XIV Seminário Nacional da Propriedade Industrial, realizado no Rio de Janeiro, São Paulo, 1994, p. 90* apud FEKETE, ELISABETH E. KASZNAR, *A Proteção das Informações Estratégicas: Questões de Espionagem Industrial nas Empresas*, in *Anais do XXVIII Seminário Nacional da Propriedade Intelectual, 2008*, p. 110., “a divulgação extingue o próprio segredo, assim como a destruição causa a extinção de um bem móvel.”

⁴⁰⁴ Como referem PIPER/OHLY/SOSNITZA, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Beck München (2010)* apud CAENEGEM, WILLIAM VAN, *Trade Secrets Intellectual Property, Breach of Confidence, Misappropriation and Unfair Competition, Kluwer Law, 2014*, p. 165, o facto de a publicação destruir o valor jurídico dos segredos comerciais é inconsistente com a sua caracterização enquanto propriedade industrial.

⁴⁰⁵ Um exemplo de tais medidas pode ler-se em SILVA, NUNO SOUSA, *Um retrato ...*, cit., p. 255 e 256, quando o autor refere, como um exemplo que terá identificado na jurisprudência nacional, o caso de “um empresário, que explora há muitos anos vários negócios de bares e discotecas, tendo criado, no decurso da sua atividade, uma base de dados com nomes e moradas de pessoas com interesse na área (potenciais clientes)”. O empresário decide organizar essa informação, armazenando-a num computador “protegida por uma password de acesso e, para efeitos de controlo, [criando] dois nomes falsos, atribuindo-lhes o seu endereço e o da sua sogra”. O autor refere que essa informação estaria a ser comercialmente explorada pelo empresário através de contratos de “aluguer de mailing”, gizado como um contrato através do qual “alguém interessado em promover um evento fornece os materiais de promoção e, mediante o pagamento de um preço, esses materiais (normalmente convites) são enviados para as pessoas da lista”. As medidas de proteção a que acima nos referimos tomam então forma quando, como refere o autor, num

Temos assim que as informações que constituem o objeto de tutela do segredo comercial são de dois tipos, atento o critério da suscetibilidade de serem, igualmente, objeto de um direito exclusivo. Nessa sequência podemos então identificar aquelas informações que são passíveis de ser tuteladas por um direito de exclusivo, mas que por qualquer motivo, o respetivo titular não requereu, ou não requereu ainda, o respetivo registo e aquelas outras informações que não são passíveis de ser tuteladas por um direito de exclusivo. Não obstante adiante nos referirmos à tutela da posição jurídica dos titulares de certa informação confidencial que, podendo, não requereram o registo do direito exclusivo optando, dessa forma, pela proteção conferida ao segredo comercial, interessa-nos, por ora, a tutela daquela outra informação que não poderá ser registada enquanto direito exclusivo. Em relação a essa informação não há, em princípio e como vimos, qualquer interesse da ordem jurídica⁴⁰⁶ em criar um direito de exclusivo sobre a mesma, e não há porque prototipicamente são informações que se degradam do ponto de vista económico assim que são divulgadas, ou como o próprio CPI o indica no 318.º, alínea b), embora com a interpretação extensiva que haja de ser feita ao conceito de “*valor comercial*”, trata-se de informações que têm *valor comercial pelo facto de serem secretas*. Destarte, muito embora se lhes possa identificar um determinado valor autónomo, esse persiste tão só, enquanto durar a respetiva confidencialidade. Adicionalmente pode ainda fazer-se aqui referência às informações comerciais que o seu titular não pretenda que sejam divulgadas porquanto, caso o sejam, poderão ser-lhe prejudiciais (contanto que não se reportem a informações respeitantes à prática de crimes ou de meros ilícitos civis, para os quais a ordem jurídica não tem qualquer interesse em tutelar⁴⁰⁷). Essas informações poderão não ter um valor comercial no

“[c]erto dia, [esse empresário] é surpreendido com convites no correio relativos à abertura de uma nova discoteca, um em seu nome e outro no nome falso que constava da base de dados. Entretanto, confirma que também a sua sogra recebeu em casa um convite endereçado ao outro nome falso”.

⁴⁰⁶ Para uma visão contrária e sustentando que haverá vantagens no tratamento dos segredos comerciais enquanto direitos industriais no ordenamento jurídico federal dos EUA *vide* LEMLEY, MARK A., *The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights*, *Stanford Law Review*, Vol. 61, p. 311, 2008; *Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 358*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1155167>.

⁴⁰⁷ Contra, aparentemente aceitando uma proteção dos segredos *ilegais* cujo conteúdo não seja ilegal, mas apenas a obtenção assim o haja sido *vide* SILVA, NUNO SOUSA E, *What Exactly ...*, *cit.*, pp. 12 – 13, tomando uma posição contrária à que ficou expressa no caso alemão da deturpação de leite com água, já acima referido (RAG 27.8.1930 JW 1931, 490 f), e também em *Trabalho e segredos de negócio ...*, *cit.*, pp. 234 e 235. Também aceitando, aparentemente, a proteção de segredos ilícitos como segredos *negativos* *vide*, também, RUIZ, CARMEN ELOÍSA, *Derecho de competencia ...*, *cit.* p. 481. No nosso entendimento, independentemente da qualificação que se possa fazer de um ato ilícito, ou da mera conservação do produto da prática de um ilícito, o que é facto é que no percurso houve sempre uma

sentido de conferir ao seu titular uma vantagem competitiva no quadro do seu giro comercial, mas sim, numa perspetiva mais ampla, ter um *valor económico*⁴⁰⁸ de impedir a ocorrência de perdas mais ou menos significativas no contexto empresarial em que se insere.

Da natureza dissipadora de valor económico perante a respetiva divulgação resulta a importante conclusão de que, do ponto de vista da lógica do sistema jurídico nacional do Direito Industrial, que permite a criação de direitos de monopólio económico perante a divulgação do objeto de tutela à comunidade, não faz sentido sustentar, pelo menos *de jure condito*, a existência de direitos industriais sobre todas as informações incluídas no âmbito do segredo comercial.

Sustentamos, por isso, que não há na ordem jurídica nacional, nem fará sentido que futuramente haja, uma consideração do segredo comercial como conferindo aos titulares da informação por aquele conceito protegida, um verdadeiro direito de *propriedade industrial*⁴⁰⁹. É interessante, neste sentido, olhar sobre a recente experiência italiana, de que demos nota *supra*, para perceber as melindrosas consequências de uma tal opção por parte do legislador.

II. A possibilidade de vir a ser consagrada uma tutela *erga omnes* do segredo comercial nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros da UE, coloca-se, contudo,

atuação ilícita e, nesse sentido, com MENEZES CORDEIRO, *in Direito Comercial, cit.*, pp. 544 e 545, aderimos à ideia de que a atuação comercial deve ser feita dentro dos contornos de um conceito de deontologia comercial que se liga “(...) às exigências de atuação segundo os bons costumes”, mais sustentando que tais exigências assumem no Direito comercial “*uma feição ainda mais exigente do que no civil*”. O autor fala da necessária presença de uma especial filosofia de mercado, norteadas pela prática de atos com celeridade e eficiência, impondo-se, como factores suplementares de rapidez e proficuidade, a justiça e o equilíbrio desses atos. Os factores da justiça e equilíbrio não se atêm com qualquer atuação ilícita ou fundada num ilícito e uma atuação confidencial, em violação da deontologia comercial não poderá ser ... comercial.

⁴⁰⁸ Sustentando que a opção do legislador na formulação do critério do “*valor comercial*”, constante do artigo 318.º do CPI *é passível de críticas, devendo preferir-se a expressão valor económico, vide SILVA, NUNO SOUSA, Um retrato ..., cit.*, p. 239 e *Quando o segredo..., cit.*, p. 8.

⁴⁰⁹ Contra esta posição podemos encontrar no Direito nacional a posição aflorada mas não explorada por CARVALHO, AMÉRICO DA SILVA, *Concorrência desleal: princípios fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1984, pp. 7 e 8, em nota de rodapé e PAÚL, JORGE PATRÍCIO, *Concorrência desleal e Segredos de Negócio...*, p. 148. Este último autor sustenta a proteção de *segredos de negócio*, por intermédio de direitos de patente e de modelos de utilidade que os tenham por objeto. Sem prejuízo de adiante retomarmos a problemática da tutela, pelo – *nosso* – segredo comercial de informações que possam igualmente ser tuteladas por direitos privativos, o ponto aqui importante é o de que não é o segredo comercial que é objeto de direitos, mas sim a informação. Nesse sentido o facto de a informação ser tutelada, por exemplo, por um direito de patente afasta-a, naturalmente, do âmbito da proteção pelo segredo comercial e tal porque, simplesmente, a patente implicou a revelação da informação tutelada.

nos dias que correm. Como tivemos oportunidade de referir *supra* a proposta de Diretiva a que nos referimos na parte inicial do presente estudo, parece contemplar a possibilidade de se impedir a utilização de conhecimentos (e dos bens em que estejam incorporados, as “*mercadorias em infração*”) que hajam sido tutelados pelo segredo comercial e tenham sido, contudo e embora de forma ilícita, tornados públicos (cfr. os considerando n.º 5 e 18 e os artigos 9.º, n.º 1, al. b), 11.º e 12.º, n.º 3 da proposta de Diretiva). A tomada de posição do legislador europeu é imprecisa quanto ao seu alcance, note-se que a ideia da proposta é atingir terceiros que não sejam concorrentes (*competitors*) do titular do segredo comercial, o que coloca a questão de saber se se pretende uma tutela *erga omnes* da informação que se encontrava protegida pelo segredo comercial mas que, por ação de uma intromissão ilegal (designadamente por meio de quebra de sigilo contratualmente celebrado) tenha sido divulgado.

Ora se o que a proposta de Diretiva sustenta é a possibilidade de cessação da atividade realizada por um terceiro que não sabia, ou não tinha como saber, que a informação era reservada, o que está em causa é uma verdadeira tutela *erga omnes*, e sem que se defina a duração desse impedimento e a extensão das pessoas que estarão obrigadas a não utilizar a informação.

Enfim, na discussão da aprovação da diretiva há que ter particular atenção ao facto de a tutela da confidencialidade comercial e a tutela dos direitos intelectuais não ter a mesma natureza.

III. Em face dessa conclusão, relativa à distinta natureza dos interesses a proteger, parece, desde já, resultar uma imediata segunda conclusão, a de que a lógica de proteção dos direitos industriais é diversa daquela que norteia a proteção das informações comerciais confidenciais⁴¹⁰, nesse sentido e como se sustentou no Ac. TC n.º 254/99, de 04-05-1999, processo 456/97⁴¹¹:

“Não se diga que o segredo comercial ou industrial, bem como o segredo relativo à propriedade científica se protege através do sistema da publicidade e controlo da

⁴¹⁰ Relativamente a esta contraposição toma posição MARQUES, J. P. REMÉDIO, *Biotechnologia(s) e Propriedade Intelectual, Volume II*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 474, referindo que, “*ao invés do direito de patente e do direito de autor, o regime de tutela do saber-fazer não proscreve a protecção das ideias, dos métodos matemáticos, das descobertas, dos métodos de fazer negócios, e das substâncias preexistentes na Natureza*”.

⁴¹¹ Ac. TC n.º 254/99, de 04-05-1999, processo 456/97, por sua vez já secundado pelo Ac. TC 2/2013, de 09-01-2013, processo 478/12.

utilização por terceiros que caracteriza o regime das patentes e dos direitos de autor. O que se protege através das patentes e dos direitos de autor não é o segredo, mas a exclusividade de fruição das vantagens dos produtos de propriedade industrial e intelectual, nomeadamente científica. O proprietário tem o direito de optar pela protecção do segredo ou pela protecção da patente ou do direito de autor.”

Assim, ao passo que a protecção dos direitos industriais opera pela criação de um exclusivo jurídico, partindo do pressuposto de que se o não fizesse qualquer um poderia, por exemplo, explorar economicamente a mesma invenção que o respetivo inventor⁴¹², a protecção jurídica do segredo comercial, diversamente, terá de partir de pressupostos diversos, seja pela consagração de um direito subjetivo à reserva da confidencialidade das informações comerciais seja pela atribuição de um mero interesse juridicamente relevante, para que, posteriormente, se delimitem as situações concretas em que esse direito ou interesse deva ceder perante outros, eventualmente conflitantes⁴¹³. De resto, a mera criação de um direito de proibição *erga omnes* seria de muito difícil, se não impossível, execução coerciva. Assim, o direito à confidencialidade da informação comercial é gizado nos termos convencionais da atribuição de direitos subjetivos, isto é, *mediante o estabelecimento de regras positivas e negativas que demarcam a atribuição efectivamente realizada*⁴¹⁴. Da forma como o concebemos, a protecção do segredo comercial terá de ter um conteúdo positivo, ao contrário do direito à protecção das invenções novas que sejam tuteladas por via de um direito industrial⁴¹⁵.

⁴¹² SILVA, PEDRO SOUSA E, *Direito Industrial: Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 14 e 15, dá-nos alguns exemplos desta lógica de protecção, com alguma expressividade em face do que se pretende aqui exprimir *vide* o seguinte: “*Se um inventor conceber um novo mecanismo para dessalinizar água, terá naturalmente o direito de o produzir e comercializar. Mas para isso não precisa de obter uma patente de invenção. Se a pedir, ela não lhe irá dar esse direito, que já lhe assiste. O que a patente lhe traz é, unicamente, o direito de impedir terceiros de produzir e comercializar o mecanismo que ele inventou. Ou seja, a patente só lhe dará um exclusivo, um monopólio. Nada mais.*”

⁴¹³ Na doutrina nacional sustentando o tratamento do segredo de negócios como propriedade, *vide* RICARDO, FERNANDO PEREIRA, *Os segredos de negócio e o acesso aos autos no procedimento de controlo de concentrações*, in *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 168. O autor reporta-se ao conceito de propriedade constante do artigo 62.º da CRP, o qual, segundo refere, é diferente do conceito civilístico, na medida em que engloba todo o direito privado patrimonial.

⁴¹⁴ *Vide* ASCENSÃO, J. OLIVEIRA, *Direitos Intelectuais: Propriedade ou Exclusivo*, in *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano VIII, n.º 15, 2008, Almedina, Coimbra, p. 135.

⁴¹⁵ Como eloquentemente refere ASCENSÃO, J. OLIVEIRA, *Direitos Intelectuais: Propriedade ou Exclusivo*, in *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano VIII, n.º 15, 2008, Almedina, Coimbra, p. 136, os direitos intelectuais, enquanto monopólios económicos, não implicam a criação na ordem jurídica de novos direitos, mas sim novas obrigações, como o autor sustenta, os monopólios

Com importância para a distinção operada entre as diversas naturezas de ambas as tutelas, LAWRENCE LESSIG⁴¹⁶ adianta que as *ideias divulgadas* são bens *não-rivais*⁴¹⁷. O autor sustenta que nenhuma tecnologia poderá apagar da cabeça de outrem uma ideia que passasse na sua própria cabeça, ou seja, o conhecimento do autor sobre algo não diminui o conhecimento de outrem sobre o mesmo facto. Para o autor, e de resto com a nossa concordância, é isso que faz da propriedade (“*property*”) intelectual diferente. Com bastante simplicidade, mas não reduzido engenho, o autor conclui que⁴¹⁸:

“*Ao contrário das maçãs, e ao contrário das casas, uma vez divulgadas, as ideias são algo que eu lhe posso tirar, sem diminuir o que você tem.*”

Contudo, no caso concreto da divulgação de segredos comerciais, e em face da natureza das informações que habitualmente surgem conexas com a tutela daqueles, os exemplos acabados de citar funcionam, precisamente, para afastar a tutela da confidencialidade do âmbito dos direitos de exclusivo constantes, pelo menos, do CPI. Assim, se a maçã de LAWRENCE LESSIG fosse, por hipótese, um estudo de mercado com

(económicos), *constituem-se sobre actividades que estariam doutro modo na esfera normal de liberdade. Só são gerados por proibições; como tal, só têm a vertente negativa, ao contrário dos outros direitos subjectivos.*” Contra a tese do direito de monopólio insurge-se GONÇALVES, LUÍS M. COUTO, *Manual de Direito Industrial: Patentes, Desenhos ou Modelos, Marcas, Concorrência Desleal*, 6.^a ed. rev. e aum., Almedina, Coimbra, 2015, pp. 29 ss. Este último autor sustenta que sobre os *bens de propriedade industrial* recai um *direito de propriedade especial confinado à vertente patrimonial dos mesmos*. Na esteira de BAYLOS CORROZA, o autor não concede que se possa configurar um *direito subjectivo que se construa só com exclusão, com elementos negativos*, como no caso dos direitos de monopólio. A posição do autor radica, no entanto, numa conceção de *direito privativo industrial* fortemente conexas com a relação material do titular do direito com o bem intelectual por si desenvolvido, ou de alguma forma adquirido. Ora como já se referiu anteriormente, a principal especialidade do Direito Industrial não é a tutela do bem jurídico intelectual porque essa, em rigor, nem tão pouco existiria numa sociedade totalmente livre, mas sim a tutela da inovação (aqui inovação no sentido amplo de criação original). A principal lógica de proteção do Direito Industrial é a de permitir que quem investiu (tempo, dinheiro ou outros recursos) na inovação, possa por isso ser recompensado. A recompensa passará pela proibição de terceiros ao processo inventivo de desenvolverem uma atividade com recurso ao bem *inventado* pelo seu criador. Mas essa recompensa não faz do bem exclusivo, ele continua, tal qual a chama da vela de Thomas Jefferson a poder ser consumido por outras velas sem reduzir a capacidade *material* de fruição do bem, ao contrário do que sucede com o direito de propriedade sobre bens corpóreos, cujo consumo simultâneo não é possível (cfr. neste sentido PEDRO SOUSA E SILVA, *Direito Industrial: Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 14).

⁴¹⁶ *Code, version 2.0*, Basic Books, Nova Iorque, 2006, pp. 182 e 183.

⁴¹⁷ Na perspetiva da análise económica do Direito a *não-rivalidade* de um bem significa que o acesso de cada um ao bem não interfere relevantemente no acesso e uso por parte de qualquer outro, para mais indicações *vide* ARAÚJO, FERNANDO, *Introdução à Economia*, 3.^a Edição, Almedina, Coimbra, pp. 580 ss.

⁴¹⁸ *Ibidem*.

pormenores detalhados acerca das escolhas dos consumidores de um dado produto ou serviço, qualquer divulgação que a *trincasse*, sendo certo que não diminuiria a possibilidade dos seus autores dele continuarem a usufruir, sempre reduziriam a sua vantagem económica porquanto nenhum direito de exclusivo seria capaz de evitar que eventuais concorrentes tomassem as suas decisões económico-financeiras, com base naquele estudo. Diferente seria, se a atribuição do exclusivo permitisse, ainda assim e sobre certas circunstâncias a manutenção da informação em segredo⁴¹⁹. Não obstante duas objeções de peso se levantariam ante uma tal hipotética posição do legislador, por um lado, a lógica de proteção contra a divulgação do objeto do direito de exclusivo sobre que assenta o sistema do Direito Industrial⁴²⁰, por outro lado, porque logrando um qualquer concorrente obter o acesso lícito⁴²¹ àquela informação, nada o impediria de usufruir da mesma, nem mesmo o hipotético direito de exclusivo.

IV. Mas então qual a natureza do direito à proteção pelo segredo comercial? Não será então apenas uma mera proteção reflexa⁴²²? Seria fácil pensar no segredo comercial como um conceito que apenas atua pela imposição de comportamentos a terceiros.

Também na lógica da atribuição da proteção reflexa, o instituto da concorrência desleal, ao impor uma lógica de lealdade entre os concorrentes, protegeria, reflexamente, o direito à manutenção de uma dada informação em segredo, sempre que a sua revelação e utilização por terceiros implicasse uma consideração da conduta, meramente reveladora ou já utilizadora, como uma conduta desleal. Do mesmo modo a LADA, ao permitir às entidades públicas detentoras de documentos administrativos, que disponham de informações sujeitas ao segredo comercial, recusar o acesso às mesmas,

⁴¹⁹ Por absurdo que possa parecer, o caminho que o segredo comercial teria que percorrer passaria, forçosamente... pela respetiva divulgação. De resto, o único autor que podemos encontrar que menciona a possibilidade de *de jure condendo* se consagrar um direito exclusivo ao segredo comercial refere-se, precisamente, à necessidade de estes serem revelados, *cfr.* em LEMLEY, MARK A., *in op. cit.* pp. 29 ss.

⁴²⁰ Concretamente no caso das patentes de invenção, estas podem considerar-se genericamente como uma “(...) recompensa destinada a estimular a criatividade técnica do inventor, em contrapartida do acréscimo de conhecimento partilhado com a sociedade através da divulgação pública do invento, vide SILVA, PEDRO SOUSA E, *Direito Industrial: Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 41 e 42, sendo que tal divulgação resulta, designadamente do artigo 62.º, n.º 6, 66.º, 78.º, 95.º, n.º 2 *inter alia*.

⁴²¹ Adiante nos referiremos às formas de acesso lícito a informações comerciais confidenciais.

⁴²² Como CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES explica, *in* Tratado de Direito Civil Português, Vol. 1, Tomo I, 4.ª edição, 2012, p. 906 a proteção reflexa consiste em “fazer incidir, numa generalidade de pessoas, normas de comportamento que acabem por acautelar certos interesses. Assim, haverá um beneficiário ao qual, não sendo atribuída qualquer permissão, se concede uma certa tutela, através de deveres assacados a terceiros.”

impõe-lhes deveres de guarda dessas informações sigilosas, como por exemplo da mesma forma se poderia equacionar para os órgãos sociais de sociedades comerciais que detivessem informações de semelhante natureza⁴²³. Entendemos, contudo, que a conceção do direito à proteção da informação pelo segredo comercial apenas se poderia perceber dessa forma se o conceito de segredo comercial fosse formulado, pela ordem jurídica, de forma estanque, por exemplo, se existisse uma norma que fechasse de tal forma o conceito que nunca nenhuma entidade pública, e nunca nenhum órgão social, tivesse de equacionar se, num caso concreto, os requisitos de preenchimento do conceito se verificavam ou não. E não é isso que sucede, quando muito há uma definição de *informações não divulgadas*, que surge no artigo 318.º do CPI e no âmbito da disciplina da concorrência desleal.

O problema que a indeterminabilidade do conceito de segredo comercial causa é o de que, num dado caso, poder a proteção do segredo ter de ceder perante outros interesses que se suscitem e noutros não tenha, pelo contrário, de ceder. Ora conceber o segredo comercial como uma proteção reflexa é reduzir a possibilidade de o intérprete ponderar, no caso concreto, quando – e quanto – pode restringir e quando pode – ou tem de – promover pela aplicabilidade do conceito. É, nesta sequência, importante que o conceito de segredo comercial tenha um conteúdo próprio, e não é, evidentemente, anormal que ao mesmo correspondam normas dispersas no ordenamento jurídico que impeçam um determinado comportamento de terceiros perante a existência de uma situação jurídica que concite a sua proteção.

Isso é manifestamente evidente, e sem prejuízo de adiante se retomar a questão, no âmbito da tutela dispensada pela concorrência desleal às *informações não divulgadas* (cfr. artigos 317.º e 318.º do CPI). No âmbito do instituto da concorrência desleal tutelam-se as informações não divulgadas, mas e se não houver ato de concorrência? E se não houver *deslealdade* na conduta? Dir-se-á, a informação é livre. E, de facto, uma vez caída no domínio público qualquer informação que seja facilmente apreensível pelos sentidos e pela técnica dos humanos, dificilmente, como o sustentámos *supra*, poderá ser impedida de explorar por terceiros. Mas se aquela divulgação/utilização teve

⁴²³ Sobre as oposições da doutrina e da jurisprudência nacionais à exclusão das informações comerciais no âmbito da proteção que os artigos 215.º e 290.º do CSC dispensam ao “segredo imposto por lei”, adiante voltaremos, para já remete-se para a anotação de RAÚL VENTURA ao artigo 215.º do CSC, nos termos do qual o autor sustenta que o direito à reserva, segredo ou intimidade “*pertencendo às pessoas singulares como direito de personalidade, é extensivo, por geral consenso, às pessoas colectivas.*” in *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais – Sociedades por Quotas*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1987, p. 306.

lugar porque um qualquer indivíduo quebrou um pacto de confidencialidade, ou violou regras de lealdade (como um trabalhador, um sócio ou um colaborador a qualquer outro título legal ou contratual) ou ainda, porque uma qualquer instituição não respeitou – lá está – o direito de reserva do titular da informação, a lei permite a este a compensação pelos danos causados perante tais violações.

Isto é, não houve qualquer atuação desleal por parte da entidade administrativa, nem, dir-se-á para os casos dos trabalhadores e sócios, um qualquer *ato de concorrência*, mas ainda assim a ordem jurídica permite a perseguição do agente produtor de um dano, por violação de normas que vinculavam a respetiva conduta. Se se configurasse a proteção daquelas *informações não divulgadas* como atuando apenas por imposições a terceiros, então não haveria dano tutelável na esfera do titular das informações comerciais confidenciais, pois que a violação de normas que adstringiam terceiros não poderia servir para compensar danos próprios⁴²⁴, valeria assim o princípio geral de Direito *ubi commoda ibi incommoda*. Não é esse o nosso entendimento, acreditamos que o Direito dispensa uma diversidade de proibições, dispersas pela ordem jurídica, tendo em vista um escopo... a tutela de um direito ao segredo.

Por outro lado a consideração do segredo comercial enquanto mera proteção reflexa não permitiria cabalmente explicar o conteúdo das obrigações emergentes das relações contratuais que têm por objeto, mediato ou imediato, informações apenas tuteladas ao abrigo de um conceito de segredo comercial a que adiante faremos referência.

Como o concebemos, o *direito à* proteção do segredo comercial tem uma razão de ser independente de quaisquer ponderações adicionais que hajam de ter lugar perante cada caso concreto, sem prejuízo, evidentemente, da sua eventual postergação em face de interesses, então, juridicamente relevantes. Vejamos em que termos e com que natureza, sendo que afastadas estão já as considerações enquanto direito de exclusivo e direito real.

⁴²⁴ Adiante teremos de voltar a esta questão. A afirmação é feita na lógica da eventual consideração da proteção do segredo comercial enquanto mera proteção reflexa, não como interesse juridicamente tutelado pela norma que obrigar terceiros e nesse sentido *vide* VARELA, JOÃO ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 540, quando refere como requisito de preenchimento do conceito de ilicitude a que alude o artigo 483.º do CC, por conta da violação de “*disposição legal destinada a proteger interesses alheios*”, é “*preciso que a tutela dos interesses privados não seja, portanto, um mero reflexo da protecção dos interesses colectivos que, como tais, a lei visa salvaguardar.*” Neste sentido *vide*, também, LEITÃO, LUÍS DE MENEZES, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 265.

b) Do direito geral à confidencialidade ao direito especial de confidencialidade nas relações comerciais e no âmbito da livre iniciativa económica;

i. Enquadramento

I. Como podemos observar, diversas normas do ordenamento nacional tutelam a posição jurídica de reserva da informação. Tais normas surgem com demasiada frequência para que, da sua posituação, não se possa descartar, à partida, a possibilidade de a ordem jurídica nacional consagrar um princípio geral de reserva⁴²⁵, naturalmente circunscrito a um universo delimitado em face do escopo protegido pelas normas que o desenvolvem. Sendo certo que a maioria das normas até aqui invocadas surgem como proteções pontuais e sem grande destaque no quadro dos complexos normativos apresentados, é de assinalar a sua reiterada consagração normativa.

O caminho a percorrer para se alcançar uma tutela geral do segredo comercial há de passar, assim, pela existência de um direito⁴²⁶ à confidencialidade, alcançando esse direito geral de confidencialidade (ou *à confidencialidade*) terá de se alcançar um outro, naquele contido, referente à confidencialidade no âmbito das atividades comerciais ou no âmbito da tutela da vida interna das empresas, assim teríamos a tutela da confidencialidade nas relações comerciais ou a tutela da confidencialidade da empresa num sentido amplo, isto é, uma tutela da confidencialidade no âmbito da livre iniciativa económica.

As duas tutelas acabadas de descrever, entendemo-lo, não são excludentes uma da outra, são antes, duas circunferências concêntricas embora a da tutela da vida das empresas seja de raio superior, clarificando, a tutela da vida interna das empresas abrange as realidades que se encontram já contidas na tutela da atividade comercial, e ainda outras que não dizem necessariamente respeito à atividade comercial. Assim, a comprovar-se a existência de tais tutelas, ambas seriam idóneas a proteger uma técnica

⁴²⁵ Referindo-se à *tutela da privacidade enquanto objectivo transversal de toda a ordem jurídica*, tomando posição acerca da sua consagração enquanto *objectivo “horizontal” de toda a ordem jurídica*, isto é, *de ela ser consagrada na ordem no seu conjunto, desde logo a nível constitucional, mas também pelo direito administrativo, pelo direito penal e pelo direito civil*”, vide DIAS, JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO, *Direito à informação, protecção da intimidade e autoridades administrativas independentes*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, BFDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 629.

⁴²⁶ Ou um princípio jurídico que possa ser otimizado em face dos interesses em jogo.

industrial mantida em secreta, mas já só a tutela da vida interna das empresas tutelaria a confidencialidade de uma deliberação societária que aprovasse, por hipótese, a redução das remunerações dos sócios gerentes em face de circunstâncias de maior fragilidade económica de uma dada sociedade.

Entendemos, por isso, que preexistindo uma conceção de um direito geral à confidencialidade, na qual coubesse a tutela do direito à confidencialidade da vida interna das empresas poderia, depois, encontrar-se dentro desta, uma subdivisão em direitos de confidencialidade da vida interna *stricto sensu* e direitos de confidencialidade no âmbito da atividade comercial (atividade comercial aqui entendida num sentido amplo de realização de toda e qualquer atividade económica de criação, aquisição, venda ou transformação de bens no comércio jurídico).

Nos termos acima expostos, um eventual direito à confidencialidade mereceria então a seguinte organização sistemática: em primeiro lugar impunha-se identificar a fonte jurídica da tutela de um direito geral à confidencialidade, sua justificação e amplitude; em segundo lugar cumpriria dividi-lo em face dos interesses a tutelar por conta do direito à iniciativa económica⁴²⁷, isto é, autonomizar a tutela geral da vida interna das empresas, identificando quais os interesses relevantes; em terceiro lugar, abrir uma subdivisão, que permita a autonomização da confidencialidade da vida interna das empresas em sentido estrito e a autonomização da confidencialidade da atividade económica das mesmas.

II. Ora a tutela da privacidade é amplamente reconhecida pelo Direito, como pudemos observar no decorrer da exposição *supra*.

Como ponto de partida parece útil precisar que a tutela de situações de confidencialidade, podendo ser mais ou menos intensa em face da informação que visa manter reservada, não pode ser absolutamente afastada se não por disposição legal que expressamente o faça⁴²⁸. Isto é, desde que a Lei tutele uma posição jurídica de reserva

⁴²⁷ Optamos, nesta fase, por não nos referirmos a uma livre iniciativa económica *privada* (cfr. artigo 61.º, n.º 1 da CRP), a circunstância de existirem empresas públicas que possam pretender manter em segredo as respetivas informações *comerciais*, influencia a nossa posição terminológica. A opção não é jurídica mas sim, meramente, linguística.

⁴²⁸ Como já dava nota ADRIANO DE CUPIS, na sua obra *Os Direitos da Personalidade* “[o] direito ao segredo constitui um aspecto particular do direito ao resguardo. Certas manifestações da pessoa destinam-se [sic] a conservar-se completamente inacessíveis ao conhecimento dos outros, quer dizer, secretas; não é apenas ilícito o divulgar tais manifestações, mas também o toma delas conhecimento, e o revelá-las, não importa a quantas pessoas. Um tal rigor da tutela jurídica, que limita fortemente a liberdade alheia,

de informação, não pode aquela mesma Lei esvaziar de conteúdo esta mesma posição jurídica.

Numa palavra, a consagração de normas que possam ser entre si axiologicamente contraditórias não pode, contudo, anular a validade uma da outra. Assim, se uma norma *x* determina a reserva da informação, não pode uma norma *y*, que determina a prestação de informação, excepcionar aquela primeira para todo o respetivo campo de atuação, isto é, para todos os casos concretos em que a previsão da primeira se verificasse. Em tal caso não estaríamos já na presença de uma exceção, mas antes de uma revogação.

Desta forma podemos concluir que enquanto persistirem normas com lógicas de aplicação diametralmente distintas, estas devem ser alvo de um juízo de concordância prática que leve em consideração os princípios e os valores em jogo em cada caso concreto. Como exemplo prático do que se acabou de expor podemos ater à regulação do acesso à informação administrativa. Como já tivemos oportunidade de verificar o artigo 6.º, n.º 6 da LADA, trata-se de um preceito que se encontra presente num diploma cuja lógica é diametralmente oposta aos interesses que visa tutelar, assim a lógica da LADA é de abertura ao passo que a do artigo 6.º, n.º 6 dessa mesma LADA é de reserva. Se sustentarmos que o direito de informação administrativa suplanta o direito à reserva da confidencialidade, esvaziando o conceito de segredo comercial para todas as situações passíveis de colisão, então isso tornaria absurdo o facto de se criar uma exceção (o artigo 6.º, n.º 6 da LADA)... que nunca pudesse excepcionar coisa alguma.

Ou seja, para aquelas situações em que o ordenamento jurídico entendeu proteger determinada informação como confidencial, importa identificar donde emerge a referida proteção. Um eventual direito geral de *reserva* ou de *confidencialidade* permitiria, com base nos interesses gerais de Direito que concretamente se visem proteger no âmbito de um determinado enquadramento jurídico e no confronto com o princípio que lhe é antagónico, o da divulgação, que o intérprete tivesse instrumentos que lhe permitiriam avaliar os interesses em presença.

é incompatível com uma excessiva extensão do direito ao segredo – este não pode existir senão nos casos expressamente previstos no ordenamento jurídico.” (CUPIS, ADRIANO DE, *Os Direitos da Personalidade*, tradução de ADRIANO VERA JARDIM e ANTÓNIO MIGUEL CAEIRO, Livraria Moraes Editora, Lisboa, 1961, p. 147). O autor, sustentando, assim, uma reserva de lei para a tutela da confidencialidade, não deixa de colocar a tónica no facto de a proteção jurídica do segredo implicar uma restrição na liberdade de expressão. Ou seja, uma vez consagrada legalmente, não pode ser afastada, pelo menos sem motivo ponderoso.

No caso da LADA, e na sequência do exposto, é claramente notório que o legislador entendeu haver um espaço de reserva da *vida interna das empresas* que limita o acesso à informação administrativa⁴²⁹, sendo claramente notório que esse espaço de reserva deverá ser delineado na sequência do que possa significar aquele conceito que é, pelo menos à primeira vista, um direito próprio – digamos, absoluto – da *empresa* e não relacional.

III. Em face do exposto verifica-se então a necessidade de densificar o conteúdo de um eventual direito geral à reserva, precisaremos, para tal, de passar pela justificação da sua tutela, procurando nela enquadrar o conjunto de requisitos mínimos necessários à verificação da respetiva proteção. Como já o avançámos, são frequentes os diplomas que embora tenham como pressuposto uma liberdade de circulação de informação, dispõem, contudo, de normas que excecionam um direito de reserva de determinadas informações comerciais, vimo-lo a propósito do Direito do Trabalho, do Direito Comercial, do Direito Administrativo, do próprio Direito Industrial e, bem assim, doutros ramos.

Para além da proteção legal que é dispensada pela ordem jurídica nos mais diversos ramos do Direito, que levou mesmo a considerar a existência de conceitos como o *segredo fiscal*, o *segredo bancário*, o *segredo de justiça* e outros, verifica-se que alguns dos diplomas basilares da nossa ordem jurídica dispõem de normas que, precisamente, tutelam a confidencialidade, é caso do Código Civil e da Constituição da República Portuguesa.

Assim, e meramente por ordem cronológica, o Código Civil veio consagrar normas que permitem a reserva da confidencialidade, podem assim dar-se nota do disposto nos artigos 75.º, 76.º e 77.º relativos às cartas-missivas e outros escritos confidenciais e o artigo 80.º, n.º 2, relativo ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Por outro lado, também a CRP dispõe de normas que permitem a tutela da reserva da vida privada, veja-se, nesse sentido, o disposto no artigo 26.º, n.º 1 e 2, 35.º, n.º 4, 65.º, n.º 1 e 268.º, n.º 2 *in fine*.

⁴²⁹ Apontando, precisamente, para a questão de o direito à informação administrativa estar sujeito a exceções, a restrições ocasionadas pela necessidade de acautelar outros interesses, referindo que, naturalmente, o direito à informação não goza de uma proteção absoluta *vide* DIAS, JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO, *Direito à informação, protecção da intimidade e autoridades administrativas independentes*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, BFDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 625.

IV. A consideração da existência de um direito geral à reserva de informações comerciais não se justifica por qualquer desejo de pré-determinar as conclusões a que se terá de alcançar no final da presente investigação, mas visa, tão só identificar um aspeto comum a todas as normas até aqui encontradas e que permita explicar o motivo de, em tantas normas do ordenamento jurídico nacional, se pretender proteger um determinado segredo associado ao comércio. Usando uma expressão que não é nossa⁴³⁰, visa-se tão só alcançar uma *conceptualogia unitária* em comunhão com as restantes áreas do Direito aqui mencionadas.

- ii. Um direito à confidencialidade empresarial? Colocação do problema.

No direito nacional existem, concretamente duas cláusulas gerais de proteção de uma ideia de confidencialidade, falamos, concretamente do artigo 80.º, n.º 1 do CC e artigo 26.º, n.º 1 da CRP, ambos aludem a um conceito abstrato de reserva da intimidade da vida privada, mas terão a mesma projeção e o mesmo conteúdo jurídico?

O artigo 80.º, n.º 1 do CC surge na secção dos direitos de personalidade, do capítulo do CC relativo às pessoas singulares, e este, por sua vez, no título II do CC referente à *Relações Jurídicas*, já o artigo 26.º, n.º 1 da CRP surge no contexto da consagração constitucional dos *direitos, liberdades e garantias pessoais*. Sem prejuízo de adiante se retomar a distinção entre os conteúdos normativos e o respetivo escopo dos artigos, surpreende-se, desde logo, uma diversa natureza da consagração dos artigos, assim o artigo 80.º consagra um direito de natureza civil, prototipicamente pensado para a imposição de condutas e/ou imposição de omissão das mesmas, nas relações entre cidadãos, e o artigo 26.º, n.º 1 da CRP, postula um direito fundamental, como adiante se observará, uma posição de tutela do cidadão contra o Estado⁴³¹. É ainda interessante, nesse sentido, deixar passar a mensagem a que os artigos se referem nos respetivos n.ºs 2. Assim, dispõe o artigo 80.º, n.º 2 do CC que “[a] extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas”, ao passo que o artigo 26.º, n.º

⁴³⁰ Usada por LEITÃO, ADELAIDE MENEZES, *Estudo de direito privado...*, p. 63, embora num contexto diverso, no tocante à aplicação do conceito de bons costumes como fundamento da concorrência desleal.

⁴³¹ Sem prejuízo da aplicação, nas relações privadas, dos direitos fundamentais. Sobre esta aplicabilidade vide ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 2012, 5.ª ed., pp. 252 ss.

2 da CRP, dispõe que “[a] lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias”. E temos, aqui, mais uma pista para o que em seguida se exporá, é que o artigo 80.º do CC aponta para a **redução** do âmbito da reserva que consagra, ao passo que o artigo 26.º da CRP, aponta para a consagração de garantias, que assegurem o gozo pleno do direito de reserva que consagra, isto é, aponta para uma mais ampla consagração do direito à reserva do que aquele a que se refere o CC.

A questão assim colocada implica a ponderação sobre se o direito à reserva comercial poderá ser um direito de personalidade ou se poderá ser um direito fundamental.

Mas voltando ainda à admissibilidade da existência a uma tutela geral de *reserva*, ambos os artigos permitem com alguma facilidade perceber que a consagração de uma tal figura não será de excluir, de todo, podendo perguntar-se se existirá, então, um *direito geral ao segredo*⁴³².

Concordando com uma ideia de tutela geral *ao segredo* toma posição, na doutrina nacional, PAULO MOTA PINTO, sustentando que⁴³³, “*em princípio, o dever de reserva abrange igualmente o segredo, ou seja, a proibição de acções dirigidas à tomada de conhecimento da intimidade da vida privada das outras pessoas.*” Mas se na doutrina daquele autor se procura complementar a argumentação tendente à defesa de uma eventual tutela geral do segredo, importa também, perceber que o próprio autor, no mesmo estudo em que sustenta a existência de uma tal tutela geral, parece afastar da mesma a tutela da confidencialidade dos *segredos de empresa*, assim, no pensamento do autor, “*se já não parece fácil falar da vida privada (tal como a definimos) em relação às pessoas colectivas, menos ainda se poderá dizer que estas terão vida íntima, mesmo*

⁴³² Expressão de PINTO, PAULO MOTA, *O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada*, in BFD, Vol. LXIX, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1995, p. 537. O Autor, na esteira de CATAUDELLA, perfilha a adoção de uma distinção entre o que seja a esfera do segredo e o que seja a esfera da reserva, não obstante se concorde com o autor, essa distinção não tem de ter lugar na exposição que ora se leva a cabo. Para a presente fase da exposição apenas se precisa de identificar se o *direito geral ao segredo*, que o autor, igualmente perfilha, poderá ter a idoneidade de proteger as informações comerciais confidenciais. Apontando para a existência de três diversas esferas *vide* ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *A reserva da intimidade da vida privada*, RFDUL, Vol. XLIII, n.º 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

⁴³³ *In op. cit.*, p. 538.

se descurarmos a normal associação desta à vida familiar (a qual, como é claro, também falta aqui)⁴³⁴.”

Surpreende-se, contudo, aquele que ler um estudo posterior do autor, precisamente relativo à proteção da vida privada⁴³⁵. É que nesse outro estudo o autor sustenta que⁴³⁶:

“As empresas ou outras pessoas colectivas podem igualmente ser titulares do direito à reserva da vida privada, sobretudo no que diz respeito ao chamado “segredo dos negócios”, sendo também titulares, por exemplo, do direito à inviolabilidade da correspondência.”

Terá o autor mudado de posição? Não o sabemos. Mas acreditamos que o que está na base da aparente incongruência do pensamento pode, precisamente, residir na distinção de naturezas do direito à reserva da vida privada consagrado no CC, por um lado, e do direito à reserva da vida privada consagrado na CRP, por outro lado⁴³⁷.

Numa perspetiva do Direito Europeu refira-se, ainda, que a propósito do direito à confidencialidade, resulta da jurisprudência do TEDH que não poderá considerar-se que o conceito de vida privada deva ser interpretado no sentido de que exclui as atividades profissionais ou comerciais das pessoas singulares como das pessoas coletivas (v. TEDH, acórdãos *Niemietz c. Alemanha*, de 16 de Dezembro de 1992, § 29; *Société Colas Est e o. c. França*, de 16 de Abril de 2002, § 41; e *Peck c. Reino Unido*, de 28 de Janeiro de 2003, § 57). Igualmente, e embora enquadrado no contexto do procedimento

⁴³⁴ *In op. cit.*, p. 553. Sendo que no texto, o autor sustenta mesmo que os segredos das pessoas coletivas poderão ser tutelados independentemente da existência de um direito de personalidade, podendo ainda ser tutelados ao abrigo do regime da concorrência.

⁴³⁵ PINTO, PAULO MOTA, *A Protecção da Vida Privada e a Constituição*, in BFD, Vol. LXXVI, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2001, pp. 153 a 204.

⁴³⁶ *In op. cit.*, p. 185, referindo ainda que o TC, no Acórdão n.º 198/85, admitiu que a inviolabilidade da correspondência, pode ser estendido, em geral, ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, sustentando uma efetiva proteção da *vida privada* da pessoa coletiva, abrangendo, por exemplo, para as sociedades, o “segredo dos negócios”.

⁴³⁷ Aparentemente encontrando uma identificação entre as matérias previstas numa e noutra toma posição RITA AMARAL CABRAL, *O Direito à Intimidade da Vida Privada*, in *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1989, p. 401, sustentando que o artigo 80.º do CC *nada acrescenta nem tira nada ao direito à intimidade da vida privada e familiar, consagrando no artigo 26.º da Constituição.*” Adiante exporemos as razões pelas quais julgamos que há toda a necessidade de destrinçar o âmbito das normas, não obstante, e não pretendendo adiantar muito mais, leia-se a distinção que JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO traça entre os direitos contemplados num e noutra diploma jurídico em *A reserva da intimidade da vida privada*, RFDUL, Vol. XLIII, n.º 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 11.

administrativo, o próprio TJUE já sustentou a existência *de um princípio geral de proteção o segredo comercial*⁴³⁸.

Os dados legais assim considerados poderão originar uma legítima dúvida, serão contraditórios os artigos 80.º do CC e 26.º da CRP? Entendemos que, não, vejamos.

iii. Mera proteção reflexa ou indireta de um interesse jurídico

“O segredo é, tradicionalmente, considerado uma das condições do êxito no comércio, mas cada vez mais se sente a necessidade de dar publicidade a certos tipos de situações das entidades que intervêm na vida comercial, para desenvolvimento do crédito e para protecção dos próprios comerciantes, dos consumidores e do interesse público.”

- Ponto 2 do texto preambular do Decreto-Lei n.º 403/86, de 3 de dezembro, que aprovou o Código de Registo Comercial

Perante a exiguidade na doutrina e na jurisprudência (exceção feita no TJUE e no TEDH) de uma segura tomada de posição relativa à existência de um direito geral ao segredo comercial, e em face das diversas referências genéricas que são feitas ao referido segredo nos mais diversos e dispersos diplomas no ordenamento jurídico nacional, somos levados a hipotisar se não será afinal *o segredo comercial* um mero interesse jurídico tutelado indiretamente pelo interesse geral de uma concorrência leal, sem que ocorra a atribuição de um efetivo direito subjetivo ao segredo⁴³⁹.

Do ponto de vista prático, por exemplo, a tutela pela responsabilidade aquiliana até se encontraria devidamente assegurada, na medida em que o artigo 483.º, n.º 1 do CC permite que a ilicitude habilitante ao recurso àquela figura se reporte à violação de normas de proteção⁴⁴⁰, *i.e.*, normas destinadas a proteger interesses alheios.

⁴³⁸ Cfr. Ac. de 24 de Junho de 1986 da *Quinta Secção*, proferido no âmbito do processo 53/85.

⁴³⁹ Neste sentido, referindo-se ao facto de a concorrência desleal constituir um dever geral de conduta, não atribuindo aos empresários um verdadeiro direito subjetivo, pessoal ou patrimonial, e aí com mais referências bibliográficas *vide* SILVA, PEDRO SOUSA E, *Direito industrial: noções fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 317.

⁴⁴⁰ LEITÃO, LUÍS DE MENEZES, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 265.

Porém, não parece que a defesa do direito ao segredo comercial enquanto mero interesse jurídico indireta ou reflexamente protegido⁴⁴¹ permita suficientemente explicar a admissibilidade de contratos que tenham por objeto, precisamente, a partilha ou transmissão de informações sujeitas a obrigação de sigilo. Em rigor, se a ordem jurídica admite a existência de pactos de confidencialidade, e de deveres obrigacionais acessórios de confidencialidade, então é porque se entende que essa confidencialidade é passível de ser objeto de uma relação entre sujeitos ativos e passivos, nos termos da qual o sujeito ativo tem *o direito* de exigir ao sujeito passivo que não revele a informação confidencial e que não a utilize de forma contrária àquela que entre ambos ficou acordado.

Para superar a admissibilidade de celebração de contratos que tenham por objeto informações passíveis de estar sujeitas ao segredo comercial, no Direito nacional foi já sustentado por MARIA GABRIELA DE FIGUEIREDO DIAS que os contratos de *know-how* têm por objeto um monopólio de facto, na medida em que é constituído por força da *inacessibilidade prática ao bem por parte de terceiros*⁴⁴². Ora, a categoria a que se refere, o designado *monopólio de facto*, quando é tutelada por normas jurídicas, no caso, através de normas que efetivamente impedem a sua tomada de conhecimento por outrem, ganha uma juridicidade própria e ela não é já monopólio de facto, é monopólio de direito... o problema, como vimos, é que certos conhecimentos apenas podem, em abstrato, ser monopólio de direito enquanto durar o segredo sobre os mesmos. Assim, a consideração de que as informações passíveis de ser tuteladas pelo segredo comercial seriam, afinal, um mero monopólio de facto (ou, mesmo, de direito até à respetiva partilha, por imposição legal ou contratual), não permitiria capazmente identificar qual a tutela da informação confidencial após a partilha, a qual, como adiante defenderemos, não poderá ser recusada, embora deva ser, naturalmente, delimitada.

O entendimento acabado de expressar tem por base a ideia de que sobre a informação comercial passível de ser tutelada pelo segredo comercial, residem dois importantes direitos e que são o da divulgação *tout court* e o da mera *partilha*. Assim o direito de reserva sobre informações sujeitas ao segredo comercial expressa-se, pelo respetivo

⁴⁴¹ FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 5.^a ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, p. 637 – 640.

⁴⁴² *A assistência técnica...*, pp. 38 ss. A autora chega à conclusão depois de referir que o *know-how* não poderá ser um monopólio legal por força da inadmissibilidade de tutela *erga omnes*, isto depois de sustentar que sobre o mesmo não poderá incidir um direito de propriedade, sequer análogo, nem um direito industrial e nem um direito de autor.

titular, com o conteúdo jurídico positivo de divulgação, isto é, lançamento da informação ao público sem quaisquer restrições e a mera partilha com terceiros, como possibilidade restringir a respetiva propagação informativa e utilização fora do que for contratualmente previsto.

Por último, não se diga também, e ainda em defesa da proteção do segredo comercial enquanto mero interesse jurídico indireta ou reflexamente protegido, que tal proteção é apenas negativa, impondo apenas condutas de abstenção a terceiros. Em rigor, quer pela admissibilidade das informações sujeitas a segredo poderem ser objeto, mediato ou imediato, de contratos a proteção daquelas informações pode ainda ser efetivamente ser contraposta, como adiante veremos, e naturalmente com algumas limitações, contra alguns outros direitos, designadamente, contra a liberdade de informação (artigo 6.º, n.º 6 da LADA), contra o direito a liberdade de trabalho (cfr. artigo 128.º, n.º 1, al. f) e 136.º do CT) e ainda contra o direito à informação societária (cfr. os artigos 215.º, n.º 1, 290.º, n.º 2, 291.º, n.º 4, alínea c), todos do CSC). A admissibilidade da ponderação da proteção do segredo comercial ante outros direitos, não pode deixar de significar que o titular daquela proteção tem ao seu dispor um regime jurídico que lhe permite fazer valer um *seu direito* ante outros, não fazendo sentido que esse *direito* seja, afinal, apenas um interesse desprovido de conteúdo jurídico *a se*.

Mas mais, em alguns diplomas, designadamente, de Direito Administrativo permite-se ao titular de informações comerciais um verdadeiro direito de requerer às entidades públicas que essas informações sejam mantidas em segredo, vimo-lo no artigo 66.º, n.º 1 do CCP, no artigo 28.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 72/2003 e no artigo 15.º, n.º 1, alínea c) do RJC.

O texto preambular do Código do Registo Comercial expressa bem a importância e o paradoxo da proteção do segredo comercial, ninguém duvida de que o “*segredo é, tradicionalmente, considerado uma das condições do êxito no comércio*”, mas o êxito do Direito está em permitir o êxito de todos, e condição alguma pode existir se não se souber, afinal, qual a sua utilidade prática. A condição do segredo ser apenas uma ideia, um interesse oculto e sem expressividade, deixaria de ser condição para passar a ser mera cogitação sem fundamento nem interesse prático.

Prossigamos a investigação quanto à existência da regra geral de confidencialidade.

iv. O direito de personalidade ao segredo comercial?

Como referimos no ponto anterior, a proteção jurídica oferecida pelo segredo comercial a determinadas informações comerciais não conferem ao respetivo titular um direito de propriedade nem, pela sua própria natureza, poderiam, eventualmente *de jure condendo*, algum dia vir a beneficiar de uma tão ampla proteção.

Porém, falar de confidencialidade e de uma eventual tutela da privacidade, faz-nos revisitarmos os conceitos de reserva de intimidade da vida privada, faz-nos revisitarmos, por exemplo, os conceitos de proteção da confidencialidade das cartas missivas, nos termos do artigo 75.º do CC ou, mais ainda, de tutela da reserva sobre a intimidade da vida privada, suscitando uma tentação, quase inevitável, de nos fazer deslocar ao âmago dos direitos de personalidade e *perguntar-lhes* se não será afinal, também, o direito à reserva das informações comerciais um direito de personalidade.

Um dos argumentos a utilizar nessa visita aos direitos de personalidade poderia passar, eventualmente, pela consideração de que o próprio Direito Penal consagra a figura do *segredo relativo à actividade comercial, industrial, profissional e artística* enquanto tutelando o bem jurídico *reserva da vida privada* no quadro do artigo 196.º do CP.

Como observado supra, também a jurisprudência do TJUE, designadamente pelo Acórdão C-450/06, de 14 de fevereiro de 2008, já se ter pronunciado no sentido da aplicação dos conceitos de reserva de intimidade da vida privada às pessoas coletivas. Também, como vimos já, alguma doutrina chega igualmente a falar na possibilidade de a proteção do segredo comercial estar conexas com a reserva da intimidade da vida privada, como por exemplo REMÉDIO MARQUES⁴⁴³ e PAULO MOTA PINTO⁴⁴⁴. Por outro lado, na própria jurisprudência nacional, se podem encontrar já, alguns afloramentos dessa mesma possibilidade veja-se, por exemplo, o Ac. TC n.º 198/85, de 30-10-1985, processo 32/83⁴⁴⁵.

Estes elementos a que nos temos vindo a referir poderiam, e talvez até com alguma segurança, conduzir-nos à conclusão de que o direito à reserva da confidencialidade comercial seria, afinal, mais um dos direitos a juntar ao acervo dos direitos de personalidade a que a doutrina se vem referindo. A inclusão, hipotisamos até, poderia,

⁴⁴³ *Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual...*, p. 489.

⁴⁴⁴ *A Protecção da Vida Privada e a Constituição...*, p. 185.

⁴⁴⁵ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>. Vide, também, o Ac. TRG de 12-11-2007, processo n.º 1800/07-2 e ainda, aludindo à “*privacidade do comerciante, de afastar os seus bens da cobiça alheia e de evitar que a sua actividade seja afectada por informações sobre a sua situação e as perspectivas do negócio*”, se pode encontrar o Ac. TRP de 30-03-2006, processo n.º 0622272.

para aqueles que sustentam a existência de um direito geral de personalidade, fazer-se por intermédio do artigo 70.º do CC, caso se achasse o conceito de *intimidade* constante do artigo 80.º do CC demasiado conexo com as pessoas singulares.

E, note-se, também não se encontrariam impedimentos a essa conclusão no facto de a indústria e o comércio serem, na maioria das vezes, prosseguidos por sociedades comerciais ou outras pessoas coletivas. E por duas ordens de razão. A primeira prende-se com o facto de que, nos termos do artigo 160.º, n.º 1 do CC, a capacidade das pessoas coletivas abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins. Servindo a tutela da confidencialidade de dadas informações o propósito de, designadamente, tornar mais lucrativa a sociedade, pois naturalmente que não se poderia perceber *a reserva da intimidade* empresarial como um direito que fosse inseparável da pessoa singular (*vide* artigo 160.º, n.º 2 do CC). Para além de que o direito a essa reserva não só não se encontra vedado por lei (*vide*, de novo, o artigo 160.º, n.º 2 do CC), como há mesmo toda uma *multidiversidade* – como assinalámos – de normativos legais que apontam para a sua consagração⁴⁴⁶. Mas mesmo que se considerasse que havia um qualquer obstáculo à atribuição de direitos de personalidade a pessoas coletivas⁴⁴⁷, há que ter em mente que a conceção mais generalizada sobre o fenómeno das pessoas coletivas é essencialmente instrumental⁴⁴⁸ e funcional e que, como refere, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO⁴⁴⁹,

“A pessoa colectiva é, antes do mais, um determinado regime, a aplicar aos seres humanos implicados. Estes podem ser destinatários de normas; mas podem-no ser, também, indirectamente, assim como podem receber normas transformadas pela presença de novas normas, agrupadas em torno da ideia de “pessoa colectiva”.”

⁴⁴⁶ Basta pensar na expressão do artigo 6.º, n.º 6 da LADA, “*documentos administrativos que contenham segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna de uma empresa*” (destaque nosso).

⁴⁴⁷ Como é por exemplo a posição de JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil Teoria Geral*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 260 ss., e, por exemplo, de DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa e Direitos de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 88.

⁴⁴⁸ Como refere FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 6.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, p. 541, “(...) a pessoa colectiva não pode ser vista como um fim em si mesma. Ela é meramente instrumental, isto é, justificada por certos interesses a cuja realização é dirigida, o que envolve também uma nota funcional.”

⁴⁴⁹ *Manual de Direito das Sociedades*, I Volume, p. 277. No mesmo sentido da lógica funcional das pessoas coletivas *vide* HÖRSTER, HEINRICH EWALD, *A Parte Geral do Código Civil Português - Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Lisboa, 2013, p. 379.

Ou seja, mesmo que, por hipótese, se afastasse a possibilidade de serem as pessoas coletivas titulares de direitos de personalidade, como poderia ser o caso da *reserva de intimidade da vida privada* (das empresas prosseguidas por pessoas coletivas), sempre a lógica funcional da personificação coletiva entraria aqui para superar a dificuldade de atribuição de direitos de personalidade a entes coletivos. Assim, criação de uma esfera reservada da atividade comercial seria própria de uma pessoa humana, só que exercida *em modo coletivo*⁴⁵⁰.

Mas os argumentos para que a tutela da confidencialidade das informações comerciais, possam ser para o Direito, afinal, direitos de personalidade terminam por aqui.

É, de facto, tentador querer incluir a matéria do segredo comercial no âmbito dos direitos de personalidade⁴⁵¹, mas essa não poderá corresponder à adequada colocação sistemática do segredo comercial⁴⁵².

Vejamos.

A consideração de um espaço de reserva de intimidade da privada da comercialidade, enquanto direito de personalidade, implicaria desde logo a aplicação do regime específico desses direitos, do qual se salienta, designadamente o regime constante dos artigos 878.º e seguintes do Código do Processo de Civil, sendo que tal consideração poderia, eventualmente gerar um recurso desmesurado, despropositado e inadequado ao uso de expedientes processuais que, atenta a sua natureza urgente, estão mais pensados para dar resposta à tutela de questões que possam afetar uma esfera mais sensível da pessoa humana, e não tanto no seu aspeto de realização profissional, no âmbito da qual se inclui a livre iniciativa económica privada. De resto, permitir-se-ia um recurso exagerado a uma tutela processual que não se encontra apetrechada para dar resposta a questões de natureza comercial.

⁴⁵⁰ Embora, precise-se, a aplicabilidade de um direito à reserva teria de conhecer aqui as limitações próprias da reserva da intimidade da vida privada nas pessoas singulares, ou seja, seria tão mais desprotegida quanto maior fosse a divulgação a que tivesse sido objeto no contexto da gestão societária. Hipotisa-se, por isso, a diferença de graduação na proteção dessa mesma reserva da confidencialidade entre pessoas coletivas de substrato patrimonial e pessoas coletivas de substrato institucional e, bem assim, dentro daquelas entre, por exemplo, sociedades por quotas e sociedades anónimas.

⁴⁵¹ Como o assim o sustenta, para o direito interno, SILVA, NUNO SOUSA E, *Quando o segredo é a “alma do negócio” – definição de um conceito*, in Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, n.º 126, 2013, p. 15.

⁴⁵² Essa é, por exemplo a posição que adota, no âmbito do Direito espanhol, LERMA, ESTHER MORÓN, *El secreto de empresa : protección penal y retos que plantea ante las nuevas tecnologías*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 129.

E é daqui que resulta a objeção mais forte à consideração do direito à reserva da informação comercial como sendo um direito de personalidade, a ligação ontológica à pessoa humana e à dignidade da pessoa humana.

Neste sentido aderimos à doutrina que busca a verificação do requisito da existência de um conteúdo ético⁴⁵³, enquanto *manifestação do plano valorativo do Direito*, na atribuição de direitos de personalidade. Assim, a existência do designado conteúdo ético implica uma ligação intrínseca à *categoria da realização da análise estrutural do Homem*⁴⁵⁴. E neste particular há que asseverar, como expressamente o refere JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO⁴⁵⁵ que “*auto-afirmação e realização da personalidade não se confundem.*” Assim a realização do indivíduo na sociedade, designadamente pelo desenvolvimento de uma determinada atividade económica não se confunde com a superior necessidade da realização do indivíduo enquanto Homem, enquanto ser humano⁴⁵⁶. Daí que a doutrina que invoca a necessidade do referido conteúdo ético na atribuição de direitos de personalidade, procure restringir o campo de atuação dos direitos de personalidade.

Rejeitamos, por isso, que a reserva da confidencialidade comercial decorra de um direito de personalidade do empresário.

Contudo a restrição do campo de atuação dos direitos de personalidade não implica que não se possa identificar outros direitos que tutelem posições jurídicas provenientes do livre desenvolvimento da personalidade. Nesta sequência, conforme refere DIOGO COSTA GONÇALVES⁴⁵⁷:

“(…) *a juridicidade da realidade pessoal é muito mais lata que a estreita figura dos direitos de personalidade. Tentar reconduzir tudo o que há de jurídico na realidade*

⁴⁵³ Para a justificação da existência do conteúdo ético do direito de personalidade à intimidade *vide*, designadamente, CABRAL, RITA AMARAL, *O Direito à Intimidade da Vida Privada*, in *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1989 e PINTO, PAULO MOTA, *O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada*, in BFD, Vol. LXIX, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1995, p. 537, ainda, embora referindo-se ao direito fundamental (e não ao direito de personalidade) RAMOS, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO, *O Direito Fundamental da Reserva de Intimidade da Vida Privada e Familiar*, Relatório de Mestrado na disciplina de Direito Constitucional, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1988.

⁴⁵⁴ DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa e Direitos de Personalidade ...*, p. 88.

⁴⁵⁵ *A reserva da intimidade da vida privada ...*, p. 10.

⁴⁵⁶ Como refere DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa e Direitos de Personalidade ...*, p. 88, “*o mais relevante para a juridicidade da realidade pessoal, não é tanto a manifestação ôntica do indivíduo, quanto a dimensão valorativa ética dessa manifestação.*”

⁴⁵⁷ *Pessoa e Direitos de Personalidade ...*, p. 99.

peçoal a um poder subjectivado sobre elementos da própria personalidade é profundamente redutor.”

Aludindo à insuficiência da categoria dos direitos de personalidade, o autor adianta que essa insuficiência poderá mesmo *abrir portas a novas considerações na dogmática jurídica*. E, de resto, isso mesmo já resultava do pensamento de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, que, se por um lado os direitos de personalidade são direitos pessoais, por outro lado, nem todos os direitos pessoais são direitos de personalidade⁴⁵⁸. Ou seja, a inexistência de um direito de personalidade à reserva das informações confidenciais, não nos deverá distrair da busca pela natureza da tutela dessas informações. Na realidade, e como se pode retirar do pensamento de ambos os autores, a existência de outros direitos pessoais que não foram ainda suficientemente trabalhados, poderão eventualmente abranger a reserva da confidencialidade comercial.

v. O direito ao segredo comercial enquanto direito pessoal

I. Em face do exposto é nesta altura evidente que, como o concebemos, o direito à proteção de informação nos termos do segredo comercial tem um conteúdo positivo, ao contrário, designadamente, do que sucede com o direito à proteção das invenções novas que sejam tuteladas por via de um direito industrial⁴⁵⁹. Acreditamos, assim, que a proteção que é dispensada a um direito industrial e a um direito de autor, nasce com a divulgação e por isso, porque a divulgação é livre, criam-se exclusivos jurídicos, isto é, erguem-se proteções que antes da divulgação não eram necessárias. Contrariamente, a proteção de uma informação que não foi divulgada implica a atribuição àquele que pode controlar a sua divulgação de um acervo de normas que impeçam que ela o seja e aí não se justifica já fundamentar, *somente* entenda-se, a lógica de proteção com base em proibições genéricas aos demais, é preciso que ao titular dessa informação sejam dados instrumentos que lhe permitam impedir a respetiva divulgação.

Neste contexto, e embora possa aparentar ser um mero preciosismo linguístico, o que ocorre quando alguém transmite – por via contratual ou apenas por um dever legal de

⁴⁵⁸ *Direito Civil Teoria Geral*, Vol. I, 2.ª ed., p. 79.

⁴⁵⁹ *Vide*, de novo, ASCENSÃO, J. OLIVEIRA, *Direitos Intelectuais: Propriedade ou Exclusivo*, in *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano VIII, n.º 15, 2008, Almedina, Coimbra, p. 136, e SILVA, PEDRO SOUSA E, *Direito Industrial: Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 14).

prestação de informação (como, por exemplo, a uma entidade de supervisão) – uma determinada informação secreta corresponderá muito mais à ideia de *partilha* informativa do que de mera *divulgação*, de resto esta precisão ajuda a entender a adoção da expressão *informações não divulgadas* do artigo 318.º do CPI, ou seja a informação não divulgada é ainda *secreta* porquanto apenas foi transmitida sob um dever legal e/ou contratual de sigilo, não foi divulgada porquanto não foi tornada pública.

Do que se trata, então, é de conceder a alguém a possibilidade de partilhar com um terceiro uma informação e dele poder exigir que não a revele a outros, trata-se de um direito eminentemente obrigacional⁴⁶⁰ quando resulte de estipulações contratuais, mas noutras situações, como a questão da partilha informativa com entidades públicas, da violação de segredo nos termos do 195.º do CP, ou do aproveitamento indevido de segredo nos termos do 196.º do CP, não são já eventuais direitos crédito ou deveres contratuais acessórios que são convocados, mas sim outro conjunto de direitos que não podem deixar de ser reconhecidos àquele que pode controlar a divulgação da informação. A possibilidade legal de optar entre a partilha e a divulgação de uma informação, deve ser acompanhada da atribuição de um conjunto de prerrogativas legais que permitam ao titular da informação manter o sigilo da mesma, aqui se situa a nossa posição de ver na possibilidade de manter uma dada informação comercial em sigilo como um efetivo direito dotado de um conteúdo positivo, ao contratário, como referido, dos direitos industriais.

A defesa do conteúdo positivo do direito de reserva de confidencialidade comercial tem, precisamente, como um dos possíveis pressupostos, embora não único, essa diferenciação entre o que deva ser tutelado após a respetiva divulgação ou mera partilha, e assim merecendo uma tutela legal mais robusta, e o que deva ser tutelado pela respetiva manutenção em segredo, e que terá, naturalmente e excetuando o caso dos direitos de personalidade, uma tutela mais enfraquecida.

Como vimos, no caso dos direitos de personalidade é o respetivo lastro ético que lhes confere uma tutela reforçada, justificando-se por esse motivo a diferença de regime

⁴⁶⁰ O que não quer, necessariamente, dizer que sejam apenas direitos de crédito que resultem da relação contratual, é perfeitamente concebível a ideia de que no quadro da celebração de contrato não estão apenas em causa direitos de crédito, fala-se, nesse caso, do conceito de “relação obrigacional complexa”, como refere MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, cit..., p. 110, através daquela expressão “*a doutrina faz referência ao facto de a obrigação não poder ser reconduzível estruturalmente apenas aos elementos do direito de crédito e do dever de prestação, mas incluir também um conjunto de situações jurídicas que se unem num fim que é a realização do próprio interesse do credor, sendo este o fim da obrigação.*”

entre esses direitos nos quais se incluem, designadamente, o direito à reserva da *intimidade* da vida privada e outros direitos de matriz intrinsecamente pessoal e não carentes de uma proteção tão expressiva. Este é o caso da proteção da reserva das informações comerciais. Como vem de ser exposto, a ligação dessa reserva com a pessoa humana (atuando em modo singular ou em modo coletivo), parte da sua realização profissional⁴⁶¹ recorrendo à livre iniciativa económica privada e da necessidade de garantir, nesse âmbito, um espaço, embora restrito⁴⁶², de autodeterminação informativa⁴⁶³, isto é, de determinar a extensão da divulgação das informações por si geradas.

Naturalmente que esse espaço está intrinsecamente delimitado em face da imposição de deveres de informação e publicidade a que a vida económica implica, quer para proteção dos demais *empresários* e *empresas*, quer para proteção dos consumidores dos seus produtos e serviços e quer ainda para evitar práticas sancionadas pela ordem jurídica, tendo em vista o cumprimento de normas de interesse geral, designadamente o cumprimento de obrigações fiscais. Assim este direito de reserva nasce da necessidade de proteção de uma força criativa e racional da mente humana, posta ao serviço de um objetivo empresarial, que se vai, aos poucos, fragmentando e perdendo consoante for maior a sua projeção num determinado sector económico. A amplitude da proteção daquela reserva vai diminuindo na razão inversa do alcance que for atingindo, numa

⁴⁶¹ Neste sentido veja-se o que refere DIAS, JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO, *Direito à informação, protecção da intimidade e autoridades administrativas independentes*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, BFDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 628, ao sustentar que “*não se [podem] considerar exageradas as palavras daqueles para quem a privacidade tem mais a ver com a interacção social do que com o comportamento de indivíduos hermeticamente isolados*”.

⁴⁶² Reitere-se o que acima se referiu quanto à leitura feita por HILL, JAMES W., *Trade Secrets, Unjust Enrichment, and the Classification of Obligations*, 4 Va. J. L. & Tech. 2 (1999), consultado em http://www.vjolt.net/vol4/issue/home_art2.html#heading_capviii, quando aí o autor conclui que “*mesmo que o reflexo da identidade pessoal nos segredos comerciais seja fraca, há pelo menos algum correspondente direito no segredo comercial que o detentor possui. Este direito existe independentemente da existência de qualquer relação contratual com um potencial violador [embora o autor use a expressão “invader”] do direito. Com efeito, um regime unicamente contratual para a proteção dos segredos comerciais seria desadequado para cumprir com a tarefa.*”

⁴⁶³ Segundo DIAS, JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO, *Direito à informação, protecção da intimidade e autoridades administrativas independentes*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, BFDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 633, o direito à autodeterminação informativa surge por criação da jurisprudência alemã (aí designado por *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*), no contexto do desenvolvimento da informática, tendo aí nascido como “*um direito fundamental que garante ao indivíduo a competência para em princípio ser ele próprio a decidir sobre a utilização e divulgação dos seus dados pessoais.*”

palavra, a sua extensão vai variando *conforme a natureza do caso e a condição* da pessoa.

E com esta formulação já se antolha a nossa posição, a qual recai, sem dúvida, pelo exercício de uma certa dimensão do direito de reserva da vida privada no contexto empresarial⁴⁶⁴.

O facto de a Lei conceber que haja uma amplitude diversa da proteção consoante o *caso e a condição da pessoa*, não parece implicar que se haja de alcançar um entendimento nos termos do qual, quando aquele caso e aquela condição não estejam já no âmbito daquele direito de personalidade, então ficaria o indivíduo, pura e simplesmente desprovido de tutela. É a própria lei que, ao admitir diferentes níveis de extensão de reserva (cfr. a primeira parte do artigo 80.º, n.º 2 do CC), admite, no nosso entendimento, uma extensão enquadrada no âmbito dos direitos de personalidade, nos termos que acima delineámos, e outra que resulte doutras considerações e doutros interesses que se coloquem⁴⁶⁵.

Entendemos, por isso, que o artigo 80.º do CC não consagra só um direito subjetivo, o de personalidade, no nosso entendimento, é possível retirar, como um dos possíveis níveis de extensão da reserva tutelada, o direito *pessoal*⁴⁶⁶ de reserva de informação

⁴⁶⁴ A proteção da privacidade, enquanto fundamento de proteção do segredo comercial, é também aflorada nos EUA, designadamente no caso *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 U.S. 141 (1989); com mais indicações *vide* JAGER, MELVIN F., *Trade Secret Law*, cit., pp. 1-14 ss.

⁴⁶⁵ Tomando posição no âmbito do Direito italiano e particularmente atendendo à evolução legislativa de que demos conta *supra*, mais concretamente já versando a alteração introduzida no artigo 99 do *Codice*, ALBERTO CAMUSSO, *in Know-how e segreto nell'evoluzione delle fonti*, pp. 28 e 29, sustenta que as mudanças nas regras dos artigos 98 e 99, longe de *retificare* a natureza real do direito sobre as informações secretas, introduziram outrossim um mecanismo de proteção de terceiros de boa fé, sendo que, para o autor o Direito italiano consagra hoje uma tutela real das informações comerciais secretas, um *tertium genus*, a que designa de “*tutela reale relativa*”. Apesar de não sustentarmos uma tutela real das informações sujeitas ao segredo comercial, a posição parece aproximar-se à que expusemos na medida em que, tal como nós se procura a identificação de uma tutela autónoma e que, naturalmente e sem dúvida, não pode ser desligada das relações que o comerciante venha a desenvolver no comércio.

⁴⁶⁶ Na realidade é a evolução da consagração da proteção das informações confidenciais ao longo dos tempos na doutrina e na jurisprudência nacionais que tem permitido a criação de um espaço de reserva como o que sustentamos *supra*, como se verificou com a criação de uma norma contraordenacional para a tutela das informações não divulgadas (318.º do CPI) *versus* a manutenção da criminalização da violação de segredo e de aproveitamento indevido de segredo (artigos 195.º e 196.º do CP, respetivamente), criminalização essa contida no Capítulo VII (*Dos crimes contra a reserva da vida privada*) do Título I (*Dos crimes contra as pessoas*), do CP. A defesa que, assim, preconizamos permite uma graduação entre violações de segredos comerciais que em face do caso concreto permitam a verificação de uma violação meramente contratual, de uma violação à concorrência desleal e, uma outra, conexa já com considerações de espionagem comercial suscetível de ser punível nos termos do CP. Na realidade, pode constatar-se a existência de diversas normas – legais ou contratuais, explícitas (318.º CPI ou, p. ex. 196.º do CP) ou implícitas (deveres acessórios de boa fé) de proteção, mas o direito será, para nós, um só, o da reserva da

empresarial ou comercial *amplu sensu*. E por aqui se concebe, igualmente, que esse direito subjetivo possa entrar no acervo de *direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução* dos fins das pessoas coletivas (cfr. artigo 160.º, n.º 1 do CC), esse mesmo direito de reserva de informação empresarial, por não ser esse já, inseparável da pessoa humana. Acreditamos ainda, que a complementar uma tal tutela, e permitindo a existência de um conteúdo operativo, como instrumento de trabalho para o caso concreto, poderão funcionar os requisitos de proteção das *informações não divulgadas* a que aludem as alíneas do artigo 318.º do CPI, e que resultam já de uma norma do Direito Internacional Público, o artigo 39.º, n.º 2 do ADPIC⁴⁶⁷, adiante veremos quais os requisitos de proteção das informações comerciais, mas para já importa tão só delinear que a proteção dispensada pela ordem jurídica ao segredo comercial passa pela criação de um direito subjetivo⁴⁶⁸ incidente sobre o bem informação.

intimidade da vida profissional, quando, nos termos do artigo 80.º, n.º 2 do CC, *a natureza do caso e a condição* da pessoa, assim o permitam. Esta consideração da existência de um direito pessoal que aqui sustentamos não é isolada e para além de, como o pudemos observar, no Direito alemão se identificar posições favoráveis à consideração do segredo comercial como conexo com um direito pessoal, embora não seja essa a posição maioritária, no Reino Unido, com a sua ligação à matéria da *confidential information* essa associação do segredo comercial a interesses privados é preponderante (cfr. CAENEGEM, WILLIAM VAN, *Trade Secrets Intellectual Property, Breach of Confidence, Misappropriation and Unfair Competition*, Kluwer Law, 2014, p. 166), isto sempre levando em consideração a especial particularidade do *Common Law* britânico relativamente à reduzida expressão do conceito de direito subjetivo, que se encontra subordinada à ideia de existência de uma *cause of action*, neste sentido cfr. VICENTE, DÁRIO MOURA, *Direito Comparado*, 3.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 235 e o acórdão *Kingdom of Spain v. Christie, Manson & Woods Ltd.* [1986] 1 WLR 1120, p. 1129, aí citado.

⁴⁶⁷ O qual resulta, por sua vez de um labor doutrinário e jurisprudencial com importantes aprofundamentos no Direito norte-americano. Como elementos mais importantes salientam-se o UTSA, aprovado em 1979, pela *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, que embora constituindo um instrumento jurídico de *soft-law*, já foi amplamente trasposto para diversos Estados Federados, e cuja Secção I (4), dispõe que, "*Trade secret*" means information, including a formula, pattern, compilation, program, device, method, technique, or process, that: (i) derives independent economic value, actual or potential, from not being generally known to, and not being readily ascertainable by proper means by, other persons who can obtain economic value from its disclosure or use, and (ii) is the subject of efforts that are reasonable under the circumstances to maintain its secrecy. Na jurisprudência destaca-se o *case law*, *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.*, 416 U.S. 470 (1974), e que terá sido uma das bases para o labor na consagração do UTSA. Para maiores desenvolvimentos vide DENICOLA, ROBERT, *The Restatements, the Uniform Act and the status of American trade secret law*, in AAVV, *The Law and Theory of Trade Secrecy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK e Northampton, MA, USA, 2011, pp. 18 ss.

⁴⁶⁸ Sustentado, para o Direito alemão, a configuração da natureza jurídica do segredo comercial como se tratando de um direito subjetivo vide PIPER/OHLY/SOSNITZA, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar*, Beck München (2010) apud CAENEGEM, WILLIAM VAN, *Trade Secrets Intellectual Property, Breach of Confidence, Misappropriation and Unfair Competition*, Kluwer Law, 2014, p. 185 e TEPLITZKY,

Sucintamente diríamos, na sequência da formulação doutrinária, acerca da definição de direito subjetivo, de MENEZES CORDEIRO, que a reserva da vida empresarial pode comportar-se como uma permissão normativa⁴⁶⁹ de aproveitamento de um bem. Neste sentido é até interessante revisitar a redação da alínea c), do artigo 318.º do CPI, quando o mesmo se refere à proteção de *informações não divulgadas*, que *tenham sido objecto de diligências consideráveis, atendendo às circunstâncias, por parte da pessoa que detém legalmente o controlo das informações, no sentido de as manter secretas* (destaque nosso). Independentemente de se considerar intencional ou não a opção pela forma da redação da norma⁴⁷⁰, o que é certo é que se admite a existência de uma *detenção legal de controlo* das informações, que de resto permite ao sujeito ativo da tal *detenção* a adoção de diligências consideráveis⁴⁷¹ no sentido de manter a informação secreta, ou seja, o artigo 318.º confere a um detentor legal de controlo⁴⁷² de informações uma proteção adveniente da concorrência desleal, desde que o detentor cumpra com os requisitos, requisitos esses que aparentemente apontam para a preexistência de um *poder* de controlo da informação e de um dever de exercício desse poder. Ou seja, independentemente de não poder ser retirado da referida alínea c) do artigo 318.º do CPI – pelo menos de forma expressa – a existência de um direito subjetivo⁴⁷³ ao segredo, da norma resulta que ao *detentor do controlo legal*, têm de ser conferidos os necessários instrumentos legais, como poderes ou faculdades, que o permitam determinar o âmbito e a extensão da tutela de uma *sua* prerrogativa legal de proteção.

OTTO (Ed.), KARL-NIKOLAUS PEIFER (Ed.) and MATTHIAS LEISTNER (Ed.). *Band 3 §§ 8-22; Register* (...), p. 1409.

⁴⁶⁹ Embora essa permissão seja maioritariamente constituída por imposição de condutas ou de omissão das mesmas a terceiros, verifica-se, contudo, que a ordem jurídica dispensa ao titulara das informações comerciais o direito de partilhar a informação com terceiros, fazendo sobre as mesmas incidir, posteriormente, o direito à manutenção das mesmas em confidencialidade.

⁴⁷⁰ A redação é retirada a papel químico da constante do artigo 39.º, n.º 2, alínea c) do ADPIC, pelo que a intenção não poderá ser muito mais do que a transposição da redação desse artigo para o Direito interno.

⁴⁷¹ Situação que novamente apela a uma ideia de autodeterminação informativa.

⁴⁷² O percurso da aprovação do artigo 39.º, n.º 2, al. c) do ADPIC até chegar à expressão “*pessoa que detém legalmente o controlo das informações*” (*person lawfully in control f the information*), foi objeto de larga discussão entre os Estados assinantes, tendo a solução encontrada permitido a garantia da proteção das informações confidenciais, independentemente da natureza que a proteção do segredo comercial goze em cada uma das jurisdições internas. Para aprofundamento da discussão da aprovação desta norma *vide* CARVALHO, NUNO PIRES DE, *The TRIPS Regime ...*, *cit.*, pp. 207 – 224.

⁴⁷³ A formulação do artigo é tentativamente neutra quanto à questão da tomada de posição da natureza da proteção, o que, de resto, atento o escopo da norma é indiferente, *cfr.* CARVALHO, NUNO PIRES DE, *The TRIPS Regime ...*, p. 226.

Como refere, REMÉDIO MARQUES⁴⁷⁴ a *informação comercial ou industrial poderá, designadamente quando é secreta, constituir um bem (rectius, um bem imaterial) susceptível de ser objecto de relações jurídicas.*” Como adiante na sua exposição o autor refere, e embora, como nós, recuse a consideração de que haja um direito privativo sobre a informação industrial ou comercial, as funções que essa informação, enquanto bem jurídico, poderá desempenhar no tráfico jurídico, implicam a sua consideração enquanto “*situação de facto com relevo jurídico, regulada no âmbito de contextos diferentes e em função de perspetivas também diferentes, por cujo respeito se podem interessar diversas normas constitutivas ou reconitivas de posições jurídicas subjectivas (direitos subjectivos, interesses legítimos), consoante o prisma à luz do qual a utilização económica desse saber-fazer é concretizada.*”

Do autor apenas divergimos porquanto este perspectiva a informação comercial, tanto quanto compreendemos da leitura da sua obra, enquanto atributiva de diversos direitos e interesses jurídicos de diferente natureza mediante o respetivo enquadramento legal. No nosso entendimento, o direito ao aproveitamento do bem *informação comercial confidencial* provém de um direito fundamental à livre iniciativa económica, como já de seguida explicaremos, transposto para o Direito Civil, como um direito pessoal de manutenção de reserva da confidencialidade na vida empresarial. O fundamento da permissão para o aproveitamento do bem *informação comercial confidencial* é uno, a abordagem desse direito subjetivo é que terá de ser moldada em face dos direitos e interesses que lhe sejam contrapostos, em cada caso concreto⁴⁷⁵.

II. Tratar o direito à reserva da confidencialidade como um direito pessoal permite a consideração da absolutidade do direito à reserva da informação (atento o critério da independência de uma relação jurídica), enquanto a mesma se mantiver em segredo e justificar a tutela aquiliana (justificar a ilicitude). Assim, se num contrato, ocorre quebra

⁴⁷⁴ *Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual...*, pp. 485 ss.

⁴⁷⁵ Interessante é notar, com OLIVIER WENIGER, in *La protection des secrets économiques et du savoir-faire (Know-how) – Etude comparative des droits allemand, français et suisse*, Librairie Droz, Genève, 1994, pp. 113 e 114, que uma tal conceção é igualmente levada em consideração no Direito alemão, referindo o autor, que existe uma conceção predominante, no Direito alemão que aponta para a consideração da proteção dos segredos comerciais ou industriais (*secrets commerciaux ou industriels*) como ligada (*rattachés*) à proteção do direito à iniciativa económica (*le droit à l'entreprise*). Aí igualmente referindo que tal direito à iniciativa económica terá necessariamente de ser sujeito à ponderação de interesses quando a reserva das informações comerciais possa ser considerada ilícita, dando o exemplo da extensão com que essa proteção deverá ser conferida nos casos que envolvam conhecimentos adquiridos por antigos trabalhadores.

de confidencialidade não é só a relação obrigacional que fica afetada, a revelação de um segredo comercial pode implicar, para sempre, a perda da possibilidade de realização de contratos de idêntico conteúdo, ferindo, diretamente, o âmago da pessoa coletiva. Assim terá sido violado um direito próprio, absoluto e que, embora imediatamente destituído de um valor patrimonial, por ser pessoal, poderá contudo ser compensado pelo pagamento de uma indemnização no valor correspondente à tradução pecuniária que vantagem económica da manutenção da informação comercial em segredo.

2.5. O direito fundamental

Para além do acervo jurisprudencial do Tribunal Constitucional quanto à matéria da natureza da proteção do segredo comercial, também na doutrina juspublicística nacional, se começam a assinalar tomadas de posição de alguns autores no sentido da consideração da proveniência constitucional das regras de proteção do segredo comercial. Assim, embora dependente da posição adotada pelo Tribunal Constitucional, quanto à consideração da proteção do segredo comercial ao abrigo do direito *constitucional*⁴⁷⁶ à propriedade (artigo 62.º da CRP), à liberdade de iniciativa económica (artigo 61.º, n.º 1 da CRP) e à sã concorrência (80.º, alínea c) da CRP), e independentemente disso, FERNANDO PEREIRA RICARDO⁴⁷⁷, sustenta que “[c]onsiderando o conflito entre os direitos à informação procedimental e à não divulgação dos segredos de negócio, **estes direitos fundamentais não estão directamente relacionados com o princípio da dignidade da pessoa humana, não se configurando, por conseguinte, a possibilidade de a compressão ou a restrição de algum deles colocar em causa a extensão ou o alcance dos seus conteúdos essenciais.**” (sem destaque no original).

Assim, é igualmente possível a consideração do direito ao segredo comercial não se pode fechar, na ordem jurídica nacional, no âmbito da dogmática do Direito Civil, com a atribuição de um direito pessoal, de realização profissional no exercício de uma atividade comercial, industrial ou agrícola e existente, para as pessoas coletivas, como de direito de realização do respetivo objeto social. Essa realização, digamos, económico-social, coaduna-se ainda com a legítima imposição de um direito fundamental à livre iniciativa económica privada nos termos do artigo 61.º da CRP.

Como acertadamente referem JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS⁴⁷⁸, aquele direito fundamental compreende dois momentos, num primeiro momento o direito à livre iniciativa económica privada em sentido estrito (a liberdade de estabelecimento), no qual se contém o direito de constituir uma empresa. Num segundo momento⁴⁷⁹, “é o resultado da iniciativa e, do mesmo passo, a condição da sua prossecução – a empresa

⁴⁷⁶ Por contraposição a civilístico.

⁴⁷⁷ *In op. cit.*, p. 186.

⁴⁷⁸ MIRANDA, JORGE e MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 620.

⁴⁷⁹ *Idem*, p. 621. No mesmo sentido *vide* CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES e MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 790.

– *que ressalta.*” Não é por isso de surpreender que haja na doutrina nacional quem tenha já tomado posição no sentido de atribuir às pessoas coletivas um direito à reserva da *vida privada*, como foram os casos a que nos referimos de PAULO MOTA PINTO e REMÉDIO MARQUES. A nosso ver essa corrente está efetivamente correta, e acompanhamo-la. Tal corrente poderá, inclusivamente, encontrar algum suporte na própria jurisprudência, recorde-se, nesse sentido aquele que foi o entendimento do STA expresso no acórdão de 03/07/1997, proferido no âmbito do processo n.º 042447 e nos termos do qual o tribunal entendeu que:

“O segredo relativo à propriedade literária, artística ou científica reconduz-se ao segredo comercial ou industrial, que são direitos fundamentais conflituantes com o direito à informação, em relação aos quais deve ceder.” (sem sublinhado no original)

E não há risco, sequer, de a reserva da vida privada das empresas pôr em causa outros princípios e normas de natureza constitucional, como seria o caso da livre concorrência e da liberdade de informação (cfr. artigo 38.º da CRP), no caso, por exemplo do acesso do jornalista às fontes de informação. Nesse sentido há que referir que em casos relativos a conflitos entre a liberdade de empresa, na sua dimensão de proteção da reserva da vida privada, e a liberdade de imprensa, se devem concatenar numa lógica de limitação ao estritamente necessário e adequado à salvaguarda dos interesses em presença, o direito à reserva da vida privada não é, por isso, como não poderia nunca ser, um direito absoluto no sistema jusconstitucional.

Assim, o direito fundamental da reserva da confidencialidade comercial surge, no Direito Constitucional, como um resultado imediato da consagração do direito da iniciativa económica privada, a qual, como referia ANTÓNIO SOUSA FRANCO⁴⁸⁰, “*é pois um direito que consiste em tomar todas as iniciativas que sejam conformes com o ordenamento (a Constituição e a lei) para produzir bens e serviços.*”

⁴⁸⁰ *Notas Sobre o Princípio da Liberdade Económica*, in BMJ, n.º 355, 1986, p. 21.

2.6. Informações suscetíveis de tutela por um direito de exclusivo.

Propositadamente deixámos para o final a questão de saber qual a natureza do direito à reserva da confidencialidade daquelas informações, que embora podendo ser tuteladas ao abrigo de um direito de exclusivo, os respetivos titulares optaram por manter em segredos⁴⁸¹. Será que o direito ao segredo gozará, aí, de uma natureza diversa? Entendemos que não, e por duas ordens de razão. A primeira prende-se com a lógica, nos termos da qual, entendemos funcionar o direito subjetivo à reserva da confidencialidade comercial. Assim se o direito subjetivo a que nos temos vindo a referir atribui uma permissão aos titulares de informações de as manterem em segredo, mesmo que essa permissão possa ser mais ou menos frágil em face da informação tutelada, então parece óbvio que qualquer informação que reúna os pressupostos da proteção gizada nos termos do artigo 80.º do CC, em conjunto com os requisitos a que aludem as alíneas do artigo 318.º do CPI, poderá merecer, igualmente a tutela do segredo comercial.

A segunda ordem de razão prende-se com o facto de não estar vedado pela ordem jurídica a proteção dessa informação pelo segredo comercial, pelo que tal proteção é livremente escolhida pelo respetivo titular, com fundamento no direito fundamental de livre iniciativa económica privada, nos termos que acima expusemos.

Naturalmente que a tutela assim gizada há de ser mais frágil do que a que resultaria para o respetivo titular se houvesse requerido o registo do direito industrial, mas a opção estratégica só ao titular pertence, pelo que, no âmbito da sua autodeterminação informativa, poderá optar por uma ou outra tutelas.

⁴⁸¹ Sobre esta distinção ELIZABETH A. ROWE, SHARON K. SANDEEN, *in* Trade Secrecy and International Transactions Law and Practice, Edward Elgar, Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA, p. 10, aludem à existência de um conceito de “*technical trade secret*” que se trata de informação que se encontra no âmbito do objeto de patenteabilidade.

2.7. Segredo Comercial e figuras parcelares

a) Aspectos gerais

Como começámos por referir no início do presente texto, a matéria sob estudo tem merecido as mais diversas designações terminológicas, sendo de salientar as de segredo de indústria, segredo de negócios, segredo de fabrico, segredo de empresa e *know-how*. Sem prejuízo do conceito de *know-how* sobre que se referirá *infra*, importa perceber que, como o concebemos, falar de qualquer um daqueles conceitos ou de segredo comercial é falar, precisamente, da mesma ideia geral de eventual proteção jurídica de reserva de informação confidencial por parte de pessoas, singulares e/ou coletivas, que colocam e adquirem bens e serviços no mercado numa lógica mercantilista, seja pelo comércio, na restrita aceção de intermediação nas trocas e da forma como fazem, seja na indústria ou na agricultura, e aqui considerando, designadamente, as informações resultantes da criação de soluções técnicas de aplicação na indústria e na agricultura, que não sejam diretamente protegidas nos termos de um direito de exclusivo, seja um direito industrial ou como já observámos para o caso da proteção das bases de dados e dos programas de computador, um direito de autor, ou um direito dito *sui generis* para as bases de dados que não constituam uma criação intelectual.

Contudo, como vimos, a proteção pelo segredo comercial dispersa-se por diversas normas e por diversos ramos do ordenamento jurídico, o que nos levou a ponderar sobre o significado dessas referências nesses ramos. Chegámos ao ponto em que essas informações podem, afinal, se encontrar submetidas a um conceito único de proteção da confidencialidade informativa. Nesse contexto importa agora densificar o conceito de segredo comercial à luz do que temos vindo a explicitar. Ao fazê-lo, teremos que, em seguida, referir-nos à dimensão (extensão) nos diversos momentos da vida das informações a tutelar.

b) Conceito de segredo comercial; posição adotada

Na decorrência do que vem de ser exposto temos que, no entendimento adotado, a ordem jurídica nacional dispensa uma certa tutela da confidencialidade no âmbito da livre concorrência e da livre iniciativa económica privada, constituindo o direito à

reserva da informação confidencial um efetivo direito subjetivo de matriz absoluta, isto é independente de uma relação jurídica de sinal contrário.

Importa então encontrar uma formulação para o que seja o conceito de segredo comercial: antes, contudo de ensaiar uma definição do que seja o segredo comercial, importa manter, em primeiro lugar, a ideia que expusemos ainda no início do presente trabalho de que não existe na legislação nacional uma conceção estanque de segredo comercial, mas sim a referência de diferentes expressões que passam pela de segredo comercial, de negócios, de fábrica, industrial, de empresa, informações não divulgadas etc. Nesse contexto apelámos, por isso, a um *supra* conceito (*Oberbegriffe*) que pudesse abarcar diversas realidades, as quais deveriam, depois ser consideradas como se reportando ao mesmo direito – que concluímos ser o pessoal de reserva de informação comercial, apesar das especificidades e da extensão que em seguida identificaremos – embora com especificidades pontuais no tocante à matéria (aos bens) objeto de proteção, conceitos menos compreensivos.

Na relação que haja de ser feita com o que seja o direito absoluto acima referido, a proteção pela atribuição de um direito ao segredo comercial sê-lo-á por contraposição com um direito meramente creditício, não se trata de um direito de crédito porquanto não se encontra em relação com um outro de igual valor por parte do seu cocontratante.

Na realidade, de acordo com a posição que adotámos *supra*, a proteção legal existe independentemente de uma relação contratual pelo que não se poderá falar de um direito de crédito.

Esse direito resulta da projeção na sua vida profissional de um princípio jurídico de privacidade que permite a adoção de medidas por parte do seu sujeito ativo, no sentido de restringir do conhecimento de terceiros um conjunto de conhecimentos e técnicas que aplique na sua atividade profissional. São conferidos, por isso, aos sujeitos ativos da proteção, designadamente, faculdades de classificação de informação que disponibilizem a outras entidades, como por exemplo a entidades administrativas ou mesmo, com as restrições já enunciadas e a que em seguida teremos de voltar, perante trabalhadores.

Enquanto se mantiver na sua esfera privada, esse direito é um direito pessoal que embora não deva ser reconduzido à categoria dos direitos de personalidade – por não se poder reconduzir a uma ligação *ontológica* da pessoa humana, mas já com uma segunda dimensão da pessoa humana, a da sua realização profissional – é ainda no quadro da sua autodeterminação informativa do sujeito que o direito de reserva lhe é conferido, até por

via do princípio da liberdade de iniciativa económica privada que admite uma determinada esfera de privacidade aos indivíduos.

Há, assim, uma relação entre o sujeito e o bem, a informação, mas isso não quer dizer que esse direito seja *erga omnes*, o que poderá é haver uma exceção ao princípio da não oponibilidade a terceiros de boa fé⁴⁸², fundada na prática de um ilícito cometido por outrem. Na diretiva proposta pela Comissão Europeia, coloca-se, precisamente, a questão da tutela *erga omnes* do direito ao segredo comercial, sendo interessante notar que a diretiva admite, por exemplo, que, num contexto de verificação, por decisão judicial, da ocorrência de uma ilícita aquisição, utilização ou divulgação de um segredo comercial, possam as autoridades judiciais competentes, mediante pedido do requerente, proceder à destruição das *mercadorias em infração* ou, se apropriado, à sua retirada do mercado (cfr. artigo 11.º, n.º 2, al. d)) sendo que as *mercadorias em infração* são mercadorias que, de uma forma geral, corporizam alguma – algumas ou mesmo todas – das características do segredo comercial tutelado, podem ter de ser adotadas medidas que privem terceiros de boa fé da fruição dessas mercadorias e, note-se, mesmo quando as mesmas tenham sido por si produzidas, e a si pertencendo o direito de propriedade sobre as mesmas. Ora, medidas corretivas como as que constam da proposta de diretiva, constavam já da Diretiva n.º 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004 (cfr. o artigo 10.º), mas o fundamento aí, designadamente para a retirada dos bens dos circuitos comerciais ou para a respetiva destruição, é *que se tenha verificado violarem o direito de propriedade intelectual*, não é, contudo, o que ocorre com o segredo comercial, que não constituem direitos industriais, como também já havíamos verificado.

Pelo que sustentamos que, para além dos quadros da concorrência desleal, perante concorrentes desleais, poderá ainda haver tutela dos segredos comerciais fora da mesma, desde que se verifique dentro da extensão a que, em seguida, nos referimos.

Dentro da concorrência trata-se de um direito patrimonial sujeito às normas do artigo 316.º e seguintes, não deixando, contudo, de se poder classificar como se tratando de um direito subjetivo, na medida em que são dados mecanismos legais e contratuais ao seu titular para manter a informação em segredo.

⁴⁸² Isto porque quanto aos terceiros que não estejam de boa fé, poderá, desde logo, admitir-se a respetiva tutela, nos termos do comentário ao artigo 39.º, n.º 2 do ADPIC, quando se refere ao conceito de “*negligência grave*”.

Fora de um ambiente concorrencial trata-se já de um direito pessoal derivado de uma liberdade fundamental à iniciativa económica privada e proveniente do direito à privacidade que é atribuído às empresas, na decorrência do artigo 26.º, n.º 1 da CRP *ex vi* 12.º, n.º 2 da CRP. Na concorrência a proteção das informações é restrita com base na imposição de um critério adicional à mera confidencialidade e exigível em face da particularidade do ambiente⁴⁸³ em que se insere, isto é, num contexto concorrencial; exige-se a existência de uma vantagem competitiva, “*um valor comercial*”, algo de transacionável. Este critério patrimonial faz convolar a natureza pessoal da reserva em patrimonial, deixa de assumir preponderância a pessoa individualmente considerada para prevalecer o carácter patrimonial da informação, numa palavra, a patrimonialidade passa a ser a característica prevalecente.

Fora da concorrência a proteção sofre os condicionamentos típicos da tutela legal da privacidade, sendo esses os de que trata o artigo 80.º do CC, ou seja, o da intensidade da exposição deliberada da informação a terceiros, mas não já da eventual existência de uma relação concorrencial, a jurisprudência do Tribunal Constitucional acima referida abona a favor desta conceção. Admitimos, por isso, que a tutela judicial exista nos termos do disposto do artigo 2.º, n.º 2 do CPC (e 2.º, n.º 2 do CPTA), podendo o seu titular recorrer à ação que melhor acautelar o seu direito subjetivo, incluindo, naturalmente, o acesso à tutela cautelar do CPC ou CPTA, uma vez que a tutela cautelar introduzida pela diretiva 2004/48/CE, nos artigos 338.º-I e 338.º-J do CPI não lhes pode ser aplicada, em face da sua não colocação no âmbito dos direitos industriais⁴⁸⁴.

Sustentamos, por isso, que se deve entender o conceito de segredo comercial como se tratando de um regime que tutela a relação entre um sujeito e um bem, mais concretamente, uma informação. Essa tutela encontra-se hoje dispersa no ordenamento através de normas que atribuem ao referido sujeito determinadas faculdades de promover pela manutenção da confidencialidade informativa, ou seja, que lhe atribuem uma certa *autodeterminação informativa*. Porque se trata de tutelar uma certa dimensão da colocação de recursos, materiais ou intelectuais, ao serviço de uma atividade económica, essa autodeterminação informativa funda-se, em primeiro lugar, na

⁴⁸³ O designado “*economic environment*” de que fala NUNO PIRES DE CARVALHO, *The TRIPS Regime ...*, cit., p. 225, para a aplicação do artigo 39.º, n.º 2 do ADPIC.

⁴⁸⁴ Ao contrário do que sucede no que tange aos segredos comerciais que hajam sido violados nos quadros da concorrência desleal (cfr. artigo 317.º, n.º 2 do CPI). *Vide*, também, SILVA, PEDRO SOUSA E, *Direito industrial ...*, cit., p. 342.

liberdade de iniciativa económica, prevista no artigo 61.º da CRP. Depois, porque essa liberdade permite aquela autodeterminação, permite-se ao sujeito protegê-la, impedindo-se intromissões ilícitas na sua esfera privada. Neste estágio o regime do segredo comercial atribui um direito pessoal à privacidade empresarial, entrando, por via do artigo 26.º, n.º 1 *ex vi* 12.º, n.º 2 da CRP para o acervo de direitos de que podem ser titulares as pessoas coletivas.

Não obstante a informação vai libertando-se do seu núcleo de afetação privado quando o sujeito que sobre ela detinha o controlo legal, se for integrando e relacionando-se num contexto em que a liberdade de iniciativa económica implica, ela própria, a consideração de outros agentes económicos, ou seja, quando se passa a incluir num contexto concorrencial ou, pelo menos, em que a sua atuação começa a assumir uma projeção pública. Nessa circunstância há que atentar à parte final do artigo 61.º, n.º 1 da CRP, quando aí se refere que a iniciativa económica privada se exerce livremente *tenendo em conta o interesse geral*. As informações a tutelar neste estágio serão já as que afirmam a realização profissional da pessoa, singular ou coletiva, que empreenda, a transação de bens e serviços. Embora ainda possa ser mantida em segredo sê-lo-á, tão só nessa medida, isto é, enquanto bem provido de valor económico e tutelada nos quadros da concorrência desleal.

Temos assim que o segredo comercial é um particular regime de proteção de informação comercial confidencial, conferindo uma posição jurídica complexa ao titular de tal informação. Tal posição consubstancia-se na atribuição de um efetivo direito subjetivo de natureza pessoal à reserva da confidencialidade informativa nos quadros de um círculo de proteção da vida empresarial interna; fora desse círculo – tendencialmente mais curto consoante maior for a posição da empresa no mercado – a confidencialidade da informação colocada ao serviço da atividade empresarial, estará já circunscrita nos quadros da proteção contra a concorrência desleal.

A própria informação tutelada, por facilidade linguística tem sido, ela própria, designada por segredo, sendo que a utilização dos conceitos que usam surgir associados à expressão segredo, como por exemplo segredo industrial, de fábrica, empresarial, de negócios etc, se devem incluir no mesmo regime, embora se admita que se possam reportar a determinadas características de diferentes realidades mercantis.

c) Figuras parcelares

Como referido, não entendemos que a natureza do segredo industrial seja diversa da do segredo de negócios, nem que a deste seja diversa da do segredo de empresa e por aí adiante. Todas aquelas designações se reportam, consideramo-lo, a um conceito único, ao qual nos referimos *supra* e que se caracteriza pela atribuição de um espaço de reserva de confidencialidade a todos quantos exerçam a liberdade de iniciativa económica. Pretende-se, agora, e após a posição adotada *supra* relativamente à natureza jurídica do segredo comercial identificar qual a sua projeção, limites e campo de atuação em cada uma das suas subcategorias.

Acreditamos, assim, que os diversos tipos de segredo se podem distinguir assentando em dois critérios, por um lado à existência de partilha informativa com terceiros e, por outro lado, a natureza da atividade económica prosseguida. Neste entendimento o segredo será de empresa se não tiver ainda sido partilhado e será de negócio se o tiver sido, por outro lado será de indústria ou de fabrico, se for relativo à atividade industrial, comercial em sentido estrito, se for relativo às técnicas de intermediação e de agricultura, se a este sector for afeto.

Assim, por exemplo, serão segredos de empresa os *estudos de mercado, as listas de clientes, as técnicas de vendas e promoções, as técnicas de recrutamento de colaboradores/trabalhadores, os projetos de investimento*, mas serão já segredos de negócios, designadamente, *modelos de gestão* que hajam sido objeto de partilha nos termos de um contrato de *franchising, informações sobre máquinas e processos industriais*⁴⁸⁵, quando sejam transmitidos no âmbito, por exemplo, de um contrato de assistência técnica, ou quaisquer outras informações que sejam idóneas a transmissão contratual, consubstanciando, como veremos, *know-how*.

d) Requisitos de proteção

Através das categorias analisadas é possível identificar quais os tipos de informação que o segredo comercial visa proteger e qual a importância que essa pode assumir para a empresa que as titule, mas será que qualquer lista de clientes, ou qualquer técnica comercial ou ainda qualquer, passe-se a expressão, mesquinha interna das empresas será tutelada pelo segredo comercial?

⁴⁸⁵ MARQUES, J. P. REMÉDIO, *Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual ...*, p. 478.

Naturalmente que não.

Seguindo a ideia que *supra* apontámos de proteção do direito à reserva das informações comerciais confidenciais, não se pode, naturalmente, sustentar a existência de um direito subjetivo que tudo abarque, há que identificar um conteúdo concreto que delimite o âmbito de proteção da confidencialidade. Ora, na lógica através da qual consideramos que o direito subjetivo à reserva da confidencialidade comercial ficou contemplado não existe nenhuma norma no Direito Civil que diretamente se debruce, de forma imediata sobre o dito direito subjetivo, pelo que a construção do âmbito da respetiva proteção há de ser revelada com recurso às normas que principalmente o consagram na ordem jurídica nacional, a saber: artigo 26.º, n.º 1 e artigo 61.º da CRP, as alíneas a) a c) do artigo 318.º do CPI⁴⁸⁶, artigo 6.º, n.º 6 da LADA e artigo 128.º, n.º 1, alínea i) do CT.

Desta forma os artigos 26.º, n.º 1 e artigo 61.º da CRP conjugam-se dando forma ao conceito de segredo comercial aqui sustentado, embora não lhe atribuam um concreto conteúdo jurídico. As alíneas do artigo 318.º do CPI, identificam qual o conteúdo primário que as informações não divulgadas devem conter para poderem ser tuteladas, tutelam-se aí os segredos de negócios que, de acordo com a classificação aqui adotada, exprimem uma vantagem competitiva, sendo a sua proteção oponível aos concorrentes e, com as restrições a que já fizemos referência a terceiros de boa fé. O facto de o artigo 318.º do CPI tutelar apenas matérias sujeitas à concorrência desleal não afasta a sua possível aplicação ao direito pessoal à reserva a que acima nos referimos, na realidade, e em sentido algo próximo ao de NUNO SOUSA E SILVA⁴⁸⁷, entendemos que o regime do segredo previsto no CPI fornece elementos que permitem, de forma bastante eficiente, a densificação do direito de privacidade previsto no CC e na CRP, adaptado a uma realidade empresarial/profissional. Pelo que, perante uma norma que remeta para um dos conceitos de confidencialidade comercial aqui estudados, e em que o aplicador/intérprete seja confrontado com uma situação em que não se coloque, pelo menos à partida, uma situação de relação concorrencial, sustentamos que deverá ainda verificar se a informação poderá ser tutelada nos termos de um direito pessoal, para tal

⁴⁸⁶ Especificamos apenas as alíneas na medida em que a referência à parte inicial do artigo remete para a existência de uma relação concorrencial, sendo que, como sustentamos e adiante justificaremos, a proteção do segredo comercial é independente dessa relação.

⁴⁸⁷ *Quando o segredo ..., cit.*, p. 15, o autor sustenta que “o regime do segredo previsto no CPI, além de conter todos os elementos do direito de privacidade (quer do Código Civil, quer da Constituição), [e que] contém ainda uma valorização concreta de um fenómeno cuja hipótese é mais restrita”.

procedendo à análise da verificação dos pressupostos das alíneas do artigo 318.º do CPI. Verificados os requisitos passíveis de conferir a proteção nos termos de um direito à reserva, cumprirá igualmente identificar se a tutela desse espaço de autodeterminação informativa pode ser legitimamente mantido no confronto com outros valores e interesses conflituantes, como sejam a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa.

Por último as diversas normas do ordenamento jurídico, com especial destaque das relativas à LADA e das relativas ao CT, atribuem uma especial operatividade do direito à reserva da vida interna das empresas, no quadro de cada um dos ramos jurídicos em que tenha de ser observado o seu respeito. Pode agora sustentar-se que a consagração de normas em cada um dos ramos jurídicos aqui estudados, não remete para um conceito de segredo comercial diferente em cada um deles. Para cada um desses ramos jurídicos, os diplomas positivam uma expressão do direito à reserva da vida interna das empresas, funcionando como elementos importantes para a ponderação dos valores em jogo em cada caso concreto.

Adicionalmente, é ainda possível extrair, das normas que definem o *know-how* no Regulamento 330/2010 e no Regulamento 772/2004, importantes elementos interpretativos para efeitos de ponderação da legalidade na divulgação da informação comercial confidencial, quando solicitada a entidades públicas, quando solicitada a órgãos societários sujeitos a dever de sigilo, quando realizada por trabalhadores durante as prestações do contrato de trabalho, ou após a sua cessação, quando se obriguem a cláusulas de confidencialidade ou de não concorrência. Fornecem ainda algum apoio, na determinação das informações comerciais confidenciais tuteladas, quando seja admitido aos respetivos titulares requererem que as mesmas sejam mantidas em segredo, como ocorre, por exemplo nos casos a que aludem, designadamente, os já referidos artigos 28.º do Decreto-Lei n.º 72/2003, de 10 de abril, 39.º, n.º 1 do Regulamento (CE) N.º 178/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro de 2002, o artigo 66.º do CCP, ou ainda e com a importância a que acima já tivemos oportunidade de referir, artigo 15.º, n.º 1, c) do RJC.

e) *Know-how* ou saber-fazer

Tomamos a liberdade de autonomizar o conceito de *know-how* do âmbito do conceito de segredo comercial. A razão dessa autonomização prende-se com facto de que, como pudemos observar *supra*, o segredo comercial ser configurado, por nós, como

atribuindo um direito subjetivo a manter determinadas informações no âmbito de uma esfera empresarial reservada. Uma das informações que poderá, precisamente manter-se em segredo, é aquela a que, comumente se designa por *know-how*. Outras informações passíveis de ser tuteladas pelo segredo comercial poderão não se encontrar abrangidas pelo *know-how*, como por exemplo, informações de estratégia operacional, como acima nos referimos, designadamente os planos de investimento num dado sector de atividade e num determinado mercado, um projeto de arquitetura para a construção da nova sede da sociedade, as características do próximo modelo de automóvel de um fabricante etc.

A verdadeira característica distintiva das informações a que se designa, abstratamente, por *know-how* é a sua capacidade geradora de proveitos económicos para o respetivo titular, especialmente pela sua possibilidade de constituir objeto de um negócio jurídico que titule a respetiva partilha.

II. Acima referimos que o conceito de *know-how* não implica que o mesmo deva ser secreto. Contudo, ao longo do texto, pudemos verificar que existem normas, com força de lei no Direito interno que apontam para que o mesmo deva ser secreto, vimo-lo, designadamente, no Regulamento 772/2004 e Regulamento 330/2010. De resto, também a doutrina aponta para que se deva considerar o segredo como requisito essencial do *know-how*, nesse sentido, refere, por exemplo JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO⁴⁸⁸ que o “*saber fazer supõe necessariamente a existência de um segredo.*”

Como igualmente referimos no início da presente investigação, a nossa oposição à consideração da existência de um requisito de secretismo no conceito de *know-how*, prende-se com o facto de considerarmos que haverá um conjunto de conhecimentos, enquadráveis no conceito de *know-how* que não necessita de ser secreto para que seja alvo objeto de relações jurídicas, isso é particularmente notório no caso dos contratos de assistência técnica. Em rigor, determinados conhecimentos técnicos poderão ser, pela sua complexidade, demasiado desenvolvidos para que outros os possam dominar, falamos de técnicas que muito embora sejam assaz conhecidas não podem ser aplicadas por qualquer um. Esses conhecimentos técnicos poderão, eventualmente, colher da experiência na aplicação de dada técnica, na preparação para a realização ou na existência de meios técnicos que a permitam aplicar com o grau de satisfação exigível, a sua razão de ser *valiosos*.

⁴⁸⁸ *Concorrência Desleal...*, p. 459.

Numa palavra, o critério que reputamos válido para a determinação do que possa ser objeto de *know-how* é a competência, um agir apto aos fins visados⁴⁸⁹. Ou seja o conhecimento técnico objeto de um contrato poderá ser maior ou menor, contando, contudo que, como se refere o artigo 1.º, al. i), subalínea i) do Regulamento 772/2004, *não [seja] geralmente conhecido nem de fácil obtenção*. A sua natureza reside na habilidade, na competência, e é por isso que o seu âmbito não está necessariamente circunscrito àquilo que pode ser tutelado pelo segredo comercial. É que, como vimos também, o grande problema da tutela de determinadas informações no âmbito do segredo comercial reside no facto de, com a respetiva divulgação, essas poderem ser facilmente replicadas por terceiros, e daí a importância de se autonomizar o *know-how* secreto do não secreto, no âmbito do presente trabalho. Em rigor, a tutela do segredo comercial estudada no âmbito do presente trabalho, versa apenas sobre o *know-how* secreto.

III. Outro motivo, norteou, igualmente, a distinção do *know-how* do segredo comercial. Se como pudemos verificar o *know-how* tem um valor um autónomo, tanto que pode mesmo ser objeto de contratos, então trata-se de um bem transacionável. Sendo um bem ele é um objeto de relações jurídicas, não a sua causa, e é de causa jurídica de tutela que falamos, quando nos referimos ao segredo comercial

O segredo comercial, como vimos, constitui um certo regime para a tutela de um bem, uma *permissão específica de aproveitamento de uma informação*. O sujeito, por ter direito ao segredo comercial, explora economicamente o bem *know-how*, pelo que a natureza do *know-how* é a de um bem jurídico de natureza intelectual. Nesta lógica de consideração do *know-how* enquanto bem jurídico, refere REMÉDIO MARQUES⁴⁹⁰ que o *saber-fazer* é uma “*situação de facto com relevo jurídico atributivo de direitos subjectivos ou interesses legítimos*”.

Mais do que um bem jurídico, podemos ainda concluir que a tutela do *know-how* poderá mesmo, precisamente por atribuir um direito subjetivo aos respetivos titulares, estar tutelado, para além das regras de concorrência desleal. Nesse sentido, e tomando

⁴⁸⁹ Conforme assim definia o conceito o acórdão norte-americano *Mycalex Cor. v. Pemco Corp.*, 64 F. Supp. 420 (1946): “(...) *know-how* – that is to say, *factual knowledges not capable of precise, separate description but which, when used in an accumulated form, after being acquired as the result of trial and error, gives to the one acquiring it an ability to produce something which he otherwise would not have known how to produce with the same accuracy or precision found necessary for commercial success.*”

⁴⁹⁰ MARQUES, J. P. REMÉDIO, *Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual...*, p. 487.

uma posição relativa ao *know-how* secreto, importa observar o entendimento expresso por JOSÉ A. GÓMEZ SEGADE⁴⁹¹ relativamente à relação daquele com a concorrência desleal:

“Por las razones expuestas, como subraya el Tribunal Supremo en la presente sentencia, la principal protección del know-how adviene mediante las normas contra la competencia desleal. Aunque no procede analizar el tema en este momento, cabría discutir si esta protección del know how mediante las normas contra la competencia desleal es una protección refleja o indirecta, como señala el Tribunal Supremo, o bien si se trata de una protección directa. A mi modo de ver, existen argumentos para defender esta última postura, supuesto que el titular del know-how ostenta sobre el mismo un derecho subjetivo de carácter patrimonial, y que el bien jurídico protegido por todas las normas que amparan el secreto (incluidas las normas contra la competencia desleal), es el mantenimiento de la capacidad competitiva de la empresa.”

Sem prejuízo de a posição de JOSÉ GÓMEZ SEGADE se dever analisar por referência ao artigo 13.º da LCD espanhola, nos termos da qual se dispensa uma relação de concorrência para a tutela do segredo comercial, os dados doutrinários parecem apontar para uma autonomização da disciplina da tutela do *know-how* em relação à concorrência desleal.

Para terminar, e depois do que já expusemos *supra* no que se refere à ligação da reserva da confidencialidade comercial a um direito à reserva da confidencialidade empresarial, todo o sentido fazem agora as palavras de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO⁴⁹² quando refere que o *saber-fazer* consiste no “conjunto de conhecimentos técnicos que são necessários para dar vida a uma ideia empresarial”. Acrescentaríamos, agora, que esses conhecimentos podem ser mantidos em segredo ou podem ser partilhados nos termos contratuais que melhor sirvam os interesses empresariais e se adequem à natureza prática dos conhecimentos partilhados.

⁴⁹¹ *Tecnología y Derecho, Algunos Aspectos de la Licencia de know-how*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 775.

⁴⁹² *Apud* MARQUES, J. P. REMÉDIO, *Biotechnologia(s) e Propriedade Intelectual...*, p. 483.

3. A autonomia do segredo comercial em relação à concorrência desleal

I. Como vimos, tem-se apontado para que o segredo comercial encontre a respetiva tutela no contexto da concorrência desleal. Como refere LUÍS DE MENEZES LEITÃO *a violação do segredo de negócio, cuja violação representa sempre uma violação do princípio da prestação, quer o concorrente utilize, quer divulgue segredos alheios, já que no primeiro caso apropria-se de uma vantagem que pertencia ao seu concorrente e no segundo caso toma uma actuação que lesa o valor da prestação do seu concorrente*⁴⁹³. Como igualmente aponta JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, essa colocação do tratamento do segredo comercial no âmbito da concorrência desleal, acaba por ficar confirmada pelo próprio artigo 39.º do ADPIC, que, como vimos, deu origem ao preceito hoje constante do artigo 318.º do CPI, assim referia o autor, aludindo ao artigo 260.º, al. i) do CPI de 1995, que:

“Nada há pois no ADPIC/TRIPS que leve a concluir que se outorga ao segredo de negócios um âmbito mais vasto que aquele que lhe cabe perante a lei portuguesa.

O ADPIC/TRIPS não implica a necessidade, por este ponto de vista, de alteração da lei portuguesa. Pelo contrário, traz uma razão muito forte para a integração da al. i na concorrência desleal, com todas as implicações.”

Não obstante é também da doutrina nacional que nos chegam alguns dados de que essa colocação da proteção do segredo comercial no âmbito da concorrência desleal *“não é incontroversa*⁴⁹⁴”. Para REMÉDIO MARQUES⁴⁹⁵ o enfoque da proteção do segredo comercial (o autor alude ao *segredo negocial*) pode colocar-se num âmbito mais vasto relativamente ao da concorrência desleal:

“Enfoque segundo o qual seria dispensável a verificação de um acto de concorrência, dado que se tutelaria o segredo em si no mundo dos negócios, independentemente de existir uma relação de concorrência entre lesado e lesante.”

⁴⁹³ *Concorrência desleal e tutela do interesse público na liberdade de concorrência*, in *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Vol. 2, pp. 887-898.

⁴⁹⁴ MARQUES, J. P. REMÉDIO, *Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual ...*, p. 473.

⁴⁹⁵ *In op. cit.*, p. 473.

Na lógica expositiva da obra do autor, procurava-se perceber se, para além da lógica da concorrência desleal que exige a relação de concorrência, poderia ainda haver lugar a uma proteção de informações sujeitas ao segredo comercial fora daquele âmbito.

Embora aflore uma ideia de proteção fragmentária do segredo comercial, o que já de si apontaria para uma dispersão na tutela e, dessa forma, não dependente da concorrência desleal, o autor conclui, contudo, pela colocação *de jure constituto* do segredo comercial no âmbito da concorrência desleal, quando refere que⁴⁹⁶:

“(…) já insinuámos (posto que é a própria lei que, no artigo 318.º do CPI 03, o exige) que a violação dos segredos surge no âmbito da concorrência desleal, pelo que estará, entre outros requisitos, [sic] à exigência da verificação de uma relação de concorrência, ainda que essa relação (de concorrência) tenda, cada vez mais, a ser perspectivada de uma forma objectiva, independentemente da identidade ou contiguidade dos mercados.”

Nesta linha de pensamento, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO⁴⁹⁷, também aflora a ideia de se poder abordar uma *noção de acto na concorrência, pela qual a concorrência desleal tivesse na base uma noção ampla do direito dos comportamentos*.” Sendo que, contudo, e embora tenha proferido as suas conclusões sobre o estudo desta matéria quando os atos de concorrência desleal constituíam crime⁴⁹⁸, o autor acaba por referir que⁴⁹⁹ a “*circunstância de actos que não representam actos de concorrência não serem abrangidos [pelas normas da concorrência desleal] representa a nosso ver uma consequência positiva (…)*”

Mas não só no Direito nacional têm sido levantadas questões quanto ao enquadramento da matéria no âmbito da concorrência desleal assim, para além da afirmação já acima citada de JOSÉ GÓMEZ SEGADE, quanto ao posicionamento sistemático da tutela do *know-how*, damos, por exemplo nota que, também no Direito espanhol, e com alguma atualidade (publicação do estudo a 2009), AUREA SUÑOL LUCEA⁵⁰⁰ sustenta que:

⁴⁹⁶ *In op. cit.* p. 501.

⁴⁹⁷ *Concorrência Desleal ...*, p. 468.

⁴⁹⁸ Situação que, quando ligada à questão da proteção do segredo comercial, suscitava grandes críticas por parte do autor, *vide op. cit.*, p. 468.

⁴⁹⁹ *Ibidem*.

⁵⁰⁰ *El Secreto Empresarial – Un Estudio del Artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, 2009, p. 103.

“(…) desde una óptica exclusivamente sistemática, seguramente hubiera sido mejor acomodar el artículo 13 de la LCD – y probablemente acompañarla de otras reglas conexas –, en otra sede más adecuada y, en particular, en una ley específicamente destinada a protegerlos. La mejor confirmación nos la proporciona el próprio apartado tercero del 13 de la LCD, que nos advierte, certeramente, de que el secreto empresarial reclama una tutela que se extienda más allá del ámbito objetivo propio de la LCD y, por ello mismo, y al igual que sucede por ejemplo con las patentes, con independencia de que el acto eventualmente infractor se realice o no con finalidad concurrencial.”

Os entendimentos doutrinários acabados de observar podem apontar para que, *de jure constituto*, o segredo comercial deva ser tratado no âmbito da disciplina da concorrência desleal, mas na sequência do que temos vindo a expor, designadamente da natureza da proteção do segredo comercial, enquanto disponibilizando um efetivo direito subjetivo, e das dúvidas quanto ao respetivo enquadramento sistemático, parece-nos ser cada vez mais acertado apontar para uma defesa do segredo comercial fora do contexto da concorrência desleal⁵⁰¹.

II. Desde logo, e em virtude da posição que adotámos quanto à natureza da proteção do segredo comercial, importa referir que, com a entrada em vigor do atual CPI, os atos de concorrência desleal deixaram de configurar crime, passando a constituir ilícitos de mera ordenação social. Apesar da alteração do CPI, o CP manteve a incriminação de condutas de ilegítima divulgação (artigo 195.º) e apropriação (artigo 196.º) de segredos, sendo que o artigo 196.º alude, expressamente, ao *segredo relativo à actividade comercial, industrial, profissional ou artística alheia*. Ora, se anteriormente se poderia, eventualmente, sustentar que os artigos referentes à tutela penal do segredo estavam vinculados à verificação da ocorrência de um ilícito de concorrência desleal, com a descriminalização da conduta da concorrência desleal e com a manutenção de preceitos autónomos constantes do direito penal, relativos ao segredo comercial, essa relação deixou, com grande probabilidade, de fazer sentido.

⁵⁰¹ Como já referimos supra, no Direito italiano, há autores que sustentam que a tutela das informações não divulgadas pela concorrência desleal já foi, “*evidentemente abbandonata*”, vide CAMUSSO, ALBERTO, *Know-how e segreto nell’evoluzione delle fonti ...*, p. 25.

Assim, hoje, quando o Direito Penal se refere ao conceito de segredo comercial certamente que não o faz depender da existência de um ilícito de concorrência desleal, podendo aquelas violações do segredo a que se refere o CP dizerem respeito, designadamente, a colaboradores dos titulares da informação que os hajam revelado, ou a sócios que o tenham feito, ou jornalistas que os tenham divulgado ou a outras pessoas que, não sendo concorrentes do titular da informação comercial confidencial, com essa informação pretende obter um qualquer valor.

Se o Código Penal levasse em consideração a concorrência desleal para criminalizar a conduta do infrator estaria em contraciclo com a reforma do CPI que foi, precisamente, no sentido da descriminalização da concorrência desleal. Pelo que outros valores, especialmente circunscritos, deverão basear a penalização da conduta infratora dos artigos 195.º e 196.º do CP e que não poderão deixar de ser os associados à reserva da intimidade da vida privada, sendo que, no que diz respeito à atividade comercial poderá agora, tutelar-se nos quadros do Direito Penal, apenas aquela dimensão do direito pessoal ao segredo a que acima nos referimos.

III. Adicionalmente, refira-se ainda que, aplicar a tutela do segredo comercial apenas no âmbito da concorrência desleal, implica o espartilhamento da mesma aos requisitos de aplicação da concorrência desleal, isto é, para que se possa suscitar uma questão de violação de segredo comercial, implicaria sempre que no caso concreto se identificasse, e cumulativamente: a) um ato de concorrência; b) que esse ato fosse contrário às normas e usos honestos; c) a qualquer ramo de uma atividade económica⁵⁰².

Ora como já tivemos oportunidade de observar para que se esteja perante uma informação que se possa enquadrar num conceito amplo de segredo comercial, não é necessariamente forçoso que se verifique uma relação concorrencial.

Por outro lado parece também evidente que certas intromissões em segredos comerciais podem mesmo ser tuteladas perante circunstâncias que, pelo menos à primeira vista, em nada aparentam corresponder a atos contrários às normas e usos honestos a um qualquer ramo de uma qualquer atividade económica, e para isso basta pensar no direito ao acesso à informação administrativa, no âmbito da qual os requerentes pretendem, tão só, obter informações que se refiram às entidades públicas

⁵⁰² Sendo que PEDRO SOUSA E SILVA invoca, ainda, a existência de um quarto elemento, o dolo, visto que a concorrência desleal não é punível a título de negligência, enquanto contraordenação (cfr. ob. cit., p. 324).

consultadas, sendo que na maior parte das vezes o que esperam são informações quanto ao andamento de determinados procedimentos públicos, quanto à aplicação de dinheiros públicos etc...

Isto é, nunca – pelo menos numa primeira perspetiva – uma atitude de procura de obtenção de informação pública, ao abrigo do princípio do arquivo aberto da Administração Pública poderia, ser classificado como um ato contrário às normas e usos honestos de um ramo de uma atividade económica, e ainda assim são tutelados os segredos comerciais no âmbito do n.º 6 do artigo 6.º da LADA. Concretamente no caso deste preceito, verifica-se a tutela duas situações específicas:

Daqui se vê que, a espaços, o legislador nos diversos regimes jurídicos se vai apercebendo da existência de determinada informação confidencial e que, em face da sua sensibilidade para os destinos da empresa tende a não ser divulgado.

IV. Em face do que vem de ser exposto é incontestável a inexistência de uma cabal sobreposição de todos os casos passíveis de defesa contra atos de concorrência desleal com todos os casos possíveis de defesa do segredo comercial.

Assim se, por um lado, tribunais e a doutrina se têm preocupado em identificar se num concreto ato de divulgação, aquisição ou utilização de uma informação havida por confidencial pelo respetivo titular, houve ou não violação das normas e usos honestos do ramo de atividade comercial em causa, para que se possam decidir relativamente à tutela do segredo comercial, por outro lado, casos há em que nunca o tribunal terá de averiguar se se verificou, de facto, aquela violação, para que se possa decidir, por exemplo, pela divulgação ou não de determinada informação.

Veja-se, por exemplo, o caso da salvaguarda constante do artigo 6.º, n.º 6 da LADA, ou, por exemplo, no caso do pedido de acesso à informação sobre ambiente, com a salvaguarda da confidencialidade de informação *comercial ou industrial* a que se refere o artigo 11.º, n.º 6 da Lei de Acesso à Informação sobre Ambiente.

Nos casos acabados de referir, a análise judicial, caso seja confrontada com um pedido de acesso à informação, não passará, ou não terá necessariamente de passar, pela verificação da existência de um ato de concorrência desleal⁵⁰³, na medida em que não

⁵⁰³ Neste sentido note-se, como já referimos anteriormente que “[é] questão prévia, independente da valoração pelas normas e usos honestos: há que fixar primeiro se há concorrência, para no caso positivo apurar se essa concorrência é leal”, cfr. ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA, in *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 113.

chegou, tão pouco a ocorrer ainda qualquer violação a um segredo comercial. Por outro lado, além das situações em que os concorrentes possam, ilicitamente, procurar obter informações confidenciais dos seus concorrentes pelas vias acima mencionadas, a consulta que se efetua junto de entidades públicas, também terá por objeto a obtenção de informação de para efeitos de conformação ou reação dos requerentes com as possíveis decisões tomadas por aqueles por aquelas entidades, provavelmente – queremos crer – essa será mesmo a maioria dos casos. Trata-se assim de uma tentativa – lícita – de acesso à informação, sujeita, contudo, às limitações legais. Nesses casos o que está em causa é um direito ao acesso à informação ante um direito à reserva e é essa a ponderação que deve ser efetuada pelo tribunal, e não a da eventual configuração da divulgação da informação enquanto *hipotética* violação das normas e usos honestos do ramo de atividade económica em causa.

Para os casos em que o tribunal haja de efetuar essa ponderação, entre o direito à informação e direito/dever de reserva de confidencialidade, importa que esteja liberto das amarras que os limites da concorrência desleal imporiam à consulta judicial e que, certamente conduziram à abertura, sem mais, do acesso à informação. Para esses casos o que importa é que as entidades tenham ao seu dispor elementos que concretamente consubstanciem a tutela do segredo comercial, a respetiva lógica de proteção e os fundamentos da mesma. Como o entendemos, a regulação da proteção do segredo comercial deve ser direta e não dependente de considerações adicionais que, naturalmente, podem vir a ser suscitadas consoante a natureza da informação, dos sujeitos e das respetivas obrigações.

V. Para além dos casos acima mencionados, outros há em que a concorrência desleal poderá estar perfeitamente arredada da análise das pretensões das partes, isso é evidente no exercício do direito à reserva no quadro de determinados procedimentos administrativos, designadamente, e como já nos referimos *supra* no caso do 66.º do CCP (relativo à *classificação* de determinados documentos de propostas) ou do artigo 28.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 72/2003, de 10 de abril.

Nestes casos, em que a ordem jurídica dispensa uma tutela, independentemente de uma divulgação, aquisição ou utilização configurarem uma situação de concorrência desleal, entendemos ser necessário identificar concretamente quais os valores em presença em cada caso. Em rigor, estando arredada, na análise do caso concreto, a consideração da concorrência desleal, o interesse jurídico na reserva da

confidencialidade comercial ficaria, pura e simplesmente, desprotegido. O que, entendemos, retiraria toda a utilidade prática à tutela do segredo expressa naquelas pontuais referências normativas dispersas na ordem jurídica. Se aquelas normas sempre implicassem uma valoração da concorrência desleal, bastaria a mera remissão para os artigos 317.º e 318.º do CPI.

À tutela do segredo comercial importa a avocação de interesses diretos dos titulares das informações, podendo depois esse direito ser ponderado no quadro de outros interesses, como o sejam a da regulação do mercado, que naturalmente se pretende que não permita a adoção de condutas de concorrência desleal, mas esse é apenas um dos campos de eventual colisão dos interesses pessoais dos titulares das informações e outros interesses, pessoais ou gerais.

Em rigor, proteger informações pelo segredo comercial, tem em vista a proteção de um interesse pessoal no quadro da unidade do sistema jurídico, como refere GUILHERME MACHADO DRAY⁵⁰⁴, aquela unidade é uma ideia absolutamente fulcral na ciência jurídica, segundo o autor ela *garante estabilidade e previsibilidade, previne a ausência de contradições na ordem jurídica e proporciona a realização da tendência generalizadora da Justiça, enquanto corolário do princípio da igualdade*. É com esse intento, de garantia de segurança jurídica dos interesses dos titulares das informações comerciais, que se pretende afastar a conceção do segredo comercial enquanto mera projeção de uma ideia de concorrência leal, sob risco de determinados diplomas permitirem a proteção do segredo, criando, assim legítimas expectativas nos agentes económicos relativos a tal proteção para, depois, permitir a respetiva postergação.

⁵⁰⁴ DRAY, GUILHERME MACHADO, *Direitos de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 10.

4. A tutela do segredo comercial

4.1.O regime do segredo comercial

Tutelando um conjunto de bens jurídicos – informações, essencialmente – que de outra forma não seriam objeto de qualquer tutela pela ordem jurídica, o segredo comercial é uma das formas de proteção da confidencialidade da atuação das empresas no comércio, delimita, por isso, uma esfera própria de reserva, no âmbito da sua gestão, dos seus negócios e da sua capacidade inventiva. Mas não se pode confundir o bem jurídico protegido (as informações) e a forma pela qual se protege o mesmo (o segredo comercial). Assim não se protege o segredo comercial, mas sim determinadas informações pelo regime do segredo comercial.

Não obstante defendermos a existência de um direito subjetivo à proteção da reserva da confidencialidade comercial, cujos poderes de disposição do bem informação se manifestam pelo controlo legal da sua divulgação ou partilha, a técnica legislativa tem dispensado, maioritariamente, um acervo de normas que atuam indiretamente sobre terceiros, para impedir as violações ao segredo tutelado. Assim, sempre que o direito à reserva da confidencialidade comercial é violado importa verificar que acervo de normas poderá ser chamado, de forma a tutelar a posição jurídica do titular das informações tuteladas.

4.2.A concorrência desleal

I. Como já referimos ao longo do presente texto, a existência de uma tutela autónoma do segredo comercial não afasta a possibilidade de o mesmo ser igualmente tutelado ao abrigo das normas da concorrência desleal, e quando o artigo 318.º do CPI, logo no início da respetiva estatuição, usa a expressão “[n]os termos do artigo anterior”, aceitamos, naturalmente, que o mesmo remeta para a disciplina da concorrência desleal. O que decorre do nosso entendimento sobre a tutela autónoma do segredo comercial, é que outras normas existem no ordenamento jurídico nacional que, independentemente da verificação dos pressupostos a que alude o artigo 317.º do CPI (ato de concorrência e contrariedade às normas e usos honestos), permitem a tutela do segredo comercial e nesses casos, não é necessário recorrer àqueles requisitos para responsabilizar os

agentes produtores de eventuais danos que se repercutam na esfera jurídica do titular da proteção do segredo comercial. Por outro lado a defesa do segredo comercial não se faz só de reação contra atos (designadamente um ato de concorrência desleal), aquela também passa pela possibilidade de por vezes por via legal e, noutras vezes, por via contratual, impedir que determinadas informações sejam divulgadas.

Assim, a concorrência desleal funciona como **mais um** – e certamente o mais frequente também – expediente legal suscetível de ser utilizado no âmbito do regime da proteção do segredo comercial só que, ao contrário do que aparenta, a defesa do segredo comercial através da concorrência desleal não existe, perdoe-se a aparente redundância, por causa do segredo comercial, existe por causa da livre concorrência. A concorrência desleal é, assim, uma restrição à tutela conferida pelo segredo comercial às empresas, sempre que estas se encontrem numa relação de concorrência. Ou seja, a concorrência desleal funciona como um meio de defesa da concorrência, permitindo que os concorrentes, desde que se comportem de acordo com as *normas e usos honestos* da atividade económica em que concorram, a livre utilização da informação produzida pelos seus concorrentes. Esta tutela reforçada da concorrência só poderá, por isso, ser conferida aos agentes económicos em concorrência, permitindo-lhes o acesso à informação, por exemplo, com recurso à desmontagem conceptual (*reverse engineering*), ou pela celebração de acordos que tenham por objeto, mediato ou imediato, a partilha de informações comerciais.

4.3. Responsabilidade civil

Como vimos *supra* a ordem jurídica permite a atribuição de uma compensação ao titular de uma dada informação confidencial quando, embora inexista qualquer deslealdade na conduta do seu concorrente, nem um qualquer *ato de concorrência*, por ter a divulgação ou a utilização dessa informação tido por origem, por exemplo na quebra de um dever de reserva dessa informação por um trabalhador, ou por uma instituição pública. Nesses casos a ordem jurídica permite a perseguição do agente produtor de um dano próprio na esfera jurídica do titular da informação divulgada, por força da violação de normas, legais ou contratuais, que vinculavam a respetiva conduta. Como já referimos se se configurasse a proteção daquelas *informações não divulgadas* como **proteções reflexas** e atuando apenas por imposições a terceiros, então não haveria dano tutelável algum, pois que a violação (a ilicitude) de normas que

adstringiam terceiros não poderia servir para compensar os danos próprios do titular das informações. Valeria assim o princípio geral de Direito *ubi commoda ibi incommoda*, suportando o titular das informações os danos próprios causados pela divulgação das informações confidenciais. Mas como vimos já, quando falamos de segredos comerciais não aludimos a meras proteções reflexas, mas sim de um efetivo direito subjetivo⁵⁰⁵, passível de ser tutelado independentemente da verificação de um ato de concorrência desleal.

Na doutrina nacional encontramos quem tome posição contrária à possibilidade de ressarcimento de danos não desleais, nesse sentido, ADELAIDE MENEZES LEITÃO⁵⁰⁶, refere a existência de um *princípio de não ressarcibilidade de danos concorrenciais não desleais*. Parece-nos ser de concordar com o princípio jurídico formulado pela autora, mas isso não retira o tapete do chão à defesa que preconizamos quanto à admissibilidade da existência de responsabilidade aquiliana perante a inexistência de uma conduta desleal. É que para além de desleal, entendemos que o segredo pode até ser tutelado em situações não concorrenciais... e não sendo situações concorrenciais, não lhes servirá a roupagem de leal ou desleal mas, tão só, de ilícitas ou lícitas. Ou seja, em rigor, quando falamos da tutela conferida pelo segredo comercial, não estão em causa *apenas* situações concorrenciais, assim, o empregador não competirá, em princípio, com o seu trabalhador, o franqueador não competirá, também em princípio, com o seu franqueado, tal qual um agricultor não competirá com o Ministério da Agricultura que lhe concedeu um subsídio para a sua atividade, nem com um jornalista de um jornal local, que haja pedido informações ao Ministério sobre as técnicas secretas de rega que aquele agricultor partilhou com o Ministério para efeitos de obtenção do

⁵⁰⁵ Apesar de que, se o segredo fosse tutelado enquanto mero interesse juridicamente relevante, estaria também a coberto pelo artigo 483.º do CC, mas nesse caso, se configurássemos como norma consagradora desse interesse o artigo 318.º do CPI, teríamos de ver, igualmente o escopo da proteção desse artigo e dificilmente se poderia sair do campo da concorrência desleal, e da relação concorrencial. Igualmente configurando como um direito subjetivo o segredo comercial e permitindo, designadamente, a aplicação da regra geral da responsabilidade extracontratual do § 823 BGB, eventualmente em cumulação com a regra geral da verificação de concorrência desleal (§ 3 UWG), *vide* PIPER/OHLY/SOSNITZA, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Beck München* (2010) *apud* CAENEGEM, WILLIAM VAN, *Trade Secrets Intellectual Property, Breach of Confidence, Misappropriation and Unfair Competition, Kluwer Law*, 2014, p. 185, referindo-se os autores à aplicação desse § 23 BGB aos trabalhadores no período pós-contratual.

⁵⁰⁶ *Estudo de direito privado sobre a cláusula geral da concorrência desleal*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 145.

dito subsídio⁵⁰⁷. Isto é, uma eventual violação do dever, legal ou contratual, de reserva da confidencialidade comercial daqueles sujeitos é, por si só, uma violação de um direito próprio dos titulares daquelas informações, independentemente da sua valoração axiológica.

Dir-se-á que o que a lei protege é uma posição de vantagem de matriz marcadamente competitiva, é certo. Mas a forma como a sua tutela foi pensada, nos mais diversos diplomas jurídicos, tem essencialmente em vista que o titular dessa vantagem não a perca sem motivo justificativo e suficientemente ponderoso em face dos eventuais direitos conflitantes. E é, precisamente, nessa lógica que se enquadra a proteção das *informações não divulgadas* no âmbito da concorrência desleal. Ou seja, sempre que exista concorrência entre os agentes económicos, o Direito entende que o acesso às *informações não divulgadas*, tal qual positivadas no artigo 318.º, pode ocorrer livremente desde que não ocorra uma violação às normas e usos honestos.

É uma especificidade do direito à reserva no âmbito das relações concorrenciais, uma compressão ao direito fundamental à reserva da informação comercial, conforme descrita *supra*, perfeitamente justificada pelo princípio da livre concorrência.

Nada obsta, por isso, à consagração de uma tutela aquiliana, a violação do direito à proteção das informações comerciais ao abrigo de um regime de segredo comercial, quer, como nós, se sustente que essa responsabilidade decorre de imediato da violação de um direito subjetivo ao segredo⁵⁰⁸, quer se sustente que esse decorre da violação que obrigam terceiros.

4.4. Responsabilidade contratual

No que concerne à indemnização pela responsabilidade contratual, não podemos aqui remeter *tout court* para o que dissemos no âmbito da tutela aquiliana, os interesses que neste âmbito se visam tutelar são diversos.

Na tutela aquiliana está em jogo a violação de um direito pessoal. Na tutela pela responsabilidade contratual está em jogo um interesse contratual que não se pode

⁵⁰⁷ Sustentando que haverá responsabilidade civil, por parte da Administração Pública, no caso de violação do dever de guardar reserva cfr. CARVALHO, RAQUEL, *O Direito à Informação Administrativa Procedimental*, Universidade Católica – Porto, Porto, 1999, p. 239.

⁵⁰⁸ Ou como LEITÃO, LUÍS DE MENEZES, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 13.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 264, decorrente de um direito subjetivo à empresa (“*direito à empresa*”) e MONTEIRO, JORGE FERREIRA SINDE, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 222.

confundir com aqueloutro. Assim a responsabilidade contratual pode até resultar de um facto que produza, igualmente, um dano tutelável a título de responsabilidade delitual, mas o que se pretende tutelar com a responsabilidade contratual não é o bem *informação confidencial*, é a violação de um dever contratual, imagine-se o incumprimento no pagamento dos *royalties* num contrato de partilha de *know-how*, a aplicação errada de uma receita na confeção de determinados produtos alimentares que gerou reclamações por parte dos clientes ou outras mais. Ou seja, são essencialmente violações contratuais aquelas que constam do CC enquanto tais, a saber, o incumprimento definitivo, a mora e o cumprimento defeitoso⁵⁰⁹.

O que se pode eventualmente colocar à discussão é a relação entre a tutela aquiliana e a responsabilidade *contratual* por danos não patrimoniais. A questão coloca-se por duas ordens de razão. Em primeiro lugar porque a possibilidade de compensação de danos atinentes à lesão de bens imateriais tem sido, de uma forma geral e embora com algumas exceções, aceite pela doutrina⁵¹⁰. Em segundo lugar porque a conceção por nós acima delineada, acerca da reserva da confidencialidade comercial, é gizada nos termos da atribuição de um direito pessoal da empresa sobre um bem imaterial, isto é, confere ao titular de um dado bem um verdadeiro direito pessoal.

Ora, se como sustentamos, o direito do titular da informação comercial é um direito pessoal, então, *prima facie*, poderia sustentar-se que à violação contratual do mesmo corresponderia um dano não patrimonial, que justificaria a indemnização *via* responsabilidade contratual. Não obstante verifica-se que, pese embora o direito à reserva comercial não ser patrimonial, o bem sobre que incide tem, implicitamente, uma tradução pecuniária e que, sem prejuízo de se ter de ponderar se a violação daquele direito pode ou não implicar a compensação pela perda da vantagem económica que a titularidade do bem em segredo permitia ao respetivo titular usufruir, não nos parece que a extensão do regime da responsabilidade contratual possa aqui ser aplicável. Em rigor, a suscetibilidade de aplicação deste tipo de tutela deve ser alvo, como nos explica JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, de uma interpretação do caso concreto que tenha em vista um critério de *gravidade*, e para isso basta pensar que o regime da responsabilidade contratual implica uma inversão do ónus da prova no que concerne à culpa do devedor da prestação, um aumento dos prazos de prescrição e, ainda, a

⁵⁰⁹ Vide PROENÇA, JOSÉ CARLOS BRANDÃO, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento da Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 234.

⁵¹⁰ *Idem*, pp. 237 ss.

possibilidade de nele se abrangerem danos futuros⁵¹¹. Aquele critério de *gravidade* da conduta do devedor, deve ainda ser norteado por uma ideia geral, expressa por GAZZARA⁵¹², de que, o reconhecimento atual do *dano não patrimonial do incumprimento* é fruto da “*valorizzazione della centralità della persona umana nel sistema dell’ordinamento privatistico, e dunque di una rinnovata sensibilità verso una piú estesa rete di protezione degli interessi non patrimonial ad essa connessi, ma anche di un clima culturale*”. A ideia geral de ligação ontológica à pessoa humana, recorda-nos a questão suscitada *supra* dos direitos de personalidade e leva-nos a afastar a possibilidade da extensão da responsabilidade contratual a danos não patrimoniais infligidos na esfera da reserva da confidencialidade comercial⁵¹³.

Abre-se, contudo e a nosso ver, uma exceção. No âmbito de contratos que tenham por objeto a cessão de exploração de informação confidencial (*know-how* secreto, por hipótese), ou no âmbito de contratos, nos termos dos quais as partes fiquem obrigadas à manutenção da confidencialidade de certas informações⁵¹⁴, os danos não patrimoniais pela violação do dever de confidencialidade de informação comercial poderão ser ressarcidos nos termos da responsabilidade contratual, quando as partes hajam celebrado uma cláusula penal (cfr. artigo 810.º do CC). Essa exceção justifica-se tendo em conta que a violação de deveres de sigilo no contexto de um contrato, pode assumir-se, duplamente, como violação de obrigações contratuais por um lado, e como violação de um direito subjetivo, por outro. Ora, conquanto essa violação do direito subjetivo ao segredo comercial se consubstancie, igualmente, num incumprimento contratual, é perfeitamente admissível que as partes cheguem a um valor que represente a vantagem económica do segredo comercial e atento o risco inerente à partilha de informações confidenciais.

⁵¹¹ *Idem*, p. 245.

⁵¹² *Apud* PROENÇA, JOSÉ CARLOS BRANDÃO, *Lições de Cumprimento...*, p. 240.

⁵¹³ Não é, contudo, o entendimento que tem vindo a ser a perfilhado pela jurisprudência nacional, cfr. Ac. STJ 20-06-2013, processo 178/07.2TVPR.T.P1.S1 (§11 do sumário).

⁵¹⁴ E desde que essas preencham os requisitos dos bens jurídicos que devam ser tutelados pelo segredo comercial.

1. Formas lícitas de aquisição de segredos comerciais

1.1. As aquisições lícitas

Na sequência da posição que sustentamos, nos termos da qual o segredo comercial pode ter uma tutela *extra* concorrência desleal, impõe-se agora identificar, no contexto de algumas normas dispersas no ordenamento jurídico qual o concreto âmbito onde as informações comerciais podem assumir a referida tutela *extra* concorrência desleal. Naturalmente que não se abordarão todas as formas lícitas de aquisição de informações comerciais tuteladas pelo direito ao segredo comercial. Assim, como representativas do que pretendemos demonstrar, abordamos, em seguida, o acesso às informações sujeitas a segredo comercial as seguintes: através do Princípio da Administração Aberta, através da desmontagem conceptual e através do património profissional.

Vejamos.

1.2. O Princípio da Administração Aberta

a) Aspetos gerais

Em face do que vem de ser exposto, é notório que o tema da admissibilidade de revelação dos segredos comerciais no âmbito do exercício do direito à informação administrativa tem uma elevada importância. Como verificámos, este é precisamente um dos casos em que a autonomização do segredo comercial, em relação à concorrência desleal e enquanto conceito dotado de autonomia jurídica, poderá assumir uma maior expressividade.

Vejamos, então, em que termos o princípio da administração aberta poderá, em primeiro lugar, constituir mais um motivo para se considerar a disciplina do segredo comercial enquanto autónoma da da concorrência desleal e, em segundo lugar, funcionar como uma via de acesso às informações que aquela disciplina – do segredo comercial – visa tutelar.

Como acima já se referiu, não se pretende com o presente estudo trabalhar a disciplina da prestação de informações na ótica própria do Direito Administrativo, mas sim na ótica do direito ao segredo comercial. Assim, tendo naturalmente em conta que o

objetivo passa pela análise e valoração de normas de Direito Administrativo, o enfoque é o da consideração do direito ao segredo comercial enquanto direito subjetivo sobre o bem intelectual – a informação – a tutelar pela ordem jurídica. Nessa sequência o direito à informação administrativa será aqui apenas introduzido sumariamente e para efeitos de enquadramento da problemática, ficando de fora um estudo mais aprofundado sobre tal direito, sua extensão e limites, apesar da referida necessidade de enquadramento teórico.

Destarte, na presente secção pretende-se, considerando os dados anteriormente recolhidos referentes às normas relativas ao segredo comercial no quadro do Direito Administrativo e a invocada natureza do segredo comercial, identificar qual a concreta extensão da defesa do segredo comercial no confronto com o Princípio da Administração Aberta. Nosteando essa investigação há, então, que levar em consideração a aqui já sustentada autonomia do conceito de segredo comercial relativamente à concorrência desleal.

Importa, por isso, referir que se digladiam duas posições, aquela que sustenta que o conceito de segredo comercial a que alude o artigo 6.º, n.º 6 da LADA, depende da verificação de uma situação de concorrência desleal⁵¹⁵ e aquela que sustenta não precisar da verificação desse instituto⁵¹⁶. Ora, sustentar que o princípio da administração aberta põe em causa a posição adotada, nos termos da qual a tutela do segredo comercial é independente da concorrência desleal, seria o mesmo que dizer que a restrição à divulgação da informação administrativa, com base na consideração de que a mesma constitui segredo comercial, apenas se poderia verificar caso essa divulgação fosse igualmente sancionada pela ordem jurídica enquanto ilícito⁵¹⁷ de desleal concorrência, por contrariedade às *normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica* (cfr. artigo 317.º do CPI). Porém, se assim o é, como se deverá, então, verificar a aplicabilidade da exceção do artigo 6.º, n.º 6 da LADA perante um pedido de informação formulado por um jornalista, por uma associação ambiental, por um advogado, por outra entidade pública, enfim, por outra qualquer pessoa que, pelo menos

⁵¹⁵ Posição que é sustentada, designadamente, por DÁRIO MOURA VICENTE, *Segredo Comercial e Acesso à Informação Administrativa*, in Estudos em homenagem ao Prof. Sérvulo Correia, Coimbra, 2010, Vol. 3, p. 297.

⁵¹⁶ Adotando esta posição *vide v.g.* VEIGA, ALEXANDRE BRANDÃO DA, *Acesso à Informação da Administração Pública por Particulares*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 113, como refere o autor “*a aquisição da informação, mesmo que não seja por um concorrente, nem sequer potencial, encontra-se na esfera de protecção da lei administrativa quando proíbe o acesso.*”

⁵¹⁷ Ou mera desconformidade, nos termos assinalados supra.

à primeira vista, não demonstre estar em concorrência – sequer desleal – com o titular do direito ao segredo da informação comercial?

Acima já nos pronunciámos no sentido de afastar quaisquer outras considerações, no quadro da tutela do segredo que não apenas as que digam respeito à natureza da proteção do segredo de dada informação a não ser, claro está, que a factualidade do caso concreto concite uma diferente apreciação. Nesse contexto, se de facto surgir uma qualquer suspeita de concorrência desleal no pedido de informação formulado, naturalmente que tal suspeita terá de ser valorada, mas sempre na lógica de que tal instituto tem a mera função de assegurar a proteção do segredo comercial, como também o tem, designadamente, o Direito Civil ou o Direito Penal.

- b) O direito de acesso à informação administrativa no confronto com a tutela do segredo comercial

O direito de acesso aos documentos administrativos, enquanto desenvolvimento do princípio da Administração Aberta, ou princípio do Arquivo Aberto, é reconhecido pela jurisprudência e pela doutrina como um direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, sendo-lhe aplicável o regime próprio destes (cfr. artigos 17.º e 18.º da CRP) pelo que, para que um tal direito pudesse ser comprimido, apenas o poderia ser na medida em que obedecesse ao princípio da proporcionalidade que é o que se verifica no caso da tutela dos segredos comerciais.

Assim, em detrimento do direito ao acesso aos documentos administrativos joga o direito à iniciativa privada (artigo 61.º da CRP), nos termos do direito fundamental à reserva da vida privada das empresas, e ao qual já nos referimos *supra*, quando identificámos a natureza jurídica do direito ao segredo comercial.

De resto, sobre estas matérias já se pronunciou o Tribunal Central Administrativo Sul por acórdão de 23 de maio de 2002 que, considerando estar em causa a colisão entre o direito à informação e os direitos à propriedade e iniciativa privada, “*com o inerente segredo industrial e comercial*”, concluiu o acórdão, por maioria, pela legitimidade da opção feita pelo legislador ordinário no artigo 10.º da Lei n.º 65/93 (lei atualmente revogada pela LADA que também dispunha sobre o direito à informação administrativo e os segredos comerciais) e no artigo 62º, n.º 1, alínea a), do CPA, «*permitindo a recusa de acesso a documentos “cuja comunicação ponha em causa segredos industriais”*».

Assim, a opção legal de restrição do direito de acesso à informação administrativa em detrimento da proteção dos segredos comerciais surge perfeitamente admissível enquanto desenvolvimento natural do n.º 1 do artigo 61.º da CRP, na medida em que o exercício da liberdade de iniciativa económica deverá ser prosseguido para que seja assegurado o funcionamento eficiente dos mercados, garantida a equilibrada concorrência entre as empresas e combatendo as práticas que sejam lesivas do interesse económico geral (cf. alínea f) do artigo 81.º da CRP).

Assim temos que o direito de acesso à informação administrativa não é um direito absoluto e que, como tal, admite as compressões que legalmente lhe forem infligidas. No caso dos segredos comerciais a compressão deriva de um direito de natureza económica, a liberdade de iniciativa económica privada. Importando, nesta sequência, precisar que a compressão operada pela Lei ao direito de acesso à informação administração, ou ao princípio da Administração Aberta, pela manutenção da existência de informação confidencial como o segredo comercial, decorre da necessidade de tutela de outros preceitos constitucionais (cfr., como vimos o artigo 61.º da CRP).

Em face do exposto importa, então, perceber qual a extensão da proteção dos segredos comerciais e qual a razão de concordância prática entre os direitos com assento constitucional em jogo.

c) A partilha da informação com a Administração Pública

I. Dizer que a Lei tutela as informações confidenciais dos agentes económicos que se revelam para si valiosas, significa que, num primeiro momento, teve de haver uma partilha dessa informação com as entidades públicas. O ponto reside então em saber se os comerciantes⁵¹⁸ sabem, desde o momento em que celebram contratos com a Administração Pública, que as informações que lhe forem passando, e por conta desses mesmos contratos, poderão, pura e simplesmente, ficar sujeitas à respetiva nos termos do princípio da Administração Aberta?

Mas mesmo fora do âmbito da contratação entre o Estado e privados? Ainda que se admita que o mero facto de contratar com a administração possa, como princípio geral,

⁵¹⁸ Para uma análise aprofundada das entidades privadas que se encontram sujeitas à observância das normas da LADA vide MIRANDA, JOÃO, *O acesso à informação administrativa não procedimental das entidades privadas*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 433 – 458.

fragilizar a informação então fornecida, o que, de certa forma se concede, será que a Administração poderá, contudo, revelar informação que haja obtido e que não se relacione diretamente com o contrato celebrado? Imagine-se a revelação de informação obtida por intermédio de um pedido de subsídio para investimento num determinado sector de atividade e recorrendo a uma qualquer técnica que o particular pretenda manter em segredo. Ou imagine-se ainda a divulgação de informação que as entidades públicas reguladoras cheguem ao respetivo conhecimento no âmbito da sua atividade reguladora, os particulares ao se lançarem nessa atividade sabiam que seriam regulados pelo Estado, mas será que sabiam também que a sua atividade económica, para além de controlada, poderia *tout court* ser tornada pública⁵¹⁹?

II. Ora, no parecer n.º 284/2008, de 12 de novembro, a CADA usou como um dos argumentos para a decisão de permissão de acesso a informação comercial confidencial, o facto das empresas que se relacionem com a Administração Pública terem submetido as suas informações corporativas a uma entidade sujeita ao princípio da Administração Aberta, tornando, por tal, públicas as informações anteriormente secretas⁵²⁰.

Não obstante, e com o devido respeito, não se pode concordar com o que é defendido pela CADA, por três ordens de razão, a saber: a revelação de uma informação ao Estado

⁵¹⁹ Como legitimamente GONÇALVES, JOSÉ RENATO, *Acesso à Informação das Entidades Públicas*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 134 ss., suscita, da seguinte forma a questão da eventual inconstitucionalidade do preceito constante do artigo 10.º, n.º 1 da LADA de 1993: “*Interessava descortinar se o art. 268.º/2, e em sua aplicação a LADA, teria revogado diversa legislação comercial e industrial de tutela de direitos e interesses, designadamente por afastar outras exceções ao direito de acesso para além das nele expressamente previstas. Alegava-se que a desagregação da noção de documento administrativo com o intuito de limitar o direito de acesso levantaria problemas de compatibilidade com o texto constitucional (art. 268.º/2) e que muito dificilmente poderia ser sustentado no enunciado do artigo 3.º da LADA. Por outra banda, estranhar-se-ia que o legislador tivesse pretendido revolucionar por completo o relacionamento entre sujeitos no plano económico ao admitir um acesso indiscriminado e sem limites a todas as informações relativas à actividade económica desenvolvida, sempre que alguém as tivesse entregue, em geral em cumprimento de obrigações legais, a entidades públicas. Tal como se reconheceria a anomalia, em sede de tutela dos bens em jogo, de um concorrente industrial ou comercial poder conhecer quaisquer segredos de outro embora ficando impedido de os utilizar. Como se sabe, muitas vezes o simples conhecimento de alguma coisa implica de imediato uma utilização da mesma.*” (sem destaque no original)

⁵²⁰ Como literalmente refere o Parecer: “*As entidades que se relacionam com a Administração, exercendo actividades materialmente administrativas, são, em algumas situações, forçadas (por lei ou imposição da Administração) a revelar informação reservada. É em relação a esta informação, para além da detida por empresas públicas, como é o caso presente, que pode ser reivindicada a aplicação da restrição de acesso ora em apreciação. A revelação voluntária dessa informação a uma entidade sujeita ao princípio da administração aberta implica que a mesma não deve ser tida como secreta, uma vez que não se verifica a vontade de a manter secreta.*” (sem destaque no original)

não pode permitir que a mesma se torne, só por tal, pública; a *ratio* da existência do próprio artigo 6.º, n.º 6 da LADA impede um semelhante entendimento; e é frequente existência de cláusulas de confidencialidade nos contratos celebrados entre a Administração Pública e os particulares. Vejamos, mais detidamente, cada uma das ordens de razão apontadas.

No nosso entendimento a revelação de uma informação ao Estado não pode permitir que a mesma se torne, só por tal, pública, na realidade, se assim fosse, o Estado estaria a gozar de um privilégio de que as empresas privadas não dispõem. A sustentar-se uma tal posição corresponderia a dizer que o Estado, *v.g.* o sector empresarial do Estado, poderia quebrar, em *ultima ratio*, a regra constante do 318.º do CPI, mesmo quando concorresse num dado mercado com particulares, conforme assim o desejasse ou conviesse.

Ou seja, ao sector empresarial do Estado, porque sujeito às normas da LADA (cfr. artigo 4.º, n.º 1, al. d) e n.º 2 da LADA)⁵²¹, nunca estaria vedado, por exemplo e passe-se o pleonasma, uma divulgação de *informações não divulgadas* nos termos em que as mesmas são tuteladas pelo regime da concorrência desleal (artigos 317.º e 318.º do CPI). E isto mesmo quando, as entidades privadas que com o Estado concorressem no mesmo sector e área de atividades, não podiam divulgar exatamente essas mesmas informações.

Em *ultima ratio* o Estado e, repita-se, em especial o sector empresarial do Estado, poderia constantemente cometer infrações contra o que se encontra disposto no artigo 318.º do CPI, quando as empresas privadas, em poder dos mesmos dados das empresas concorrentes, e uma vez que não se encontram sujeitas ao princípio da Administração Aberta, não o poderiam fazer.

Não se pode, por isso, concluir que o princípio da Administração Aberta tem o condão de tornar públicas as informações que, dadas as suas características – designadamente o seu valor prejudicial para os interesses patrimoniais das empresas, no caso de serem reveladas – são tuteladas pela ordem jurídica enquanto secretas. Nessa sequência discorda-se igualmente do entendimento expresso pela CADA, num outro parecer⁵²², nos termos do qual:

⁵²¹ Sobre esta matéria *vide* RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, *Ainda o acesso à informação detida por empresas públicas*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 98, 2013, p. 46.

⁵²² Parecer n.º 186/2008, 23 de julho.

“(…) tais «segredos de empresa» não existem, por regra, quer nos concursos públicos quer nos contratos administrativos ou protocolos celebrados pela Administração.

Com efeito, o objecto de tais concursos, contratos e protocolos prende-se por regra com o exercício de certas funções que, normalmente, não exigem a revelação de «segredos de empresa»(…)”

Na realidade embora a extensão do segredo comercial possa, eventualmente, ser menor no âmbito da Contratação Pública, ainda assim, não são raros os preceitos, no âmbito do Direito dos Contratos Públicos, que procuram precisamente tutelar os segredos comerciais (cf. v.g. os artigos. 66.º, 132.º, n.º 5 e 189.º, n.º 5 do CCP)⁵²³.

Para além do exposto, julgamos também que é a própria *ratio* da existência do artigo 6.º, n.º 6 da LADA, que se opõe à lógica sustentada pela CADA, nos termos da qual a mera partilha de informação própria com uma entidade administrativa sempre implicaria, sem mais, uma vontade inequívoca de deixar de a manter secreta. Em *ultima ratio* tal evitaria, até, que existisse o próprio preceito de restrição de acesso à informação constante da LADA.

Revelar-se a informação contida nos elementos contratuais celebrados entre as partes, sujeitos, aliás, a cláusulas de confidencialidade, corresponderia a permitir, com uma mão, aquilo que se pretende evitar com a outra, isto é, a revelação da informação confidencial contida nos documentos administrativos permitiria que terceiros, eventualmente até, concorrentes dos titulares da informação protegida, pudessem tomar conhecimento de matérias reservadas ao sigilo comercial por intermédio da divulgação por entidade administrativa.

Mas não só, o conceito de segredo comercial que surge abarcado pelo artigo 6.º, n.º 6 da LADA, não apela simplesmente a um conceito relacional, quando o artigo se refere à *vida interna* das empresas remete para circunstâncias que poderão não ter qualquer valor de mercado e ainda assim a empresa as pretenda manter reservadas. É aqui que se expressa o direito subjetivo à manutenção da informação comercial em segredo, repare-se que o artigo alude expressamente à existência de uma vida empresarial interna. Essa consagração do direito fundamental da reserva da vida interna das empresas, a que nos

⁵²³ Para esta matéria vide RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, *Contratação pública no sector da energia*, in Estudos sobre Contratos Públicos, AAFDL, Lisboa, 2010, pp. 43 a 104.

referimos mais acima no texto, assume aqui a sua real expressão. Não se compreendendo, assim, como poderá ficar a posição das empresas pura e simplesmente desprotegida a partir do momento em que partilhasse as suas informações secretas com entidades públicas.

Caso a mera partilha de conhecimento às entidade públicas implicasse, sem mais, a publicização da informação tal teria, não só, a consequência nefasta de os particulares procurarem ao máximo ocultar informação à Administração Pública, como tal implicaria mesmo que o alcance da norma constante do artigo 6.º, n.º 6 da LADA seria praticamente inexistente.

Não é, nem pode ser assim.

E isso é particularmente problemático naquelas situações em que o próprio Estado se comprometeu, por intermédio da celebração de cláusulas contratuais, a não divulgar a informação que as entidades privadas tenham consigo partilhado.

O que nos leva à terceira ordem de razão acima assinalada, a existência de cláusulas de confidencialidade.

Em diversos contratos celebrados entre entidades públicas e privadas, são acordadas cláusulas de confidencialidade, nos termos das quais as partes ficam obrigadas a não revelar nem o conteúdo negocial, nem os conhecimentos que, por via dos contratos celebrados, possam, eventualmente, ser obtidos relativamente às respetivas práticas comerciais.

Ora, com referência à celebração de pactos de confidencialidade por parte de entidade públicas já se pronunciou o TC no Acórdão n.º 136/2005⁵²⁴, nos termos do qual entendeu que:

“Conclui-se, pois, que é possível ao legislador prever exceções ao direito geral de informação, quer no âmbito das restrições expressamente autorizadas pela Constituição, quer em hipóteses de conflito de direitos ou interesses constitucionalmente reconhecidos.

Ora, não será, desde logo, de excluir a possibilidade de inclusão, no presente caso, dos elementos de informação pedidos (ou pelo menos de parte deles) no âmbito de informação relativa à “intimidade das pessoas”, se se entender que tal cláusula

⁵²⁴ Ac. TC 136/2005, de 15-03-2005, processo 470/02.

justificativa de restrições ao direito à informação, prevista na parte final do artigo 268.º, n.º 2, da Constituição, é igualmente aplicável a pessoas colectivas – e, no caso, à vida interna (ao “segredo dos negócios” e dos processos de laboração) da empresa que celebrou com o Estado o contrato de investimento estrangeiro em que se previu logo o dever de confidencialidade das partes, e em cujos anexos se encontram os elementos em questão.”

Assim no contexto da contratação com entidades públicas celebram-se, efetivamente, cláusulas contratuais de confidencialidade, que muito espantaria ao Direito que pura e simplesmente pudessem ser deitadas ao lixo, sempre e em qualquer situação em que qualquer cidadão, ou grupo de cidadãos, pudesse obter acesso às informações reservadas.

Nesse sentido será naturalmente de pesar nos pratos da balança, por um lado, a importância da contratação de tais acordos para efeitos da prossecução das tarefas essenciais do Estado nos termos do artigo 9.º da CRP e, por outro lado, a concreta extensão dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais que consagram o direito de acesso à informação (designadamente o n.º 2 do artigo 268.º da CRP e o 5.º da LADA) e estes, ainda, no confronto com os preceitos que consagram a tutela ao segredo comercial.

Como bons elementos para a ponderação dos factores a considerar para efeitos da prossecução do interesse público salienta-se, do Acórdão n.º 136/2005 do TC, o facto de o *dever contratual de confidencialidade* pela existência de uma *cláusula de confidencialidade (sendo de presumir que tal vinculação constituiu, para ambas as partes, um elemento essencial para a celebração do contrato)* dever ser percecionado como prossecução das *tarefas fundamentais do Estado fixadas no artigo 9.º da CRP*. Para além de que, para o TC, o requerente da informação deveria sido *mais específico ou concreto*, estando *obrigado a identificar qual seria o interesse geral*, naquele caso, *sobre ameaças ao ambiente, para além do seu interesse ou legitimidade geral*.

Por último não se diga também que o próprio interesse jornalístico poderia ser suficiente para toda e qualquer informação que se pretenda obter da Administração Pública e até porque, como também já se observou, nos termos do artigo 8.º, n.º 3 do EJ o direito de acesso às fontes de informação, por parte dos jornalistas, não abrange “*os documentos que revelem segredo comercial, industrial ou relativo à propriedade literária, artística ou científica.*”

Em face do exposto, não se poderá aceitar, de forma inequívoca, que a mera partilha de segredos comerciais a entidades públicas e, como tal sujeitas ao princípio da Administração Aberta, é bastante para admitir que a empresa que revelou os referidos segredos os pretende tornar públicos.

d) A independência em relação à concorrência desleal

Nesta fase, é já possível afirmar que o conceito de segredo comercial que ficou plasmado na LADA foi considerado de uma forma ampla, podendo ser aplicável mesmo fora do âmbito das relações de concorrência, isto é quer o pedido de informação, quer a divulgação dessa mesma informação sejam, ou possam ser, considerados “*acto de concorrência contrário às normas e usos honestos de [um] qualquer ramo de actividade económica*” (cfr. artigo 317.º, n.º 1 do CPI). Aludindo à necessidade de se encontrar um conceito de segredo comercial que possa ser utilizado pela Administração Pública, de forma a que conheça os limites da possibilidade de recusa de acesso a informação administrativa, toma posição JOSÉ RENATO GONÇALVES referindo-se à recusa de um pedido de divulgação de informação relativo a um estudo de mercado realizado pela CP⁵²⁵ e concluindo que:

“Sem fronteiras minimamente precisas da noção de segredos comerciais ou empresariais, não haverá lugar para a transparência administrativa – o regime da LADA fica esvaziado, ao menos nos casos em que as informações respeitem a qualquer entidade que desenvolva uma actividade empresarial.

Em todo o caso, admitindo a referida argumentação, custa a perceber o verdadeiro significado do art. 10.º/1 da LADA (segundo o qual a Administração “pode recusar o acesso a documentos cuja comunicação ponha em causa segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna das empresas”).

Consistirá numa proibição geral de acesso a toda e qualquer informação relativa a empresas, salvo quando haja uma disposição expressa que imponha a respectiva divulgação? Ou seja, tratar-se-á de uma excepção pura e simples ao princípio da Administração aberta, tal como acontece por exemplo com os documentos nominativos (cujo acesso por terceiros pode ser admitido após sujeição a uma ponderação

⁵²⁵ Constante do Parecer n.º 106/2001, de 7 de junho da CADA; cfr. JOSÉ RENATO GONÇALVES, *Acesso à Informação das Entidades Públicas*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 140 ss.

casuística valores em jogo)? Ou, pelo contrário, consistirá num instrumento que habilita a Administração a decidir de modo discricionário sobre a transmissão dessa informação consoante o entenda em cada momento?”

Procurando dar um conteúdo ao conceito de segredo comercial, tomou já posição DÁRIO MOURA VICENTE⁵²⁶ referindo que:

“O segredo comercial constante de documentos administrativos não é, pois, protegido em si mesmo, mas tão-só e na medida em que o acesso ao mesmo possibilite, no caso singular, a prática de actos de concorrência desleal. Sendo que, de todo o modo, a circunstância de certos documentos administrativos conterem segredos comerciais abrangidos pela restrição de acesso não impede, como resulta do art. 6.º, n.º 7, da LADA, a sua comunicação parcial desde que seja possível expurgar deles a informação reservada.”

Mas, por sua vez, é o próprio JOSÉ RENATO GONÇALVES, que, sustenta que⁵²⁷:

“Como há muito se concluiu – mesmo quando se alegava a respectiva desconformidade face à Constituição – o art. 10.º/1 da LADA visa, pura e simplesmente, proteger segredos empresariais. E não se duvida, minimamente, que os segredos empresariais mereçam protecção, com ampla guarida constitucional. Mas isto nada tem que ver – salvo melhor opinião – com a defesa da concorrência (embora, claro, a concorrência pressuponha a possibilidade desenvolver, pelo menos com alguma liberdade, a actividade empresarial).”

E a corroborar a posição de JOSÉ RENATO GONÇALVES, podemos ainda referir a posição adotada por ALEXANDRE BRANDÃO DA VEIGA⁵²⁸. Ora, em face da natureza jurídica do segredo comercial que acima sustentámos, a nossa posição vai ao encontro daqueles que entendem que a LADA não pretende tutelar o segredo comercial, apenas contra a concorrência desleal.

⁵²⁶ *Segredo Comercial e Acesso à Informação Administrativa*, in Estudos em homenagem ao Prof. Sérvulo Correia, Coimbra, 2010, Vol. 3, p. 297.

⁵²⁷ *In op. cit.*, p. 151.

⁵²⁸ *Acesso à Informação da Administração Pública por Particulares*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 113.

Recorde-se, entendimento, já supra exposto, do STA, expresso no acórdão de 03/07/1997⁵²⁹, e nos termos do qual se sustentou que:

“O segredo relativo à propriedade literária, artística ou científica reconduz-se ao segredo comercial ou industrial, que são direitos fundamentais conflitantes com o direito à informação, em relação aos quais deve ceder.” (sem sublinhado no original)

Do decidido pelo Acórdão resulta que a valoração dos interesses em jogo, no processo de identificação da existência de um segredo comercial para, deve tão só identificar uma matéria que seja efetivamente um segredo comercial, isto é que consubstancie uma vantagem económica para o titular da informação caso não seja divulgada. Essa identificação pode até conter, eventualmente, aspetos de natureza concorrencial, o que não pode é condicionar esse processo de identificação a uma avaliação adicional relativa ao enquadramento da divulgação, ou do próprio pedido de informação, no quadro dos atos de concorrência desleal. Ou seja, a norma constante do artigo 6.º, n.º 6 da LADA, que atribui um efetivo direito fundamental aos respetivos titulares, não alude a qualquer restrição ao conceito de segredo comercial permitindo, contudo, que o mesmo seja revelado, contanto que o requerente possa juridicamente aceder ao mesmo, nos termos da segunda parte do artigo 6.º, n.º 6 da LADA, é só aquele conceito que realmente importa e independentemente da relação, mais ou menos estreita, que o mesmo possa ter com o instituto da concorrência desleal.

Por último refira-se ainda que a tutela da proteção jurídica do titular de um segredo comercial, no âmbito de um procedimento em que se levante a possibilidade de ser revelado um seu segredo comercial, poderá passar pela sua participação no âmbito do procedimento (cfr. artigo 52.º e 53.º do CPA) ou, numa fase já judicial, e em que eventualmente a entidade pública seja demandada no âmbito de um processo de intimação para a prestação de informações (cfr. artigos 104.º ss. do CPTA), pela sua qualidade de conainteressada nos termos do artigo 10.º, n.º 1 do CPTA. A preterição da chamada ao processo do titular do direito ao segredo comercial consubstancia uma violação de litisconsórcio necessário passivo.

⁵²⁹ Processo n.º 042447.

1.3. *Reverse engineering* ou desmontagem conceptual

I. De forma sintética, avançam PAMELA SAMUELSON/SUZANNE SCOTCHMER⁵³⁰ que *reverse engineering*:

“broadly speaking, is the process of extracting know-how or knowledge from a human-made artifact.”

Em Portugal a terminologia utilizada para fazer referência ao conceito de *reverse engineering*, tem oscilado entre desmontagem conceptual⁵³¹ e engenharia regressiva⁵³². Genericamente, como DÁRIO MOURA VICENTE, refere:

“O chamado reverse engineering, ou «desmontagem conceptual» do produto, não é assim proibido: qualquer um pode, pelos seus próprios meios, desvendar um segredo comercial – v.g. a fórmula química que está na base de certo medicamento – e fazer uso dele, uma vez que o segredo não está protegido contra a respectiva utilização em geral, ao contrário do que sucede nas patentes.”

A possibilidade de obtenção de uma informação comercial confidencial de um terceiro de forma independente, não estará, por princípio, vedada aos agentes económicos, será uma lícita utilização do bem adquirido pelo terceiro⁵³³. Mas considerando que existem dados provenientes da doutrina e da jurisprudência dos regimes jurídicos estrangeiros acima referidos que apontam para alguma limitação do âmbito de aquisição dessas informações, importa verificar se também no Direito nacional, se verificam restrições a esse âmbito.

Uma das ordens jurídicas estudadas, no âmbito da qual a leitura que tem vindo a ser feita pela doutrina e pela jurisprudência tem sido num sentido restritivo da aquisição de informações confidenciais pela *reverse engineering*, é a alemã (cfr. p. 65), sendo que aí

⁵³⁰ *The Law and Economics of Reverse Engineering*, in *The Yale Law Journal*, Volume 111, Issue 7, May 2002, p. 1577.

⁵³¹ Cfr. VICENTE, DÁRIO MOURA, *Segredo Comercial e Acesso à Informação Administrativa ...*, p. 293.

⁵³² Por exemplo, como assim se refere ao conceito PEREIRA, ALEXANDRE DIAS, *Direitos de Autor, Códigos Tecnológicos e a Lei Milénio Digital*, in BFDUC, Vol. LXXV, Gráfica de Coimbra, 1999, p. 485.

⁵³³ SILVA, NUNO SOUSA E, *A proposta de directiva ...*, cit., p. 268.

se tem sustentado que o acesso independente pela *reverse engineering* só será lícito se o acesso for simples, caso exija especial complexidade na obtenção da informação, será considerado ilícito o acesso.

No Direito italiano toma posição ALBERTO CAMUSSO⁵³⁴, identificando qual será o escopo da norma que tutela, naquele ordenamento jurídico, as informações secretas (artigo 99 do *Codice*), que, como acima identificado, aponta para uma avaliação da violação de tais informações secretas independente de considerações de concorrência desleal, bastando-se com um comportamento, por parte do utilizador/divulgador da informação, que não seja abusivo, dessa forma se permitindo a aquisição e utilização de tal informação caso a mesma seja alcançada de modo independente, por um terceiro. Suportado pela jurisprudência italiana⁵³⁵, o autor refere que o artigo protege, em primeiro lugar e mais do que o resultado, o meio pelo qual a informação é adquirida, sendo que a função da proteção das informações confidenciais é, precisamente, “*a inibizione de atalhos convenientes na aquisição da informação industrialmente útil, suscetível de gerar poupanças [ao adquirente], pela direta subtração de informação confidencial, de tempo e de custo de una autónoma reconstrução [reverse engineer]*”

Assim, se é certo que, por princípio, nada obstará à aplicação de técnicas de qualquer espécie para a prosseguir o intento de desconstruir a informação secreta, já se dá nota de haver alguns autores que se referem à possibilidade de, pela *reverse engineering* se poder mesmo violar direitos de propriedade intelectual, como observa WOLFGANG STRAUB⁵³⁶:

“En conclusion, la loi sur la concurrence déloyale ne limite pas l’ingénierie inverse au-delà du droit de la propriété intellectuelle mais elle peut interdire la divulgation des résultats d’une analyse illicite selon la loi sur le droit d’auteur indépendamment de l’individualité des informations en question.”

II. Precisamente no quadro do Direito de Autor, e com importância para o presente trabalho, dá-se nota de que o conceito de *reverse engineering* tem sido mencionado no

⁵³⁴ *Know-how e segreto nell’evoluzione delle fonti*, p. 27.

⁵³⁵ App. Milano, 29 novembre 2002, in GADI, 4533.

⁵³⁶ *Cfr. L’ingénierie inverse et la propriété intellectuelle*, in *Revue de droit suisse*, 122, Halbband 1, no. 1, 2003

âmbito da proteção jurídica dos programas de computador⁵³⁷, por força da remissão do artigo 1.º, n.º 2 do DL 252/94 para uma *proteção análoga à conferida às obras literárias*⁵³⁸. A proteção jurídica dos programas de computador, e a utilização do conceito da *reverse engineering*, interessam ao presente trabalho porquanto o regime jurídico permite uma restrição aos direitos patrimoniais do titular de direito de autor de um programa de computador por via da utilização privada deste, mais especificamente por via da descompilação. Importa assim identificar em que circunstâncias poderá a técnica da *reverse engineering* ser utilizada de forma a obter o acesso a informações de teor secreto, relativas ao programa de computador e, bem assim, procurar uma delimitação da utilização dessa informação por parte de quem logrou alcançá-la.

Como se observará, o regime da descompilação permite ao utilizador do programa de computador aceder, de uma forma lícita, a certas informações confidenciais do titular dos direitos de autor sobre o programa, embora sujeito a determinadas restrições.

Nos termos do artigo 7.º, n.º 1 do DL 252/94 “[a] *descompilação das partes de um programa necessárias à interoperabilidade desse programa de computador com outros programas é sempre lícita, ainda que envolva operações previstas nos artigos anteriores, quando for a via indispensável para a obtenção de informações necessárias a essa interoperabilidade.*”

A licitude da descompilação para os fins indicados no preceito *supra*, implica, como referimos, uma limitação à proteção dos programas de computador pelo direito de autor⁵³⁹. Essa descompilação constitui um dos direitos do utilizador, contratualmente indisponível (cfr. artigo 7.º, n.º 3 do DL 252/94) e consiste, precisamente, num processo de *reverse engineering*⁵⁴⁰. A possibilidade de o utilizador do programa de computador

⁵³⁷ Aplicada à proteção jurídica de programas de computador, conforme refere LAI, STANLEY, *The Copyright Protection of Computer Software in the United Kingdom*, Hart Publishing, Portland, Oregon, 2000, pp. 95 e 96, as técnicas de *reverse engineering* envolvem o seguinte: “*studying available manuals and documentation; using intermediate empirical processes such as observing the program in operation through the use of test inputs and monitoring inputs and outputs from a program (the so called “black-box” technique) or displaying on a computer screen or in a printout contents of the computer memory; and the more complex techniques of disassembly and decompilation.*” Cfr. também, no Direito nacional, SILVA, NUNO SOUSA E, *A proposta de directiva ...*, cit., p. 269.

⁵³⁸ Relativamente aos termos desta *proteção análoga vide*, VIEIRA, JOSÉ ALBERTO, *Notas gerais sobre a protecção de programas de computador em Portugal*, in *Direito da sociedade da informação*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

⁵³⁹ Vide PEREIRA, ALEXANDRE DIAS, *A Liberdade de Navegação na Internet: «Browsers», «Hyperlinks», «Meta-tags»*, in *Estudos de Direito da Comunicação*, Instituto Jurídico da Comunicação, Coimbra, 2002, p. 230.

⁵⁴⁰ PEREIRA, ALEXANDRE DIAS, *Software: sentido e limites da sua apropriação jurídica*, in *Temas de Direito da Informática e da Internet*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 112 define a descompilação de

proceder à respetiva descompilação visa permitir a referida interoperabilidade, *i.e.*, a interação, de todos os elementos de um sistema informático, incluindo os de diferentes fabricantes, de forma a poderem funcionar conjuntamente⁵⁴¹.

A faculdade de descompilação não está, contudo, admitida com toda a amplitude. Repare-se que o artigo 7.º, n.º 1 do DL 252/94, permite a realização da descompilação *ainda que envolva operações previstas nos artigos anteriores*. Ora, se as operações a que os artigos anteriores se referem são as de *realização (ou de autorização) de reprodução* (cfr. artigo 5.º, alínea a) do DL 252/94), *de transformação do programa e a reprodução do programa derivado, sem prejuízo dos direitos de quem realiza a transformação* (cfr. artigo 5.º, alínea b) do DL 252/94) e outras que são livremente permitidas aos utentes, o artigo parece excepcionar, assim, os direitos do autor constantes do artigo 5.º, pelo que se compreende a limitação à utilização das técnicas de descompilação⁵⁴². Destarte, o referido DL 252/94, apenas permite a descompilação se essa for, como o indica o artigo 7.º, n.º 1 do DL 252/94, indispensável para a obtenção de informações necessárias à interoperacionalidade. Por outro lado a descompilação só poderá ser efetuada pelo titular da licença de utilização, outra pessoa que possa licitamente utilizar o programa, ou pessoas por estes autorizadas, se essas informações não estiverem já fácil e rapidamente disponíveis (cfr. artigo 7.º, n.º 2 do DL 252/94).

Adicionalmente o regime jurídico de proteção de programas de computador introduz 3 específicas restrições à utilização da informação obtida por via da descompilação. Tais informações não poderão ser utilizadas para um ato que infrinja direitos de autor sobre o programa originário (artigo 7.º, n.º 4, alínea a) do DL 252/94), não poderão lesar a exploração normal do programa originário ou causar um prejuízo injustificado aos interesses legítimos do titular do direito (artigo 7.º, n.º 4, alínea b) do DL 252/94) *e não poderão ser comunicadas a outrem quando não for necessário para a*

um programa de computador como se tratando de um processo através do qual “*se “regressa” ao código-fonte reconvertendo o código-objecto. O objectivo da descompilação é, portanto, reverter – daí a expressão reverse engineering – o programa na sua forma humanamente legível, ou seja, no código-fonte em que foi escrito através de uma linguagem de programação.*”

⁵⁴¹ PEREIRA, ALEXANDRE DIAS, *ibidem*, p. 113.

⁵⁴² Como refere PEREIRA, ALEXANDRE DIAS, *ibidem*, p. 130, “[a] exceção de descompilação não permite as operações de reprodução e de tradução senão para a obtenção de informações necessárias à interoperabilidade de um programa criado de modo independente com outros programas.”

interoperabilidade de um programa criado independentemente (artigo 7.º, n.º 4, alínea c) do DL 252/94)⁵⁴³.

Verifica-se, então, que o regime da descompilação permite a obtenção de determinadas informações por parte dos utilizadores, mas acaba por circunscrever o campo de utilização dessas mesmas informações. Assim, e com importância para o presente trabalho, salienta-se a indisponibilidade da comunicação das informações obtidas, a outrem, quando essas não sejam necessárias para a interoperabilidade de um programa criado independentemente (cfr., de novo, artigo 7.º, n.º 4, alínea c) do DL 252/94). Ou seja, por via da descompilação o utilizador do programa de computador protegido pode aceder a informação confidencial, não a podendo, contudo, revelar. O que suscita a questão de saber quais as consequências jurídicas emergentes da violação de uma tal obrigação de guarda dessas informações.

Nos termos do artigo 14.º do DL 252/94, um programa de computador é penalmente protegido contra a reprodução não autorizada, sendo essa proteção penal garantida, atualmente⁵⁴⁴, pela Lei n.º 109/91, de 17 de agosto (Lei do Cibercrime), sendo que, como vimos já, nos termos do artigo 8.º, n.º 1 dessa Lei do Cibercrime,

“Quem ilegitimamente reproduzir, divulgar ou comunicar ao público um programa informático protegido por lei é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.” (sem destaque no original)

Não obstante, essa remissão para a Lei do Cibercrime, o artigo 15.º do DL 252/94, alude também à possibilidade de o direito de autor sobre os programas de computador poder ainda ser tutelado por outras disposições legais, estatuidando que:

⁵⁴³ Note-se que o quadro de restrições à utilização da informação obtida por via de um processo de descompilação poderá ser mais amplo, nesse sentido, referindo-se à possibilidade da ocorrência de outras restrições *vide* PEREIRA, ALEXANDRE DIAS, *in op. cit.*, p. 115, quando, referindo-se à redação da norma de proteção dos programas de computador no quadro da Diretiva 91/250/CEE, de 14 de maio, sustenta que “(...) a utilização e transmissão das informações licitamente obtidas respeitantes aos processos ou métodos funcionais que o programa utiliza não constitui, por si só, ilícito em matéria de direitos de autor. Poderá ser um acto constitutivo de concorrência desleal ou, eventualmente, um acto violador do direito exclusivo de patente, na medida em que esta forma de propriedade seja atribuída a tais elementos dos programas (art. 9.º, n.º 1)”.

⁵⁴⁴ O artigo 14.º, n.º 2 do DL 252/94 ainda se refere à remissão para a Lei n.º 109/91, de 17 de agosto, revogada pela Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro.

“A tutela instituída pelo presente diploma não prejudica a vigência de regras de diversa natureza donde possa resultar uma protecção do programa, como as emergentes da **disciplina dos direitos de patente, marcas, concorrência desleal, segredos comerciais e das topografias dos semicondutores ou do direito dos contratos.**” (sem destaque no original)

Da leitura da norma resulta uma importante nota para o presente trabalho.

Embora inspirado pela redação da norma constante do artigo 9.º, n.º 1 da Diretiva 91/250/CEE⁵⁴⁵, o legislador nacional adotou uma enunciação de disciplinas possíveis de tutelar o direito de autor sobre programas de computador que, pelo menos aparentemente, suscita uma autonomização da disciplina do segredo comercial em relação à da concorrência desleal. A norma tem assim a idoneidade de proteger o segredo comercial, eventualmente constante do programa de computador, em relação a um *hacker* informático que, podendo nem sequer ser comerciante, poderá, igualmente, não ter praticado qualquer ato de concorrência desleal na divulgação do dito segredo. Seria, por isso, um ato de descompilação suscetível de violar um segredo comercial, independentemente da existência de um ato de concorrência desleal. Assim, para além da eventual sanção penal que possa ser imposta ao *hacker*, o pedido de indemnização civil, a deduzir pelo titular da informação divulgada, poderá perfeitamente ter como fonte a violação da informação sujeita a segredo comercial, expressa no programa informático e, repare-se, mesmo perante a ausência de uma prática de concorrência desleal.

De novo, aqui, permite o legislador uma tutela do segredo comercial fora do âmbito da prática de atos de concorrência desleal⁵⁴⁶.

III. Fora dos casos acima enunciados o acesso às informações comerciais e industriais protegidas pelo segredo comercial, poderão encontrar algumas dificuldades

⁵⁴⁵ Atualmente revogada pelo artigo 10.º da Diretiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2009, também relativa à proteção jurídica dos programas de computador.

⁵⁴⁶ PEREIRA, ALEXANDRE DIAS, *ibidem*, p. 126., referindo-se ainda ao regime da descompilação, dá nota que essa matéria “*levanta ainda o problema da proteção dos códigos de programação, em especial dos algoritmos*”, que o autor considera, na esteira de WIEBE, “*a parte mais importante de um programa de computador*”. O autor admite que *os algoritmos poderão ser protegidos pelo direito da concorrência desleal, que proíbe a ilícita apropriação, utilização ou divulgação dos segredos de indústria ou do comércio de outrem*. Segundo o autor “*não se exige sequer um ato de concorrência desleal, beneficiando os segredos de um direito especial de protecção, ainda que enquadrado no catálogo de exemplos de actos que ilustram as práticas de concorrência desleal.*” (sem destaque no original)

em superar o princípio da livre concorrência e a liberdade artística e científica que, *de uma forma limpa* e sem recorrer à violação das regras e usos honestos do sector de atividade a que se reportem, hajam alcançado a mesma informação.

Há, por isso, uma livre admissibilidade de aceder a informações comerciais confidenciais por via da desmontagem conceptual, constituindo esta figura uma forma lícita de acesso a informações protegidas pelo segredo comercial.

1.4.O património profissional

I. Matéria que tem levantado crescente e frequente interesse por parte da jurisprudência nacional é a da aquisição e utilização de informações comerciais confidenciais partilhadas pelo respetivo titular, no contexto de uma relação laboral, de prestação de serviços ou comercial (designadamente no âmbito de contratos de agência, de concessão comercial e de *franchising*⁵⁴⁷). Trata-se de situações em que, tendo por fonte uma relação contratual, o titular dos segredos comerciais entendeu ser de *partilhar* a informação confidencial por si gerada, de forma a viabilizar a execução das prestações contratuais a que o seu cocontratante se encontra obrigado por via do contrato. Para além das situações em que a partilha é efetuada *motu proprio* pelo titular da informação, outras há em que o cocontratante, por via e por causa da execução das prestações contratuais acaba por, inevitavelmente, apreender as informações havidas como secretas pelo respetivo titular.

Em face da natureza das informações adquiridas no decurso da execução do contrato que deu origem à *partilha* dessas informações, não parece haver grandes dúvidas de que a posição jurídica do titular dessas informações estará protegida, durante a vigência dos contratos celebrado, desde logo pela formulação genérica de deveres contratuais de lealdade, como por exemplo o artigo 128.º, n.º 1, al. f) do CT⁵⁴⁸ ou os artigos 1.º, n.º 1, al. g) do Regulamento 330/2010 e 1.º, n.º 1, al. i) do Regulamento 772/2004, nos termos dos quais se identificam, respetivamente para a matéria acordos verticais e práticas concertadas⁵⁴⁹ e dos acordos de transferência de tecnologia⁵⁵⁰, requisitos que determinadas informações poderão ter de reunir para efeitos de ser tutelada a respetiva confidencialidade. O problema que se levanta cada vez mais na jurisprudência nacional é o da tutela das informações confidenciais *post pactum finitum*, isto é, já após o termo

⁵⁴⁷ Cfr. Ac. STJ, de 08-10-2013, processo n.º 191/10.2TVLSB.L1.S1.

⁵⁴⁸ O artigo dispõe que, sem prejuízo de outras obrigações, o trabalhador deve “[g]uardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios.”

⁵⁴⁹ Relativamente aos contratos de *franchising*, embora não tendo natureza normativa, poderá certamente evidenciar uma frequente opção contratual a adoção do conteúdo do disposto no ponto 2.3 do *European Code of Ethics for Franchising* elaborado pela European Franchise Federation, nos termos do qual constitui uma das obrigações do *Individual Franchisee*), “não divulgar a terceiros o know-how fornecido pelo licenciador, nem durante nem após o término do acordo” (tradução livre).

⁵⁵⁰ Relativamente às garantias de confidencialidade no âmbito dos contratos de transferência de tecnologia vide SILVA, MIGUEL MOURA E, *Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência: Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos Estados Unidos e da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 286 e 287.

dos contratos celebrados entre as partes, focando-se a jurisprudência, designadamente, na interpretação das cláusulas de confidencialidade, no que diz respeito à licitude das mesmas.

O tema suscitado convoca as maiores dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais, designadamente porque qualquer restrição à utilização dos conhecimentos adquiridos por um indivíduo no decurso do exercício de uma atividade económica, coloca a séria probabilidade de afetar direitos e liberdades com assento constitucional como o sejam o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º 1 da CRP), o direito ao trabalho (cfr. artigo 58.º, n.º 1 da CRP), a liberdade de escolha de profissão (cfr. artigo 47.º, n.º 1 da CRP) e o direito de iniciativa económica privada⁵⁵¹ (cfr. 61.º, n.º 1 da CRP).

Não obstante as dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais, o enfoque da questão tem sido dado à admissibilidade da celebração de pactos de não concorrência⁵⁵² e respetivas extensão e remuneração⁵⁵³.

A abordagem da problemática da reserva da confidencialidade, muito embora possa também aí (nos pactos de não concorrência) ter lugar, assumirá, contudo, especial relevância na celebração de cláusulas de confidencialidade. Na realidade, como veremos, é no âmbito dessas que se deverá autonomizar uma informação suscetível de tutela pelo segredo comercial, ao passo que com cláusulas de não concorrência, o objeto é mais lato e poderá ser associado a um conjunto mais amplo de obrigações que não apenas a reserva da confidencialidade de certa informação.

Como anteriormente referido, podem incluir-se no âmbito do estudo das cláusulas de não concorrência e da obrigação de confidencialidade, o disposto nos artigos 128.º, n.º 1, al. f) 136.º do CT e 8.º e 9.º do DL 178/86, respeitante ao contrato de agência, podendo igualmente ser contido nesta matéria o estudo a extensão dos deveres de

⁵⁵¹ MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 3.ª edição, 2000, p. 516, refere-se ao direito de *iniciativa privada* como sendo um direito de liberdade, na medida em que revelam a autonomia de pessoas e de grupos formados na sociedade civil frente ao Estado, sendo que o cerne da respetiva estrutura se encontra na atividade dessas pessoas e desses grupos, não na atividade do Estado, o enfoque da proteção, diríamos, está na abertura à iniciativa ante qualquer entidade. Para o autor, a iniciativa privada compreende dois momentos, sustentando que “(...) há um primeiro momento, de acesso à iniciativa económica (uma fase do exercício originário de iniciativa e de constituição da empresa) e há um segundo momento, de direção e gestão.”

⁵⁵² Cfr. Ac. TRC de 05/11/2009, processo n.º 129/08.7TTAGD.C1.

⁵⁵³ Cfr. Ac. STJ de 10-12-2009, processo n.º 09S0625 e Ac. TRL de 20-10-2010, processo n.º 4883/07.5TTLSB.L1-4.

confidencialidade associados a outros contratos, desprovidos de regulamentação específica, como sejam o contrato de *franchising* e o de concessão comercial.

II. No quadro das relações laborais, e relativamente à abordagem da matéria da proteção do segredo comercial por intermédio da celebração de pactos de não concorrência, SOFIA SILVA E SOUSA afirma que⁵⁵⁴ “*a limitação da actividade concorrencial [pelo ex-trabalhador] objecto do pacto é uma actividade lícita que se torna ilícita ex contractu*”. Nessa sequência a autora sustenta ainda que na ausência da celebração de um tal pacto, a liberdade de trabalho do ex-trabalhador fica apenas limitada por conta daquilo que decorra da proibição da concorrência desleal, da proibição da violação de segredos com proteção penal e da pós-eficácia do dever de boa fé. De um ponto de vista geral concordamos com a posição adotada pela autora, não obstante e para os efeitos do presente trabalho devem ser efetuadas duas precisões àquele entendimento.

Por um lado, como veremos, a existência de informações comerciais confidenciais na esfera jurídica da entidade empregadora não implica, ou não implica sempre, a restrição da liberdade de trabalho do ex-trabalhador, como exemplo pode imaginar-se um engenheiro mecânico que trabalhe para um fabricante de automóveis. Se quando esse trabalhador cessar o seu vínculo com a entidade empregadora souber quais os próximos modelos que serão lançados no mercado, por aquele fabricante, certamente que nada o impediria de continuar a exercer precisamente a mesma profissão que exercia na sua anterior entidade empregadora (a não ser, claro está, que haja celebrado um pacto de não concorrência), sendo certo que a única coisa a que poderá estar vinculado é a de não divulgar o lançamento próximo daqueles modelos. Aqui não ocorre uma restrição à liberdade de trabalho, mas tão só a vinculação a um dever de confidencialidade, que assume uma verdadeira eficácia pós-contratual. A primeira precisão é, então, a de que a cláusula de confidencialidade pode cobrir matérias que o pacto de não concorrência não seria idóneo a cobrir; imagine-se o que se diria da licitude de um pacto de não concorrência que restringisse o exercício profissional a um ex-trabalhador e que apenas

⁵⁵⁴ *Obrigações de não concorrência com efeitos post contractum finitum*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, p. 49.

tivesse como objeto a não revelação de informações como as da natureza do exemplo *supra*⁵⁵⁵.

Por outro lado, se fizermos fé que na ausência de um pacto de não concorrência a tutela das informações confidenciais só existe nos quadros da concorrência desleal, do direito penal e da boa fé, então para que serviriam as cláusulas de confidencialidade? Como acima referido acerca da natureza jurídica do direito ao segredo, este é um direito de conteúdo positivo, ao contrário dos direitos industriais que, desprovidos de conteúdo positivo *a se*, são construídos através da proibição *erga omnes* de idêntico aproveitamento àquele que é admitido ao respetivo titular. Ora, o direito à confidencialidade da informação comercial, como o caracterizámos, é um efetivo direito subjetivo e existe independentemente da tutela penal e contraordenacional (por via do direito da concorrência desleal). Nessa sequência as cláusulas de confidencialidade não vêm criar ilícitos de natureza contratual, o que a cláusula introduz é a cognoscibilidade da importância para a entidade empregadora daquela – concreta – informação que se pretende manter em segredo, a existência de pactos de confidencialidade, permite assim, a tomada de conhecimento, por parte do trabalho, que essa informação se trata de segredo comercial⁵⁵⁶.

Importa assim, no que tange a esta segunda precisão, identificar, então, qual o âmbito da informação comercial a proteger e qual a força vinculativa imprimida no ex-trabalhador para não a divulgar e, eventualmente, utilizar. Como forma de equilibrar os interesses em presença e ponderar os interesses de parte a parte WILLIAM VAN CANAEGEM propõe, para o Direito alemão, a apreciação de factores como a possível essencialidade do segredo comercial para o negócio do anterior empregador, a importância do cargo desempenhado pelo ex-trabalhador e o respetivo nível de acesso às informações reservadas, as eventuais preparações levadas a cabo pelo ex-trabalhador tendo em vista a futura concorrência com o seu empregador (enquanto ainda se encontrando na execução do contrato de trabalho), a participação (ou falta dela) no

⁵⁵⁵ Tomando posição sobre esta matéria *vide* LUCEA, AUREA SUÑOL, *El Secreto Empresarial – Un Estudio del Artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 281 – 283, referindo-se à necessidade de a matéria informativa objeto da cláusula de não concorrência constituir um interesse legítimo *apto a justificar a validade do pacto* [de não concorrência].

⁵⁵⁶ Foi o que, por exemplo, resultou para alguns sectores da jurisprudência nos EUA, *vide Integrated Cash MGMT. Serv. v. D.T.*, 732 F. Supp. 370 (S.D.N.Y. 1989) e jurisprudência aí citada, designadamente *Aries Information Systems, Inc. v. Pacific Management Systems Corp.*, 366 N.W.2d 366, 369 (Minn.App. 1985) (acordos de confidencialidade que informam o trabalhador que a informação contida num computador da empresa constitui segredo comercial) e *Jostens, Inc. v. National Computer Systems, Inc.*, 318 N.W.2d 691, 702 (Minn. 1982).

desenvolvimento do segredo comercial, a existência (ou falta dela) de especial retribuição ao trabalhador para o desenvolvimento do segredo comercial e, ainda, se o trabalhador esteve muito ou pouco tempo ao serviço da anterior entidade empregadora⁵⁵⁷.

III. Concretamente no que se refere à cognoscibilidade da importância de uma dada informação enquanto confidencial, o UKSC, no caso *Vestergaard Frandsen A/S v. Bestnet Europe Limited*⁵⁵⁸, com decisão proferida no passado mês de maio de 2013 pode trazer alguns dados interpretativos importantes para o ordenamento jurídico nacional⁵⁵⁹. Naquele caso, e atalhando bastante o respetivo detalhe, uma das questões que se colocava ao UKSC era a de saber se um ex-trabalhador poderia desenvolver uma atividade concorrencial com o anterior empregador, aplicando uma específica técnica de fabrico, que havia sido desenvolvida pela entidade empregadora anterior. Relativamente a dois dos réus, havia cláusulas de confidencialidade e um exercício profissional (técnico) que implicavam que esses dois réus saberiam perfeitamente que essa técnica (consistente na aplicação de polietileno no fabrico de redes repelentes de mosquitos, ao invés de poliéster) era fruto da investigação científica da anterior entidade empregadora e alvo de diligências consideráveis para ser mantida em segredo. Essa cognoscibilidade relativa à natureza confidencial daquela informação, não resultava provada, contudo, relativamente à terceira ré (*Mrs. Sig*), facto que conduziu o UKSC a absolver essa ré da violação dos deveres de confidencialidade (da “*breach of confidence*”). De resto o UKSC, nem aceitou, tão pouco, a acusação dirigida à terceira ré, nos termos da qual esta teria tido uma conduta temerária em contratar os dois primeiros réus, na medida em que sabia que os mesmos haviam estado envolvidos na investigação científica para o

⁵⁵⁷ *Trade Secrets Intellectual Property, Breach of Confidence, Misappropriation and Unfair Competition*, Kluwer Law, 2014, p. 186.

⁵⁵⁸ Cfr. *Vestergaard Frandsen A/S & Ors v Bestnet Europe Ltd & Ors [2013] UKSC 31 (22 May 2013)*, consultado em <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2013/31.html>

⁵⁵⁹ Sempre com as cautelas, já acima indicadas, de que a tutela das informações comerciais no Reino Unido é feita com recurso ao *tort* de “*breach of confidence*” e que tem vindo a ser tratada na jurisprudência britânica com forte influência no caso *Coco v A N Clark (Engineers) Ltd [1969] RPC 41*, do qual resulta que para beneficiar de proteção a informação tem de reunir três pressupostos: a) ter a necessária qualidade de confidencialidade, i.e., deve ser secreta, identificável e não banal (*not trivial*); b) ser comunicada em circunstâncias que importem uma obrigação de confidencialidade, quer por via contratual ou simplesmente pelo conhecimento objetivo da sua confidencialidade; e c) tenha sido usada sem a autorização e com prejuízo (*detriment*) da parte que gerou a informação.

melhoramento da técnica. Perante tal acusação o UKSC afastou a mesma com a seguinte curiosa afirmação⁵⁶⁰:

“if one plays with fire, one is more likely to be burnt, but it does not of itself mean that one is burnt”

Os dados que nos chegam do Direito inglês são interessantes porque permitem, de facto, consubstanciar a extensão das cláusulas de confidencialidade. As referidas cláusulas têm sido mencionadas na doutrina⁵⁶¹ e na jurisprudência como assumindo, precisamente, um escopo diverso do das cláusulas de não concorrência. Nessa sequência veja-se aquele que foi o entendimento proferido pelo Ac. TRC de 05-11-2009⁵⁶²:

“São coisas distintas “o pacto de não concorrência” – que visa acautelar, por certo tempo, o prejuízo decorrente do exercício de actividade concorrencial e o risco de indefinição entre as situações ilícitas de utilização de informação reservada ou confidencial e o normal exercício dos conhecimentos profissionais e técnicos adquiridos pelo desempenho e experiência, constitutivos estes do chamado património profissional do trabalhador – e as chamadas “cláusulas de confidencialidade” – que visam apenas impedir a divulgação, no subsequente período pós-contratual, de factos que não fazem parte da experiência profissional do trabalhador.”

Assim, para evitar que sejam divulgadas informações comerciais confidenciais, o empregador poderá celebrar com os seus trabalhadores um pacto de confidencialidade. Esse pacto, que deverá ser considerado um contrato atípico⁵⁶³, será tão válido e eficaz quanto seja destinado a proteger informações comerciais o mais determinadas e descritas possível, e *relativamente às quais há um interesse real da empresa em evitar a*

⁵⁶⁰ Em face da expressividade da afirmação quando referida na Língua inglesa, optámos por não a traduzir.

⁵⁶¹ Cfr., designadamente, SOUSA, SOFIA SILVA E, *in op. cit.*, p. 18; GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA, *Algumas novas questões sobre as cláusulas ou pactos de não concorrência em Direito do Trabalho*, Revista do Ministério Público, 127, julho-setembro, 2011, Lisboa, p. 96;

⁵⁶² Ac. TRC de 05-11-2009, processo n.º 129/08.7TTAGD.C1.

⁵⁶³ Cfr. OLIVA, UMBERTO, *Strumenti Contrattuali di Tutela del Know-how*, in *La tutela del know-how*, Giuffrè, Milão, p. 148

sua propagação a terceiros⁵⁶⁴, visando, precisamente, a cognoscibilidade do ex-trabalhador para a consideração da confidencialidade da informação comercial.

IV. Onde o pacto de confidencialidade concita as maiores dúvidas é na possibilidade de assumir eficácia pós-contratual, repare-se que conceder um direito absoluto à confidencialidade da informação comercial que o trabalhador houvesse adquirido por via da respetiva atividade profissional, e ainda que, nos termos de um pacto de confidencialidade o respetivo objeto constasse devidamente especificado, tal poderia constituir um sacrifício insuportável e, diga-se mesmo, inexigível ao trabalhador. Em rigor quanto mais amplo for o objeto de reserva de confidencialidade, maior será a probabilidade de se atingir o núcleo essencial do exercício da liberdade de trabalho e maior terá que ser, igualmente, o corresponsivo remuneratório pela não divulgação dessa informação, caso a mesma efetivamente contenda com aquela liberdade.

Perante esta, eventualmente inadmissível, restrição à liberdade de trabalho UMBERTO OLIVA sustenta que perante os casos de maior amplitude do objeto de reserva, o pacto de confidencialidade não será o instrumento contratual mais adaptado em face dos interesses do empregador, referindo o autor ser preferível nessas situações a celebração de pactos de não concorrência. Tendo em conta a necessidade de assegurar a liberdade profissional esse deverá, de facto, ser o caminho a seguir⁵⁶⁵.

Acreditamos que é precisamente no grau de densificação do conteúdo da informação que se encontra o cerne da destriça entre as cláusulas de confidencialidade e as cláusulas de não concorrência, assim quanto maior for o acervo informativo a tutelar enquanto confidencial mais provável será a necessidade de adoção de um pacto de não concorrência⁵⁶⁶, e isto porque, como vimos *supra* quando nos referimos ao conteúdo

⁵⁶⁴ *Ibidem*.

⁵⁶⁵ Se se permitir a reserva de toda as informações que um trabalhador haja obtido no decurso da sua atividade profissional, corremos o risco de se iniciar uma autêntica perseguição ao ex-trabalhador qualificado, como nos dá nota MICHAEL SCHRAMBOECK, *Trade Secrets and Disclosure in the United States and Austria*, in *The Comparative Law Yearbook of International Business*, Vol. 23, p. 253, como o autor refere “*More and more employers across the United States are seeking to obtain injunctions against former employees to prevent them from working for direct competitors on the basis that the similar nature of employment makes it “inevitable” that the former employer’s trade secrets will be used. The essence of the doctrine of inevitable disclosure is that courts do not need to wait for trade secrets to be misappropriated before issuing injunctive relief. Courts can take action before it happens because it is enough that it appears inevitable that an employee joining a competitor will use or disclose his former employer’s trade secrets.*”

⁵⁶⁶ Em sentido algo próximo ao que sustentamos cfr. CAENEGEM, WILLIAM VAN, *Trade Secrets Intellectual Property ...*, p. 188, ao referir que, na Alemanha o que é importante é elaborar as cláusulas de

jurídico do conceito de segredo comercial *tutelável*, a informação confidencial que será suscetível de tutela pela ordem jurídica sofre sempre compressões em face dos interesses conflitantes em presença. No caso das cláusulas a que nos temos vindo a referir no presente capítulo é o exercício da liberdade de trabalho que está em jogo, sendo que dificilmente os interesses em presença nessa liberdade, que decorrem mesmo do princípio do livre desenvolvimento da personalidade (cfr. o artigo 26.º da CRP), poderão ser vencidos no confronto com o direito à confidencialidade das informações comerciais confidenciais. Há, assim, que distinguir aquelas situações em que os interesses a tutelar são tão amplos que possam restringir aquela liberdade, caso em que deverão ser celebrados pactos de não concorrência nos termos e com as condições em que a Lei entendeu limitar uma liberdade com assento constitucional (cfr. artigo 18.º, n.º 2 da CRP), daquelas situações em que é possível delimitar com precisão qual a concreta informação que se pretende tutelar, casos em que se poderá recorrer à celebração de pactos de confidencialidade com a mencionada eficácia pós-contratual.

Teríamos então que, em face de a divulgação da informação implicar a violação da liberdade de trabalho do sujeito passivo obrigado nos termos de uma cláusula de confidencialidade (*obligatio de non facere*), isto é, em face dessa cláusula impedir que o trabalhador coloque ao seu serviço o acervo intelectual profissional que adquiriu enquanto trabalhador é que se deverá aferir da licitude da cláusula de confidencialidade e, assim, da suscetibilidade de proteção da informação que se pretende tutelar. Exemplo do exposto poderá ser, imagine-se, o caso de um trabalhador que durante 15 anos trabalhou numa fábrica de gomas, tendo durante esses anos adquirido um conhecimento privilegiado da receita que a sua empregadora usava no fabrico dessas gomas, tendo colaborado mesmo na preparação dessas mesmas gomas. No caso do nosso cozinheiro de gomas, parecerá reprovável que a ordem jurídica lhe vede a utilização da receita que adquiriu (e eventualmente terá mesmo aperfeiçoado) durante os seus 15 anos de trabalho ao serviço da fábrica, não sendo por isso lícito que este trabalhador possa deixar de usar dessa técnica. Por outro lado já não terá utilidade para o exercício profissional futuro daquele trabalhador as informações respeitantes às perdas sofridas pela anterior empregadora num determinado período, as relações comerciais que a empresa tivera com alguns fornecedores, clientes e entidades financiadoras em determinada altura, as suas faturas pendentes de pagamento, as orgânica da

confidencialidade com concreta referência a particularmente significantes segredos comerciais, ao invés de as elaborar em termos abstratos e amplos (*abstract omnibus terms*).

administração da empresa ou, até mesmo, o breve lançamento de um futuro produto⁵⁶⁷ (este último caso sendo, porém, mais problemático, na medida em que poderá ter sido por intervenção do trabalhador que esse novo produto se encontre a ser ultimado para entrar em fase de comercialização). Ou seja essas são matérias mais ligadas à vida interna da empresa e não tanto à aquisição de conhecimentos do trabalhador para aplicar na sua futura vida profissional, sendo admissível que sejam celebrados pactos de confidencialidade que abranjam as matérias em causa e que estejam devidamente circunscritos e identificados no pacto. Ocorrendo uma violação sobre tais pactos haverá, naturalmente, responsabilidade contratual.

Para as situações em que inexistam os mencionados pactos de confidencialidade, tomam posição, no Direito italiano, UMBERTO OLIVA/GIULIA CANTINI CORTELLEZZI⁵⁶⁸, na ausência de tal pacto, e, na ausência de um pacto de não concorrência, é correto dizer que, após a cessação da situação de trabalho, a fronteira entre informações que podem e que não podem ser legitimamente usadas por ex-trabalhadores deve ser definida, sem prejuízo dos limites da concorrência desleal, não tanto com base no artigo 2105 do *Codice Civile*, mas sim em função das regras estabelecidas pelo Código de Propriedade Industrial.

Ou seja, para além das informações que hajam de ser tuteladas no âmbito da concorrência desleal, o CPI poderá ser um importante elemento na identificação daquelas informações que possam gozar da eficácia pós-contratual, quando tal não tenha sido expressamente acordado entre as partes.

O património profissional é, assim e com as cautelas enunciadas, uma das formas lícitas de aceder (e eventualmente utilizar) segredos comerciais.

⁵⁶⁷ LUCEA, AUREA SUÑOL, *El Secreto Empresarial – Un Estudio del Artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p. 263.

⁵⁶⁸ *Obblighi Legali di Fedeltà, Riservatezza e Non Concorrenza dei Colaboratori dell'Impresa*, in *La tutela del know-how*, Giuffrè, Milão, 2012, p. 133

2. Possíveis violações dos segredos comerciais

I. Para além das possíveis violações a segredos comerciais que resultam já evidentes do artigo 318.º do CPI, uma outra forma de violação do segredo comercial poderá ocorrer sem que seja evidente a decorrência da sua violação no âmbito do artigo 318.º do CPI, como será o caso de uma violação de um pacto de confidencialidade pelo próprio titular do controlo da informação. Nesse caso hipotisa-se a possibilidade de A, titular de uma informação comercial, celebrar com B um acordo de confidencialidade e depois revelar, num meio comercial ou industrial comum, a informação sujeita a sigilo. Ora se a tutela que é dispensada ao segredo comercial é a que decorre do artigo 318.º, então poderá restringir-se o âmbito de tutela apenas ao titular do controlo legal... originário? E mais, será que o facto de a informação ter deixado de ser secreta – tendo em conta que foi partilhada entre A e B – implicou que deixasse de ser protegida? Entendemos que não. Aqui será o principal campo de atuação da concorrência de desleal e que no nosso entender funcionará aqui não tanto com base na lógica do princípio da prestação, mas sim com uma lógica de aplicação do princípio da boa fé, na dimensão da implícita materialidade subjacente, na medida que a divulgação posterior da informação – que provavelmente nem ficou estipulada por que B sempre partira do pressuposta de que estava adquirindo uma informação que A pretendia manter em segredo – torna, possivelmente, impraticável a B explorar o objeto contratual.

Nesse caso para além do campo de atuação da responsabilidade contratual que aqui certamente poderia ter lugar, muito provavelmente haveria lugar, também, à aplicação das normas da concorrência desleal por via da violação às normas e usos honestos de um ramo de atividade económica (cfr. 317.º, n.º 1 CPI).

II. Outra das formas de violação de segredos comerciais poderá passar, como vimos já, pela divulgação de informações por trabalhadores, nessa sequência refere JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, o seguinte⁵⁶⁹:

“Sobretudo, há que controlar o modo como o empregado se apropriou desses segredos. Se essa apropriação foi normal, se resultou do exercício das funções, o posterior aproveitamento é lícito. É aliás a forma tradicional de progressão

⁵⁶⁹ *Concorrência desleal ...*, p. 463.

profissional. Pelo contrário, se a apropriação foi irregular, a cessação do contrato de trabalho não sana a ilicitude, e inquina o aproveitamento posterior.”

As informações adquiridas fora do exercício das funções a que se encontrava adstrito a desempenhar na empresa, caso sejam divulgadas, após a cessação do contrato de trabalho poderão, caso o ex-trabalhador cause, com a divulgação ou apropriação, dano na atividade da empresa anterior entidade empregadora dar azo à mera responsabilidade civil aquiliana, por violação da reserva da confidencialidade comercial, sem necessidade de recurso à norma incriminadora, a não ser, claro está, que seja apresentada queixa pela entidade afetada, termos em que essa incriminação poderá ser equacionada nos termos dos artigos 195.º e 196.º. Tratando-se de ilícita apropriação para uso próprio, poderá ainda equacionar-se, também, a possível aplicação dos preceitos dos artigos 317.º e 318.º, ambos do CPI.

3. Contratos tendo por objeto informações comerciais confidenciais

Na decorrência daquelas que foram as conclusões acima alcançadas quanto à natureza da proteção do segredo comercial, de notar que, num contrato de licenciamento de informações sujeitas à proteção pelo segredo comercial, não ocorre qualquer transferência ou cessão de propriedade, mas sim uma expansão do círculo de pessoas que têm acesso à informação, suportada pela obrigação de não concorrência por parte do licenciado⁵⁷⁰.

Tendo em conta a posição que adotámos supra quanto à natureza do bem que se encontra tutelado pelo segredo comercial, *i.e.*, as informações comerciais confidenciais, é possível por isso identificar na ordem jurídica diversos exemplos de contratos que tenham por objeto imediato ou mediato, bens tutelados pelo segredo comercial. Assim poderemos encontrar contratos que diretamente tenham como objeto a transmissão de conhecimentos e outros que, como aspeto incidental o tenham como objeto mediato, designadamente pela celebração de pactos de confidencialidade.

Podemos, por isso, aludir ao caso dos contratos de transferência de tecnologia, aos contratos de Investigação e Desenvolvimento, comumente designados por contratos de *I&D*, e que poderão ser celebrados quer com instituições públicas (imagine-se com um Hospital ou com uma Faculdade), quer com entidades privadas. Podem ainda mencionar-se os chamados contratos de *engineering* e os contratos de assistência técnica. Comum a todos parece ser o facto de se transmitir um conhecimento que, face à sua natureza poderia ser facilmente aproveitado por terceiros nas suas atividades, independentemente da sua ligação merceológica com os titulares do seu controlo legal, caso não fossem alvo de uma importante regulação contratual e legal.

Por último e na categoria dos contratos que poderão ter como objeto mediato informações comerciais confidenciais pense-se no caso de um contrato de sociedade em que um dos sócios pretenda entrar com *know-how*⁵⁷¹.

⁵⁷⁰ CAENEGEM, WILLIAM VAN, *Trade Secrets ...*, p. 165.

⁵⁷¹ Sobre a admissibilidade das entradas de *know-how*, vide DOMINGUES, PAULO DE TARSO, *Do Capital Social – Noção, Princípios e funções*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 16.

4. Conclusão

De uma forma geral pode dizer-se que diversas situações que são configuradas como sendo eventualmente segredos comerciais, acabam tendo uma qualquer tutela associada ao um específico direito... neste sentido pudemos observar, designadamente, que aquilo que poderia ser visto como um segredo comercial associado ao desenvolvimento de um software acaba tendo a sua proteção garantida por via do conceito de descompilação ou que, por exemplo, os formatos televisivos poderão ter a respetiva proteção por via do direito de autor (obra televisiva) ou, ainda as bases de dados que poderão ter a respetiva proteção pelo Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de julho. Por outro lado, podemos identificar que determinadas informações que são mantidas em segredo, podem igualmente ser verdadeiros objetos de direitos de exclusivo industrial e daqui resulta uma primeira conclusão, a de que grande parte das informações que se pretendem manter em segredo acabam por encontrar um enquadramento no âmbito de um qualquer direito de exclusivo, podendo o titular das informações sujeitas ao segredo comercial optar, por vezes, em manter em segredo essas informações ou, ao invés, divulgá-las para que possa obter um direito sobre um monopólio jurídico.

Mas se isso é certo para uma grande das informações, também tuteladas pelo segredo comercial, o mesmo já não ocorre para uma importante fatia de informações cujo enquadramento no âmbito de proteção de direitos de exclusivo poderá não resultar evidente. Nessas situações coloca-se mesmo a dúvida sobre se a atribuição de um direito de exclusivo seria idóneo a tutelar a fragilidade dessas informações quando reveladas, atendendo à possibilidade de serem facilmente replicadas por terceiros. O que nos levou a uma segunda conclusão que aqui se reitera, a de que, as informações comerciais que reúnam os pressupostos da tutela do segredo comercial não podem, em face do sistema nacional de atribuição dos direitos de exclusivo, que implica a divulgação da informação, ser tuteladas enquanto direitos de exclusivo.

A tutela daquelas informações há de ter uma diversa natureza. Para nós essa natureza advém da própria confidencialidade da informação que pode ser imposta pelos respetivos titulares nos termos de um efetivo direito subjetivo à reserva da confidencialidade comercial. Esse direito subjetivo resulta da atribuição de um espaço de liberdade das empresas no âmbito da livre iniciativa económica privada e pode mesmo, a nosso ver, constituir um efetivo direito fundamental, como tem vindo a ser aceite pelo Tribunal Constitucional.

No presente texto, e talvez por influência do conceito de comércio, conexo com o de segredo, o estudo permitiu-nos identificar um direito fundamental de reserva de confidencialidade na economia da intermediação das trocas, ao serviço e por conta do comércio, da indústria, da agricultura e do exercício de uma profissão liberal. Esse direito de reserva surgiu, assim, no nosso entendimento, no contexto da livre iniciativa económica privada.

As conclusões que alcançámos naquele capítulo permitiram-nos também continuar a caminhar no sentido da identificação de uma eventual tutela geral e autónoma do segredo comercial. Um importante passo para a concretização dessa tutela foi dado quando concluímos, igualmente, que pese embora alguma parte das situações da tutela do segredo comercial passe pela imposição de condutas a terceiros, tendo em vista a prossecução de um interesse geral na manutenção de uma concorrência que obedeça as regras e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica, noutra não menos relevante parte, a lógica de proteção dos segredos comerciais passa por diversas ordens de razão. Assim pudemos mencionar a questão da atribuição de um efetivo conteúdo positivo do direito subjetivo, dos titulares de informações comerciais confidenciais, de requererem a classificação de dada informação, por exemplo nos termos do artigo 66.º do CCP ou do artigo 15.º, n.º 1, alínea c) do RJC e vimos, ainda, situações em que os titulares têm o seu direito de reserva da vida interna das empresas tutelado por normas que impedem a revelação de informações referentes àquela vida interna, designadamente, por entidades com tenham partilhado essas informações, como sejam entidades públicas, trabalhadores e órgãos de gestão societária.

Acreditamos, por isso, que aquilo a que o artigo 318.º do CPI se refere é a uma concreta delimitação das situações em que o segredo comercial é protegido perante atos de concorrência desleal, ou seja, a proteção que a lei dispensou ao segredo comercial quando se colocarem situações que nasçam de atos de concorrência. Afastamos, assim, a ideia de que a proteção do segredo comercial se esgote na concorrência desleal, antes sustentamos que aquilo que é tutelado pelos artigos 317.º e 318.º do CPI é apenas uma das possíveis expressões do segredo comercial, mas não a sua total amplitude.

Será por isso natural que a nossa tese seja a de que, o segredo comercial tem existência autónoma e independentemente da prática de atos lesivos sobre si, daí que se possa liminarmente admitir a celebração de negócios jurídicos que tenham como objeto informações passíveis de serem tuteladas como segredos comerciais e daí, também, se

permitir a interposição de ações que tenham por objeto a violação do direito de reserva à confidencialidade comercial.

Concluimos, por isso, que há, de facto, suporte legal, doutrinário e jurisprudencial para se poder falar da existência de uma tutela geral e autónoma do segredo comercial. Este é um direito com independência jurídica e pode ser, como vimos, restringido e ampliado em face dos interesses em presença. A tutela geral do segredo comercial radica, de jure constituto para nós, na existência de um direito subjetivo à reserva da confidencialidade comercial.

Não obstante essa existência autónoma, o direito à confidencialidade não é um direito absoluto, na medida em que tem limitações imanentes. Como vimos, pelas diversas formas elencadas no capítulo referente à aquisição lícita do conhecimento secreto dos agentes económicos, os concorrentes e/ou outros agentes económicos podem, dentro de determinados limites e desde que observados determinados pressupostos, aceder a informação que fora mantida confidencial pelos respetivos titulares, podendo depois utilizá-la no âmbito do seu negócio.

Em rigor, as alterações legislativas que se têm sucedido, quer no âmbito do direito intelectual, quer no âmbito dos diversos ramos jurídicos referidos e analisados no âmbito do presente trabalho, têm permitido uma fuga aos conceitos mais restritos do Direito Penal, ampliando assim a disponibilidade interpretativa dos conceitos que há mais ou menos tempo se encontram nos ramos jurídicos aqui trabalhados. Sendo de notar, como o fizemos no capítulo respeitante à matéria da autonomia da tutela do segredo comercial em relação à tutela da concorrência desleal, que a manutenção da incriminação das normas respeitantes ao segredo nos artigos 195.º e 196.º do CP, perante a descriminalização da concorrência desleal no CPI, parece precisamente apontar para a necessidade de se identificar um âmbito em que se coloque a violação de segredos comerciais, sem que haja ilícito de concorrência desleal.

Assim, a crescente preocupação com as matérias do segredo comercial, evidentes nas alterações legislativas já ocorridas e outras que, entretanto, se encontram em marcha, das quais se assinala a proposta de Diretiva, permitem que os conceitos de segredo conexo com o exercício das atividades comerciais, conheçam hoje uma maior abertura interpretativa e alcancem um novo enquadramento sistemático que poderá favorecer a tutela das informações reservadas.

Como foi referido, logo no início do presente texto, não se visa com o presente texto uma defesa do segredo comercial, mas antes a busca pela delimitação do concreto

conteúdo do mesmo, de forma a que os operadores económicos saibam com o que contar. A defesa de uma maior densificação do conceito de segredo comercial implica, necessariamente, uma circunscrição do mesmo, uma vez que conhecidas as fronteiras de proteção jurídica, os operadores económicos saberão certamente quando as estarão a transpor, atuando assim num campo desprovido de tutela legal e não lhes sendo lícito reagir em face da completude na delimitação do conceito.

Páginas consultadas na *internet*

<http://www.altalex.com/>

<http://www.bailii.org/>

<http://www.altalex.com/>

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

<http://www.hotelschool.cornell.edu/>

<http://www.ssrn.com/en/>

<http://www.tribunalconstitucional.pt/>

<http://www.marcaspatentes.pt/> (página oficial do INPI)

<http://www.wipo.int/> (página oficial da OMPI)

http://ec.europa.eu/index_en.htm (página oficial da Comissão Europeia da UE)

Bibliografia

- AAVV, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, CAMPINOS, ANTÓNIO (coord.), 2.^a ed. rev. e aum., Almedina, Coimbra, 2015.
- ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 9.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2013.
- , *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, Reimpressão da 5.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2016.
- ANTUNES, AQUILINO PAULO, *O acordo ADPIC/TRIPS no direito português: a perspectiva do acesso a medicamentos e da saúde pública*, in *Direito Industrial - Vol. VIII*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 129 a 179;
- ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009.
- APLIN, TANYA, *A critical evaluation of the proposed EU Trade Secrets Directive*, (July 18, 2014). King's College London Law School Research Paper No. 2014-25, consultado em: <http://ssrn.com/abstract=2467946>.
- ARAÚJO, FERNANDO, *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: O Problema Económico do Nível Ótimo de Apropriação*, Almedina, Coimbra, 2008.
- , *Introdução à Economia*, 3.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2012.
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *A reserva da intimidade da vida privada*, RFDUL, Vol. XLIII, n.º 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- , *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, 2002
- , *Direito Civil Direito de Autor e Direitos Conexos*, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2008
- , *Direito Civil Teoria Geral*, Vol. I, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- , *Direito Comercial*, Vol. II, Direito Industrial, 1988
- , *Direitos Intelectuais: Propriedade ou Exclusivo*, in *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano VIII, n.º 15, 2008, Almedina, Coimbra, pp. 117 a 138.
- , *O princípio da prestação: um novo fundamento para a concorrência desleal?*, in *ROA*, Ano 56, Vol. I, 1996

- BONE, RICHARD G., *Trade secrecy, innovation and reasonable secrecy precautions*, in AAVV, *The Law and Theory of Trade Secrecy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK e Northampton, MA, USA, 2011.
- _, *A New Look at Trade Secret Law: Doctrine in Search of Justification*, 86 Cal. L. Rev. 241 (1998), consultado em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol86/iss2/1>
- CABRAL, RITA AMARAL, *O Direito à Intimidade da Vida Privada*, in *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1989.
- CAENEGEM, WILLIAM VAN, *Trade Secrets Intellectual Property, Breach of Confidence, Misappropriation and Unfair Competition*, Kluwer Law, 2014.
- CAMUSSO, ALBERTO, *Know-how e segreto nell'evoluzione delle fonti*, in *La tutela del know-how*, Giuffré, Milão, 2012.
- CANARIS, CLAUS-WILHELM, *Direitos Fundamentais e Direito Privado* trad. por SARLET, INGO WOLFGANG e PINTO, PAULO MOTA, Almedina, Coimbra, 2012.
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES e MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- CARVALHO, AMÉRICO DA SILVA, *Concorrência desleal: princípios fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1984.
- CARVALHO, RAQUEL, *O Direito à Informação Administrativa Procedimental*, Universidade Católica – Porto, Porto, 1999.
- CARVALHO, NUNO PIRES DE, *The TRIPS Regime of Antitrust and Undisclosed Information*, Kluwer Law International, Haia, 2008.
- COLEMAN, ALLISON, *The Legal Protection of Trade Secrets*, Sweet & Maxwell, Londres, 1992.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito das Sociedades*, I Volume, 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 2011.

- _, *Manual de Direito das Sociedades*, II Volume, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2007.
- _, *Manual de Direito Comercial*, 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 2012.
- _, *Tratado de Direito Civil Português*, Parte Geral, Vol. 1, Tomo I, 4.^a edição, Almedina, Coimbra, 2012.
- _, *Da boa fé no direito civil*, 4.^a reimp., Coleção teses, Almedina, Coimbra, 2011.
- CORREA, CARLOS M. e YUSUF, ABDULQAWI A., *Intellectual property and international trade: the TRIPS agreement*, 2nd ed., Kluwer Law International, 2008.
- CUNHA, DIOGO LEMOS E, *O inquérito judicial enquanto meio de tutela do direito à informação nas sociedades*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 75, Vol. I/II, Jan./Jun., 2015.
- CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito das Sociedades Comerciais*, 5.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2012.
- CUPIS, ADRIANO DE, *Os Direitos da Personalidade*, tradução de ADRIANO VERA JARDIM e ANTÓNIO MIGUEL CAEIRO, Livraria Morais Editora, Lisboa, 1961.
- DENICOLA, ROBERT, *The Restatements, the Uniform Act and the status of American trade secret law*, in AAVV, *The Law and Theory of Trade Secrecy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK e Northampton, MA, USA, 2011.
- DIAS, JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO, *Direito à informação, protecção da intimidade e autoridades administrativas independentes*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, BFDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 615 – 653.
- DIAS, MARIA GABRIELA DE OLIVEIRA FIGUEIREDO, *A assistência técnica nos contratos de Know-How*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- DOMINGUES, PAULO DE TARSO, *Do Capital Social – Noção, Princípios e funções*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004
- DRAY, GUILHERME MACHADO, *Direitos de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006.

EMDE, RAIMOND in STAUB, HERMANN, *Handelsgesetzbuch: Grosskommentar – 5.*, neu bearb. hrsg. CLAUS-WILHELM CANARIS, MATHIAS HABERSACK, CARSTEN SCHÄFER, De Gruyter, Berlin, 2008.

FEKETE, ELISABETH E. KASZNAR, *A Proteção das Informações Estratégicas: Questões de Espionagem Industrial nas Empresas*, in *Anais do XXVIII Seminário Nacional da Propriedade Intelectual*, 2008.

FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO, *Direito do Trabalho*, 17.^a ed., Almedina, Coimbra, 2014.

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 6.^a ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012.

_, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 5.^a ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014.

FERREIRA, PAULO MIGUEL, *O ilícito civil na concorrência desleal*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1994.

FLORES, CESAR, *Segredo industrial e o Know-How: aspectos jurídicos internacionais*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

FRANCO, ANTÓNIO SOUSA, *Notas Sobre o Princípio da Liberdade Económica*, in *BMJ*, n.º 355, 1986.

GARCÍA, CONCEPCIÓN SAIZ, *Obras Audiovisuales e Derecho de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002.

GHIDINI, GUSTAVO e FALCE, VALERIA, *Trade secrets as intellectual property rights: a disgraceful upgrading – Notes on an Italian ‘reform’*, in *AAVV, The Law and Theory of Trade Secrecy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK e Northampton, MA, USA, 2011.

GIAVAZZI, STEFANIA, *La tutela penale del segreto industriale*, Giuffrè Editore, Milão, 2012.

- GOLDMAN, ERIC, *Do We Need a New Federal Trade Secret Law?* (September 19, 2014). Forbes Tertium Quid, Sept. 16, 2014; Santa Clara Univ. Legal Studies Research Paper No. 35-14.
- GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA, *Algumas novas questões sobre as cláusulas ou pactos de não concorrência em Direito do Trabalho*, Revista do Ministério Público, 127, julho-setembro, 2011, Lisboa, pp. 77 a 99.
- GONÇALVES, DIOGO COSTA, *Pessoa e Direitos de Personalidade: Fundamentação Ontológica da Tutela*, Almedina, Coimbra, 2008.
- GONÇALVES, JOSÉ RENATO, *Acesso à Informação das Entidades Públicas*, Almedina, Coimbra, 2002.
- GONÇALVES, LUÍS M. COUTO, *Concorrência Desleal*, in Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, Volume I, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 1025 a 1053.
- _, *Manual de Direito Industrial: Patentes, Desenhos ou Modelos, Marcas, Concorrência Desleal*, 6.^a ed. rev. e aum., Almedina, Coimbra, 2015.
- HARTE-BAVENDAMM, HENNING & HENNING-BODEWIG, FRAUKE, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Kommentar*, 3. Auflage (2013), Beck, München (consultado em <https://beck-online.beck.de/>).
- HEFERMEHL, WOLFGANG E BAUMBACH, ADOLF, *Wettbewerbsrecht : Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze*, /.- 13^a ed., Munchen, C. H. Beck, 1981.
- HETTINGER, EDWIN C., *Justifying Intellectual Property*, Philosophy & Public Affairs, Vol. 18, No. 1 (Winter, 1989), pp. 31-52.
- HILL, JAMES W., *Trade Secrets, Unjust Enrichment, and the Classification of Obligations*, 4 Va. J. L. & Tech. 2 (1999), consultado em http://www.vjolt.net/vol4/issue/home_art2.html#heading_capviii

HOEREN, THOMAS, *Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und das IFG, in Informationsfreiheit Und Informationsrecht: Jahrbuch 2008*, Lexxion, Berlin, 2008, pp. 105 a 122.

JAGER, MELVIN F., *Trade Secrets Law*, Clark Boardman Company, Ltd., Nova Iorque, Release # 9, 1990.

KAMINA, PASCAL, *Film Copyright in the European Union, Cambridge Studies in Intellectual Property*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

KESSLER, DENIS, *L'entreprise entre transparence et secret, in Transparence et Secret, Revue Française d'Études Constitutionnelles et Politiques*, n.º 97, 2001, Seuil.

KLITZKE, RAMON A., *The Uniform Trade Secrets Act*, 64 Marq. L. Rev. 277 (1980), consultado em <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol64/iss2/2>

KNAAK, ROLAND and KUR, ANNETTE and HILTY, RETO, *Comments of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 3 June 2014 on the Proposal of the European Commission for a Directive on the Protection of Undisclosed Know-How and Business Information (Trade Secrets) against their Unlawful Acquisition, Use and Disclosure of 28 November 2013, Com(2013) 813 Final* (June 3, 2014). Forthcoming in: IIC: international review of intellectual property and competition law; Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 14-11, consultado em: <http://ssrn.com/abstract=2464971>

KRAMER, BAUER EDWIN, *Protection of Customer Lists in California*, 23 Cal. L. Rev. 399 (1935). Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol23/iss4/2>

LAI, STANLEY, *The Copyright Protection of Computer Software in the United Kingdom*, Hart Publishing, Portland, Oregon, 2000.

LEITÃO, ADELAIDE MENEZES, *Estudo de direito privado sobre a cláusula geral da concorrência desleal*, Almedina, Coimbra, 2000.

- LEITÃO, LUÍS DE MENEZES, *Concorrência desleal e tutela do interesse público na liberdade de concorrência*, in *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Vol. 2, pp. 887-898.
- _, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 13.^a ed., Almedina, Coimbra, 2016.
- _, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011.
- _, *Direito do Trabalho*, 4.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2014
- LEMLEY, MARK A., *The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights*, *Stanford Law Review*, Vol. 61, p. 311, 2008; Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 358, consultado em <http://ssrn.com/abstract=1155167>.
- LERMA, ESTHER MORÓN, *El secreto de empresa : protección penal y retos que plantea ante las nuevas tecnologías*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- LESSIG, LAWRENCE, *Code, version 2.0*, Basic Books, Nova Iorque, 2006
- LIMA, JOSÉ LOBO D'AVILA, *Da Concorrência Desleal*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1910.
- LOURENÇO, PEDRO MIGUEL JANUÁRIO, *Criminalidade Informática no Ciberespaço 10 anos após a Publicação da Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto*, in *Estudos de Direito da Comunicação*, Instituto Jurídico da Comunicação, Coimbra, 2002, pp. 341 ss.
- LUCEA, AUREA SUÑOL, *El Secreto Empresarial – Un Estudio del Artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009.
- MARQUES, J. P. REMÉDIO, *Biotechnologia(s) e Propriedade Intelectual, Volume II*, Almedina, Coimbra, 2007.
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Contratos Comerciais*, Principia, Cascais, 2001.
- _, *Direito do Trabalho*, 7.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2015.
- MIRANDA, JOÃO, *O acesso à informação administrativa não procedimental das entidades privadas*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 433 – 458.
- MIRANDA, JORGE e MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

_, *Manual de Direito Constitucional*, IV, Coimbra Editora, Coimbra, 3.^a edição, 2000.

MODARRES, MOHAMMAD e NAZEMI, JAMSHID, *Yield Management in Manufacturing: A Conceptual Model & Research Propositions*, (August 2, 2005), consultado em: <http://ssrn.com/abstract=2305232>

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Contrato de agência (Anteprojecto)*, BMJ 360 (1986), 43 – 139.

_, *Direito Comercial - Contratos de Distribuição Comercial*, Almedina, Coimbra, 2009.

_, Sobre os requisitos legais da indemnização de clientela do distribuidor comercial, *in* Revista de Legislação e de Jurisprudência, Coimbra, ano 144.º, n.º 3992 (maio-jun. 2015), p.365-381

MONTEIRO, JORGE FERREIRA SINDE, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, Coimbra, 1989.

MOTA, ANTÓNIO JOSÉ P. CARDOSO, *O know-how e o direito comunitário da concorrência*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal n.º 130, Lisboa, 1984.

NUNES, DIOGO PEREIRA DIAS, *The European Trade Secrets Directive (ETSD): Nothing New Under the Sun?*, (July 25, 2015). Lex Research Topics on Innovation 2015-1, consultado em: <http://ssrn.com/abstract=2635897>

OLAVO, CARLOS, *Propriedade industrial*, Vol. 1, 2^a ed. act., rev. aum., Almedina, Coimbra, 2005.

OLIVA, UMBERTO e CORTELLEZZI, GIULIA CANTINI, *Obblighi Legali di Fedeltà, Riservatezza e Non Concorrenza dei Collaboratori dell'Impresa*, *in* *La tutela del know-how*, Giuffré, Milão, 2012.

OLIVA, UMBERTO, *Strumenti Contrattuali di Tutela del Know-how*, *in* *La tutela del know-how*, Giuffré, Milão, 2012.

- PAÚL, JORGE PATRÍCIO, *Concorrência desleal e Segredos de Negócio*, in *Direito Industrial*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 139 a 162.
- _, *Concorrência desleal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1965.
- PAZ-ARES, CÁNDIDO, *La sociedad colectiva: posición del socio y distribución de resultados*, in URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, Civitas, 1999, Tomo I.
- PEREIRA, ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS, *A Liberdade de Navegação na Internet: «Browsers», «Hyperlinks», «Meta-tags»*, in *Estudos de Direito da Comunicação*, Instituto Jurídico da Comunicação, Coimbra, 2002, pp. 227 ss.
- _, *Direitos de Autor, Códigos Tecnológicos e a Lei Milénio Digital*, in BFDUC, Vol. LXXV, Gráfica de Coimbra, 1999, pp. 475 ss.
- _, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Almedina, Coimbra, 2008.
- _, *Software: sentido e limites da sua apropriação jurídica*, in *Temas de Direito da Informática e da Internet*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 73 ss.
- PEREIRA, MARIA ADOZINDA BARBOSA, *Contrato de trabalho – Contrato de agência – Distinção*, in RMP 94, 2003, pp. 149 – 153.
- PINTO, FERNANDO A. FERREIRA, *Contratos de distribuição*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2013.
- PINTO, PAULO MOTA, *A Protecção da Vida Privada e a Constituição*, in BFD, Vol. LXXVI, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2001, pp. 153 a 204.
- _, *O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada*, in BFD, Vol. LXIX, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1995.
- PIPER/OHLY/SOSNITZA, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar*, Beck München, 6. Aufl. 2014 (disponível na página <https://beck-online.beck.de/>)
- PROENÇA, JOSÉ CARLOS BRANDÃO, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento da Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- PROSPERETTI, EUGENIO, TOZZI, FERDINANDO e COMANDINI, VINCENZO VISCO, *I format televisivi tra acquisto di know-how e tutela della proprietà intellettuale*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, anno XXII, n.º 1, Giuffrè Editore, Milão, 2007, pp. 1 a 36.

- QUINTAS, PAULA e QUINTAS, HELDER, *Código do Trabalho: anotado e comentado*, Almedina, Coimbra, 2012.
- QUINTO, DAVID W. e SINGER, STUART H., *Trade Secrets: Law and Practice*, Oxford University Press, Nova Iorque, 2009.
- RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, *Ainda o acesso à informação detida por empresas públicas*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 98, 2013.
- , *Contratação pública no sector da energia*, in *Estudos sobre Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2010, pp. 43 a 104.
- RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 5.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2014.
- , *Grupos empresariais e societários: incidências laborais*, Almedina, Coimbra, 2008.
- RAMÍREZ, RODRIGO ALDONEY, *Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, Centaurus Verlag, Kenzingen, 2009.
- RAMOS, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO, *O Direito Fundamental da Reserva de Intimidade da Vida Privada e Familiar*, Relatório de Mestrado na disciplina de Direito Constitucional, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1988.
- RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *O dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócio societárias*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, coord. LUÍS COUTO GONÇALVES.. [et al.], Coimbra, Almedina, 2012.
- RISCH, MICHAEL, *Why Do We Have Trade Secrets?*, 11 *Intellectual Property L. Rev.* 1, 2007, consultado em: <http://scholarship.law.marquette.edu/iplr/vol11/iss1/1>.
- , *Trade secret law and information development incentives*, in AAVV, *The Law and Theory of Trade Secrecy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK e Northampton, MA, USA, 2011.

- ROCHA, ANA GABRIELA FERREIRA, *O direito à informação do sócio gerente nas sociedades por quotas*, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano III, 2011, N.º 4, Almedina, Coimbra.
- ROCHA, GUILHERME, *Introdução ao Gerenciamento de Receitas de Companhias Aéreas*, in *Revista de Literatura dos Transportes*, Volume 2, Número 1, 2008, pp. 125-146.
- ROWE, ELIZABETH A., *Trade Secret Litigation and Free Speech: Is it Time to Restrain the Plaintiffs?*, *Boston College Law Review*, 2009; University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 2009-24, consultado em: <http://ssrn.com/abstract=1428021>.
- ROWE, ELIZABETH A. e SANDEEN, SHARON K., *Trade Secrecy and International Transactions*, Edward Elgar Publishing, 2015.
- RUIZ, CARMEN ELOÍSA, *Derecho de competencia y protección penal de la información*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 20, n.º 98, set.-out. 2012, pp. 465 a 499.
- SAIAS, MARCO ALEXANDRE, *Unlawful acquisition of trade secrets by cyber theft: between the Proposed Directive on Trade Secrets and the Directive on Cyber Attacks*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice* [2014], pp. 721-729.
- SAMUELSON, PAMELA e SCOTCHMER, SUZANNE, *The Law and Economics of Reverse Engineering*, in *The Yale Law Journal*, Volume 111, Issue 7, May 2002.
- SANDEEN, SHARON K., *Kewanee Revisited: Returning to First Principles of Intellectual Property Law to Determine the Issue of Federal Preemption*, *Marquette Intellectual Property Law Review*, Vol. 12, 2008, consultado em: <http://ssrn.com/abstract=1095871>
- _, *Relative Privacy: What Privacy Advocates Can Learn from Trade Secret Law*, *Michigan State Law Review*, Vol. 6, 2006, consultado em: <http://ssrn.com/abstract=1087145>
- SANDRI, STEFANO, *La nuova disciplina della proprietà industriale dopo i GATT-TRIPs*, 2a ed. Cedam, Padova, 1999.

SANTOS, FILIPE CASSIANO DOS, *Direito Comercial Português*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

SEGADE, JOSÉ A. GÓMEZ, *Algunos Aspectos de la Licencia de know-how*, in *Tecnología y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 737 ss..

SCHRAMBOECK, MICHAEL, *Trade Secrets and Disclosure in the United States and Austria*, in *The Comparative Law Yearbook of International Business*, Vol. 23.

SILVA, MIGUEL MOURA E, *Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência: Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos Estados Unidos e da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2003.

SILVA, NUNO SOUSA E, *Quando o segredo é a “alma do negócio” – definição de um conceito*, in *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n.º 126, 2013.

–, *What Exactly is a Trade Secret Under the Proposed Directive? (April 7, 2014)*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice* (2014) 9 (11): 923-932, consultado em: <http://ssrn.com/abstract=2427002>

–, *A proposta de directiva em matéria de segredos de negócio – estado e perspectivas*, in *Revista de Direito Intelectual*, N.º 2, 2014, pp. 259 – 305.

–, *What Exactly is a Trade Secret Under the Proposed Directive? (April 7, 2014)*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice* (2014) 9 (11): 923-932, consultado em: <http://ssrn.com/abstract=2427002>

–, *Um retrato do regime português dos segredos de negócio*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 75, Vol. I/II, Jan./Jun., 2015.

–, *Trabalho e segredos de negócio – Pode um (ex-)trabalhador ser proibido de trabalhar?*, *Questões Laborais*, Ano XXII— n.º 47 — 2015, pp. 217 – 271.

SILVA, PEDRO SOUSA E, *Direito industrial: noções fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

–, *A patenteabilidade dos métodos comerciais*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 63 - Vol. I / II - Abr. 2003, consultado em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=57754&ida=57694

- SOUSA, LUÍS VERDE DE, *A negociação nos Procedimentos de Adjudicação: uma análise do Código dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2010.
- SOUSA, SOFIA SILVA E, *Obrigação de não concorrência com efeitos post contractum finitum*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012.
- STADLER, ASTRID, *Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und U.S.-amerikanischen Zivilproze  und im Rechtshilfeverfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1989.
- STRAUB, WOLFGANG, *L'ingénierie inverse et la propriété intellectuelle*, in *Revue de droit suisse*, 122, Halbband 1, no. 1, 2003.
- TEWARI, RUCHI, *Understanding Applied Yield Management Practices in the Hotel Industry Using Simulation Techniques*, in MIT School of Management (MITSOM), Post Graduate Research Centre, Vol. 1. Issue 2. 2009, consultado em: <http://ssrn.com/abstract=2034808>.
- TORREMANS, PAUL L.C., *The Road Towards the Harmonisation of Trade Secrets Law in the European Union* (January 20, 2016). *Revista La Propiedad Inmaterial*, No. 20, Julio-Diciembre de 2015, consultado em: <http://ssrn.com/abstract=2719015>.
- TURNER, AMÉDÉE E., *The law of trade secrets*, Sweet & Maxwell Limited, Londres, 1962
- VAQUE, LUIS GONZALEZ e RODA, ISABEL SEGURA, *The Impact of the Future Trade Secrets Directive on the Food Sector*, in *European Food and Feed Law Review*, Issue 4, 2015, pp. 275 – 285.
- VASCONCELOS, PEDRO PAIS, *Direito Comercial – Vol. I*, Almedina, Coimbra, 2015.
- , *A Participa o Social nas Sociedades Comerciais*, 2.  Edi o, Almedina, Coimbra, 2006.
- VARELA, JOÃO ANTUNES, *Das Obriga es em Geral*, Vol. I, 10.  ed., Almedina, Coimbra, 2009.

VEIGA, ALEXANDRE BRANDÃO DA, *Acesso à Informação da Administração Pública por Particulares*, Almedina, Coimbra, 2007.

VENTURA, RAÚL, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais – Sociedades por Quotas*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1987.

VICENTE, DÁRIO MOURA, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Almedina, Coimbra, 2008

–, *Direito Comparado*, 3.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2015;

–, *Segredo Comercial e Acesso à Informação Administrativa*, in Estudos em homenagem ao Prof. Sérvulo Correia, Coimbra, 2010, Vol. 3.

–, *A informação como objeto de direitos*, in Revista de Direito Intelectual, N.º 01, 2014, pp. 115 – 129.

VIEIRA, JOSÉ ALBERTO, *Notas gerais sobre a protecção de programas de computador em Portugal*, in *Direito da sociedade da informação*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

WAWRZINEK, KAI, *Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, Verlag Dr. Kovač, Hamburgo, 2010.

WENIGER, OLIVIER, *La protection des secrets économiques et du savoir-faire (Know-how) – Etude comparative des droits allemand, français et suisse*, Librairie Droz, Genève, 1994.

WITHIAM, GLENN, *Yield Management*, consultado em <http://www.hotelschool.cornell.edu/research/>

Jurisprudência

(seguido do n.º de página onde se encontra, em parêntesis retos)

PORTUGAL

Tribunal Constitucional

- Ac. TC n.º 198/85, de 30-10-1985, processo 32/83..... [p. 174]
Ac. TC n.º 254/99, de 04-05-1999, processo 456/97..... [p. 158]
Ac. TC 2/2013, de 09-01-2013, processo 478/12..... [p. 158]
Ac. TC 136/2005, de 15-03-2005, processo 470/02..... [p. 220]

Supremo Tribunal de Justiça

- Ac. STJ de 03-07-1997, processo 042447 [p. 224]
Ac. STJ de 21-04-2005, processo 04B3868 [p. 98]
Ac. STJ de 17-02-2009, processo 08A3836 [p. 377]
Ac. STJ de 10-12-2009, processo 09S0625 [p. 233]
Ac. STJ de 15-12-2011, processo 1807/08.6TVLSB.L1.S1 [p. 282]
Ac. STJ de 14-02-2012, processo 1889/03.7TBVFR.P1.S1 [pp. 89, 90 e 95]
Ac. STJ de 23-02-2012, processo 2254/03.1TBCLD.L1.S1 [p. 84]
Ac. STJ de 08-10-2013, processo n.º 191/10.2TVLSB.L1.S1. [p. 232]
Ac. STJ 20-06-2013, processo 178/07.2TVPRT.P1.S1 [p. 212]

Tribunal da Relação de Coimbra

- Ac. TRC de 05-11-2009, processo n.º 129/08.7TTAGD.C1 [p. 233, 237]
Ac. TRC de 23-09-2014, processo 66850/12.5YIPRT.C1 [p. 84]

Tribunal da Relação de Guimarães

- Ac. TRG de 12-11-2007, processo n.º 1800/07-2 [p. 174]

Tribunal da Relação de Lisboa

- Ac. TRL de 20-10-2010, processo 4883/07.5TTLSB.L1-4 [p. 233]

Tribunal da Relação do Porto

- Ac. TRP de 30-03-2006, processo n.º 0622272..... [p. 174]

Ac. TRP, de 17-11-2008, processo n.º 0855318..... [p. 23]
 Ac. TRP de 21-11-2011, processo 462/10.8TBVFR-W.P1. [p. 243]
 Ac. TRP de 28.11.2011, processo 462/10.8TBVFR-V.P1 [p. 87]
 Ac. TRP de 07-02-2012, processo 615/10.9TBESP-F.P1 [p. 23, 87]

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

American Airlines, Inc. v. KLM Royal Dutch Airlines, Inc., 42 U.S.P.Q.2d 1723... [p. 44]
Architext, Inc. v. Kikuchi, No. 0500600, 20 Mass. L. Rptr. 127, 2005 WL 2864244
 (Super. Ct. May 19, 2005) [p. 54]
Aries Information Systems, Inc. v. Pacific Management Systems Corp., 366 N.W.2d
 366, 369 (Minn.App. 1985) [p. 235]
Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc., 489 U.S. 141 (1989)..... [pp. 99, 464]
B.F. Goodrich Co. v. Wohlgemuth, 192 N.E.2d 99, 104–05, 137 U.S.P.Q. (BNA) 804,
 807 (Ohio Ct. App. 1963) [p. 53]
Bradbury Co., Inc. v. Teissier-Ducros, 413 F. Supp.2d 1209 (D. Kan. 2006)..... [p. 51]
Burbank Grease Services, LLC v. Sokolowski, 717 N.W.2d 781 (Wis. 2006)..... [p. 48]
Burten v. Milton Bradley Co., 222 U.S.P.Q. 605 (1st Cir. 1985)..... [p. 45]
Cenveo Corp. v. Slater, 2007 WL 527720 (E.D. Pa. 2007) [p. 48]
Chrysler Corp. v. Brown, 441 U.S. 281 (1979)..... [p. 57]
Curtiss-Wright Corp. v. Edel-Brown Tool & Die Co. 381 Mass. 1, 407 N. E. 319
 (1980)..... [p. 45]
E. I. duPont de Nemours Co. v. Masland, 244 U.S. 100, 102 (1917) [p. 43]
E.I. duPont de Nemours & Co. v. Christopher, 431 F.2d 1012 (5th Cir. 1970), *cert.*
Denied, 400 U.S. 1024 (1971) [p. 118, 118]
Empire Steam Laundry Co. v. Lozier (1913) 165 Cal. 95, 99, 130 Pac. 1180, 1182, 44 L.
 R. A. (N.s.) 1159, 1163..... [p. 96]
Hamilton Mfg. Co. V. Tubbs Mfg. Co., 216 F. 401, 404, 407 (W. D. Mich. 1908).. [p. 42]
Integrated Cash MGMT. Serv. v. D.T., 732 F. Supp. 370 (S.D.N.Y. 1989)... [pp. 51, 235]
Jostens, Inc. v. National Computer Systems, Inc., 318 N.W.2d 691, 702 (Minn. 1982)
 [p. 235]
Junker vs. Plummer, 320 Mass. 76 (1946) [p. 44]
Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp., 416 U.S. 470 (1974) [p.46, 47, 151 e 182]
Marcam Corp. v. Orchard, 885 F. Supp. 294, 298-300 (D. Mass. 1995) [p. 54]

<i>Mycalex Cor. v. Pemco Corp.</i> , 64 F. Supp. 420 (1946)	[p. 198]
<i>Nucor Corp. v. Tennessee Forging Steel Serv., Inc.</i> , 476 F.2d 386 (8th Cir. 1973)...	[p. 56]
<i>PepsiCo, Inc. v. Redmond</i> , 54 F.3d 1262, 1268 (7th Cir. 1995).....	[p. 53]
<i>S.I. Handling Systems, Inc. v. Heisley</i> , 753 F.2d 1244, 1267 (3rd Cir. 1985).....	[p. 51]
<i>Tabor v. Hoffman</i> , 118 N.Y. 30, 34, 36 (1889)	[p. 42]
<i>The Gillette Company v. Craig Provost et al</i> , Civ. Action No. 15-0149 (Mass. Sup. Dec. 22, 2015)	[p. 54]
<i>Vickery v. Welch</i> , 36 Mass. 523, 1837	[p. 41]
<i>Werckmeister v. American Lithographic Co.</i> , 134 Fed. 321, 324 (2d Cir. 1904).....	[p. 42]
<i>Wilmington Trust Co. v. Consistent Asset Management Co., Inc.</i> , 8867, 1987 WL 8459 (Del.Ct.Chanc. 1987).....	[p. 51]

ALEMANHA

Bundesverfassungsgericht

BVerwG 4.1.2005 – 6 B 59/04 – CR 2005, 194.....	[p. 68]
BVerfG 14.3.2006 – 1 BvR 2087/03	[p. 68]

Reichsgericht

RG 3.10.1890 RGSt 21, 90, 91	[p. 63]
------------------------------------	---------

Bundesgerichtshof

BGH 7.1.1958 GRUR 1958, 297, 299.....	[p. 65]
BGH 16.10.1962 GRUR 1963, 207, 209.....	[p. 64]
BGH GRUR 1963, 369.....	[p. 66]
BGH 18.2.1977 GRUR 1977, 539, 540.....	[p. 66]
BGH GRUR 1983, 179, 181	[p. 66]
BGH EBE 1999, 204 (206).....	[p. 72]
BGH 14.1.1999 WRP 1999, 912, 914	[p. 68]
BGH 7.11.2002 – I ZR 64/00 – GRUR 2003, 356, 358	[p. 65]
BGH 19.12.2002 – I ZR 119/00 – GRUR 2003, 453	[p. 68]
BGH GRUR 2003, 453 (454)	[p. 72]
BGH GRUR 2006, 1044 f.	[p.66]

Tribunais de apelação

OLG Koblenz NJW-RR 1987, 95 (97)	[p. 72]
OLG Frankfurt CR 1990, 589, 591.....	[p. 67]
OLG Frankfurt 13.6.1995 NJW 1996, 264.....	[p. 64]
OLG Düsseldorf 3.3.1998 AfP 1999, 75, 76	[p. 64]
BayObLG 25.9.2000 – 4 St RR 114/00.....	[p. 64]
RAG 27.8.1930 JW 1931, 490 f.	[p. 66 e 156]

REINO UNIDO

<i>Coco v A N Clark (Engineers) Ltd [1969] RPC 41</i>	[p. 236]
<i>Vestergaard Frandsen A/S & Ors v Bestnet Europe Ltd & Ors</i> , [2013] UKSC 31 (22 May 2013).....	[p. 236]

ITÁLIA

App. Milano, 29 novembre 2002, in GADI, 4533.....	[p. 226]
Trib. Bologna, 4 luglio 2008, in GADI, 5298	[p. 78]

Índice

PARTE I

INTRODUÇÃO

Modo de citar e abreviaturas	2
1. Resumo.....	7
2. Introdução.....	9
3. Notas metodológicas	14
4. Conceito de Segredo Comercial: introdução sistemática e enquadramento do conceito na produção jurídica nacional	15
4.1. Aspetos terminológicos	15
4.2. <i>Know-how</i> e segredo comercial	18
4.3. Referências normativas de origem nacional	21
4.4. Referências normativas de origem europeia	23
4.5. Referências normativas com origem em tratados internacionais	26
4.6. Situações jurídicas comumente associadas ao segredo comercial.....	28
4.7. Breve resenha doutrinal sobre o tema.....	31
4.8. Indefinição na delimitação do conceito.	37
5. Experiência internacional.....	39
5.1. Introdução	39
5.2. Estados Unidos da América.....	41
a) Fundação e evolução jurisprudencial.....	41
b) O <i>Uniform Trade Secret Act</i>	47
i. Colocação sistemática	47
ii. Requisitos de proteção.....	48
iii. Doutrina da inevitabilidade da divulgação (<i>inevitable disclosure</i>)	53
iv. Relação com o <i>Restatement (Third) of Unfair Competition</i>	54
c) Informação administrativa.....	56
d) <i>Defend Trade Secrets Act</i>	57
5.3. Alemanha	58
a) Fundação e objeto de tutela	58
b) §§ 17 e 18 da Lei contra a concorrência desleal (UWG)	60
c) O contrato de agência (§ 90 do HGB)	68
d) Outras disposições normativas	72
e) Ponto conclusivo	75
5.4. Itália	76

5.5	Espanha	81
-----	---------------	----

PARTE II

ENQUADRAMENTO LEGAL

6.	A multidiversidade e a dispersão da tutela: colocação do problema.....	83
7.	Segredo Comercial e Direito Comercial	84
7.1	Aspetos gerais	84
7.2	Contratos comerciais	87
a)	Aspetos gerais	87
b)	Tipologias de contratos de distribuição	89
i.	Contrato de agência	89
ii.	Contrato de concessão comercial.....	98
iii.	Contrato de <i>franchising</i>	99
8.	Segredo Comercial e Direito das Sociedades Comerciais	102
8.1	Aspetos gerais	102
8.2	Direito à informação societária.....	102
8.3	Dever de lealdade	111
9.	Segredo Comercial e Direito Intelectual	114
9.1	O Direito Industrial:	114
a)	O artigo 39.º do ADPIC.....	114
b)	O artigo 318.º do CPI	119
c)	Outras disposições do CPI.....	121
9.2	Direito de Autor e segredo comercial;	122
10.	Segredo Comercial e Direito do Trabalho	127
11.	Segredo Comercial e Direito Administrativo:	135
11.1	Acesso às informações administrativas;	135
11.2	Na contratação pública	137
12.	Segredo comercial e a publicidade do processo civil (<i>breve referência</i>).....	140

PARTE III

NATUREZA E INSERÇÃO SISTEMÁTICA

1.	Necessidade de recentramento dogmático do segredo comercial?	143
2.	Natureza jurídica do Segredo Comercial	146
2.1.	Aspetos gerais	146

2.2.	Fundamento deontológico da tutela do segredo comercial;	147
2.3.	Fundamento económico da tutela do segredo comercial;.....	151
2.4.	Fundamento jurídico da tutela do segredo comercial:.....	153
a)	Afastamento do conceito de direito privativo.	153
b)	Do direito geral à confidencialidade ao direito especial de confidencialidade nas relações comerciais e no âmbito da livre iniciativa económica;	164
i.	Enquadramento.....	164
ii.	Um direito à confidencialidade empresarial? Colocação do problema.	168
iii.	Mera proteção reflexa ou indireta de um interesse jurídico	171
iv.	O direito de personalidade ao segredo comercial?	173
v.	O direito ao segredo comercial enquanto direito pessoal	178
2.5.	O direito fundamental.....	186
2.6.	Informações suscetíveis de tutela por um direito de exclusivo.	188
2.7.	Segredo Comercial e figuras parcelares.....	189
a)	Aspetos gerais	189
b)	Conceito de segredo comercial; posição adotada.....	189
c)	Figuras parcelares.....	193
d)	Requisitos de proteção.....	194
e)	<i>Know-how</i> ou saber-fazer	196
3.	A autonomia do segredo comercial em relação à concorrência desleal	200
4.	A tutela do segredo comercial	207
4.1.	O regime do segredo comercial	207
4.2.	A concorrência desleal	207
4.3.	Responsabilidade civil.....	208
4.4.	Responsabilidade contratual	210

PARTE IV

EXPRESSÃO DA NATUREZA

1.	Formas lícitas de aquisição de segredos comerciais	213
1.1.	As aquisições lícitas	213
1.2.	O Princípio da Administração Aberta.....	213
a)	Aspetos gerais	213
b)	O direito de acesso à informação administrativa no confronto com a tutela do segredo comercial.....	215

c) A partilha da informação com a Administração Pública.....	216
d) A independência em relação à concorrência desleal	222
1.3. <i>Reverse engineering</i> ou desmontagem conceptual.....	225
1.4. O património profissional	232
2. Possíveis violações dos segredos comerciais	241
3. Contratos tendo por objeto informações comerciais confidenciais.....	243
4. Conclusão	244
Páginas consultadas na <i>internet</i>	248
Bibliografia	249
Jurisprudência.....	263
Índice	267