

DO DIREITO DA INFORMÁTICA A UM ANTE PROJECTO DE LEI DE PROTECÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Pela Dr.^a Isabel Reis Garcia

SUMÁRIO

1. Introdução
2. O Direito Comercial e a contratação de material e serviços de informática.
3. A protecção dos direitos de autor de «software».
 - 3.1. O registo de patente.
 - 3.2. O direito de autor (*copyright*).
4. O «computer crime».
5. O «telebanking» e o «teleshopping».
6. A protecção contratual.
7. Contratos-tipo.
 - 7.1. De «hardware».
 - 7.2. De «software».
 - 7.3. Contratação de pessoal.
8. Um anteprojecto de lei.

1 — *Introdução*

A utilização da informática no tratamentos de dados pessoais e conseqüente acesso com recurso a redes de transmissões entre fronteiras traz problemas, como todos reconhecem, aos direitos da personalidade, vulgarmente chamados nesta área, como

esfera de privacidade e, ainda, ao exercício dos direitos e liberdades públicas.

Este ramo do direito da informática, bem como a protecção de direitos de autor de «software» e a contratação de material e serviços de informática, estão na ordem do dia.

Já não se questiona se existe um ramo autónomo do direito, apelidado de direito da informática.

Com efeito a revolução tecnológica, a que vimos assistindo desde os anos cinquenta do nosso século, originou a autonomia de um ramo de direito.

Os direitos da personalidade clássicos são enumerados pelo direito ao bom nome e reputação, direito à imagem, direito à inviolabilidade da correspondência e do domicílio, direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

Nestes direitos, dificilmente se identificam, o direito de acesso aos dados registados em suporte informático, o direito de impugnação e apagamento dos dados registados, o direito à publicidade da existência e finalidades dos ficheiros com dados pessoais, o direito à acção cível e criminal pelo registo e utilização indevidos de dados pessoais, o direito à limitação na recolha e utilização de dados pessoais, o direito às garantias de segurança contra riscos e o direito de exigir que o dono do ficheiro assuma a responsabilidade pelo respeito das medidas de segurança prescritas.

2 — O Direito Comercial e a contratação de material e serviços de informática

No domínio da contratação de material, todas as regras de contratação dos direitos civil e comercial, são insuficientes para cobrir a vasta panóplia de cláusulas novas, nomeadamente referente a tempos de paragem da máquina, sanções para o incumprimento dos deveres de manutenção tempestiva, revisões periódicas, substituição de peças e exportação de «royalties».

A contratação de serviços debate-se prioritariamente com a definição da fronteira entre a responsabilidade do conceptor e a do utilizador. Não raro se assaca ao fornecedor o dever de informação e sobreaviso. Ao fornecedor é atribuído, pela jurisprudência francesa o dever de aconselhamento inclusive, do melhor momento para a introdução de uma nova rotina, mesmo a calen-

darização que o utilizador deve fixar, para que não lhe advenham contrariedades na adopção ou alteração de um sistema informático.

As diferentes políticas de preços utilizados pelos fornecedores de hardware, originam o direito de os utilizadores lesados, invocarem em foro internacional, os preços mais favoráveis utilizados noutros países.

Sabendo-se que os detentores da melhor tecnologia são normalmente os grandes empórios de concentração de meios humanos e materiais, pode pôr-se também, em sede de direito internacional privado, a legitimidade da recolha de «royalties», sendo certo que a «massa cinquenta» e as matérias-primas são obtidas em países diferentes do da empresa-mãe.

3 — A protecção dos direitos de autor de «software»

A protecção dos direitos de autor de «software» não tem quanto a nós grande autonomia em relação aos problemas que aos músicos, intérpretes e consumidores, põem as cassetes piratas, quer de som, quer de *vídeo*.

Pensamos que não há nada de verdadeiramente eficaz a fazer neste domínio.

A fiscalização é a última panaceia para este delito. Mas ao ouvirmos a comunicação de J. Morris, do National Computing Center (G.B.) ficamos com uma séria dúvida sobre se vale a pena considerar crime a pirataria de software. De facto G. Vandenberg, do Computer Law Institute de Amesterdão, contrapõe que as regras do direito comercial são suficientes para proteger o autor do software. Vai mesmo mais longe, ao afirmar que «o direito de autor do software é algumas vezes usado como meio de criar indirectamente um monopólio no hardware, ou em certos serviços, como a manutenção».

A Confederação europeia de Associações de utilizadores de Computadores (C.E.C.U.A.), recomenda à Comissão da Comunidade Europeia, que identifique os direitos mínimos dos utilizadores de software a ser mencionados numa lei de direitos de autor:

- o direito de copiar um programa num computador com vista a fazer correr o programa;

- o direito a fazer cópias de programa para fins de segurança, consultadoria e arquivo;
- o direito de usar o programa em redes (network) e carregá-lo em dispositivos periféricos (ex. hard disc), se outra coisa não fôr prevista no contrato;
- o direito de adaptar o programa para a finalidade própria do utilizador ou, até, exigir a adaptação ao autor, seus legais sucessores e representantes ou à pessoa a quem o autor garantiu o direito de licenciamento do programa, em termos razoáveis;
- o direito de não ser impedido do uso do programa pelos direitos morais a ele referentes, se os houver;
- o direito de obter manutenção para o programa em termos razoáveis, excepto para os programas que não requeira manutenção;
- o direito de não ser obrigado a subscrever um contrato de manutenção, para obter o direito de utilização do programa;
- o direito de aceder e utilizar as principais fontes de código (source code) deve pertencer ao utilizador, excepto se outra coisa fôr expressa no contrato;
- o termo da protecção a programas de computador no âmbito do (copyright) direito de autor, será limitado a 25 anos;
- mais estudos são necessários sobre os direitos de utilizador com vista aos sistemas inteligentes, bases de dados e geradores de programa;
- a Comissão europeia deverá controlar escritamente as práticas e as formas do negócio de software, nos termos dos arts. 85.º e 86.º do Tratado de Roma e encorajar a aplicação de leis nacionais *anti-trust*.

3.1. O Registo de Patente

Já há muitos anos a Organização Internacional da Propriedade Intelectual estabeleceu... Pode ser dito que os computadores se tornaram cada vez mais importantes no campo da ciência,

tecnologia, comércio e outros campos de actividade humana, o software contribui para o aumento do investimento em tecnologia informática e a sua criação exige um elevado grau de esforço intelectual. Parecerá todavia necessitar e exigir uma garantia de protecção legal, que deverá encorajar o investimento e o comércio de software e promover o seu livre acesso».

O «software», no dizer de G. Vandenberg, sendo uma nova forma de tecnologia, era pelo sistema de patente que lhe era providenciada, uma forma adequada de protecção. Isto não sucedeu originariamente devido a razões burocráticas, uma incompreensão da lei americana na Europa e uma incompreensão das performances do software.

«Tudo começou com a conclusão de uma comissão criada pelo Presidente Johnson, para conceber recomendações para incremento da aplicação da patente. A comissão concluiu que o Serviço de patente não podia agora examinar as aplicações para programa, por causa da falta de classificação técnica e dos necessários ficheiros de busca. Todavia se estes estivessem disponíveis, as buscas relevantes poderiam não ser realizáveis ou impraticáveis do ponto de vista económico por causa do tremendo volume de trabalho anterior a levar a cabo (...)

As classes de assuntos patenteáveis deverão continuar como actualmente, excepto (...) as séries de instruções que controlam ou condicionam a operação de uma máquina de processamento de dados, as geralmente referidas como *programa* não serão consideradas patenteáveis.

As consequências práticas destas recomendações foram tremendas:

- fizeram com que o Serviço Americano de Patentes tomasse uma atitude negativa em relação às patentes para invenções de software, e aqueles que aplicaram o instituto da patente atingiram um *litigation roller coaster*, uma sistemática escalada de litígios;
- fizeram com que a indústria de «software» olhasse para outros meios de protecção: o «copyright» começou a ser seriamente considerado,
- os serviços de Patente europeus decidiram pelo ponto de vista da sua homónima americana;

- os legisladores europeus adoptaram o que foi considerado ser aceite unanimemente e excluíram da patenteabilidade os programas de computadores enquanto tais.

Os tribunais dos U.U.A., contudo, não deram o seu acordo à posição do Serviço de Patentes Americano e, em muitos casos fez-se a caminhada até ao Supremo Tribunal.

E este Tribunal considerou válida a patente de uma invenção na qual foi usado um programa de computador numa aplicação industrial tradicional. Este caso não tornou claro se os programas de computador que não se ligam directamente ao mundo físico, são também patenteáveis.

Mas até neste caso, o Serviço de Patentes Americano tinha garantido aos aplicadores da patente, o benefício da dúvida e, muitas patentes de «software» estão hoje concedidas.

Também na Europa as coisas conduziram à mudança. Talvez os Serviços de Patente tenham constatado que, excluindo o «software», da protecção de patentes, se arriscam a ser arquivos de tecnologia do passado.

Na Europa contudo, está-se sintonizado com a exclusão dos *programas de computadores enquanto tais*, a qual foi implementada no Tratado de Patentes Europeu e em muitas leis nacionais de patente.

Pode observar-se que os Serviços de Patente e os Tribunais querem interpretar esta exclusão tão restritivamente quanto possível. Isto é, pode argumentar-se que se uma invenção consiste num processo, no qual é usado um programa de computador, este é só uma parte da invenção e a patente é garantida para o conjunto do processo e não para o programa enquanto tal.

O inconveniente da protecção da patente para o software é que só um conjunto de programas satisfaz os altos requisitos de *novidade e invenção*. Acresce que devido à facilidade da cópia e da utilização generalizada, a protecção é agora procurada para programas menos inovadores.

Outro inconveniente do sistema de patente é o tempo e custo envolvidos na obtenção da patente.

Por outro lado, a protecção por patente tem uma vantagem importante: através dela obtém-se um novo monopólio do loga-

ritmo — base (não matemático) expresso no programa, o qual torna o seu escopo muito mais vasto que qualquer outro sistema de protecção».

Em nosso entender, a protecção por patente, deve ser específica do software original ligado a qualquer forma de «hardware» comercializável e destinado prioritariamente à indústria.

3.2. O direito de autor (copyright) deve ser concedida em todos os casos de autoria de software original, salvaguardados os direitos do utilizador atrás enunciados pela C.E.C.U.A.

Diz ainda G. Vandenberg, que a expressão trabalho de autor é tão vaga, que quase nada do que é criado pelo homem pode ser considerado como tal, especialmente até que o autor signifique apenas criador.

Nos U.S.A., em 1980, aprovou-se a lei de Protecção do Direito de Autor de Software. Muitos países se lhe seguiram, o Japão, Grã-Bretanha, França, RFA, Austrália, Índia, Indonésia, Singapura, Coreia do Sul e mais recentemente a Espanha. A Holanda juntar-se-á a esta lista, provavelmente este ano.

Põe-se o problema de conceito de originalidade. A originalidade *estatística* é aquela que se obtém por prospecção, concluindo que não é concebível que outro autor faça trabalho análogo de modo diferente.

O Tribunal da Relação Francês decidiu que um programa de computadores é original, se contém uma contribuição intelectual pessoal do autor, que exceda a mera aplicação da lógica automática e rígida.

Mais exigente, o Supremo Tribunal Alemão, rejeitou frontalmente o requisito da originalidade estatística. Considerou que o programa deve ser comparado com outros programas existentes, não para estabelecer, se é novo, já que a originalidade não é exigida, mas para estabelecer, se em comparação com o que já existe do ponto de vista formal, possui um *carácter individual*.

Na opinião de G. Vandenberg o direito protege só a *forma* não a *ideia*. Mas seguramente, não só a forma final é protegida. Deverá assentar-se que se protege a estrutura de um programa e não a ideia abstracta, nem o algoritmo-base.

Nos tribunais americanos debate-se actualmente se o chamado *look and feel*, (perfil, aparência) de um programa, é protegido pelo direito de autor.

A lei do direito de autor dota o autor com um direito exclusivo de reprodução e adaptação do seu trabalho.

Com fim de defender o utilizador, muitos países adendaram as suas leis de direito de autor com alguns direitos mínimos para aquele.

A C.E.C.U.A. defende-os como vimos, no ponto 3 supra.

4. «*O computer crime*»

A utilização da informática para cometer crime é outro assunto que o futuro revelará, em toda a sua dimensão. O roubo, a burla, o peculato e a falsificação, são tipos legais de crime, cujo instrumento passou a ser também o computador.

A dificuldade dos nossos dias é, a de que as instituições ou empresas onde se praticam crimes escondem-nas do público, para preservar as respeitivas imagens.

5. «*Telebanking*» e «*Teleshopping*»

A prestação de serviços de «telebanking» e «teleshopping» através de terminais minitel, e outros, vai trazer à luz do dia os contratos por via telemática profissional. Necessidades de normalização de procedimentos de transacções, cláusulas-tipo e normalização do vocabulário.

O «telebanking» presta os seguintes serviços:

- consulta de contas bancárias
- possibilidade de efectuar transacções de conta a conta
- informações bancárias
- pagamento de certas facturas, etc

O «teleshopping» presta:

- consulta de catálogos — encomenda

O contrato de compra e venda, no «teleshopping», levanta os problemas de saber *quem* contrata, *quando* é que o contrato se forma (encontro de vontades), qual o objecto de contrato, o *momento* da aceitação da factura e as *provas*.

Os fluxos telemáticos levantam o problema do direito aplicável ao contrato formado por via telemática (fluxos transfronteiras) e a necessidade de olhar as incidências do teleshopping quanto aos direitos de distribuição e concorrência.

6. *A protecção contratual*

Para a C.E.C.U.A. o interesse da protecção contratual, além da protecção por patente e por copyright, pode não ser imediatamente claro. Para se aferir a necessidade de protecção contratual temos de considerar os problemas que nos oferecem os outros meios de protecção.

Para N. Rinkel, a lei de patente é muito restritiva na sua aplicabilidade quando está envolvido o software.

«A lei do direito de autor (copyright) é fácil de cumprir em termos de procedimentos, mas a extensão da protecção que dá é muito insegura, até agora.

Para ambos os sistemas, as restrições territoriais aplicam-se apesar dos seus efeitos estarem insertos em tratados internacionais.

A conclusão a tirar é que não podemos fiar-nos nestes remédios.

A utilização do contrato conduz as partes à descrição dos seus interesses mútuos e deve tomar-se como protecção adicional.(...)»

É de interesse fundamental descrever o mais completamente possível os direitos e obrigações mútuos.

Para a licença de utilização de um «package», deve distinguir-se entre:

- exclusivo ou não
- transferível ou não
- definição do direito de utilização
- descrição do programa

- restrições respeitantes à utilização
- definição do sistema (n.º de série)
- definição do território
- definição do aluguer
- actividades excluídas da prestação
- cópias unicamente para fins de criação de ficheiros («filing purposes»)
- cópias para «back-up»
- direito de modificar o programa
- devolução ou destruição do programa após o termo do contrato
- proibição do recurso à protecção do direito de autor
- fim do contrato
- ilimitado
- prazo de duração definido ou não
- novas rotinas
- código fonte/objecto («source/object code»)

Todos estes elementos podem influenciar o objecto do contrato e os termos financeiros a acordar pelas partes.

(...) A prática de negociação é normalmente marcada pelos seguintes aspectos:

- os negociantes normalmente não são advogados, mas técnicos de informática ou gente da gestão;
- o ambiente da informática é muito dinâmico, há muitos vendedores e frequentes vezes firmas subcapitalizadas;
- a influência da implementação da informática nas organizações, não é só um investimento em «hard» e «software», poi tem impactos na organização e contexto social da empresa.

No fim da década passada, os utilizadores depararam com uma situação instável e iniciaram a cooperação a nível nacional e internacional. O grupo de Trabalho para os Contratos-Tipo da C.E.C.U.A., é um dos resultados mais significativos dos esforços internacionais para encetar uma luta contra vendedores e suas organizações.

Se o código fonte (source code) de um programa fôr transferido, o utilizador potencial será capaz de corrigir pequenos erros, fazer adaptações, alterações, adições, ou extensões do programa.

Deixa de estar dependente do fornecedor.

Isto é particularmente importante se o vendedor por alguma razão não fôr capaz de cumprir as suas obrigações emergentes do contrato, como manutenção, ou outras. Acontece, se o vendedor deixar de ter estas actividades, ou estas sejam acometidas a outra empresa.

Nestes casos o utilizador, que apenas está na posse do código objecto (object code), terá grandes problemas.

Para obviar a esta situação é possível inserir no contrato, cláusulas que lhe dêem um mínimo de protecção.

Um contrato ou cláusula de depósito (escrowing clause or contract) é uma construção usada nos U.S.A. que permite que o vendedor do programa, para além da cópia do código object (object code) para o utilizador, forneça a cópia do código fonte (source code) e a documentação a uma pessoa independente, notário, agente contratual (escrowing agent), ou banco. Esta cópia do código fonte permanece em depósito (escrow) para benefício o utilizador, que terá direito de acesso a essa cópia, tão depressa quanto o vendedor falhe ao acordado nos termos do contrato.

A fim de conseguir uma efectivação da cláusula de depósito atender-se-ão aos seguintes pontos:

- uma completa descrição do programa e documentação depositada, inclusivé todas as correcções e emendas;
- compatibilidade formal do título ao material;
- direito não exclusivo de usar o programa;
- um prazo dentro do qual o vendedor tem de depositar o código-fonte;
- uma descrição do mandato formal para o agente de depósito;
- uma descrição dos incidentes;
- ruptura ou suspensão do pagamento;
- liquidação ou assunção de encargos
- rigidez do contrato;
- «royalties» para o agente depositário;

- direitos e deveres do agente depositário
- confidencialidade;
- termo do depósito.

(...) Uma protecção da maior importância para o utilizador é assegurar-se que o vendedor do programa é o respectivo conceitor ou o proprietário. O contrato de aquisição de software deve conter providências para obviar à eventualidade de o vendedor ser considerado parte terceira, assumindo-se apenas proprietário do programa. No contrato devem inserir-se alternativas, por exemplo, prevenir-se com outro programa similar, aquisição do programa por parte do fornecedor, ou sanções.

A escolha do tribunal competente para dirimir eventuais litígios é da maior importância, pois pode chegar-se à conclusão que a lei aplicável ao contrato, seja a do Estado de Nebraska, ou a da República da Líbia. O utilizador poderá ter de despender muitas e elevadas despesas extra, para consultar advogados familiarizados com esses sistemas legais.

Na utilização de computadores pessoais, o comprador está extremamente dependente do contrato apresentado pelo vendedor.

Isto significa que a protecção é reduzida ao mínimo».

Aqui N. Rinhel concorda com o que dissemos no ponto 3, estamos na mesma situação das «cassettes» de música e de vídeo, a pirataria aumentará cada vez mais e as possibilidades de os autores do programa receberem os seus direitos, não se conseguem com os expedientes clássicos. Para o utilizador não há garantia de longo prazo, nem apoio ou consultadoria.

Na opinião de G. Vandenberg, quanto ao software feito por encomenda, as especificações contratuais, são muitas vezes a única via para um utilizador obter a propriedade do software e no que toca ao «package» de utilização generalizada, as especificações contratuais tendem muitas vezes a limitar os direitos dos utilizadores.

Uma questão de especial interesse, segundo este autor, é a de saber se os direitos dos utilizadores de software, que estão explicitamente mencionados nas leis de direito de autor, podem ser contratualmente limitados ou excluídos.

Muitos aspectos, como vemos, estão longe de ter solução unânime.

Refere ainda G. Vandenberg, que muitos países protegem os segredos de negócio e um programa pode ser considerado protegido por este instituto, se não foi divulgado e se se tomarem medidas, por exemplo, contratuais, para o conservar secreto.

Como só a protecção contra uso indevido ou ilegítimo está prevista, haverá sempre casos, quanto ao software de utilização generalizada, em que um programa é acidentalmente obtido por terceira pessoa, que não está obrigada a sigilo e que não comete, portanto ilegalidade no respectivo acesso. A protecção do segredo de negócio não lhe será oponível.

Ainda refere este autor que muitos países dão especial relevo a acções contra a concorrência desleal, quando são usados meios impróprios de competição. O direito civil providencia indemnização por perdas e danos em caso de causar prejuízos por erro ou negligência.

A cópia de um programa é ilegal? Não o é, se não existir direito de autor sobre ele. Contudo as circunstâncias que rodeiam a elaboração e difusão da cópia podem ser impróprias. A cópia selvagem é, em certas circunstâncias considerada uma forma de parasitismo.

Certos estados americanos têm leis que explicitamente sancionam o roubo de «software», considerada a cópia um roubo. Esta pode constituir uma forma de protecção inteiramente satisfatória-providencia a protecção do software contra todos, com duração ilimitada.

Cria-se assim um direito de propriedade geral do «software,» idêntico ao das coisas corpóreas. Mas o «software» é coisa incorpórea, é criação intelectual e, para estas, o direito de propriedade é a excepção, não a regra. Ao aplicar-se as regras da propriedade de coisas corpóreas, o direito de propriedade intelectual perde toda a sua razão de ser cria-se um bloqueio à difusão da inovação.

Também, ainda segundo G. Vandenberg, o instituto da marca comercial não deve proteger um programa informático, mas protege-o indirectamente. Se alguém reproduziu um programa,

tem de reproduzir a respectiva marca. Assim se alguém copiou ilegalmente um programa infringe o instituto da marca.

As transcrições feitas, até por serem longas, significam o interesse em dar a conhecer metodologias contratuais até agora, ou desconhecidas, ou impraticadas em Portugal.

Tivemos uma intenção didáctica ao abordar este tema, de forma o mais próxima possível das fontes.

Acresce o factor psicológico de as ideias alheias ainda que não originais, serem consideradas superiores às nossas e susceptíveis de provocar mutações.

Na verdade, a resistência à mudança é desencadeada atavicamente, sobretudo quando se trata de implementar ideias nossas.

7. *Contratos-Tipo*

7.1. Contratos-Tipo para hardware

7.1.1. Contrato de aquisição

7.1.2. Contrato de aluguer

7.1.3. Contrato de «leasing»

7.1.4. Contrato de manutenção

A contratação de material de informática deve observar os limites do D.L. 211/79 de 12 de Junho, quanto a exigência e dispensa de concurso público.

Deverá exigir-se a realização de «benchmarks», prévia à aceitação provisória e mesmo à instalação do material.

A aceitação provisória deve subordinar-se à obtenção de certos resultados definidos nos cadernos de encargos, nos tempos pré-estabelecidos.

A aceitação definitiva só deve ser estabelecida após a implementação total do sistema ou componente, objecto do contrato, nos tempos e com os resultados previstos nos cadernos de encargos.

Esta filosofia que enfermou o D.L. 384/77 de 12 de Setembro, deverá manter-se, não só como defesa para as aquisições do Estado, mas como utilíssimo instrumento de disciplina do actual mercado de «hardware» no sector privado.

A inclusão de sanções para tempos de paragem do sistema ou de qualquer componente, bem como nos atrasos nas obrigações de manutenção, substituição de peças ou reparação de avarias, é prática benéfica para uma sã concorrência entre os fornecedores.

O contrato de aluguer para a Administração Pública deverá ser a excepção, para utilizar sempre que a compra não seja aconselhada, por razões de eminente comercialização de produtos novos ou de tarefa temporária a desenvolver.

A política contratual de material de informática deverá subordinar-se à política de informática definida para a Administração Pública.

Consideramos útil a existência de órgãos de coordenação central e sectoriais para a utilização das tecnologias informáticas que definirão prioridades, acautelarão as disponibilidades de meios humanos e materiais, superintenderão na formação dos recursos humanos e, sobretudo, vigiarão e fiscalizarão as eventuais subutilizações, com poder de propôr superiormente a desafectação de determinados equipamentos, ou componentes, em ordem a afectá-los a utilizações mais optimizados.

O contrato de «leasing», prevendo-se a privatização do sector bancário, poderá abrir perspectivas mais rentáveis de aquisição, mediante o pagamento de rendas a longo prazo, caso as dotações orçamentais não prevejam aquisições por compra imediata.

O contrato de manutenção, a dez anos de distância da elaboração do D.L. 384/77, continua a afigurar-se-nos com extrema pertinência, nomeadamente os deveres de constituição de «stocks» de peças de substituição, mesmo em caso de retirada do modelo dos circuitos comerciais.

7.2. Os contratos-tipo de software

7.2.1. O licenciamento do «software» de sistema, dado pelo vendedor do hardware para permitir a utilização do mesmo, é livre de encargos.

7.2.2. O desenvolvimento de «software» específico, para uma aplicação específica do utilizador, implica a transferência de propriedade dos programas do fornecedor/autor para o comprador.

7.2.3. A licença de utilização de «packages» (programa-produto de uma dada aplicação) transfere mediante encargos, o direito de utilização dos programas.

7.2.4. O software para micro-computadores é normalmente objecto de uma licença para utilizadores, que estabelece que a abertura do invólucro da «package» significa a aceitação das condições gerais.

Muito em uso nos U.S.A., é duvidoso que tal acordo seja válido nos sistemas legais europeus.

7.2.5. O contrato de fornecimento de «software», é feito segundo especificações próprias do utilizador, que igualmente escolhe o equipamento, onde devem correr as aplicações. Nestes contratos o fornecedor é consultor, ou agente, na venda de «hardware».

7.2.6. Os serviços de manutenção do «software» são normalmente objecto de contrato distinto da licença, ou contrato de fornecimento e, são muitas vezes causa de disputa entre vendedor e comprador.

Não é de admirar que o departamento de serviços de engenharia, seja um dos sectores mais lucrativos e crie uma parte importante dos lucros para o vendedor.

Todavia o comprador deve acautelar-se contra as especificações das cláusulas extremamente vagas, incluídas nos contratos e contra a inconsistência da terminologia.

7.2.7. O contrato de prestação de serviços de estudo e consultadoria é uma forma de contrato, em que o objecto não é a obtenção de um resultado concreto, mas uma procura de soluções.

O interesse desta distinção reside em obter certeza de que o consultor, ou «software house», é capaz para cumprir as suas obrigações contratuais.

Em caso da prestação de serviços de estudo, a culpa do fornecedor está restringida à prova que o comprador possa fazer.

Noutros tipos de contrato, como de desenvolvimento de software e contratos chave-na-mão, a prova incumbe ao fornecedor; a sua aptidão é presumida e apenas pode eximir-se à responsabilidade provando que não teve culpa.

Deve notar-se que há uma certa tendência, nos países da Europa Ocidental, para assacar cada vez mais responsabilidades ao fornecedor.

7.3. *Contratação de pessoal.*

A contratação de pessoal de informática para a Administração Pública deve tentar ir mais longe, do que as duas inovações introduzidas no D. L. n.º 110/A de 10 de Maio/80.

São elas o acesso à letra C por funcionários sem curso superior e o compromisso de ministrar formação, para ingresso e acesso a categorias profissionais de nível progressivamente superior.

De facto, com a instabilidade do mercado de trabalho em Portugal, não se pode dizer que tenha havido uma sangria de informáticos para o sector privado, como os mais cépticos pretendiam resultar do citado Decreto-Lei.

A estabilidade do vínculo na função pública é, nos tempos que têm corrido, um extraordinário aliciante para as pessoas continuarem no Estado.

De certo, os melhores estarão nos Ministérios das Finanças e Justiça, onde as vantagens emolumentares e de assistência médica, são gratificantes.

Creemos, portanto, que são de incentivar as decisões políticas em ordem a iniciativas legislativas que cativem os técnicos de informática interessados na promoção, implementação de novas rotinas e, substituição e melhorias das existentes.

A função pública, no que temos vindo a observar não tem incentivado o aparecimento de soluções novas. No que se refere nomeadamente às relações entre Direcção Geral de Serviços de Informática do Ministério da Justiça e a nossa Divisão de Identificação Criminal as dificuldades são de carência de meios humanos.

Continua a verificar-se, como há dez anos atrás, que o equipamento entra, antes do pessoal que há-de trabalhar com ele.

Do pessoal tarefeiro, que por força do D.L. 100-A de Julho/87 contar três anos de serviço, estamos a tentar integrar 23, já que a portaria de aplicação do D.L. 248/85 de 15.7 o permitiu.

Ao fim de dez anos de congelamento de admissões, conseguiu-se fazer entrar algum «sangue novo» para um serviço cuja idade média dos funcionários era 52 anos, em 1981.

No entanto alguns entraram em princípios de 82 e ainda não se conseguiu a integração.

Entraram para o Ministério da Justiça os primeiros operadores de registo de dados em regime de trabalho precário, este ano.

Os tarefeiros concursados para técnicos auxiliares de 2.ª classe, têm dado óptimas provas na emissão de Bilhetes de Identidade, de conversão do ficheiro de Identificação Criminal, desde Novembro de 88 e, emissão de certificados desde Janeiro 89.

Há um extraordinário «exército industrial de reserva», com grande apetência para trabalhar com terminais, tanto mais que a política do Centro de Identificação Civil e Criminal, tem sido a de ensinar-lhes não só a ser operadores ou controladores, mas torná-los aptos a saber organizar um processo de Bilhete de Identidade e interpretar os boletins de registo criminal, nem sempre razoavelmente preenchidos, enviados pelos tribunais e que são a fonte de alimentação do ficheiro.

Da experiência da anterior chefe de divisão de Identificação Civil, retira-se a vantagem da qualidade do trabalho produzido agora em relação ao que era produzido por operadores, sem quaisquer outros conhecimentos, à cerca dos dados que introduziam.

É correcta, a tendência para eliminar as carreiras de operadores de registo de dados e de controladores, pois há vantagem em eles serem técnicos auxiliares, capazes de entender os dados que introduzem e agir em conformidade com as mensagens que os écrans lhes devolvem.

Estes indivíduos serão facilmente reclassificáveis, quando os equipamentos permitam a recolha de dados por leitura óptica ou outra tecnologia, que evite a tarefa fastidiosa de digitar os dados num terminal. Oxalá esse dia não esteja longe!

Ouvindo os profissionais de informática nestes 16 anos de trabalho de jurista, quase sempre a trabalhar com informáticos, a sua principal queixa é a erosão que provoca a contínua formação profissional.

Os que dão apoio a construtores de equipamento quando acabam de estudar um produto, já lhes é proposto novo para substituir o antecedente. Às vezes medeiam escassos meses entre o início de uma formação e de outra.

Esta é uma situação que não é a que se verifica na função pública, pelo que urge fazer contratos de prestação de serviços de estudo e consultadoria a fim de conseguir a conversão tecnológica do sector, às vezes a trabalhar com vinte e trinta anos de atraso, quanto à solução informática já adoptada.

8. ANTEPROJECTO DE DIPLOMA DE PROTECÇÃO DE DADOS PESSOAIS

CAP. I

DISPOSIÇÕES GERAIS

ART. 1.º

1. A utilização de ficheiros com dados pessoais deve subordinar-se aos direitos da pessoa humana, das liberdades fundamentais e nomeadamente ao direito á vida privada.

2. Não poderá haver limitações aos direitos referidos no número anterior por meio da utilização da informática, sem que tais limitações constem de lei.

ART. 2.º

1. A criação e detenção de ficheiros automáticos de dados pessoais estão sujeitas à presente lei, quer se trate de serviços, organismos, entidades, empresas públicas, ou pessoas singulares, fundações, associações ou empresas privadas.

2. A criação e manutenção de ficheiros automáticos, relativos a pessoas colectivas e entidades equiparadas, estão sujeitas às disposições da presente lei quando contiverem dados pessoais.

3. A presente lei aplicar-se-á aos ficheiros de dados pessoais que não sejam objecto de tratamento automático ou, ficheiros automáticos por técnicas não informáticas.

ART. 3.º

1. Entendem-se por dados pessoais todas as informações referentes á vida e personalidade de uma pessoa física, identificada ou identificável.

2. Ficheiro automático é o conjunto de informações sujeito a tratamento não manual.

3. Por tratamento automático entendem-se as seguintes operações, efectuadas no todo ou em parte com a ajuda de procedimentos não manuais: registo de dados, aplicação de perações lógicas e/ou aritméticas a esses dados, a sua modificação, apagamento, resumo ou difusão.

4. Por dono de ficheiro entende-se a pessoa física ou moral, entidade pública ou privada competente, segundo a lei, para assegurar a finalidade do ficheiro, as categorias de dados pessoais a registar, as operações a que vão ser sujeitos e, as entidades a quem vão ser transmitidos.

ART. 4.º

1. Os cidadãos têm o direito de conhecer a existência de ficheiros automáticos com dados pessoais, os quais serão objecto de lei, em caso de ficheiro do sector público ou, de publicitação na II Série do Diário da República, em caso de ficheiros pertencentes a entidades privadas.

2. A lei ou a publicação referidas no número anterior, devem mencionar:

- a) O responsável do ficheiro;
- b) Os dados pessoais a registar;
- c) O modo de recolha e actualização dos dados;

- d) A finalidade a que se destinam os dados, as entidades a quem podem ser transmitidos e em que condições;
- e) O tempo de conservação dos dados;
- f) A forma como o titular do registo pode ter conhecimento dos dados que lhe dizem respeito e em que condições;
- g) A forma como o titular do registo pode fazer corrigir eventuais inexactidões dos dados que lhe respeitem;
- h) As garantias de segurança quanto a consulta, modificação, destruição, acrescentamento indevidos de dados pessoais e as medidas de detecção de desvios de informação, intencionais ou não.

3. Qualquer alteração dos elementos constantes do n.º 2 carece igualmente de efectivar-se por lei, ou publicação na II Série do Diário da República.

ART. 5.º

1. Todo o cidadão tem direito a conhecer os dados pessoais registados, a seu respeito, em suporte automático, bem como as finalidades da sua utilização, a identificação do responsável do ficheiro e a sede habitual das suas funções.

2. O exercício do direito de acesso aos dados pessoais de saúde faz-se através de um médico, escolhido pela pessoa a quem os dados se referem.

3. O direito de acesso do cidadão, exercer-se-á mediante carta dirigida à entidade pública ou privada detentora da informação, sem quaisquer encargos.

4. O direito de acesso apenas sofre as limitações resultantes dos eventuais períodos de segredo de justiça, a que os dados estejam sujeitos, nos termos dos arts. 86.º, 89.º e 90.º do Código de Processo Penal.

ART. 6.º

Os dados pessoais registados são:

- a) obtidos e tratados leal e licitamente, depois de informada a pessoa a quem esses dados se referem, ou obtido o seu consentimento;

- b) registados para fins determinados e legítimos e, não podem ser utilizados de maneira incompatível com essas finalidades;
- c) adequados, pertinentes e não excessivos em relação às finalidades para que foram registados;
- d) exactos e se necessários actualizados;
- e) conservados de forma a permitir a identificação das pessoas visadas, durante um período que não exceda o necessário à consecução das finalidades, para que foram registados.

ART. 7.º

1. A presente lei estabelece limites à recolha de dados pessoais e as finalidades serão definidas o mais tardar até ao momento dessa recolha.

2. A utilização de dados pessoais para fins não incompatíveis com aqueles para que foram recolhidos, deve ser redefinida logo que estes sejam modificados.

3. Os dados de carácter pessoal não podem ser divulgados, fornecidos ou utilizados para fins diferentes dos especificados a não ser com o consentimento do titular do registo, ou quando a lei o permita.

ART. 8.º

1. Nenhuma decisão jurídica que implique uma apreciação sobre comportamento humano pode ter por único fundamento um tratamento automatizado de informações, dando uma definição do perfil, ou da personalidade do interessado.

2. Nenhuma decisão administrativa ou de entidade do sector privado que implique uma apreciação sobre um comportamento humano, pode ter por único fundamento, um tratamento automatizado de informações, dando uma definição do perfil ou da personalidade do interessado.

ART. 9.º

1. As pessoas junto das quais se recolhem dados pessoais devem ser informadas;

- a) do carácter obrigatório ou facultativo das respostas;
- b) das consequências que lhes advirão de uma resposta errada ou inexacta;
- c) das pessoas físicas ou morais destinatárias das informações;
- d) da existência de um direito de acesso e rectificação.

2. Quando tais informações são recolhidas por meio de questionário, estes devem mencionar as prescrições referidas no número anterior.

3. As disposições dos números anteriores não se aplicam à recolha das informações necessárias à investigação criminal.

ART. 10.º

Todas as pessoas têm o direito de conhecer e de contestar as informações e os raciocínios utilizados nos tratamentos automatizados, cujos resultados lhes sejam desfavoráveis.

CAP. II

FORMALIDADES INERENTES A CRIAÇÃO DE FICHEIROS
COM DADOS PESSOAIS

ART. 11.º

1. Não podem figurar num ficheiro automático, dados referentes à origem racial, antecedentes criminais, aplicação de medidas de segurança ou de reinserção social, regime de prova, suspeita de actividades criminosas, saúde, situação patrimonial ou financeira, hábitos ou tendências sexuais, bem como outras que à vida privada se refiram, ou ainda dados que directa ou indirectamente remetem para tais informações.

2. Qualquer excepção ao disposto no número anterior deverá constar de lei e, limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e aprovada por maioria qualificada de dois terços dos deputados.

3. A proibição do n.º 1, não obsta ao tratamento de dados para fins de investigação científica ou estatísticos, em termos de não poderem ser identificados os titulares dos registos.

4. A lei deverá mencionar a finalidade do registo, a identificação de quem o vai utilizar e a quem vão ser transmitidos os dados pessoais.

ART. 12.º

1. E interdito o processamento automático de dados pessoais referentes a convicções políticas, religiosas e filosóficas, bem como na inscrição ou militância sindical.

2. A proibição referida no número anterior não obsta ao tratamento de dados para fins de investigação científica e estatísticos, nem impede que entidades ou organizações de tipo associativo ou fundacional, possuam ficheiros automatizados dos seus membros para a prossecução dos seus legítimos objectivos.

ART. 13.º

1. E vedada a organização de sistema de informações pessoal acessível pelo número de Bilhete de Identidade, com excepção do ficheiro central da população do Ministério da Justiça.

2. O exposto no número anterior aplica-se, com a devida adaptação ao número do contribuinte ou fiscal, ao de segurança social e, a qualquer identificador universal e imutável.

3. Igualmente se consideram proibidas, a interconexão de sistemas com dados pessoais e, a construção de tabelas de correspondência entre os vários códigos de acesso a ficheiros com dados pessoais.

4. O recurso à utilização de campos comuns, nos vários ficheiros de dados pessoais, não é permitido para interconexões dos mesmos.

5. Qualquer excepção aos números anteriores deve limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses

constitucionalmente protegidos e constar de lei aprovada por maioria de dois terços, a qual mencionará os fins visados pela interconexão e as entidades a quem vai ser transmitida a informação.

6. A interconexão de ficheiros com dados pessoais deve ser tornada pública nos meios de comunicação social.

ART. 14.º

1. A saída para o estrangeiro de dados pessoais referentes a cidadãos portugueses através das tecnologias da informática, telemática, redes de dados públicos e outras congéneres, está dependente do condicionalismo referido nos números 5 e 6 do artigo anterior.

2. A transferência maciça de dados estatísticos para o estrangeiro, referentes aos recursos humanos e materiais nacionais, deverá observar o condicionalismo referido nos números 5 e 6 do artigo anterior.

ART. 15.º

1. Qualquer pessoa física tem o direito de se opôr por razões legítimas, a que as informações pessoais que lhe dizem respeito, sejam objecto dum processamento automático.

2. Os dados pessoais só podem ser utilizados para a finalidade determinante da respectiva recolha, referida na lei ou publicação que a legitimou, nomeadamente nos casos referidos nos artigos 11.º, 12.º e 14.º.

CAP. III

DEONTOLOGIA, FISCALIZAÇÃO E SANÇÕES

ART. 16.º

1. Os donos de ficheiros com dados pessoais deverão estabelecer prazos limite para manutenção da respectiva identificação.

2. Qualquer cidadão poderá solicitar que determinados dados pessoais a si respeitantes, passem ao anonimato, após um período de tempo razoável sobre a data do respectivo evento.

ART. 17.º

1. Qualquer pessoa ou entidade que peça ou faça um tratamento de dados pessoais, compromete-se por esse motivo perante as pessoas implicadas a tomar todas as precauções úteis, a fim de preservar a segurança das informações e, especialmente a impedir que sejam deformadas, determinadas ou, comunicadas a terceiros não autorizados, assumindo a respectiva responsabilidade civil, disciplinar ou política.

2. Em anexo à presente lei se enumeram algumas medidas de segurança e defesa dos dados pessoais a implementar.

3. São os seguintes os deveres de deontologia profissional inerentes ao desempenho das funções de informática:

- a) o dever de nomear um responsável pela segurança e protecção dos dados pessoais em cada centro;
- b) o dever de autonomizar as aplicações e identificar os donos dos ficheiros com dados pessoais;
- c) o dever de aceder aos dados e ao sistema apenas mediante autorização suficiente;
- d) o dever de dar acesso aos dados aos que a ele tenham legitimidade;
- e) o dever de rectificar legitimamente os dados;
- f) o dever de transmitir apenas os dados autorizados;
- g) o dever de sigilo em relação a terceiros;
- h) o dever de não obstruir a missão dos ^aorgaos de fiscalização.
- i) o dever de conceber e realizar medidas de segurança organizacionais que defendam a confidencialidade da informação;
- j) o dever de não executar funções que possibilitem a violação das leis de protecção de dados pessoais.

ART. 18.º

1. Os que trabalhem com ficheiros de dados pessoais são obrigados a regras dedeontologia profissional e ao dever de sigilo ou confidencialidade em relação a terceiros.

2. O acesso aos dados pessoais deve ser limitado estritamente ao conhecimento das pessoas que delas necessitem para o desempenho das suas funções.

3. Os dados utilizados para fins estatísticos apenas podem ser registados ou transmitidos por forma que torne impossível atribuí-los a uma pessoa determinada.

4. Num centro de informática as aplicações devem ser autorizadas, nomeado um responsável por cada aplicação e identificados os donos dos ficheiros com dados pessoais.

ART. 19.º

1. Um ficheiro de dados pessoais deve ser completado ou corrigido officiosamente, logo que a entidade responsável pela gestão tenha conhecimento do inexactidão ou do carácter incompleto duma informação identificável nele contida.

2. O onus da prova de finalidade dos registos pertence ao dono do ficheiro.

3. O cidadão tem direito a indemnização de perdas e danos, em caso de detenção ou transmissão de informação pessoal errada, incompleta, desactualizada ou detida para além dos prazos previstos na lei ou, na publicação constante de II Série do Diário da República, pelos prejuizos que sofreu.

ART. 20.º

1. A Assembleia da República, nomeadamente a sua Comissão Direitos, Liberdades e Garantias, é a entidade especialmente vocacionada para defender os cidadãos em matéria de utilização de ficheiros de dados pessoais.

2. A Assembleia da República servir-se-á da opinião de especialistas, nos termos do art. 184.º da Constituição da República Portuguesa.

ART. 21.º

A apreciação e julgamento dos litígios emergentes do presente diploma é da competência dos tribunais comuns desde a 1.ª instância.

ART. 22.º

A violação das disposições da presente lei está prevista nos artigos 180.º a 184.º inclusivé, do Código Penal Português.

ART. 23.º

O Governo publicará, no prazo de noventa dias, os regulamentos e tomará medidas necessárias à execução da presente lei.

ANEXO NOS TERMOS DO N.º 2 DO ART. 17.º

Quando houver tratamento e difusão de dados pessoais, serão tomadas medidas apropriadas para a execução da presente lei, nomeadamente:

1. Impedir o acesso não autorizado aos locais de tratamento, processamento e difusão dos dados pessoais (controle de acesso).
2. Impedir que a pessoa cuja actividade se exerce no tratamento e difusão de dados pessoais, negue indevidamente o acesso dos titulares do informação (controle de saída)
3. Impedir a satisfação dos pedidos não autorizados no serviço de registo de dados, o registo não autorizado e a alteração ou eliminação não autorizados de dados pessoais registados (controle de registo).
4. Impedir a utilização de sistemas de tratamento de informação para transmissão automática de dados pessoais a utilizadores não autorizados (controle dos utilizadores).
5. Garantir que num sistema de tratamento da informação só possam ser utilizados dados expressamente autorizados (controle do tratamento).
6. Garantir o exame e a prova da transmissão de dados pessoais para os utilizadores (controle da transmissão).
7. Garantir o exame e a prova posterior sobre quais os dados pedidos, em que momento e por quem (controle de pedidos).

8. Garantir que os dados pessoais objecto de tratamento automático obedeçam às especificações dos utilizadores (controle de funções).
9. Garantir que na transmissão de dados pessoais, bem como no transporte dos respectivos suportes, não possam ser lidos, alterados ou apagados indevidamente (controle de transporte).
10. Implementar uma organização integrada de forma a satisfazer as principais necessidades de protecção dos dados (controle da organização).

Isabel Reis Garcia

Chefe de Divisão no Ministério da Justiça

BIBLIOGRAFIA

1. Lei «Informática e Liberdade» — Paris, 1978
2. Lei Alemã Federal sobre Segurança da Informação — Bona, 1977
3. Linhas Mestras sobre Fluxos de Dados Transfronteiras — O.C.D.E., 1979
4. Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Pessoas Face ao Tratamento automático de Dados Pessoais — Jan/81
5. Proposta de Lei de Protecção de Dados — Lisboa, 1984
6. O Direito de Autor Versus Direito de Patente em Matéria de Protecção do Autor de Software — Isabel R. Garcia, CODETI — 1985
7. Projectos de Lei de Revisão Constitucional — Separata n.º 1/V do Diário da Assembleia da República de 31.12.1987
8. «Copyright Protection of Computer Software», G. Vandenberg — Associação Portuguesa de Informática/Ordem dos Advogados — Lisboa, 1988
9. «Computer Crime», Legislation and Enforcement, J. Morris — Associação Portuguesa de Informática/Ordem dos Advogados — Lisboa, 1988
10. «Teleshopping et telebanking», Isabelle de Lamberterie — Associação Portuguesa de Informática/Ordem dos Advogados — Lisboa, 1988
11. «European Model Contracts for Hardware», Maintenance and Software, N. Rinkel — Associação Portuguesa de Informática/Ordem dos Advogados — Lisboa, 1988.

I. R. G.